

GIURISPRUDENZA ITALIANA

www.edicolaprofessionale.com/giurit

dal 1849

Luglio 2014

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni
Benedetto Conforti - Giovanni Conso
Gastone Cottino - Francesco Palazzo
Mattia Persiani - Pietro Rescigno
Giorgio Spangher - Francesco Tesauro

Responsabilità del medico
e danno da perdita di *chance*

Procedimento CONSOB e *ne bis in idem*

Giudicato amministrativo: rapporto tra giudizio
di ottemperanza e di cognizione ordinario

Limiti alla carcerazione e rapporto genitoriale

Percorsi di giurisprudenza

La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari

Dottrina e attualità giuridiche

L'amministrazione attraverso i privati

Pozze Italiane s.p.a. - operazione in abb. sost. - D.L. 353/2003 Econ. in L. 27/2/2004, n. 463 art. 1, comma 1, Doc. MI - ISSN 0017-0823



NO V ITÀ

CONTRATTI ATIPICI

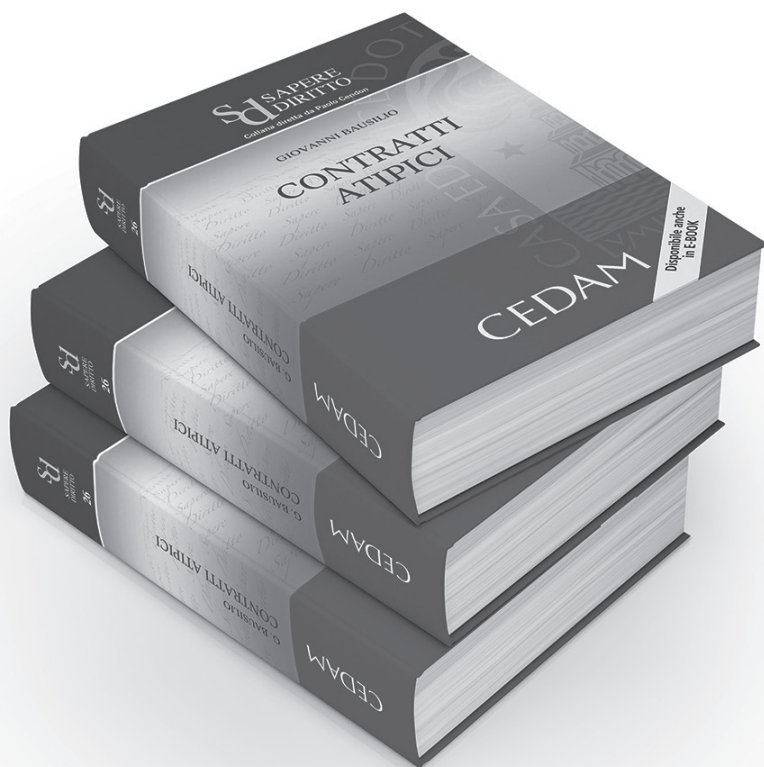
di Giovanni Bausilio

CEDAM

Il volume offre una molteplicità di figure contrattuali atipiche nate nell'ambito della pratica commerciale interna e internazionale e regolate da norme specifiche ad hoc costituite.

Tra i contratti esaminati e corredati dalle formule, troviamo ad esempio:

- **contratto di allenatore,**
- **contratto di abbonamento,**
- **contratto di broker di assicurazioni,**
- **contratto di catering,**
- **contratti di intrattenimento,**
- **contratto di leasing,**
- **contratto di multiproprietà e di multilocazioni,**
- ...



 Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 60 euro

Codice prodotto: 149867

GIURISPRUDENZA ITALIANA

Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Benedetto Conforti - Giovanni Conso - Gastone Cottino - Francesco Palazzo - Mattia Persiani - Pietro Rescigno - Giorgio Spangher - Francesco Tesauo

Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Fabio Basile - Chiara Besso - Mauro Bove - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta - Antonio Carratta - Franco Carinci - Raffaele Caterina - Piermaria Corso - Vincenzo Cuffaro - Maria Cecilia Fregni - Alfredo Gaito - Fiorella Lunardon - Sandro Mainardi - Michel Martone - Roberto Pessi - Mariano Protto - Pietro Pustorino - Marco Ricolfi - Lucia Risicato - Achille Saletti - Marcella Sarale - Roberto Weigmann

Comitato di Redazione

Marco Aiello - Daniele Amoroso - Stefania Baiona - Ettore Battelli - Angelo Bertolotti - Luca Boggio - Manfredi Bontempelli - Angela Bruno - Mia Callegari - Roberto Calvo - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano Cerrato - Alessandro Ciatti - Alessandro Cogo - Riccardo Conte - Eugenio Dalmotto - Massimo D'Auria - Eva Desana - Margherita Dominici - Paolo Fiorio - Giorgio Frus - Filippo Giunchedi - Fabio Iozzo - Katia La Regina - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Barbara Mameli - Enrico Marellò - Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Annalisa Pessi - Barbara Petrazzini - Rossella Rivaro - Alberto Ronco - Marco Russo - Anna Saraceno - Marina Spiotta - Alessandro Turchi

Recentissime

Paolo e Vincenzo Carbone - Giacomo Fumu - Raffaele Greco - Antonio Jannarelli - Nicola Scannicchio

Comitato per la Valutazione

Niccolò Abriani - Luigi Balestra - Angelo Barba - Alessandro Bellavista - Massimo Bione - Guido Bonfante - David Brunelli - Piera Campanella - Francesco Caprioli - Federico Carpi - Giuseppe Cataldi - Gino Cavalli - Francesco Cavazzuti - Massimo Ceresa Gastaldo - Silvia Cipollina - Claudio Consolo - Giorgio Costantino - Renzo Costi - Giovanni D'Amico - Giovannangelo De Francesco - Francesco Delfini - Maria Valeria Del Tufo - Pasquale De Sena - Giancarlo De Vero - Vincenzo Di Cataldo - Franco Fichera - Luigi Fiorillo - Carlo Focarelli - Gabriele Fornasari - Enrico Gabrielli - Novella Galantini - Alberto Gargani - Giulio Garuti - Alessandro Giovannini - Enrico Gagnoli - Giulio Illuminati - Massimo Iovane - Alberto Jorio - Leonardo Lenti - Mario Libertini - Stefano Liebman - Francesco Luiso - Valerio Maio - Andrea Maltoni - Adelmo Manna - Antonella Marandola - Maria Riccarda Marchetti - Enrico Marzaduri - Agostino Meale - Fabio Merusi - Paolo Montalenti - Paolo Morozzo della Rocca - Paolo Pascucci - Giorgio Pastori - Salvatore Patti - Luca R. Perfetti - Lorenzo Picotti - Maurizio Ricci - Vincenzo Ricciuto - Giuseppe Santoro Passarelli - Bruno Sassani - Franco Gaetano Scoca - Michele Sesta - Luigi Stortoni - Giuliano Tabet - Michele Taruffo - Paolo Tosi - Luigi Carlo Ubertazzi - Daniela Valentino - Giovanna Visintini - Giuseppe Zanarone

Segnalazioni di provvedimenti

La Redazione di "Giurisprudenza italiana" invita i propri Lettori ad inviare provvedimenti di merito e legittimità che per l'importanza degli argomenti trattati e la peculiarità delle interpretazioni contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- via e-mail a: stefania.banfi@wki.it

- oppure per posta a: "Giurisprudenza italiana", dott.ssa Stefania Banfi presso Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1, Palazzo F6, 20090 Milanofiori Assago (MI).

Sarà cura della Redazione riportare nell'intestazione dei provvedimenti pubblicati i nomi dei Giudici e degli Avvocati difensori.

GIURISPRUDENZA ITALIANA

DIRETTORE RESPONSABILE

Antonella Loporchio

Registrata al n. 321 della Cancelleria del Tribunale di Torino in data 7 settembre 1948

© 2013 Wolters Kluwer Italia S.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

REDAZIONE

Ines Attorresi, Stefania Banfi, Francesco Cantisani
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

Indirizzo internet: www.edicolaprofessionale.com/giurit

SELEZIONE SENTENZE

La selezione delle sentenze in materia di diritto civile, processuale civile, lavoro e penale è a cura dell'avv. Simone Ferrari

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia s.r.l.

COMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche S.r.l. - Corsico (MI)

STAMPA

CALEIDOGRAF S.r.l. - Robbiate (LC)

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a: stefania.banfi@wki.it

UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti
V.le M.Ilo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA
Telefono: 199.100.120
(costo massimo € 0,1425 al minuto da rete fissa senza scatto alla risposta e da rete mobile legato all'operatore utilizzato)
Fax: 199.100.150

e-mail: servizioclienti@wki.it

Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti (cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile indicare il codice cliente.

CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Abbonamento per il 2014
(carta + tablet + web + smartphone)
Italia: € 287,00

Triennale Italia: € 731,00

Esteri: € 574,00

Fascicolo singolo: € 36,00

Le richieste possono essere inoltrate:

- alle Agenzie operanti sul territorio nazionale

- a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Ufficio Abbonamenti

La richiesta di abbonamento deve essere corredata dell'indirizzo di spedizione e della prova dell'avvenuto pagamento.

Le richieste prive di pagamento non saranno prese in considerazione.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento può essere effettuato attraverso:

- versamento mediante bollettino postale:

c/c postale n. 467100 intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - UTET Giuridica Abbonam. Periodici - V.le M.Ilo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA

- bonifico bancario:

INTESASANPAOLO - Ag. 14 ROMA - IBAN IT 32 030 6905 0706 152223 14167.

Importante: indicare la causale di versamento.

La ricevuta o il bollettino di c/c postale comprovante l'avvenuto pagamento costituisce documento liberatorio per il cliente ed ha valore a tutti gli effetti di legge e/o fiscali.

ARRETRATI

I titolari di abbonamento hanno diritto a ricevere eventuali fascicoli non recapitati per disguidi postali se richiesti direttamente all'Ufficio Abbonamenti entro i quattro mesi successivi alla data di pubblicazione, salva la disponibilità dei medesimi.

RINNOVO DELL'ABBONAMENTO

L'abbonamento si intende rinnovato se non viene disdetto a mezzo raccomandata A.R. da inviare entro 60 giorni dal mese di scadenza a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti - Viale Marsilio Pilsudski, 124 - 00197 ROMA.

Il rinnovo comporterà il pagamento del prezzo di abbonamento alle condizioni di vendita in vigore all'atto del rinnovo stesso.

UTET GIURIDICA® è un marchio registrato e concesso in licenza da De Agostini Editore S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Le opinioni presenti nei contenuti pubblicati sulla Rivista sono libera espressione del pensiero degli Autori e non impegnano in alcun modo l'Editore.

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.lgs. 30.6.2003, n.196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati.

Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. n.196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.

Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art.7 del D.lgs. n.196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403



Indice sommario

Recentissime

Cassazione civile	Alienazione dell'azienda e divieto di iniziare una nuova attività idonea a sviare l'avviamento Cassazione civile, Sez. I, 25 giugno 2014, n. 14471 1545	
	Invenzioni industriali dei dipendenti: quando è dovuta la retribuzione Cassazione civile, Sez. lav., 25 giugno 2014, n. 14371 1546	
	Illecita somministrazione di test ai candidati per la scelta di un dirigente tecnico Cassazione civile, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 13219 1547	
	Licenziamento per giustificato motivo Cassazione civile, Sez. lav., 11 giugno 2014, n. 13112 1548	
	Separazione dei coniugi e assegno di mantenimento Cassazione civile, Sez. VI-1, 10 giugno 2014, n. 13026 1549	
	Avvocato radiato, pluralità di difensori e comunicazione dell'udienza ai difensori Cassazione civile, Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12924 1551	
	Rette di degenza-ricovero di soggetti deboli. Giurisdizione Cassazione civile, Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12923 1552	
	Responsabilità civile del debitore che si avvale di terzi anche se non lavoratori subordinati Cassazione civile, Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12833 1553	
	Notaio doveri accessori successivi alla stipula Cassazione civile, Sez. II, 6 giugno 2014, n. 12797 1554	
	Deposito bancario intestato a più persone Cassazione civile, Sez. I, 3 giugno 2014, n. 12385 1556	
Cassazione penale	Nuova emissione della misura cautelare dichiarata inefficace ed interrogatorio Cassazione penale, Sez. un., 1° luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 28270 1557	
	Sostituzione di persona e social network Cassazione penale, Sez. V, 16 giugno 2014 (ud. 23 aprile 2014), n. 25774 1558	
	Beni provenienti dal delitto di associazione mafiosa e riciclaggio Cassazione penale, Sez. Un., 13 giugno 2014 (ud. 27 febbraio 2014), n. 25191 1558	
	Reati contro la P.A. e durata delle misure interdittive Cassazione penale, Sez. VI, 4 giugno 2014 (ud. 17 dicembre 2013), n. 23359 1559	
Consiglio di Stato	Astreinte nel giudizio di ottemperanza e sentenze di condanna pecuniaria Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15 1560	
	Revoca dell'aggiudicazione e recesso dal contratto di appalto Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 14 1564	
Corti Europee	L'indennità per ferie non godute si trasmette agli eredi anche in assenza di domanda Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. I, 12 giugno 2014, causa C-118/13 1568	
	Il regime delle copie sullo schermo e nelle cache e tutela del copyright Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-360/13 1569	
	Normativa antitrust erisarcibilità dei danni derivanti dai c.d. prezzi guida Corte di giustizia dell'Unione europea, Sezione V, 5 giugno 2014, causa C-557/12 1571	

Diritto Civile

Responsabilità medica	Cassazione civile, III Sezione, 23 maggio 2014, n. 11522 1573	
	Responsabilità contrattuale del sanitario e danno da perdita di chance di Stefano Cherti	
Condominio	Cassazione civile, Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820 1578	
	Beni comuni e limiti alla autotutela da parte dell'amministratore di Nino Scipelliti	
Danno da procreazione	Cassazione civile, Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528 1585	
	La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale di Letizia Coppo	
Filiazione naturale e danno non patrimoniale	Cassazione civile, Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205 1593	
	Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale di Bruno Tassone	
Integrazione del contratto	Cassazione civile, Sez. VI, 1 ottobre 2013, n. 22453 1597	
	Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale , di Valentina Viti	
Conclusione del contratto	Tribunale di Brindisi, 30 giugno 2014 1606	
	Trascrizione di domanda giudiziale illegittima e tutela in via d'urgenza dei diritti del terzo , di Vito Amendolagine	

Indici

Matrimonio e divorzio	Tribunale Grosseto, 3 aprile 2014 (ordinanza) La trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso di Lara Attademo	1610
Contratto in generale	Tribunale di Trieste, 7 marzo 2014 Causa in concreto e patti parasociali , di Enrico Gabrielli	1613

Diritto Processuale Civile

Usò della lingua tedesca nel processo	Corte giustizia Unione europea, Sez. II, 27 marzo 2014, in causa C-322/13 La Corte UE conferma e rafforza l'uso della lingua tedesca nel processo di Armin Reinstadler	1618
Risoluzione per inadempimento	Cassazione civile, Sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510 Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c. di Elena D'Alessandro Ius variandi e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele di Matteo Brugnoli	1619
Legge Pinto	Cassazione civile, Sez. un., 19 marzo 2014, n. 6312 Equo indennizzo per irragionevole durata del processo: un faticoso dialogo tra Corti , di Cristina Vanz	1631
Pubblico ministero	Cassazione civile, Sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 3419 Il ruolo del P.M. nelle udienze avanti la sezione filtro della Cassazione di Marco Russo	1639

Diritto Commerciale

Procedimento Consob e CEDU	Collegio della Grande Camera, 7 luglio 2014 Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014 Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio di Eva Desana	1642 1642
Crediti prededucibili	Cassazione civile, Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958 Cassazione civile, Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098 Cassazione civile, Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513 I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91) , di Luca Boggio	1649 1650 1652
Fondi comuni di investimento	Tribunale Milano, 3 ottobre 2013 Precisazioni in tema di responsabilità ex art. 2395 c.c. e di personalità giuridica di Maria Clara Rosso	1664
Marchio decettivo	Cassazione civile, Sez. I, 13 settembre 2013, n. 21023 Marchio geografico e toponimi non più ufficiali , di Riccardo Russo	1670

Diritto del Lavoro

Licenziamento collettivo	Cassazione civile, Sez. lav., 3 febbraio 2014, n. 2298 L'illegittimità del licenziamento collettivo derivante dalla violazione della comunicazione finale , di Silvia Verde	1674
Diritto sindacale	Cassazione civile, Sez. lav., 20 agosto 2013, n. 19252 La rilevanza dei canoni generali di buona fede e correttezza nel procedimento ex art. 28 stat. lav. , di Elisa Puccetti	1677
Somministrazione di manodopera	Tribunale Milano, Sez. lav., 22 novembre 2013 Tribunale Milano, Sez. lav., 12 novembre 2013 Contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato e causali giustificatrici del termine , di Alessandro Giuliani	1685 1686

Diritto Amministrativo

Motivazione postuma	Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018 Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma di Marina Caporale	1693
---------------------	--	------

Giudicato amministrativo e ottemperanza	T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802	1700
	L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario , di Marcello Clarich e Giuseppe Urbano	
Servizi pubblici. Società in house	T.A.R. Lombardia, Sez. I, 21 novembre 2013, n. 2588	1708
	Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo di Antonio Cassatella	

Diritto Penale

Prostituzione minorile	Cassazione penale, Sez. un., 14 aprile 2014 (ud. 19 dicembre 2013), n. 16207 ..	1715
	Prostituzione minorile: le Sezioni unite chiariscono che "il cliente" non risponde di induzione alla prostituzione, ma solo di atti sessuali in cambio di denaro o altra utilità. , di Stefano Aprile	
Terrorismo internazionale	Cassazione penale, Sez. V, 22 novembre 2013 (ud. 21 gennaio 2014), n. 2843 ..	1724
	Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato , di Roberto Bartoli	
Doping	Tribunale di Roma, VIII Sezione penale in composizione monocratica, 25 novembre 2013, n. 16116	1734
	Nodi critici in tema di "autodoping": bene giuridico e "idoneità" di Sergio Bonini	

Diritto Processuale Penale

Bracciale elettronico	Cassazione penale, Sez. II, 18 giugno 2014 (ud. 4 giugno 2014), n. 26327	1741
	"Bracciale elettronico": una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p. , di Maria Francesca Cortesi	
Esecuzione delle sentenze della CEDU	Cassazione penale, Sez.un., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), n. 18821	1745
	Sugli effetti <i>ultra partes</i> del giudicato di Strasburgo , di Daniele Amoroso	
Misure cautelari e responsabilità genitoriale	Cassazione penale, Sez. I, 31 gennaio 2014 (ud. 12 dicembre 2013), n. 4748	1758
	I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori , di Giuseppe Bellantoni	

Percorsi di giurisprudenza

Divisione	La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari di Marta Magliulo, Clara Sgobbo e Sarah Supino	1768
-----------	--	------

Dottrina e attualità giuridiche

P.A. e diritto privato	L'amministrazione attraverso i privati di Adolfo Angeletti	1783
------------------------	---	------

Indice degli Autori

- Vito Amendolagine**, *Trascrizione di domanda giudiziale illegittima e tutela in via d'urgenza dei diritti del terzo*, 1608.
- Daniele Amoroso**, *Sugli effetti ultra partes del giudicato di Strasburgo*, 1752.
- Stefano Aprile**, *Prostituzione minorile: le Sezioni unite chiariscono che "il cliente" non risponde di induzione alla prostituzione, ma solo di atti sessuali in cambio di denaro o altra utilità*, 1718.
- Lara Attademo**, *La trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso*, 1611.
- Roberto Bartoli**, *Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato*, 1728.
- Giuseppe Bellantoni**, *I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori*, 1759.
- Luca Boggio**, *I "tormenti" della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)*, 1653.
- Sergio Bonini**, *Nodi critici in tema di "autodoping": bene giuridico e "idoneità"*, 1736.
- Matteo Brugnoli**, *Ius variandi e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele*, 1629.
- Marina Caporale**, *Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma*, 1694.
- Antonio Cassatella**, *Partecipazione "simbolica" alle società in house e requisito del controllo analogo*, 1708.
- Stefano Cherti**, *Responsabilità contrattuale del sanitario e danno da perdita di chance*, 1574.
- Marcello Clarich**, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, 1700.
- Letizia Coppo**, *La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale*, 1587.
- Maria Francesca Cortesi**, *"Braccialetto elettronico": una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p.*, 1741.
- Elena D'Alessandro**, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2° comma, c.c.*, 1624.
- Eva Desana**, *Procedimento CONSOB e ne bis in idem: respinta l'istanza di rinvio*, 1642.
- Enrico Follieri**, *Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi*, 1801.
- Enrico Gabrielli**, *Causa in concreto e patti parasociali*, 1614.
- Alessandro Giuliani**, *Contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato e causali giustificatrici del termine*, 1689.
- Marta Magliulo**, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, 1768.
- Andrea Maltoni**, *Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate*, 1791.
- Barbara Mameli**, *Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive*, 1797.
- Giorgio Pastori**, *Attività amministrativa e soggetti privati*, 1783.
- Elisa Puccetti**, *La rilevanza dei canoni generali di buona fede e correttezza nel procedimento ex art. 28 stat. lav.*, 1682.
- Armin Reinstadler**, *La Corte UE conferma e rafforza l'uso della lingua tedesca nel processo*, 1618.
- Maria Clara Rosso**, *Precisazioni in tema di responsabilità ex art. 2395 c.c. e di personalità giuridica*, 1666.
- Marco Russo**, *Il ruolo del P.M. nelle udienze avanti la sezione filtro della Cassazione*, 1640.
- Riccardo Russo**, *Marchio geografico e toponimi non più ufficiali*, 1672.
- Stefano Salvatore Scoca**, *Gli atti di autoamministrazione*, 1787.
- Nino Scipelliti**, *Beni comuni e limiti alla autotutela da parte dell'amministratore*, 1580.
- Clara Sgobbo**, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, 1768.
- Sarah Supino**, *La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari*, 1768.
- Bruno Tassone**, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale*, 1594.
- Giuseppe Urbano**, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario*, 1700.
- Cristina Vanz**, *Equo indennizzo per irragionevole durata del processo: un faticoso dialogo tra Corti*, 1635.
- Silvia Verde**, *L'illegittimità del licenziamento collettivo derivante dalla violazione della comunicazione finale*, 1675.
- Valentina Viti**, *Provvedimenti normativi dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale*, 1598.

Indice dei Provvedimenti

Corti europee				Cassazione penale			
		n.	pag.			n.	pag.
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA				Sez. un.	1° luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014)	28270	1557
Sez. I	12 giugno 2014	C-118/13	1568	II	18 giugno 2014 (ud. 4 giugno 2014)	26327	1741
IV	5 giugno 2014	C-360/13	1569	V	16 giugno 2014 (ud. 23 aprile 2014)	25774	1558
V	5 giugno 2014	C-557/12	1571	un.	13 giugno 2014 (ud. 27 febbraio 2014)	25191	1558
II	27 marzo 2014	C-322/13	1618	VI	4 giugno 2014 (ud. 17 dicembre 2013)	23359	1559
CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO				un.	7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013)	18821	1745
Collegio della Grande Camera				un.	14 aprile 2014 (ud. 19 dicembre 2013)	16207	1715
	7 luglio 2014		1642	I	31 gennaio 2014 (ud. 12 dicembre 2013)	4748	1758
Sez. II	4 marzo 2014		1642	V	22 novembre 2013 (ud. 21 gennaio 2014)	2843	1724
Cassazione civile				Consiglio di Stato			
		n.	pag.			n.	pag.
Sez. I	25 giugno 2014	14471	1545	ADUNANZA PLENARIA			
lav.	25 giugno 2014	14371	1546		25 giugno 2014	14	1564
I	11 giugno 2014	13219	1547		25 giugno 2014	15	1560
II	6 giugno 2014	12797	1554	Sez. IV	4 marzo 2014	1018	1693
lav.	11 giugno 2014	13112	1548	Tribunali			
VI-1	10 giugno 2014	13026	1549			n.	pag.
un.	9 giugno 2014	12923	1552	Brindisi	30 giugno 2014		1606
un.	9 giugno 2014	12924	1551	Grosseto	3 aprile 2014		1610
III	6 giugno 2014	12833	1553	Trieste	7 marzo 2014		1613
I	3 giugno 2014	12385	1556	Roma	25 novembre 2013	16116	1734
III	23 maggio 2014	11522	1573	Milano	22 novembre 2013		1685
I	17 aprile 2014	8958	1649	Milano	12 novembre 2013		1686
un.	11 aprile 2014	8510	1619	Milano	3 ottobre 2013		1664
un.	19 marzo 2014	6312	1631	Tribunale amministrativo regionale			
I	5 marzo 2014	5098	1650			n.	pag.
VI	13 febbraio 2014	3419	1639	Lazio	13 febbraio 2014	1802	1700
lav.	3 febbraio 2014	2298	1674	Lombardia	21 novembre 2013	2588	1708
I	24 gennaio 2014	1513	1652				
II	16 gennaio 2014	820	1578				
III	10 dicembre 2013	27528	1585				
I	22 novembre 2013	26205	1593				
VI	1 ottobre 2013	22453	1597				
I	13 settembre 2013	21023	1670				
lav.	20 agosto 2013	19252	1677				

Indice analitico

Amministrazione pubblica

- Servizi pubblici – Società *in house* – Controllo analogo – Azionisti di minoranza – Affidamento diretto – Ammissibilità e limiti (Trib. amministrativo regionale Lombardia, 21 novembre 2013, n. 2588); 1708..

Associazioni e attività sindacali

- Repressione della condotta antisindacale – Canoni generali di buona fede e correttezza – Protratta tolleranza sindacale di comportamento datoriale contrastante con norma collettiva – Ricorso *ex art.* 28 stat. lav. – Esclusione (Cass. civ., 20 agosto 2013, n. 19252); 1677.

Azienda

- Divieto di concorrenza – Funzione e durata del divieto previsto dall'art. 2257 c.c (Cass. civ., Sez. I, 25 giugno 2014, n. 14471); 1545.

Cedu

- Manipolazione di mercato – Procedimento CONSOB – *Ne bis in idem* (Collegio della Grande Camera, 7 luglio 2014); 1642.
- Manipolazione di mercato – Procedimento CONSOB – *Ne bis in idem* (Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014); 1642.

Competenza e giurisdizione civile

- Spese sanitarie dovute dai comuni – Ricollegate a presupposti legislativi e non a provvedimenti amministrativi – Giurisdizione del giudice ordinario (Cass. civ., Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12923); 1552.

Comunione e condominio

- Regolamento – Disciplinano del parcheggio – Previsione regolamentare sulla rimozione delle auto – Illegittimità – Fattispecie (Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820); 1578.
- Utilizzazione delle parti comuni – Misura – Ripartizione delle spese di manutenzione – Criteri (Cass. civ., Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820); 1578.

Contratti della p.a.

- Revoca dell'aggiudicazione – Possibilità per la stazione appaltante di procedervi dopo la stipulazione del contratto di appalto – Esclusione – Necessità di far ricorso allo strumento del recesso dal rapporto contrattuale (Cons. di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 14); 1564.

Contratto collettivo

- Contratto integrativo provinciale – Mancata applicazione in azienda – Protratta tolleranza sindacale – Abrogazione implicita della norma – Esclusione (Cass. civ., 20 agosto 2013, n. 19252); 1678.

Contratto in genere

- Causa – Causa in concreto – Nullità – Fattispecie (Trib. di Trieste, 7 marzo 2014); 1613.
- Inserzione automatica di clausole – Integrazione ad opera di prescrizioni normative secondarie dell'Aeeg – Deroga a norme di legge – Ammissibilità – Condizioni Cass. civ., Sez. VI, 1 ottobre 2013, n. 22453); 1597.
- Risoluzione del contratto per inadempimento – Facoltà di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione – Estensione alla conseguente domanda di risarcimento del danno (Cass. civ., Sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510); 1619.

Danni in materia civile

- Centro estivo comunale – Affidamento dei minori da parte dei genitori – Danno subito dal minore – Responsabilità del Comune (Cass. civ., Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12833); 1553.
- Sanità e sanitari – Omessa diagnosi – Nascita indesiderata – Onere della prova (Cass. civ., Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528); 1585.

Diritti d'autore

- Società dell'informazione – Dir. 2001/29/CE – Art. 5, paragrafi 1 e 5 – Riproduzione – Eccezioni e limitazioni – Realizzazione di copie di un sito Internet sullo schermo e nella *cache* del disco fisso durante la navigazione in Internet – Atto di riproduzione temporaneo – Atto transitorio o accessorio – Parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico – Utilizzo legittimo – Rilievo economico proprio (Corte di giust. dell'Unione europea, Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-360/13); 1569.

Filiazione

- Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Azione di riconoscimento – Concorso di colpa del figlio – Fattispecie (Corte di Cassazione, sentenza 23 novembre 2013, n. 26205); 1594.
- Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Danno non patrimoniale – Fattispecie (Corte di Cassazione, sentenza 23 novembre 2013, n. 26205); 1594.
- Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Responsabilità – Fattispecie (Corte di Cassazione, sentenza 23 novembre 2013, n. 26205); 1593.

Invenzioni industriali

- Dipendenti – Modelli di utilità – Invenzione di servizio – Invenzione d'azienda (Cass. civ., Sez. lav., 25 giugno 2014, n. 14371); 1546.

Lavoro (Rapporto)

- Causale giustificatrice del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato – Insufficienza di prova da parte del datore di lavoro delle ragioni dell'assunzione a termine – Mancata dimostrazione della causa giustificatrice indicata nel contratto – Costituzione di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore e condanna all'indennità risarcitoria (Trib. Milano, 22 novembre 2013); 1685.
- Dir. 2003/88/CE – Organizzazione dell'orario di lavoro – Ferie annuali retribuite – Indennità finanziaria in caso di decesso del lavoratore – Diritto trasmissibile per via successoria – Non necessaria la previa domanda da parte del prestatore di lavoro (Corte di giust. dell'Unione Europea, Sez. I, 12 giugno 2014, causa C-118/13); 1568.
- Forma comune dei contratti di lavoro a tempo indeterminato – Contratti di somministrazione di manodopera a tempo determinato soltanto in presenza dei motivi indicati dalla legge – Legittimità – Specifica indicazione delle ragioni giustificatrici della temporaneità del contratto – Onere della prova delle ragioni giustificanti la deroga gravante sul datore di lavoro – Ampiezza ed articolazione delle ragioni giustificatrici non idonea a fornire adeguata motivazione dell'apposizione del termine – Mancata prova della sussistenza del carattere temporaneo delle ragioni – Illegittimità del contratto di fornitura e del contratto individuale – Trasformazione del contratto a tempo indeterminato e alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice con effetto dall'inizio della somministrazione (Trib. Milano, 12 novembre 2013); 1686.
- Licenziamenti collettivi – Procedura – Individuazione dei lavoratori da licenziare – Indicazione puntuale dei criteri di scelta – Necessità – *Ratio* (Cass. civ., Sez. lav., 3 febbraio 2014, n. 2298); 1674.
- Licenziamento – Giustificato motivo – Datore di lavoro: organizzazione di tendenza (Cass. civ., Sez. lav., 11 giugno 2014, n. 13112); 1548.

Marchi

- Decettività del marchio – Segno idoneo ad ingannare il pubblico sulla provenienza geografica – Toponimi non ufficiali (Cass. civ., Sez. I, 13 settembre 2013, n. 21023); 1670.

Matrimonio e divorzio

- Omosessualità - Trascrizione - Ammissibilità (Trib. Grosseto, 3 aprile 2014); 1610.

Misure cautelari personali

- "Braccialetto elettronico" - Modalità di controllo non necessaria - Motivazione del giudice - Non dovuta (Cass. pen., Sez. II, 18 giugno 2014 (ud. 4 giugno 2014), n. 26327); 1741.
- Dichiarazione di inefficacia per violazione dei termini perentori della procedura di riesame - Nuova emissione della misura - Previo interrogatorio della persona rimessa in libertà - Necessità - Esclusione (Cass. pen., Sez. un., 1° luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 28270); 1557.
- Disposizioni generali - Scelta delle misure (criteri) - Imputato con prole convivente di età inferiore a sei anni - Moglie in precarie condizioni di salute e tenuta anche ad assistere altro figlio portatore di grave malattia - Divieto di custodia in carcere - Sussistenza (Cass. pen., Sez. I, 31 gennaio 2014 (ud. 12 dicembre 2013), n. 4748); 1758
- Misure interdittive - Misure interdittive relative ai reati contro la P.A. - Termini di durata di cui all'art. 308, comma 2 *bis*, c.p.p., - Procedimenti in corso - Applicabilità (Cass. pen., Sez. VI, 4 giugno 2014 (ud. 17 dicembre 2013), n. 23359); 1559.

Notaio ed atto notarile

- Funzione notarile - Accertamento della volontà delle parti - Assicurare la serietà e la certezza dell'atto giuridico (Cass. civ., Sez. II, 6 giugno 2014, n. 12797); 1554.

Procedure concorsuali

- Concordato preventivo - Credito sorto in funzione del concordato preventivo - Credito per l'assistenza relativa all'ammissione alla procedura - Prededuzione - Sussistenza (Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958); 1649.
- Concordato preventivo - Credito sorto in funzione del concordato preventivo - Credito per l'assistenza relativa all'ammissione alla procedura - Prededuzione - Sussistenza (Cass. civ., Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098); 1650.
- Concordato preventivo - Credito sorto in funzione del concordato preventivo - Credito per la difesa in giudizio - Prededuzione - Insussistenza (Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958); 1649.
- Concordato preventivo - Credito sorto in funzione del concordato preventivo - Credito per la difesa in giudizio - Prededuzione - Insussistenza (Cass. civ., Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098); 1650.
- Concordato preventivo - Esecuzione - Credito sorto in occasione del concordato preventivo - Credito per indennità da occupazione senza titolo - Prededuzione - Sussistenza (Cass. civ., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513); 1652.
- Fallimento - Accertamento del passivo - Credito sorto in funzione dell'ammissione al concordato preventivo - Prededuzione - Sussistenza (Cass. civ., Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098); 1650.
- Fallimento - Accertamento del passivo - Credito sorto in occasione del concordato preventivo - Riferibilità agli organi della procedura - Prededuzione - Sussistenza (Cass. civ., Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513); 1652.
- Fallimento - Accertamento del passivo - Prededuzione - *Par condicio creditorum* - Eccezione (Cass. civ., Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958); 1649.

Processo amministrativo

- Divieto di integrazione postuma - Principio - Attenuazione - Dequotazione del vizio - Condizioni (Cons. di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018); 1693.
- Giudicato - Obbligo per l'Amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza - Eccezione - Rilevanti fatti sopravvenuti o non esaminati in precedenza (Cons. di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018); 1693.
- Giudizio di ottemperanza - Censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente a un giudi-

cato - Unitarietà della trattazione dinanzi al giudice dell'ottemperanza - Ammissibilità (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802); 1700.

- Giudizio di ottemperanza - Disciplina prevista dal c.p.a. - Attuale polisemicità del "giudizio" e dell'"azione di ottemperanza" - Azioni esperibili mediante il giudizio di ottemperanza - Individuazione (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802); 1700.
- Giudizio di ottemperanza - Potere del giudice di condannare la p.a. ad una somma di denaro in caso di ulteriore violazione o ritardo nell'esecuzione del giudicato - In caso di sentenze di condanna a prestazioni pecuniarie - Sussistenza (Cons. di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15); 1560.
- Motivazione postuma - Divieto - Difetto di motivazione - Ragioni chiaramente intuibili - Attività vincolata (Cons. di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018); 1693.

Processo civile

- Corte di cassazione - Sezione c.d. filtro - Partecipazione obbligatoria del Pubblico ministero - Pubblico interesse (Cass. civ., Sez. VI, 13 febbraio 2014); 1639.
- Equa riparazione - Ritardo della P.A. nel pagamento dell'indennizzo riconosciuto nel decreto Pinto esecutivo - Esecuzione forzata - Ulteriore indennizzo - Configurabilità - Ricorso forme e termini ex L. n. 89/2001 - Esclusione - Ricorso diretto alla Corte EDU - Necessità - Mancato esperimento dell'azione esecutiva - Irrilevanza (Cass. civ., Sez. un., 19 marzo 2014, n. 6312); 1631.
- Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto - Trascrizione illegittima domanda giudiziale - Cancellazione - Provvedimento d'urgenza - Ammissibilità (Trib. di Brindisi, 30 giugno 2014); 1606.
- Pluralità di difensori - Comunicazione dell'udienza - Sufficienza anche ad uno solo delio difensori (Cass. civ., Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12924); 1551.
- Trentino-Alto Adige - Principio del bilinguismo - Applicabilità ai soli cittadini italiani residenti nella Provincia di Bolzano - Contrasto con gli articoli 18 e 21 TFUE - Conseguente applicabilità a tutti i cittadini dell'Unione europea (Corte giustizia Unione europea, Sez. II, 27 marzo 2014, in causa C-322/13); 1618.

Prostituzione

- Prostituzione minorile - Induzione - Nozione - Differenze rispetto all'ipotesi dell'art. 600 *bis*, 2° comma, c.p (Cass. pen., Sez. un., 14 aprile 2014 (ud. 19 dicembre 2013), n. 16207); 1715.

Protezione dei dati personali

- Soggetti titolari - Soggetti responsabili - Soggetti incaricati del trattamento (Cass. civ., Sez. I, 11 giugno 2014, n. 13219); 1547.

Reati contro il patrimonio

- Delitti - Riciclaggio e reimpiego dei beni provenienti dal delitto di associazione mafiosa - Concorso con il delitto associativo presupposto - Configurabilità - Esclusione (Cass. pen., Sez. Un., 13 giugno 2014 (ud. 27 febbraio 2014), n. 25191); 1558.

Reati contro la fede pubblica

- Reato di sostituzione di persona - Creazione di un "profilo" su *social network* utilizzando abusivamente l'effigie altrui - Configurabilità (Cass. pen., Sez. V, 16 giugno 2014 (ud. 23 aprile 2014), n. 25774); 1558.

Reato in genere

- Autodoping - Bene giuridico - Elementi del fatto tipico - Idoneità - Dolo specifico - Condizioni per l'esclusione (Trib. di Roma, VIII Sezione penale in composizione monocratica, 25 novembre 2013, n. 16116); 1734.

Responsabilità civile

- Inadempimento - Responsabilità del medico - Danno alla

- persona – Danno da perdita di *chance* – Risarcimento in via autonoma (Cass. civ., 23 maggio 2014, n. 11522); 1573.
- Art. 101 TFUE – Risarcimento dei danni causati da un'intesa vietata da tale articolo – Danni risultanti dal più elevato prezzo applicato da un'impresa a seguito di un'intesa vietata, cui essa non ha aderito (Umbrella pricing) – Nesso di causalità (Corte di giust. dell'Unione europea, Sezione V, 5 giugno 2014, causa C-557/12); 1571.

Separazione dei coniugi

- Alimenti e mantenimento – Criteri di determinazione (Cass. civ., Sez. VI-1, 10 giugno 2014, n. 13026); 1549.

Servizi bancari

- Deposito bancario plurintestato – Solidarietà attiva – Estinzione del libretto in caso di morte – Responsabilità della banca – Non sussiste (Cass. civ., Sez. I, 3 giugno 2014, n. 12385); 1556.

Società

- Società di capitali – Danno da investimento disinformato – Soci della società veicolo e legittimazione ad agire (Trib. Milano, 3 ottobre 2013); 1664.
- Società di capitali – Fondo comune di investimento – Soggetto legittimato a intervenire in giudizio (Trib. Milano, 3 ottobre 2013); 1664.

Terrorismo internazionale

- Atti compiuti in un contesto di conflitto armato – Fonte di disciplina – Nozione di terrorismo (Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2013 (ud. 21 gennaio 2014), n. 2843); 1724.

Trattati e convenzioni internazionali

- Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – Efficacia *ultra partes* – Prevalenza sul giudicato nazionale (Cass. pen., Sez.un., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), n. 18821); 1745.

Recentissime Cassazione civile

a cura di Paolo e Vincenzo Carbone

Alienazione dell'azienda e divieto di iniziare una nuova attività idonea a sviare l'avviamento

Cassazione civile, Sez. I, 25 giugno 2014, n. 14471 – Pres. Vitrone – Rel. Ragonesi – P.M. Fimiani (conf.) – Caio c. Tizio

Azienda – Divieto di concorrenza – Funzione e durata del divieto previsto dall'art. 2557 c.c.

La questione: in materia di concorrenza, l'art. 2557 c.c., che impone a chi aliena un'azienda di astenersi, per cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova attività idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, non deroga al principio di libera concorrenza ed è applicabile anche all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione in una società di capitali, ove il giudice del merito accerti che la cessione realizzi un caso simile all'alienazione d'azienda?

Il fatto. Tizio conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Teramo Caio e la ditta "Mule idee" di Mevia, esponendo di aver acquistato da Caio un esercizio commerciale sito in Giulianova Lido, per la rivendita di frutta e verdura. Iniziata l'attività commerciale, aveva notato che sullo stesso viale, ed a poca distanza dall'esercizio commerciale acquistato, aveva avuto inizio l'attività di un piccolo supermercato, gestito dalla ditta "Mule idee", la cui titolare era la sorella del venditore. Inoltre, all'interno del supermercato il reparto di prodotti ortofrutticoli era gestito da Caio, il quale aveva associato il proprio nome a quello della ditta "Mule idee" provvedendo alla realizzazione anche di attività pubblicitaria.

Assumendo l'illiceità dell'attività concorrenziale di Caio e del comportamento dell'impresa "Mule idee" ai sensi dell'art. 2557 c.c., e art. 2598 c.c., n. 3, chiedeva che fosse inibito ai convenuti l'esercizio dei comportamenti illeciti e che gli stessi fossero condannati al risarcimento dei danni da lui subiti.

Il Tribunale adito rigettava la domanda, osservando che dall'attività istruttoria non erano emersi sufficienti elementi di prova idonei a comprovare comportamenti, configuranti l'attività concorrenziale vietata dalla legge a carico di Caio.

Riteneva, in particolare, che non era rimasta dimostrata un'attività di gestione e di direzione dell'azienda da parte di Caio nel nuovo esercizio commerciale, essendo risultato che il convenuto si limitava ad una collaborazione di fatto e senza poteri nell'ambito dell'impresa gestita dalla sorella. Non potevano infatti integrare attività di gestione l'acquisto, il ritiro presso i fornitori o lo scarico dei prodotti ortofrutticoli, né il semplice consiglio che Caio prodigava ai clienti nel reparto del supermercato attrezzato a self-service, essendo stato per contro confermato da numerosi testimoni che il nuovo esercizio commerciale era gestito esclusivamente dalla sorella, quale titolare della sua ditta.

Tizio proponeva appello avverso l'indicata decisione. Resistevano al gravame gli appellati.

La Corte d'appello dell'Aquila, in accoglimento dell'appello ed in riforma della impugnata sentenza, dichiarava Caio responsabile della violazione del divieto di concorrenza in base all'art. 2557 c.c., 1° comma, e Mevia, quest'ultima quale titolare della ditta "Mule Idee", responsabile di concorrenza sleale ex art. 2598 c.c., n. 3, ai danni di Tizio.

Condannava Caio e Mevia, in solido, al pagamento del risarcimento del danno, in favore di Tizio.

Avverso la detta sentenza ricorre per cassazione Caio cui resiste con controricorso Tizio.

La decisione. Va anzitutto disattesa la tesi difensiva secondo cui l'art. 2557 c.c., avrebbe natura eccezionale con esclusione, quindi, della sua applicazione in via analogica.

La giurisprudenza di questa Corte ha ripetutamente affermato il principio contrario ribadendo che la disposizione contenuta nell'art. 2557 c.c., la quale stabilisce che chi aliena l'azienda deve astenersi, per un periodo di cinque anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che sia idonea a sviare la clientela dell'azienda ceduta, appropiandosi nuovamente dell'avviamento, non ha il carattere dell'eccezionalità, in quanto con essa il legislatore non ha posto una norma derogativa del principio di libera concorrenza, ma ha inteso disciplinare nel modo più congruo la portata di quegli effetti connaturali al rapporto contrattuale posto in essere dalle parti.

È stato pertanto affermato che non è esclusa l'estensione analogica del citato art. 2557 c.c., all'ipotesi di cessione di quote di partecipazione in una società di capitali, ove il giudice del merito, con un'indagine che tenga conto di tutte le circostanze e le peculiarità del caso concreto, accerti che tale cessione abbia realizzato un "caso simile" all'alienazione d'azienda, producendo sostanzialmente la sostituzione di un soggetto ad un altro nell'azienda.

Tale principio, di portata generale, è applicabile tanto sotto il profilo della titolarità apparente dell'azienda in effetti ceduta, che sotto quello in cui il venditore inizi a svolgere una attività commerciale concorrente avvalendosi di schermi societari per dissimulare la propria posizione.

Sono poi inammissibili le ulteriori censure in base alle quali il ricorrente sostiene che il fatto di essere divenuto socio di minoranza di una impresa familiare che commerciava in diverse tipologie merceologiche, di cui solo una nella misura del 25% era costituita da prodotti ortofrutticoli costituenti l'oggetto dell'azienda da lui ceduta, escludeva la violazione dell'art. 2557 c.c.

La Corte ha a più riprese affermato che, il divieto sancito dall'art. 2557 c.c., riveste carattere di relatività: nel senso che, pur nel limite temporale da essa previsto (cinque anni),

e pur nell'ambito dell'identica attività mercantile, l'operatività del divieto rimane subordinata a un giudizio d'idoneità (della nuova impresa a sviare la clientela di quella ceduta), che va apprezzato caso per caso dal giudice con riguardo all'ubicazione (della nuova impresa) e ad ogni altra circostanza influente, e che non può, per sua stessa natura, non assumere carattere discrezionale.

Gli effetti. Nel caso di specie, la Corte d'appello con argomentazione adeguata ed esaustiva ha accertato che Caio pochi mesi dopo la cessione dell'azienda a Tizio era entrato con una quota minoritaria del 20% nella impresa familiare, la cui quota di maggioranza (51%) era detenuta dalla sorella e di cui faceva parte anche la moglie del ricorrente ed il nipote, che gestiva minimercati alimentari sulla medesima strada dell'azienda ceduta ed a poca distanza da essa.

La Corte d'appello ha accertato poi sulla base degli elementi acquisiti in giudizio, che i Caio ha di fatto gestito in proprio il settore ortofrutticolo del supermercato ove era giornalmente presente provvedendo agli acquisti dei prodotti, all'allestimento dello stand, a sottoscrivere le bolle ed a consigliare i clienti.

Inoltre il nome del ricorrente veniva pubblicizzato radiofonicamente ed era impresso sulle buste di plastica usate per contenere i prodotti ortofrutticoli ove in alcuni casi era riportato anche l'indirizzo dell'esercizio ceduto al resistente.

Trattasi di valutazione in fatto, adeguatamente motivata sotto il profilo logico-giuridico, che non si presta a sindacato in sede di legittimità.

La Cassazione rigetta il ricorso.

Invenzioni industriali dei dipendenti: quando è dovuta la retribuzione

Cassazione civile, Sez. lav., 25 giugno 2014, n. 14371 – Pres. Lamorgese – Rel. Lorito – P.M. Celeste (conf.) – Sempronio c. Thyssen Krupp Acciai Speciali Terni s.p.a.

Invenzioni industriali – Dipendenti – Modelli di utilità – Invenzione di servizio – Invenzione d'azienda

La questione: se l'art. 23 del R.D. n. 1127/1939 distingue la c.d. *invenzione di servizio*, effettuata durante l'esecuzione o l'adempimento di un contratto o di rapporto di lavoro o di impiego, prevista come oggetto del rapporto e a tale scopo retribuita, dalla c.d. *invenzione d'azienda* che, pur effettuata nell'esecuzione di rapporto di lavoro, prevede che all'inventore venga corrisposto un equo premio determinato in base all'importanza della stessa, nel primo caso di *invenzione di servizio*, il lavoratore è già retribuito in base al contratto e non ha diritto al premio?

Il fatto. La Corte d'appello di Perugia respinge l'appello proposto da Sempronio nei confronti della Thyssen Krupp Acciai Speciali Terni s.p.a. avverso la pronuncia del Tribunale di Terni con la quale era stata respinta la domanda intesa a conseguire il riconoscimento dell'equo premio previsto dal R.D. n. 1127/1939, art. 23, 2° comma, in relazione ad otto *invenzioni d'azienda*, realizzate nel corso del rapporto di lavoro protrattosi dal 30 gennaio 1996 al 21 febbraio 2000.

Nel pervenire a tali conclusioni, il giudice del gravame considerava innanzitutto che l'attività di invenzione costituiva l'oggetto precipuo delle mansioni dirigenziali ascritte al ricorrente sicché, alla stregua delle disposizioni disciplinanti la materia di cui al R.D. n. 1127/1939, doveva ritenersi che l'elevato trattamento economico dallo stesso percepito andava ad integrare l'equo premio previsto dal R.D. n. 1127/1939, art. 23, quale speciale retribuzione volta a compensare proprio quella ricerca di un "*quid novi*" assunta contrattualmente.

Inoltre, la Corte territoriale osservava che tutte le attività espletate da Sempronio per le quali aveva rivendicato il diritto all'equo premio, erano state espletate nel corso della attività di servizio ed in relazione al rapporto di lavoro *inter partes*, che era stato definito con una transazione stilata in data 21 gennaio 2000 e non impugnata.

La Corte procedeva alla disamina dell'atto valutando altresì le ulteriori circostanze desumibili *aliunde* e ritenute idonee a definire l'effettiva volontà delle parti, opinando che, con l'atto transattivo, le parti avessero inteso risolvere ogni controversia, ivi compresa quella relativa al diritto all'equo premio per le invenzioni realizzate nel corso del rapporto.

Avverso tale decisione propone ricorso per cassazione, Sempronio. Resiste con controricorso la società.

La decisione. Il R.D. n. 1127/1939, art. 23, distingue l'ipotesi di cui al 1° comma, secondo cui quando l'invenzione "è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o d'impiego, in cui l'attività inventiva è prevista come oggetto del contratto o del rapporto e a tale scopo retribuita, i diritti derivanti dall'invenzione stessa appartengono al datore di lavoro" (la c.d. *invenzione di servizio*), da quella di cui al 2° comma, in base al quale "se non è prevista una retribuzione in compenso della attività inventiva, e l'invenzione è fatta nell'esecuzione o nell'adempimento di un contratto o di un rapporto di lavoro o d'impiego, i diritti derivanti dall'invenzione appartengono al datore di lavoro, ma all'inventore... spetta un equo premio per la determinazione del quale si terrà conto della importanza dell'invenzione" la c.d. "*invenzione d'azienda*".

La norma si spiega considerando che l'invenzione è realizzata dal dipendente nell'ambito di strutture organizzate dal datore di lavoro e quindi si impone l'esigenza di contemperare due distinti interessi: quello del lavoratore che deve conseguire un concreto riconoscimento del proprio apporto e quello dell'imprenditore volto ad acquisire i risultati di impegni organizzativi e di investimenti economici anche di rilevante entità. Si comprende quindi che, per attuare tale contemperamento, al diritto riconosciuto al datore di lavoro di trarre profitto dall'invenzione (R.D. n. 1127/1939, art. 1) deve corrispondere un sicuro vantaggio per il lavoratore, che si esplica o con l'erogazione di una specifica retribuzione o con l'erogazione di un equo premio, istituti che, pur essendo distinti e diversi hanno en-

trambi la funzione esclusiva di compensare il risultato inventivo conseguito.

Detto vantaggio può essere già stato previsto dalle parti; ed infatti ove queste si accordino nel senso che oggetto dalla prestazione lavorativa è l'invenzione, la retribuzione pattuita sarà necessariamente compensativa dell'invenzione. In tal caso, il risultato inventivo potrà esservi o meno, ma, laddove si verifichi, la retribuzione stabilita vale già a compensarlo, perché è sinallagmatica di tutte le utilità che potranno scaturire, dal momento che in tal senso si è espressa la volontà dalle parti, onde non vi è spazio per l'ulteriore compenso costituito dall'equo premio.

Diversamente, nell'ipotesi della c.d. invenzione d'azienda, la prestazione del dipendente non consiste nel perseguimento di un risultato inventivo, sicché il conseguimento di questo non rientra nell'oggetto dell'attività dovuta, anche se resta pur sempre collegata a questa stessa attività.

La Corte, in numerose pronunce, in coerenza con la prevalente opinione dottrina formata sul tema dibattuto, ha rimarcato che, a parte l'ammissibilità, in via di principio, di forme o comunque di voci o componenti retributive legate al risultato, la previsione dell'art. 23, 1° comma rispetto a quella del 2° comma, va individuata proprio nel fatto che oggetto del contratto sia l'attività inventiva, cioè il particolare impegno per raggiungere un risultato prefigurato dalle parti, dotato dei requisiti della brevettabilità stabiliti dalla legge, e che, a tale scopo sia prevista una retribuzione.

Si è, tuttavia, anche evidenziato come sia compito del giudice di merito quello di accertare – sulla base della interpretazione del contratto basata sui criteri dettati dall'art. 1362 c.c. – se le parti hanno voluto in effetti pattuire una retribuzione che, sia pure in parte, si collochi come corrispettivo dell'obbligo del dipendente di svolgere un'attività inventiva.

Sul piano delle modalità di svolgimento della attività esecutiva, questa Corte ha pure sottolineato che l'indagine volta ad accertare l'effettivo dispiegarsi della volontà delle parti, non può operare "ex post", quando l'invenzione è stata conseguita, perché con questo criterio si dovrebbe considerare pattuita l'attività inventiva in tutti i casi in cui la prestazione lavorativa abbia dato luogo, comunque, ad un'invenzione, ma secondo un criterio "ex ante", sull'effettivo intendimento delle parti, non assumendo al riguardo rilievo la maggiore o minore probabilità che dall'attività lavorativa pattuita, scaturisca l'invenzione. Di tal che, ogni-

qualvolta sia probabile quel risultato, si dovrebbe automaticamente considerare come rientrante nella previsione contrattuale.

Gli effetti. Deve quindi ritenersi del tutto ineccepibile l'impianto dell'interpretazione logico sistematica relativa all'assetto negoziale *inter partes*, come definito dalla Corte di merito che, muovendo proprio dal dato letterale del contratto, ha osservato come la stessa cospicua entità del trattamento economico complessivo riconosciuto a Sempronio risultasse giustificata proprio in ragione dell'oggetto della prestazione, consistente nello sviluppo di nuovi prodotti e/o applicazioni attraverso l'innovazione dei cicli e tecnologia di processo, e nella ideazione e progettazione di prodotti o cicli di fabbricazione complessi, come definito dall'O.S. n. 22 del 7 ottobre 1996 (di poco successivo al contratto di assunzione). Di guisa che doveva la relativa pattuizione ritenersi ancorata proprio al particolare impegno richiesto al dirigente, in quanto diretto ad un risultato creativo.

Tale conclusione – in questa sede non sindacabile perché esente da vizi logici – che l'attività dedotta in contratto era una attività di progettazione connotata da finalizzazione alla ricerca di soluzioni tecniche di tipo inventivo risulta coerente con l'applicazione di detti criteri di interpretazione della volontà delle parti contrattuali oltre che con il tenore del dettato normativo di cui al succitato R.D. n. 1127/1939, art. 23, 1° comma, che, con riferimento alla "invenzione di servizio", sancisce che "l'attività inventiva" sia prevista come oggetto del contratto o del rapporto e a tale scopo retribuita". Con ciò è rimasto, quindi, dimostrato che il risultato inventivo raggiunto da Sempronio rientrava tra gli obiettivi prefigurati dalle parti, attraverso le mansioni affidategli, il che spiega anche il motivo per cui era stato previsto un corrispettivo idoneo a compensare anche un contenuto inventivo dell'attività espletata.

Correttamente, quindi, la Corte territoriale ha orientato in questa direzione la sua indagine di merito, giungendo alla conclusione che la previsione di interventi progettuali rientrava nelle competenze lavorative, in maniera congrua remunerata anche in ragione del contenuto particolarmente pregnante delle funzioni progettuali, ed escludendo il diritto all'equo premio previsto dal R.D. n. 1127/1939, art. 23, 2° comma.

La Corte rigetta il primo motivo e dichiara assorbiti gli altri.

Illecita somministrazione di test ai candidati per la scelta di un dirigente tecnico

Cassazione civile, Sez. I, 11 giugno 2014, n. 13219 – Pres. Vitrone – Rel. Didone – P.M. Salvato (conf.) – Cispel Lombardia Services s.r.l. c. Garante per la Protezione dei dati personali e altri

Protezione dei dati personali – Soggetti titolari – Soggetti responsabili – Soggetti incaricati del trattamento

La questione: è illecita la somministrazione di test ai candidati alla selezione di un dirigente tecnico contenenti specifiche richieste anche in merito ai rapporti affettivi, alla loro stabilità, alla vita sessuale, alle condizioni di salute psico-fisica, ad eventuali interruzioni di gravidanza, ad abitudini personali (alimentari, fumo, consumo di alcolici o droghe), a tentativi di suicidio anche solo presi in considerazione, a precedenti giudiziari?

Il fatto. Il Tribunale di Milano ha rigettato l'opposizione proposta dalla s.r.l. Cispel Lombardia Services contro il provvedimento in data 21 luglio 2011 con il quale il Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi del

D.Lgs. n. 196/2003, art. 143, 1° comma, lett. c), e art. 154, 1° comma, lett. d), aveva dichiarato illecita la somministrazione di test ai candidati alla selezione di un dirigente tecnico da inserire nell'organico dell'Aler di Brescia, effet-

tuata per conto di quest'ultimo ente dalla Cispel Lombardia Services s.r.l. e dalla Dott.ssa Caia; vietando il trattamento dei dati personali (anche sensibili e anche risultanti da curricula) ricavati dalla somministrazione dei test e disponendo la trasmissione del provvedimento adottato al Ministero del Lavoro ed all'Autorità Giudiziaria per quanto di loro competenza.

Il Tribunale ha disatteso le censure della società oppo- nente la quale aveva dedotto di non poter essere ritenuta titolare o contitolare del trattamento dei dati personali con specifico riferimento a quelli acquisiti autonomamente – dalla Dott.ssa Caia con la somministrazione dei test psicologici ai candidati, avendo essa provveduto alla sola raccolta dei curricula rispetto ai quali non è dovuta alcuna informativa specifica e che il trattamento dei dati contenuti nei curricula dei candidati ad essa trasmessi, sarebbe comunque avvenuto con il consenso degli interessati, da ritenersi implicito nella stessa trasmissione del curriculum da parte di ciascuno.

Contro la sentenza la s.r.l. Cispel Lombardia Services ha proposto ricorso per cassazione.

Resiste con controricorso il Garante per la protezione dei dati personali.

La decisione. Ai sensi del D.Lgs. n. 196/2003, art. 4, per “titolare” del trattamento si intendono: la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo cui competono, anche unitamente ad altro titolare, le decisioni in ordine alle finalità, alle modalità del trattamento di dati personali e agli strumenti utilizzati, ivi compreso il profilo della sicurezza; per “responsabile” del trattamento si intendono: la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione e qualsiasi altro ente, associazione od organismo preposti dal titolare al trattamento di dati personali; per “incaricati” del trattamento si intendono: le persone fisiche autorizzate a compiere operazioni di trattamento dal titolare o dal responsabile.

Nella concreta fattispecie il giudice del merito – con ampia e logica motivazione – ha accertato, in fatto, un contratto di collaborazione per le attività di selezione di personale ed in particolare per la ricerca di un dirigente tecnico rispetto alla quale sono stati pubblicati annunci con indicazione agli interessati di inviare i curricula.

I test e questionari contenevano specifiche richieste anche in merito ai rapporti affettivi, alla loro stabilità, alla vita

sessuale, alle condizioni di salute psico-fisica, ad eventuali interruzioni di gravidanza, ad abitudini personali (alimentari, fumo, consumo di alcolici o droghe), a tentativi di suicidio anche solo presi in considerazione, a precedenti giudiziari; il tutto in violazione della L. n. 300/1970, art. 8; D.Lgs. n. 276/2003, art. 10, e D.Lgs. n. 196/2003, art. 11, 1° comma, lett. a).

Osserva inoltre la Corte che il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, art. 6, 2° comma, lett. a), convertito, con modificazioni, dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, ha aggiunto al D.Lgs. n. 196/2003, art. 13, il seguente comma: “5-bis. L’informativa di cui al 1° comma non è dovuta in caso di ricezione di curricula spontaneamente trasmessi dagli interessati ai fini dell’eventuale instaurazione di un rapporto di lavoro. Al momento del primo contatto successivo all’invio del curriculum, il titolare è tenuto a fornire all’interessato, anche oralmente, una informativa breve contenente almeno gli elementi di cui al 1° comma, lett. a), d) ed f)”. Con la stessa disposizione è stata modificata la norma (art. 26, 3° comma, lett. b *bis*) relativa al consenso al trattamenti dei dati contenuti nei curricula spontaneamente trasmessi.

Il giudice del merito ha rilevato che nessuna informativa successiva al primo contatto risulta esser stata fornita e, comunque, è assorbente il rilievo per il quale la modifica legislativa è successiva ai fatti oggetto del provvedimento del Garante, il quale ha attivato il procedimento su notizie apparse sulla stampa nel maggio 2011, in relazione alla selezione già espletata.

Gli effetti. Il trattamento illecito è avvenuto prima dell’entrata in vigore della norma invocata, così come rilevato dal Tribunale, il quale ha altresì evidenziato che non si trattava di curricula inviati di iniziativa degli interessati, ma solo a seguito di annuncio di lavoro pubblicato su quotidiani ad impulso dell’ente interessato all’assunzione. Come ha ricordato il P.G., secondo questa Corte, in tema di illeciti amministrativi, l’adozione dei principi di legalità, irretroattività e divieto di analogia, di cui alla L. n. 689/1981, art. 1, comporta l’assoggettamento del fatto alla legge del tempo del suo verificarsi, con conseguente inapplicabilità della disciplina posteriore eventualmente più favorevole. A nulla rileva che detta più favorevole disciplina, successiva alla commissione del fatto, sia entrata in vigore anteriormente all’emanazione del provvedimento di accertamento.

Il ricorso, dunque, deve essere rigettato.

■ Licenziamento per giustificato motivo

Cassazione civile, Sez. lav., 11 giugno 2014, n. 13112 – Pres. Vidiri – Rel. Berrino – P.M. Matera (conf.) – Tizio, Caio e Mevio c. A.N.F.F.A.S – ONLUS di Salerno

Lavoro (Rapporto) – Licenziamento – Giustificato motivo – Datore di lavoro: “organizzazione di tendenza”

La questione: in ipotesi di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo determinati da ragioni inerenti all’attività produttiva, il datore di lavoro è gravato dall’onere di provare, con riferimento alla capacità professionale del lavoratore e all’organizzazione aziendale esistente al momento del recesso, l’impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che il medesimo svolgeva?

Il fatto. Il giudice del lavoro del Tribunale di Salerno, in accoglimento della domanda di Tizio, Caio e Mevio, dichiarò l’illegittimità dei licenziamenti ai medesimi intimati, dal-

l’Associazione A.N.F.F.A.S – ONLUS di Salerno ed ordinò la loro reintegra nei posti di lavoro, con le conseguenze risarcitorie.

La Corte d'appello di Salerno, in parziale accoglimento dell'impugnazione della predetta Associazione, ha ribadito l'illegittimità dei licenziamenti per violazione del cosiddetto obbligo di "repechage" da parte della datrice di lavoro e l'ha condannata a riassumere i suddetti dipendenti entro il termine di tre giorni o a risarcire loro il danno, determinato nella misura di cinque mensilità dell'ultima retribuzione di fatto, in quanto ha ritenuto che la natura di "organizzazione di tendenza" propria dell'associazione appellante rendeva inapplicabile nei suoi confronti il meccanismo della tutela reale di cui alla L. n. 300/1970, art. 18.

Per la cassazione della sentenza ricorrono i predetti lavoratori. Resiste con controricorso l'Associazione A.N.F.F.A.S. – ONLUS, la quale propone, a sua volta, ricorso incidentale.

La decisione. I motivi del ricorso principale che possono essere esaminati congiuntamente per ragioni di connessione sono infondati.

Invero, dalla lettura della motivazione della sentenza impugnata emerge che la Corte d'appello ha avuto modo di esaminare in maniera adeguata, alla luce degli atti di causa sottoposti al suo vaglio, le caratteristiche proprie dell'associazione A.N.F.F.A.S. – ONLUS prima di pervenire al convincimento che la stessa rientrava tra le cosiddette organizzazioni di tendenza che, non essendo contraddistinte dal carattere dell'imprenditorialità e dallo scopo lucro, non soggiacciono ai vincoli della tutela reale in materia di licenziamenti di cui alla L. n. 300/1970, art. 18.

Infatti, all'esito dell'istruttoria svolta su documenti e prove orali, la Corte ha accertato che nella gestione dell'associazione in esame era prevalente lo scopo sociale altruistico, quale quello di promozione e tutela dei diritti intellettivi e relazionali dei portatori di "handicap" e delle loro famiglie, con facoltà di ricorrere, nei limiti stabiliti dal D.Lgs. n. 460/1997, art. 2, a raccolte pubbliche di fondi, e che la stessa era ispirata al criterio di economicità funzionalmente diretto all'equilibrio tra costi e ricavi, fermo restando il divieto di distribuire in modo indiretto eventuali utili o avanzi di gestione.

Inoltre, la stessa Corte ha spiegato che, nonostante il fatto che l'associazione rendesse prestazioni in regime di convenzione col Servizio Sanitario Nazionale, alcune delle strutture attraverso le quali essa operava, quale la soppressa "Casa di famiglia", non avevano neppure potenzialmente alcuna attitudine all'autofinanziamento, dipendendo totalmente, per i servizi erogati (mensa e trasporto attività culturali), dall'attività di finanziamento di privati e dal volontariato.

Gli effetti. D'altra parte, la Cassazione (Cass., Sez. lav., n. 11777 del 27 maggio 2011) ha statuito che "in tema di licenziamento, l'applicazione della disciplina prevista per le cosiddette organizzazioni di tendenza dalla L. n. 108 del 1990, art. 4, (con conseguente esclusione, nei loro confronti, della tutela reale di cui alla L. n. 300 del 1970, art. 18, modif. dalla stessa L. n. 108 del 1990, art. 1), presuppone l'accertamento in concreto, da parte del giudice di merito, della presenza dei requisiti tipici dell'organizzazione di tendenza, definita come datore di lavoro non imprenditore che svolge, senza fini di lucro, attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione e di culto e, più in generale, qualunque attività prevalentemente ideologica, purchè in assenza di una struttura imprenditoriale." (conforme a Cass., sez. lav., n. 24437 del 2 dicembre 2010 emessa all'esito di giudizio che interessava l'associazione A.N.F.F.A.S. – ONLUS di Novi Ligure).

Nella fattispecie tale accertamento risulta essere stato correttamente eseguito ed illustrato sulla base dei dati istruttori raccolti nel processo e, pertanto, sfugge a qualsiasi rilievo di legittimità. Pertanto, il ricorso principale va rigettato.

Anche il ricorso incidentale è infondato.

Secondo la giurisprudenza in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo determinati da ragioni inerenti all'attività produttiva, il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento alla capacità professionale del lavoratore ed alla organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato), l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva, giustificandosi il recesso solo come "*extrema ratio*".

Alla luce di tale preciso e consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte rimane, pertanto, destituito di fondamento il rilievo principale sul quale poggia la costruzione difensiva dell'associazione, vale a dire che non ricadeva su di essa l'onere di dimostrare la possibilità di utile reimpiego dei lavoratori licenziati. Ne consegue che restano assorbite le ulteriori doglianze attraverso le quali la ricorrente cerca di individuare asserite contraddizioni o insufficienze nel ragionamento seguito dalla Corte territoriale nella rappresentazione degli elementi che evidenziano, al contrario, il mancato assolvimento dell'onere primario della datrice di lavoro di aver tentato inutilmente un "*repechage*" dei suoi dipendenti licenziati.

Pertanto, anche il ricorso incidentale va rigettato.

Separazione dei coniugi e assegno di mantenimento

Cassazione civile, Sez. VI-1, 10 giugno 2014, n. 13026 – Pres. Di Palma – Rel. Bisogni – P.M. N.N. – Tizio c. Caia

Separazione dei coniugi – Alimenti e mantenimento – Criteri di determinazione

La questione: in materia di separazione personale dei coniugi, ai fini della determinazione dell'assegno di mantenimento, occorre tener conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiede l'assegno, qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta nel corso della vita matrimoniale?

Il fatto. Il Tribunale di Siena ha dichiarato l'addebito della separazione dei coniugi Tizio e Caia a carico del primo e ha

determinato l'assegno di mantenimento in 900 Euro mensili.

La Corte di appello di Firenze ha revocato la pronuncia di addebito confermando le altre statuizioni, tra cui l'assegno di mantenimento.

Ricorre per cassazione Tizio, che chiede la pronuncia di addebito della separazione a carico di Caia e, in ogni caso, l'esclusione del diritto all'assegno di mantenimento o, in subordine, la sua riduzione. Si difende Caia che propone a sua volta ricorso incidentale.

La decisione. Entrambi i ricorsi consistono in censure di merito alla decisione della Corte di appello che, oltre a non evidenziare alcuna effettiva violazione di legge, al di là della semplice indicazione delle norme nella intestazione dei motivi, non sono in grado di mettere in discussione la completezza e logicità della motivazione con la quale la Corte di appello è pervenuta in primo luogo ad escludere che il comportamento delle parti sia stato tale da causare la intollerabilità della convivenza e giustificare a loro carico una pronuncia di addebito della separazione.

Da un lato, infatti, la lunghissima permanenza di Tizio nella condizione di studente non è stata ritenuta dalla Corte di appello una condotta tale da poter costituire la causa della intollerabilità della convivenza e della separazione anche in presenza di un costante intervento di sostentamento economico da parte dei genitori di Tizio alle esigenze della famiglia del figlio.

D'altra parte, la Corte di appello ha messo in rilievo come non sia censurabile la scelta di Caia di non rinunciare al proprio posto di lavoro per seguire Tizio presso la sede della sua prima occupazione conseguita.

Quanto al diritto di Caia all'assegno di mantenimento nella misura sopra indicata, la Corte d'appello ha riscontrato la sperequazione notevole dei redditi dei coniugi, rilevando l'aspettativa della moglie di fruire dei naturali sviluppi della situazione reddituale del marito conseguente al suo lunghissimo, ma in definitiva proficuo, ciclo di studi e ha riscontrato altresì, l'infondatezza della asserzione relativa all'importanza del patrimonio immobiliare di Caia e alla modestia del tenore di vita della coppia in costanza di matrimonio.

La Corte condivide la relazione specificamente per quanto concerne la ritenuta infondatezza dei ricorsi.

In particolare la Corte d'appello ha puntualizzato in comportamenti ben definiti le dedotte cause di addebito della separazione, non valorizzando le censure di disinteresse e di inidoneità al ruolo maritale e genitoriale, perché generiche e implicant una valutazione incompatibile con la natura del giudizio di separazione. È pervenuta quindi a non ritenere addebitabile la separazione a nessuno dei coniugi, atteso che né la protrazione del percorso di studi universitari di Tizio (iniziato pressoché contemporaneamente all'epoca del suo matrimonio e della sua paternità) né la sua ostinazione nel perseguire tale percorso rendendo la sua famiglia dipendente dall'aiuto economico dei genitori, né la volontà di Caia di non seguire il marito rinunciando a trasferirsi in Basilicata, dove nel 2007 aveva iniziato a lavorare stabilmente presso la ASL per non perdere a sua volta l'occupazione lavorativa acquisita di recente presso una cooperativa di servizi, sono state considerate come cause generatrici della non tollerabilità della convivenza dei coniugi. Tale valutazione di merito non viene messa in discussione, né dal ricorso principale né da quello incidentale, con specifiche e pertinenti deduzioni di violazioni di legge ovvero, alla stregua della ricorribilità per cassazio-

ne ex art. 360 c.p.c., n. 5, con precise deduzioni di omissioni di valutazione, ma piuttosto con riferimento a comportamenti privi di concretezza e valutabilità oggettiva ovvero riferibili a un passato remoto che la successiva convivenza e solidarietà fra i coniugi smentiscono aver prodotto la causa della separazione.

Gli effetti. Il diritto al mantenimento a seguito di separazione personale sorge, in favore del coniuge al quale questa non sia addebitabile, ove egli non fruisca di redditi che gli consentano di mantenere un tenore di vita analogo a quello che aveva durante il matrimonio. Nel valutare tale presupposto, tuttavia, il giudice dovrà tenere conto di ogni tipo di reddito disponibile da parte del richiedente, ivi compresi quelli derivanti da elargizioni da parte di familiari che erano in corso durante il matrimonio con carattere di regolarità e continuità tali da influire in maniera stabile e certa sul tenore di vita dell'interessato.

Tale giurisprudenza, applicabile al caso in esame sotto il profilo della determinazione del tenore di vita goduto dai coniugi in costanza di matrimonio, non è in contraddizione con quella richiamata dal ricorrente che si riferisce alla valutazione del reddito del soggetto obbligato alla corresponsione dell'assegno di mantenimento perché, in tal caso, viene in gioco un elemento (il reddito dell'obbligato) cui deve essere attribuito un carattere di stabilità destinato a valere nel tempo futuro e che non può derivare da un evento incerto e non dipendente dalla volontà dell'obbligato qual è necessariamente l'elargizione di liberalità in suo favore, sia pure da parte dei suoi familiari, laddove, invece, la fruizione costante di tali elargizioni nel corso del matrimonio ha oggettivamente prodotto un tenore di vita della coppia che non può non essere preso in considerazione ai fini della valutazione richiesta dall'art. 156 c.c., e dalla giurisprudenza consolidata in materia.

Nella determinazione dell'assegno di mantenimento occorre tenere conto degli eventuali miglioramenti della situazione economica del coniuge nei cui confronti si chiede l'assegno, qualora costituiscano sviluppi naturali e prevedibili dell'attività svolta durante il matrimonio in quanto, nel caso in esame, vi è stata sicuramente una aspettativa, che è durata per tutto il matrimonio, di una futura acquisizione di un reddito stabile, e proprio di un professionista qualificato, in relazione al lungo percorso formativo seguito da Tizio nel corso della convivenza matrimoniale. In tema di assegno di mantenimento a favore del coniuge separato privo di adeguati redditi propri, ai sensi dell'art. 156 c.c., è altresì consolidata la giurisprudenza di questa Corte nell'affermare che il tenore di vita al quale va rapportato il giudizio di adeguatezza dei mezzi a disposizione del coniuge richiedente è quello offerto dalle potenzialità economiche dei coniugi durante il matrimonio, quale elemento condizionante la qualità delle esigenze e l'entità delle aspettative del richiedente e, pertanto, ai fini dell'imposizione e della determinazione dell'assegno, occorre tener conto dell'incremento dei redditi di uno di essi anche se verificatosi nelle more del giudizio di separazione, in quanto durante la separazione personale non viene meno la solidarietà economica che lega i coniugi durante il matrimonio e che comporta la condivisione delle reciproche fortune nel corso della convivenza.

I ricorsi riuniti vanno pertanto entrambi respinti perché infondati.

Avvocato radiato, pluralità di difensori e comunicazione dell'udienza ai difensori

Cassazione civile, Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12924 – Pres. Rovelli – Rel. Di Amato – P.M. Velardi (conf.) – Avv. Mevio c. Consiglio dell'ordine degli Avvocati di Cosenza

Processo civile – Pluralità di difensori – Comunicazione dell'udienza – Sufficienza anche ad uno solo delio difensori.

La questione: la nomina di una pluralità di procuratori, benché non espressamente prevista nel processo civile, è certamente consentita, fermo restando il carattere unitario della difesa, con la conseguenza che è sufficiente la comunicazione dell'udienza *ex art. 377 c.p.c.* ad uno solo dei procuratori costituiti?

Il fatto. Il Consiglio Nazionale Forense rigettava il ricorso proposto dall'avv. Mevio avverso la decisione con cui il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Cosenza, che gli aveva inflitto la sanzione disciplinare della radiazione per fatti, rimasti accertati in sede penale, consistiti nell'utilizzazione a fini personali e professionali di personale dipendente della Lega Tumori (della cui sede provinciale di Cosenza l'incolpato era Presidente), e precisamente di borsisti e di obiettori di coscienza destinati dal Ministero della Difesa a prestare servizio civile sostitutivo presso la Lega.

In particolare, il C.N.F. osservava quanto segue: 1) l'eccezione di prescrizione dell'azione disciplinare, era infondata poiché il relativo termine quinquennale decorreva soltanto dal definitivo accertamento dei fatti in sede penale; 2) la sanzione disciplinare della radiazione era prevista dal R.D.L. n. 1578/1933, art. 41, 1° comma, lett. a) per l'avvocato che con la sua condotta compromette la propria reputazione e la dignità della classe forense; 3) la sentenza penale irrevocabile di condanna ha, ai sensi dell'art. 653 c.p.c., efficacia di giudicato nel procedimento disciplinare, quanto alla accertata sussistenza del fatto, alla sua illiceità penale ed all'affermazione che l'imputato lo ha commesso; 4) esattamente il C.O.A. di Cosenza aveva ritenuto la rilevanza dei fatti accertati con riferimento al R.D.L. n. 1578/1933, artt. 12, 38, 41 e 44.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso per cassazione l'avv. Mevio.

Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Cosenza non ha svolto attività difensiva.

La decisione. Il difensore dell'avv. Mevio, ha pregiudizialmente eccepito la mancata comunicazione dell'avviso d'udienza tanto al codifensore del foro di Cosenza, quanto alla parte personalmente nel suo domicilio eletto presso lo studio, in Roma, ed ha conseguentemente chiesto il rinvio della causa a nuovo ruolo.

L'eccezione è infondata sotto entrambi i profili. Anzitutto, ai sensi dell'art. 170 c.p.c., 1° comma, dopo la costituzione in giudizio tutte le notificazioni e le comunicazioni si fanno al procuratore costituito, salvo che la legge disponga altrimenti. Ne consegue che destinatario della comunicazione d'udienza, prevista dall'art. 377 c.p.c., è il procuratore costituito e non la parte; pertanto, il luogo che rileva ai fini di detta comunicazione è il domicilio (reale o eletto) del procuratore, non il domicilio eletto dalla parte.

Quanto, poi, alla mancata comunicazione dell'udienza al secondo procuratore, si deve premettere che il codice di procedura civile non disciplina l'ipotesi della nomina di una pluralità di difensori, diversamente da quello di procedura penale (art. 96), che attribuisce all'imputato il diritto di nominare non più di due difensori di fiducia; ne consegue la non trasferibilità nel processo civile del principio secondo cui, in caso di nomina di due difensori, la

concreta estrinsecazione del diritto di difesa è salvaguardata solo se entrambi, con gli opportuni avvisi, siano stati autonomamente posti in grado di esercitare il loro mandato. Nel processo civile, infatti, la difesa, ancorché affidata a più avvocati, resta unitaria.

Più precisamente, quando la parte sia costituita in giudizio con più procuratori, è principio consolidato nella giurisprudenza civile della Corte che, se il mandato è disgiunto, ciascuno dei nominati procuratori, indipendentemente dal fatto che si tratti o meno del procuratore domiciliatario, ha pieni poteri di rappresentanza processuale, con la conseguenza che la notificazione (o, come nel caso di specie, la comunicazione) di atti processuali ad uno solo di essi è idonea a produrre gli effetti che ad essa sono connessi e che, per converso, ciascuno dei nominati procuratori è legittimato al compimento degli atti processuali per conto della parte.

L'affermazione dell'irrelevanza del carattere disgiuntivo o congiuntivo del mandato conferito ad una pluralità di procuratori, ai fini della legittimazione di ciascuno di essi a ricevere la notificazione o la comunicazione di atti processuali, deve essere condivisa. Invero, l'eventuale carattere congiuntivo del mandato assume rilievo soltanto ai fini della riferibilità alla parte dell'attività processuale svolta dal singolo procuratore i cui poteri in questo caso non sono pieni, richiedendo il concorso dell'altro o degli altri procuratori nominati. Allargando lo sguardo alla rappresentanza processuale non tecnica, si deve osservare che l'eventuale carattere congiuntivo di questa comporta la necessità che le determinazioni circa le attività da compiersi siano assunte da tutti i rappresentanti, in coerenza con lo scopo di assicurare una convergenza di vedute sull'opportunità di compiere un atto; analoga limitazione, tuttavia, non può valere per il lato passivo della rappresentanza, dal momento che l'essere destinatario di atti non comporta alcuna attività volitiva ed il dare rilievo al carattere congiuntivo del mandato comporterebbe soltanto un ingiustificato aggravamento delle attività dei terzi nei rapporti con il rappresentato. Gli stessi principi valgono per la rappresentanza tecnica.

Gli effetti. In conclusione, la nomina di una pluralità di procuratori, ancorché non espressamente prevista nel processo civile, è certamente consentita, non ostandovi alcuna disposizione di legge e fermo restando il carattere unitario della difesa; tuttavia, detta rappresentanza tecnica, indipendentemente dal fatto che sia congiuntiva o disgiuntiva, nel lato passivo esplica i suoi pieni effetti rispetto a ciascuno dei nominati procuratori, mentre, sempre con riguardo al lato passivo della rappresentanza, l'eventuale carattere congiuntivo del mandato professionale opera soltanto nei rapporti tra la parte ed il singolo procuratore, onerato verso la prima dell'obbligo di informare l'altro o gli altri procuratori. Ne consegue la sufficienza della comunicazione d'u-

dienza ex art. 377 c.p.c. ad uno solo dei procuratori costituiti.

Venendo, infine, all'esame del ricorso, se ne deve dichiarare l'inammissibilità per la totale mancata esposizione sommaria dei fatti della causa, prescritta dall'art. 366 c.p.c., 1° comma, n. 3, con disposizione che trova applicazione anche ai ricorsi proposti avverso le decisioni del Con-

siglio Nazionale Forense, con conseguente inammissibilità quando il ricorso non contiene alcuna esposizione in fatto e dal contesto non si evince neppure, come nella specie, quale sia l'illecito disciplinare addebitato all'avvocato e quali le ragioni di fatto e di diritto poste alla base della decisione.

Rette di degenza-ricovero di soggetti deboli. Giurisdizione

Cassazione civile, Sez. un., 9 giugno 2014, n. 12923 – Pres. Rovelli – Rel. Di Amato – P.M. Velardi (conf.) – Comune di Castelmezzano c. Fondazione di Culto e Religione Piccolo Rifugio Onlus

Competenza e giurisdizione in materia civile – Spese sanitarie dovute dai comuni – Ricollegate a presupposti legislativi e non a provvedimenti amministrativi – Giurisdizione del giudice ordinario

La questione: le controversie sulle spese di natura socio-assistenziale per il ricovero dei soggetti c.d. deboli secondo le esplicite previsioni normative appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o a quella ordinaria?

Il fatto. La Corte d'appello di Venezia confermava la sentenza con cui il Tribunale della stessa città – sezione distaccata di San Dona di Piave – aveva rigettato l'opposizione proposta dal Comune di Castelmezzano avverso l'ingiunzione di pagare alla Fondazione di Culto e Religione Piccolo Rifugio Onlus (d'ora in avanti Fondazione) la somma di Euro 18.317,12 per le prestazioni socio-assistenziali connesse al ricovero di una persona disabile. In particolare, la Corte di appello osservava che: 1) la giurisdizione appartiene al giudice ordinario, atteso che la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblici servizi non si estende – a seguito della sentenza n. 204/2004 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità del D.Lgs. n. 80/1998, art. 33 così come modificato dalla L. n. 205/2000 – a questioni, come quella di specie, relative a indennità, canoni ed altri corrispettivi; 2) la competenza appartiene al Tribunale adito; 3) l'obbligazione di pagamento grava sul Comune quale sede del domicilio di soccorso (L. n. 6272/1890) e quale comune di residenza della persona assistita (L. n. 328/2000, art. 6), come riconosciuto dal Comune (atto del 31 ottobre 1996) per cui sono illegittimi i successivi provvedimenti con i quali il Comune aveva disposto la sospensione dei pagamenti; 4) la natura socio assistenziale delle prestazioni risulta dalla documentazione prodotta; 5) lo stato di indigenza della persona disabile non è in discussione; 6) il *quantum* richiesto corrisponde alle rette vigenti nell'istituto, detratte le somme percepite dalla Fondazione attraverso il reddito dell'assistita.

Il Comune propone ricorso per cassazione. La Fondazione resiste con controricorso.

La decisione. Con il primo motivo il ricorrente Comune ripropone la questione di giurisdizione, lamentando l'omessa considerazione, da parte della Corte territoriale, del fatto che la controversia coinvolge la verifica dell'azione autoritativa della Pubblica Amministrazione sul rapporto sottostante, con riferimento, in particolare, ai presupposti per l'erogazione della spesa che richiedono una delibera del consiglio comunale o della giunta.

Il motivo è infondato. La Corte si è pronunciata più volte sulla questione della giurisdizione sulle controversie patrimoniali aventi ad oggetto le spese di natura socio assistenziale relative al ricovero di soggetti c.d. deboli, affermando

che, in tema di controversie patrimoniali tra comuni ed enti erogatori circa gli obblighi di assistenza deve escludersi l'esistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 204/2004, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 33 come sostituito dalla L. 21 luglio 2000, n. 205, art. 7, lett. a), nella parte in cui attribuiva al giudice amministrativo l'intera materia dei pubblici servizi, a prescindere dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte. Ne consegue che le controversie relative ad obbligazioni assistenziali appartengono alla giurisdizione dell'A.G.O. poiché non afferiscono a rapporti costituiti o modificati da provvedimenti amministrativi, atteso che dette obbligazioni si ricollegano a presupposti prefigurati dalla legge.

Gli effetti. Nella specie, la disciplina legislativa (L.R. Basilicata n. 27/1997, art. 5; Legge Quadro Statale 6 novembre 2000, n. 328, art. 2) configura espressamente le prestazioni assistenziali come oggetto di diritto delle persone che si trovino in stato di bisogno, senza che la nascita di tale diritto sia condizionata all'emanazione di atti discrezionali. La giurisdizione del giudice ordinario è estesa anche, in caso di azione promossa dal soggetto che gestisce la struttura residenziale, alla individuazione del soggetto tenuto al pagamento della quota alberghiera della retta di soggiorno e la determinazione della misura di tale obbligazione. Del tutto estranea al tema della giurisdizione è, naturalmente, l'eventuale assenza di autorizzazioni o di accreditamenti necessari per svolgere in regime di convenzione l'attività di gestione di strutture residenziali (L. n. 328/2000, art. 11). Tale eventuale assenza, infatti, esclude non la giurisdizione, ma la sussistenza del diritto al pagamento delle rette di soggiorno.

Inoltre, il ricorrente deduce che l'ente deputato all'erogazione del contributo per le prestazioni rese è l'ASL, e non il Comune. La doglianza è inammissibile. Infatti, è certamente una questione di merito, non prospettabile in questa sede, la riconducibilità delle prestazioni rese alla persona assistita nell'ambito delle prestazioni socio assistenziali a rilevanza sanitaria di competenza del Comune (L. n. 502/1992, art. 3 *septies*, 6° comma) ovvero nell'ambito di quelle socio sanitarie ad elevata integrazione sanitaria di competenza dell'ASL.

La giurisdizione è del giudice ordinario.

Responsabilità civile del debitore che si avvale di terzi anche se non lavoratori subordinati

Cassazione civile, Sez. III, 6 giugno 2014, n. 12833 – Pres. Amatucci – Rel. Scarano – P.M. Corasaniti (conf.) – Comune di Torino c. società Allianz s.p.a. e società Ace European Group Ltd.

Danni in materia civile – Centro estivo comunale – Affidamento dei minori da parte dei genitori – Danni subiti dal minore – Responsabilità del Comune

La questione: il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro, a prescindere dalla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato?

Il fatto. La fattispecie ha ad oggetto la responsabilità dell'Amministrazione Comunale per il danno subito dal minore in conseguenza della condotta colposa del terzo prestatore della cui attività si sia avvalsa l'Amministrazione medesima per l'adempimento delle prestazioni ricreative oggetto del contratto stipulato con i genitori del minore affidato al centro estivo comunale.

La Corte d'appello di Torino, in parziale accoglimento dei gravami interposti dai genitori – in proprio e nella qualità di esercenti la potestà sul minore (in via principale) e dalla società Lloyd Adriatico s.p.a. (in via incidentale) e in conseguente parziale riforma della pronuncia Trib. Torino, 7 settembre 2006 (di condanna della sig. D.G.V. e della Coopera Uisp s.c.a.r.l. al pagamento, in via solidale, di somma a titolo di risarcimento dei danni sofferti dal minore in conseguenza di sinistro avvenuto, allorquando, in occasione dello svolgimento della manifestazione “Cogli l'estate” patrocinata dal Comune di Torino, veniva colpito al viso dalla maniglia metallica della porta dell'aula della Scuola Elementare richiusa al suo sopraggiungere da altro bambino con il quale si stava rincorrendo al ritorno dalla mensa, nonché della società Ace European Group Ltd a titolo di relativa manleva della Coopera Uisp s.c.a.r.l.), dichiarava responsabile e tenuto al risarcimento dei liquidati danni anche il Comune di Torino.

Il Comune di Torino propone ricorso per cassazione. Resistono con separati controricorsi la società Allianz s.p.a. (già R.A.S. s.p.a., quale conferitaria dell'azienda Lloyd Adriatico s.p.a.), e la società Ace European Group Ltd, che spiega altresì ricorso incidentale.

La decisione. I motivi, che possono congiuntamente esaminarsi in quanto connessi, sono in parte inammissibili e in parte infondati, con la precisazione di seguito indicata.

Va anzitutto osservato che, come questa Corte ha già avuto più volte modo di affermare, in base alla regola generale di cui agli artt. 1228 e 2049 c.c., il debitore il quale nell'adempimento dell'obbligazione si avvale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro.

La responsabilità per fatto dell'ausiliario (e del preposto) prescinde infatti dalla sussistenza di un contratto di lavoro subordinato, essendo irrilevante la natura del rapporto tra i medesimi sussistente ai fini considerati, fondamentale rilevanza viceversa assumendo la circostanza che dell'opera del terzo il debitore comunque si avvalga nell'attuazione della sua obbligazione, ponendo la medesima a disposizione del creditore, sicché la stessa risulti a tale stregua inserita nel procedimento esecutivo del rapporto obbligatorio.

La responsabilità che dall'esplicazione dell'attività di tale terzo direttamente consegue in capo al soggetto che se ne avvale riposa invero sul principio *cuius commoda cuius et incommoda*, o, più precisamente, dell'appropriazione o “avvalimento” dell'attività altrui per l'adempimento della

propria obbligazione, comportante l'assunzione del rischio per i danni che al creditore ne derivino.

Né, al fine di considerare interrotto il rapporto in base al quale è chiamato a rispondere, vale distinguere tra comportamento colposo e comportamento doloso del soggetto agente (che della responsabilità del primo costituisce il presupposto), essendo al riguardo sufficiente (in base a principio che trova applicazione sia nella responsabilità contrattuale che in quella extracontrattuale) la mera occasionalità necessaria.

Il debitore risponde quindi direttamente di tutte le ingiunzioni dannose che al dipendente o al terzo preposto, della cui opera comunque si avvale, sono rese possibili dalla posizione conferitagli rispetto al creditore/danneggiato, e cioè dei danni che può arrecare in ragione di quel particolare contatto cui si espone nei suoi confronti il creditore (nel caso, minore affidato al centro estivo comunale).

La responsabilità di chi si avvale dell'esplicazione dell'attività del terzo per l'adempimento della propria obbligazione contrattuale trova allora fondamento non già nella colpa nella scelta degli ausiliari o nella vigilanza (giusta differente modello di responsabilità, proprio di altre esperienze, invero non accolto in termini generali nel nostro ordinamento), bensì nel rischio connaturato all'utilizzazione dei terzi nell'adempimento dell'obbligazione, fondamentale rilevanza assumendo – come detto – la circostanza che dell'opera del terzo il debitore o il preponente comunque si avvalga nell'attuazione della prestazione dovuta.

Il Comune è pertanto direttamente responsabile allorquando l'evento dannoso risulti come nella specie da ascrivere alla condotta colposa del terzo prestatore (nel caso, vigilatrice) della cui attività si è comunque avvalso per l'adempimento delle prestazioni ricreative oggetto dello contratto stipulato con i genitori del minore affidato al centro estivo comunale, essendo tenuto al risarcimento dei danni dal minore sofferti in conseguenza del comportamento colposo per negligente mantenimento da parte della vigilante della condotta dovuta.

Orbene, dei suindicati principi la corte di merito ha nell'impugnata sentenza fatto invero sostanzialmente corretta applicazione.

In particolare là dove, dopo avere dato atto che “gli attori” hanno nel caso “dimostrato di aver affidato contrattualmente il bambino al Comune di Torino nell'ambito delle attività ricreative estive da questo organizzate”, nonché posto in rilievo che “durante il periodo di affidamento il minore si è infortunato, riportando lesioni”, e cioè allorquando il Comune, “contrattualmente onerato degli obblighi di vigilanza sul minore in costanza di affidamento”, era tenuto a vigilare sulla sicurezza e sull'incolumità dell'allievo nel tempo in cui fruiva della prestazione dedotta in contratto anche al fine di evitare che l'allievo procurasse danno a se stesso”, la corte di merito ha sottolineato che tale ente

non ha fornito la prova, sul medesimo incombente, che l'incidente si sia verificato per causa a sé non imputabile, avendo esso "scrupolosamente e diligentemente adempiuto, anche attraverso i propri incaricati ex art. 1228 c.c., all'espletamento della prestazione contrattuale ex art. 1218 c.c."

Ancora, nella parte in cui ha ravvisato come all'uopo inidonea "la semplice allegazione di aver appaltato il servizio ad un soggetto esterno che se ne era assunto la responsabilità", giacché "siffatta circostanza non ha alcun rilievo in tema di responsabilità contrattuale, in difetto di cessione del contratto, accettata dall'altro contraente", in quanto "la parte debitrice della prestazione pattuita risponde verso il creditore dell'opera dei terzi di cui si avvale quali collaboratori per l'adempimento della prestazione, anche in caso di dolo o colpa di costoro (art. 1228 c.c.)".

Gli effetti. Orbene, essendo rimasto accertato che all'interno della Scuola Elementare il minore veniva colpito al volto dalla porta di quest'ultima chiusa di colpo al suo sopraggiungere da altro minore compagno di giochi, precisato che nel caso non ricorre invero un'ipotesi di danno (anche solo parzialmente) autoprocurato, sicché va sul punto corretta la motivazione dell'impugnata sentenza ex art. 384 c.p.c., deve osservarsi che alla stregua di quanto sopra esposto e riportato la corte di merito ha fatto nella specie sostanzialmente corretta applicazione del richiamato principio *cuius commoda cuius et incommoda*, o, più precisamente, dell'appropriazione o avvalimento dell'attività della vigilatrice per l'adempimento della propria obbligazione, comportante

l'assunzione del rischio per i danni dalla medesima derivanti, di cui il sinistro de quo ha costituito specifica concretizzazione, essendo il minore risultato invero esposto (anche) alla condotta colposa di altro minore, anche lui soggetto alla cura e sorveglianza della vigilatrice, causativa del sinistro *de quo*.

Va ulteriormente posto in rilievo come, dopo aver sottolineato che già il giudice di prime cure "non solo non ha ritenuto dimostrata l'assenza di colpa della struttura (la Coopera UISP) e delle persone cui era stata affidata – in subappalto dal Comune – la sorveglianza dei bambini e che quindi operavano quali ausiliari dell'Ente pubblico debitore per l'esecuzione della prestazione contrattualmente pattuita, ma addirittura... lo stesso giudice ha rilevato ed accertato la loro colpa in concreto", la corte di merito ha del tutto coerentemente sottolineato che "il soggetto tenuto alla sorveglianza del minore (in forza di vincolo negoziale o comunque di contatto sociale) e per esso i suoi ausiliari e collaboratori è obbligato a prevenire le condotte, anche colpose, del minore che comunque rientrino nella normale prevedibilità alla stregua dei canoni di diligenza professionale", e ha correttamente concluso che "nella fattispecie pertanto la Coopera UISP e la D. G., quali ausiliari e collaboratori del Comune di Torino (rispettivamente la prima in forza di contratto di appalto di servizio e la seconda di contatto non meglio specificato di collaborazione con la Coopera), erano tenute a prevenire la condotta colposa" dei minori loro affidati, la quale avrebbe dovuto essere "prevista e prevenuta".

Notaio doveri accessori successivi alla stipula

Cassazione civile, Sez. II, 6 giugno 2014, n. 12797 – Pres. Triola – Rel. Falaschi – P.M. Ceroni (conf.) – Tizio c. Consiglio notarile dei distretti di Salerno ed altri

Notaio ed atto notarile – Funzione notarile – Accertamento della volontà delle parti – Assicurare la serietà e la certezza dell'atto giuridico

La questione: Tra gli obblighi del notaio, nel caso in cui sia richiesta la stipulazione di un contratto di compravendita immobiliare, rientra lo svolgimento delle attività accessorie e successive finalizzate al conseguimento del risultato voluto dalle parti, ovvero, il compimento delle c.d. visure catastali ed ipotecarie, e ciò allo scopo di individuare con esattezza il bene oggetto del trasferimento e verificarne la libertà, salvo espresso esonero per concorde volontà delle parti?

Il fatto. La Commissione regionale di disciplina della Campania e della Basilicata, su richiesta del Presidente del Consiglio notarile dei distretti riuniti di Salerno, Nocera Inferiore, Vallo della Lucania e Sala Consilina, ha comminato al notaio Tizio la sanzione disciplinare della censura in applicazione dell'art. 1, 2° comma, dei principi di deontologia professione di cui alla delibera del Consiglio Nazionale dei Notai n. 2/56 del 5 aprile 2008 e dell'art. 147, 1° comma, lett. A) della L.N. per avere in data 1° aprile 2010 rogato atto di compravendita di abitazione con annesso appezzamento di terreno, nel quale la parte venditrice dichiarava che il fabbricato era costruito in epoca antecedente al 1° settembre 1967 laddove sia il precedente titolo di provenienza (atto per notaio Malinconico del 22 ottobre 2008), espressamente richiamato nell'atto contestato, sia quello ad esso ancora anteriore (atto per notaio Loffredo del 4 febbraio 2008), avevano avuto ad oggetto solo un appezza-

mento di terreno senza alcun riferimento a fabbricati esistenti sull'area.

La Corte d'appello di Napoli ha respinto il reclamo, e, per l'effetto, ha confermato integralmente la decisione impugnata, anche quanto alla sanzione disciplinare irrogata al notaio. La Corte territoriale ha rilevato che l'indagine era doverosa e dal solo esame degli atti sarebbe emerso evidente il contrasto tra quanto dichiarato nell'atto dal venditore quanto all'antiorità della costruzione rispetto alla data del 1° settembre 1967 ed i contenuti degli atti di provenienza che, invece, non davano conto dell'esistenza di un fabbricato sull'appezzamento di terreno compravenduto.

Né al riguardo riteneva avere rilievo la dispensa del notaio dalle visure ipocatastali, autorizzata dalle parti, giacché la preventiva verifica delle risultanze dei pubblici registri, costituiva obbligo del professionista derivante dall'incarico conferitogli dal cliente, indiscusso il principio secondo cui l'opera professionale del notaio non si riduce al mero com-

pito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto, ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti, restando comunque tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176 c.c., 2° comma, e della buona fede.

Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello di Napoli il notaio ha proposto ricorso. Ha resistito, con controricorso, il Consiglio notarile dei distretti di Salerno, Nocera Inferiore, Vallo della Lucania e Sala Consilina.

La decisione. Affermata la ammissibilità del ricorso, il ricorrente, denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1176 c.c., 2° comma, art. 147, 2° comma, L.N. e art. 1, 2° comma, del codice deontologico dei notai, e nella sostanza lamenta che il giudice del reclamo non abbia tenuto adeguatamente conto del fatto che le parti avevano esonerato il notaio dalle visure ipotecarie e catastali, per cui egli non aveva alcun obbligo di esaminare l'atto di provenienza. Aggiunge il ricorrente di non essere venuto meno al dovere di correttezza in quanto la violazione dei canoni di cui all'art. 1176 c.c., 2° comma, prevede che il professionista prospetti alle parti un risparmio di spesa allorché assuma l'iniziativa della dispensa. Inoltre, i giudici di merito non avevano provveduto ad acquisire gli atti dello stesso professionista da cui sarebbe risultata l'eccezionalità di tale dispensa. Infine evidenzia che dall'aerofotogrammetria del Comune di Agropoli risultava che anteriormente all'atto notarile esisteva già un fabbricato rurale, del quale però non veniva fatta menzione.

La censura è infondata sotto tutti i profili prospettati.

Al riguardo, rileva questa Corte che bisogna, anzitutto, premettere che costituisce principio indiscusso nella giurisprudenza di legittimità che rientra tra gli obblighi del notaio, cui sia richiesta la stipulazione di un contratto di compravendita immobiliare, lo svolgimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti ed, in particolare, il compimento delle cosiddette "visure" catastali ed ipotecarie allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà, salvo espresso esonero da tale attività per concorde volontà delle parti per motivi di urgenza o per altre ragioni.

Detto obbligo, inoltre, deriva dalla disciplina di cui al D.P.R. n. 640/1972, art. 4, che richiede che alle domande di voltura siano acquisiti i certificati catastali, e dall'art. 14 della stessa legge, che fa obbligo al notaio di chiedere la voltura. L'obbligatorietà delle visure, consistenti nell'attività di verifica catastale ed ipotecaria per accertare la condizione giuridica ed il valore di un immobile, richiede che il notaio acceda ai registri pubblici per esaminarne tutti i dati relativi, e la suddetta attività necessariamente deve tenersi distinta dalla normale indagine giuridica occorrente per la stipulazione dell'atto, indagine questa che, perché sia coerente ed accuratamente compiuta, logicamente suppone che siano già avvenute le indispensabili e strumentali visure, sui cui dati essa viene prevalentemente a fondarsi. La sua opera, infatti, non può ridursi al mero compito di accertamento della volontà, delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, ma deve estendersi a quelle attività, preparatorie e successive, necessarie in quanto tese ad assicurare la serietà e certezza dell'atto giuridico posto in

essere, e ciò, in conformità, allo spirito della legge professionale (L. n. 89/1913, art. 1).

Gli effetti. Ne consegue che al notaio – richiesta la preparazione e stesura di un atto pubblico di trasferimento immobiliare – spetta la preventiva verifica della libertà, e disponibilità del bene e, più in generale delle risultanze dei registri immobiliari, che costituisce, salva l'espressa dispensa degli interessati, un obbligo derivante dall'incarico conferito dal cliente e quindi ricompreso nel rapporto di prestazione di opera professionale (artt. 1176, 2230 c.c. e segg.), specialmente tesa ad assicurare la serietà e la certezza degli atti giuridici.

Ne consegue che correttamente la sentenza impugnata ha ritenuto sussistente la responsabilità disciplinare del notaio che ha rogato l'atto di compravendita di abitazione con annesso appezzamento di terreno senza verificare la giuridica esistenza della costruzione, non risultante dagli atti di trasferimento precedenti.

Né è condivisibile l'assunto di parte ricorrente secondo cui il giudice del reclamo non avrebbe tenuto in debito conto la dispensa data dalle parti per esonerarlo dalle visure ipotecarie e catastali, giacché la giurisprudenza ha al riguardo precisato, che la responsabilità del professionista rimane esclusa solamente in caso di espresso esonero – per motivi di urgenza o per altre ragioni – per concorde volontà delle parti, con clausola inserita nella scrittura, da considerarsi pertanto non già meramente di stile bensì quale parte integrante del contratto, sempre che appaia giustificata da esigenze concrete delle parti. Si è ulteriormente sottolineato che quand'anche sia stato esonerato dalle visure, il notaio che sia a conoscenza o che abbia anche solo il mero sospetto della sussistenza di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto della compravendita deve in ogni caso informarne le parti, essendo tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176 c.c., 2° comma, e della buona fede.

Con adeguata motivazione la sentenza impugnata osserva, altresì, che al professionista era stata già comunicata nell'anno 2007 la sanzione dell'avvertimento, motivata dal rilievo di una certa abitudine all'esecuzione della prestazione professionale con modi superficiali, circostanza che peraltro non ha formato oggetto di specifica censura, per cui l'assunto di una eccezionalità nel suggerire la dispensa, che ad avviso del ricorrente avrebbe potuto trovare ingresso attraverso l'acquisizione – negata – di ulteriori atti messi a disposizione della Commissione, si palesa di nessuna rilevanza, al pari del mancato esame di detti documenti, dovendosi tenere conto che il concetto di diligenza è quello previsto dall'art. 1176 c.c., che impone di valutare la colpa con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Infatti, il notaio nell'adempimento delle obbligazioni inerenti alla propria attività professionale è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia, come richiesto dall'art. 1176 c.c., 1° comma, ma è quella specifica del debitore qualificato, come indicato dall'art. 1176 c.c., 2° comma, la quale comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che nel loro insieme costituiscono la conoscenza della professione. Conclusivamente il ricorso va respinto.

Deposito bancario intestato a più persone

Cassazione civile, Sez. I, 3 giugno 2014, n. 12385 – Pres. Salvago – Rel. Didone – P.M. Capasso (conf.) – Tizio c. Banca Intesa

Servizi bancari – Deposito bancario plurintestato – Solidarietà attiva – Estinzione del libretto – In caso di morte – Responsabilità della banca – Non sussiste

La questione: nel caso di deposito bancario intestato a più persone, con facoltà di compiere, sino all'estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione che sopravvive anche alla morte di uno dei contitolari?

Il fatto. Il Tribunale di Catania, in riforma della decisione del Giudice di pace, ha condannato la s.p.a. Banca Intesa al pagamento in favore di Tizio della somma di Euro 1.217,28, oltre gli interessi maturati al tasso pattuito nel contratto di conto corrente fino alla data dell'effettivo pagamento.

Ha osservato il Tribunale che era pacifico, in punto di fatto, che le sorelle del *de cuius* fossero cointestatari del c/c acceso presso la Banca Commerciale Italiana e che una delle contitolari era deceduta alla quale erano subentrati due eredi. Alla data del decesso il conto corrente in questione presentava un saldo attivo pari ad Euro 4.869,12 e dopo il decesso la sorella cointestataria superstite del c/c, aveva eseguito prelevamenti sul conto corrente per cui il saldo era di Euro 1.045,20. Gli eredi del *de cuius* avevano richiesto il "congelamento" del conto dichiarando di avere diritto a percepire il 50% delle somme depositate sul conto al momento del decesso.

Il Tribunale, dopo avere ritenuto non opponibile alla banca la lettera con richiesta di congelamento del conto, ha osservato che spettava agli eredi il 25% del saldo del conto corrente, pari ad Euro 1.217,28.

Tizio ha proposto ricorso per cassazione. Ha resistito con controricorso la banca che ha altresì proposto ricorso incidentale sulla mancata responsabilità della stessa, potendo i soggetti prelevare senza il consenso degli altri contitolari.

La decisione. Il ricorso principale va respinto perché il giudice del merito correttamente ha applicato il principio – condiviso dal Collegio – secondo il quale, nel caso in cui il deposito bancario sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere, sino alla estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione, che sopravvive alla morte di uno dei contitolari, sicché il contitolare ha diritto di chiedere, anche dopo la morte dell'altro, l'adempimento dell'intero saldo del libretto di deposito a risparmio e l'adempimento così conseguito libera la banca

verso gli eredi dell'altro contitolare. Come afferma Cass. civ., Sez. I, 29 ottobre 2002, n. 15231, nel caso in cui il deposito bancario sia intestato a più persone, con facoltà per le medesime di compiere, sino alla estinzione del rapporto, operazioni, attive e passive, anche disgiuntamente, si realizza una solidarietà dal lato attivo dell'obbligazione, che sopravvive alla morte di uno dei contitolari, sicché il contitolare ha diritto di chiedere, anche dopo la morte dell'altro, l'adempimento dell'intero saldo del libretto di deposito a risparmio e l'adempimento così conseguito libera la banca verso gli eredi dell'altro contitolare.

Fondato, invece, il motivo del ricorso incidentale con cui la banca denuncia la nullità della sentenza ai sensi dell'art. 156 c.p.c., 2° comma, per contrasto insanabile tra motivazione e dispositivo della sentenza, perché pur avendo ritenuto l'irrelevanza probatoria di un documento acquisito agli atti del giudizio, condanna la parte secondo le sue risultanze.

Gli effetti. L'errore della sentenza impugnata, dopo avere escluso qualsiasi rilevanza dell'opposizione e della richiesta di congelamento del conto contenute nella lettera del 2003, trattandosi di missiva di cui non era provata la ricezione da parte della banca, e pur avendo dato atto del contenuto del telegramma spedito il 13 maggio 2003, con il quale l'attore si era limitato a chiedere notizie sul saldo del conto corrente, ha contraddittoriamente affermato che il diritto dell'erede era costituito proprio da una quota (25%) del saldo esistente alla data dell'invio del telegramma. È evidente la contraddittorietà con l'affermata legittimità del comportamento della banca, la quale ha correttamente consentito alla cointestataria di operare sul conto corrente in assenza di opposizione del coerede. Operazioni di cui il Tribunale non ha tenuto conto al fine di determinare il saldo al momento della chiusura del conto corrente.

Si impone, dunque, la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio per nuovo esame al Tribunale di Catania in persona di diverso magistrato.

Recentissime Cassazione penale

a cura di Giacomo Fumu

■ Nuova emissione della misura cautelare dichiarata inefficace ed interrogatorio

Cassazione penale, Sez. un., 1° luglio 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 28270 – Pres. Santacroce – Est. Rotundo – Destro P.M. (parz. conf.) – Sandomenico.

Misure cautelari personali – Dichiarazione di inefficacia per violazione dei termini perentori della procedura di riesame – Nuova emissione della misura – Previo interrogatorio della persona rimessa in libertà – Necessità – Esclusione

La questione: se sia necessario il previo interrogatorio della persona rimessa in libertà in caso di nuova emissione della misura cautelare a seguito della dichiarazione di inefficacia di quella precedentemente applicata per il mancato rispetto dei termini perentori del procedimento di riesame.

Il fatto. Nella specie il tribunale del riesame, rilevata la violazione, da parte del pubblico ministero, del termine di cui all'art. 309, comma 5, c.p.p. per la trasmissione degli atti sui quali si fondava il provvedimento impugnato, aveva dichiarato la perdita di efficacia dell'ordinanza in esecuzione e disposto conseguentemente la rimessione in libertà dell'indagato.

A seguito di nuova richiesta del pubblico ministero, il giudice per le indagini preliminari aveva applicato nuovamente la misura, richiamando integralmente il contenuto di quella precedente.

Il difensore aveva quindi proposto ulteriore istanza di riesame, deducendo la nullità del secondo provvedimento per la violazione dell'art. 302 c.p.p., non avendo il giudice proceduto al previo interrogatorio dell'indagato. Il Tribunale aveva accolto l'impugnazione, ritenendo che l'omissione dell'interrogatorio avesse determinato una lesione del diritto di difesa.

Con il ricorso per cassazione il pubblico ministero denunciava la violazione di legge, sottolineando la differenza sostanziale – che preclude l'applicazione analogica dell'art. 302 c.p.p. – esistente tra l'ipotesi espressamente presa in considerazione dalla legge, in cui l'inefficacia della misura discende dall'omissione o dalla nullità dell'interrogatorio di garanzia, e quella, diversa, in cui la sanzione processuale derivi invece da un vizio del procedimento di riesame, atteso che in quest'ultimo caso l'interessato ha già avuto una valida occasione di difesa.

La questione è stata devoluta alle Sezioni unite in quanto la sezione assegnataria ha riscontrato l'esistenza di un contrasto di giurisprudenza in relazione al quesito posto con il ricorso.

La decisione. Le Sezioni unite hanno chiarito, innanzi tutto, come in realtà nella giurisprudenza di legittimità non si riscontri un effettivo conflitto interpretativo sull'argomento ed hanno ribadito l'orientamento consolidato che esclude la necessità del previo interrogatorio nel caso di nuova emissione di una misura dopo che quella precedente sia stata dichiarata inefficace per la violazione delle regole perentorie del procedimento di riesame.

Una volta consolidatosi il principio per il quale l'ineffi-

caia dell'ordinanza che dispone la misura custodiale, determinata dalla inosservanza dei termini stabiliti dall'art. 309 c.p.p. per la fase del riesame, non costituisce preclusione alla reiterazione del provvedimento coercitivo (Cass., Sez. un., 1° luglio 1992, Grazioso), la giurisprudenza di legittimità ha regolarmente escluso che in tali casi il giudice per le indagini preliminari che accolga la richiesta di ripristinare il regime cautelare nei confronti dell'indagato debba necessariamente procedere ad interrogarlo. Si è chiarito, in proposito, come il legislatore abbia imposto il previo interrogatorio in stato di libertà nell'ipotesi di inefficacia della misura per il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia (o di espletamento di un interrogatorio invalido) per ragioni di tutela della persona sottoposta a misura la quale, se tempestivamente o ritualmente interrogata, avrebbe potuto fare valere le sue ragioni difensive in ordine alla medesima imputazione: non vi è dunque alcuna identità di *ratio*, tale da giustificare il ricorso all'analogia, con la situazione di inefficacia prevista dall'art. 309, comma 10, c.p.p. (Cass., Sez. VI, 15 marzo 1996, Di Sarno).

Ad avviso della Corte il carattere di mera reiterazione della misura, dato da un compendio indiziario e cautelare del tutto immutato, rende un eventuale nuovo interrogatorio, anche successivo, "un'inutile formalità", allo stesso modo di altri casi "analoghi", individuati dalla giurisprudenza, quali la rinnovazione della misura a seguito di decadenza *ex* art. 27 c.p.p. di quella emessa da giudice incompetente (Cass., Sez. un., 26 settembre 2001, Zaccardi) e di sopravvenuta inefficacia a causa del mancato invio da parte dell'autorità richiedente degli atti previsti dall'art. 13 della L. n. 69/2005 in tema di mandato di arresto europeo (Cass., Sez. VI, 11 maggio 2006, Ramoci); fermo restando che in tutti i predetti casi ove il secondo provvedimento contenga caratteri di "novità", l'interrogatorio si impone ma con le forme e le modalità di cui all'art. 294 (e non 302) c.p.p.

La non necessità del "previo interrogatorio" sussiste, ha precisato la Corte, anche nelle ipotesi in cui la persona sottoposta alla misura coercitiva sia stata effettivamente (e non solo formalmente) rimessa in libertà prima dell'applicazione di quella "rinnovata": pure in tali casi, infatti, non muta la *ratio* posta a base della prescrizione di cui all'art.

302 c.p.p., il cui presupposto rimane sempre l'assenza di una precedente valida occasione di difesa dell'indagato.

Gli effetti. Nell'ipotesi di emissione di nuova misura custodiale a seguito di alla dichiarazione di inefficacia, ai sensi dell'art. 309, commi 5 e 10, c.p.p., di quella precedentemente applicata, il giudice per le indagini preliminari non ha il

dovere di interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime custodiale e non è tenuto a reiterare l'interrogatorio di garanzia neanche successivamente, sempre che quest'ultimo sia stato in precedenza ritualmente espletato e che la nuova ordinanza cautelare non contenga elementi nuovi e diversi rispetto a quella precedente.

■ **Sostituzione di persona e social network**

Cassazione penale, Sez. V, 16 giugno 2014 (ud. 23 aprile 2014), n. 25774 – Pres. Dubolino – Est. Lignola – P.M. Stabile (parz. conf.) – Sarlo

Reati contro la fede pubblica – Reato di sostituzione di persona – Creazione di un “profilo” su social network utilizzando abusivamente l'effigie altrui – Configurabilità

La questione: se integri il delitto di sostituzione di persona la creazione di un “profilo” su un *social network* utilizzando abusivamente l'effigie di una persona inconsapevole.

Il fatto. L'imputato era stato condannato per il delitto di sostituzione di persona (art. 494 c.p.) poiché, al fine di procurarsi un vantaggio o comunque di recare un danno a un terzo, si attribuiva la sua identità pubblicando su un c.d. *social network* la sua immagine, utilizzando il profilo creato per le comunicazioni così inducendo in errore coloro che si mettevano in contatto con lui attraverso la *chat*.

Con il ricorso per cassazione si denunciava la violazione dell'art. 494 c.p. ed il vizio della motivazione, argomentando circa l'impossibilità di configurare il dolo specifico di recare a sé vantaggio o ad altri danno nella mera condotta della pubblicazione di un profilo *internet*, nel quale viene utilizzata solo la foto e non anche il nome del terzo.

La decisione. La Corte, premesso come nella sostituzione di persona il legislatore abbia individuato una costante insidia alla fede pubblica e non soltanto alla fede privata o alla tutela civilistica del nome, ha osservato che nella specie l'imputato avesse creato su un *social network* il profilo riproducente l'immagine della persona offesa, con un nome di fantasia ed una descrizione di sé tutt'altro che lusinghiera, e che con tale falsità usufruiva dei servizi del sito, consistenti essenzialmente nella possibilità di comunicare in rete con gli altri iscritti, indotti in errore sulla sua identità, e di condivisione di contenuti.

In tale condotta erano dunque identificabili sia i vantaggi derivanti dall'attribuzione di una falsa identità, utilizzata per poter intrattenere rapporti con altre persone (essenzialmente giovani donne) o per soddisfacimento della propria vanità, sia la lesione dell'immagine e della dignità della persona sostituita, oggetto delle rimostranze di coloro che si erano ritenuti da lui denigrati o vilipesi.

Peraltro, ha precisato la Corte, la giurisprudenza di legittimità già ha ritenuto la sussistenza del delitto di sostituzione di persona nella creazione ed utilizzazione di un *account* di posta elettronica servendosi dei dati anagrafici di soggetto inconsapevole, al fine di fare ricadere su quest'ultimo le conseguenze dell'inadempimento di obbligazioni contratte con la partecipazione di aste in *internet* ovvero allo scopo di indurre in errore gli utenti della rete circa la disponibilità dell'ignaro ad incontri di tipo sentimentale (Cass., Sez. III, 15 dicembre 2011, Armellini; Id., Sez. V, 8 novembre 2007, Adinolfi); nonché nell'inserimento in una *chat line* erotica del recapito telefonico di un terzo, così destinatario di comunicazioni a sfondo sessuale (Id., Sez. V, 28 novembre 2012, Celotti).

Gli effetti. La creazione di un falso “profilo” su un *social network* utilizzando abusivamente l'effigie di una persona inconsapevole integra il delitto di sostituzione di persona.

■ **Beni provenienti dal delitto di associazione mafiosa e riciclaggio**

Cassazione penale, Sez. Un., 13 giugno 2014 (ud. 27 febbraio 2014), n. 25191 – Pres. Santacroce – Est. Cassano – P.M. Destro (conf.) – Iavarazzo

Reati contro il patrimonio – Delitti – Riciclaggio e reimpiego dei beni provenienti dal delitto di associazione mafiosa – Concorso con il delitto associativo presupposto – Configurabilità – Esclusione

La questione: se sia configurabile il concorso fra i delitti di cui agli artt. 648 *bis* o 648 *ter* c.p. e quello di cui all'art. 416 *bis* c.p., quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o altre utilità provenienti dal delitto di associazione mafiosa.

Il fatto. All'indagato era stata applicata la misura della custodia in carcere in ordine al delitto di reimpiego di ingenti capitali riconducibili ad un'associazione di stampo camorristico; nelle more del riesame il medesimo indagato era stato

attinto da nuova ordinanza cautelare, emessa in diverso procedimento, per il delitto di partecipazione al sodalizio i cui utili illeciti era accusato, nel primo, di avere reinvestito. Il Tribunale del riesame aveva rigettato l'imputazione e, nel

dare conto di essere al corrente dell'adozione del secondo provvedimento, aveva osservato in motivazione come la contestazione del reato di associazione mafiosa formulata nel separato procedimento non fosse ostativa alla configurabilità dei delitti di riciclaggio e reimpiego, avuto riguardo al particolare ruolo attribuito all'indagato, indicato non come "capo", "promotore" o "reggente" del *clan*, bensì come mero esecutore di direttive altrui.

Con il ricorso per cassazione la difesa denunciava la violazione di legge, rilevando come nella contestazione di partecipazione ad associazione mafiosa si attribuisse all'indagato un ruolo attivo nel "settore" del reinvestimento dei capitali illeciti; di qui l'impossibilità, in virtù della clausola di riserva – applicabile senza distinzione a tutti gli associati – contenuta negli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p., di configurare a suo carico i contestati delitti di riciclaggio e reimpiego stante la ipotizzata commissione, da parte sua, del reato presupposto.

La questione posta con il ricorso è stata devoluta alle Sezioni unite in quanto la Sezione assegnataria ha riscontrato l'esistenza in proposito di contrastanti orientamenti giurisprudenziali. Se un indirizzo ritiene infatti che tra il delitto di riciclaggio e quello associativo non esista alcun rapporto di "presupposizione", per cui non opera la clausola di riserva ("fuori dei casi di concorso nel reato") relativa ai primi con la conseguenza che l'associato può essere chiamato a rispondere del riciclaggio dei beni provento dell'attività del sodalizio sia quando il delitto presupposto sia integrato da un reato-fine del programma criminoso sia quando il delitto presupposto sia costituito dallo stesso reato associativo, di per sé idoneo a produrre utili o vantaggi (Cass., Sez. II, 8 novembre 2007, Rappa; Id., Sez. I, 27 novembre 2008, Benedetti; Id., Sez. I, 27 maggio 2011, Calabrese; Id., Sez. II, 4 giugno 2013, Aquila), altro indirizzo, partendo dalla natura possibile di "reato presupposto" del delitto associativo, conclude nel senso che non siano ravvisabili ragioni ermeneutiche per escludere anche per esso l'operatività della clausola di riserva di cui si è detto (Cass., Sez. VI, 24 maggio 2012, Schiavone).

La decisione. La Corte, ricostruita l'articolata vicenda legislativa concernente i delitti di riciclaggio e reimpiego (che ne ha progressivamente trasformato l'oggetto giuridico, ormai non più individuabile nella sola tutela del patrimonio), ha osservato come l'esclusione espressa della configurabilità di tali reati nei confronti di chi abbia commesso il delitto presupposto (dal quale i proventi occultati o reinvestiti derivano) costituisca una deroga alla disciplina del concorso di reati, la quale trova la sua ragione nella valutazione, tipizzata dal legislatore, di ritenere l'intero disvalore del fatto ricompreso nella punibilità del solo delitto presupposto.

Ciò premesso, la Corte ha rilevato come il delitto di

associazione di tipo mafioso sia autonomamente idoneo a generare ricchezza illecita, non solo mediante la commissione di azioni criminose ma anche attraverso il reimpiego in attività produttive dei relativi proventi, il controllo di risorse economiche mediante la metodologia mafiosa, la generazione di profitti in virtù della forza d'intimidazione del vincolo associativo e la condizione di assoggettamento ed omertà che ne deriva: esso, dunque, ben può rientrare nella categoria dei reati presupposto della fattispecie di riciclaggio.

Le condizioni ed i limiti della configurabilità del concorso fra il delitto associativo e quelli di riciclaggio devono essere dunque ricostruiti, ad avviso della Corte, in base al fatto tipico ed alle sue connotazioni oggettive e soggettive nonché alla provenienza dei beni oggetto del reinvestimento. Ne deriva che l'estraneità all'associazione del soggetto "riciclatore" dei proventi "sociali" rende configurabile nei suoi confronti la contestazione dei delitti di cui agli artt. 648 *bis* e *ter* c.p.; allo stesso modo risponde di tali reati il componente del sodalizio che ricicli o reimpieghi i proventi dei reati-fine alla commissione dei quali non abbia partecipato, in quanto l'oggetto dell'attività tipica non è direttamente riconducibile al reato associativo. Viceversa l'associato che, nella ripartizione dei ruoli, abbia il compito di riciclare o reimpiegare la ricchezza prodotta dall'organizzazione in quanto tale, non è punibile per l'"autoriciclaggio", atteso che oggetto della sua condotta sono il denaro ed i beni provenienti dall'attività associativa cui egli fornisce il consapevole e volontario contributo; lo stesso principio, ha chiarito ancora la Corte, si applica anche al concorrente esterno che, pur non inserito stabilmente nel sodalizio, fornisca il suo contributo causale al rafforzamento delle capacità operative dell'associazione mediante il riciclaggio ed il reimpiego dei suoi "guadagni" illeciti.

Peraltro, ha comunque precisato la Corte, la condotta dell'autore del delitto presupposto che ne occultati i proventi, al fine di eludere specifiche disposizioni in tema di misure di prevenzione e contrabbando, mediante l'attribuzione fittizia della titolarità o disponibilità di denaro o altri beni, ben può configurare, in presenza delle condizioni di legge, il delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 12 *quinqüies* del D.L. n. 306/1992.

Gli effetti. Il delitto presupposto dei reati di riciclaggio o di reimpiego di capitali può essere costituito dal delitto di associazione mafiosa, di per sé idoneo a produrre illeciti, con la conseguenza che, in virtù della clausola di esclusione espressa contenuta negli artt. 648 *bis* e 648 *ter* c.p., non è configurabile il concorso tra essi quando la contestazione di riciclaggio o reimpiego riguardi denaro, beni o utilità provenienti proprio dal delitto di associazione mafiosa.

Reati contro la P.A. e durata delle misure interdittive

Cassazione penale, Sez. VI, 4 giugno 2014 (ud. 17 dicembre 2013), n. 23359 – Pres. Serpico – Est. Paoloni – P.M. Scardaccione (conf.) – Piazzi

Misure cautelari personali – Misure interdittive – Misure interdittive relative ai reati contro la P.A. – Termini di durata di cui all'art. 308, comma 2 *bis*, c.p.p., – Procedimenti in corso – Applicabilità

La questione: se si applichino ai procedimenti in corso i nuovi termini di durata delle misure interdittive previsti dall'art. 308, comma 2 *bis*, c.p.p. come inserito dalla L. n. 190/2012.

Il fatto. Nella specie era stata applicata la misura coercitiva degli arresti domiciliari a soggetto gerente la farmacia comunale, sottoposto ad indagini con la contestazione di peculato per non aver versato interamente all'Ente i proventi dell'attività. Richiesto della revoca o sostituzione della misura, il giudice per le indagini preliminari aveva rigettato l'istanza sul presupposto che le misure interdittive indicate dall'indagato come alternative alla costrizione domiciliare potessero avere durata troppo breve (due mesi) per impedire la reiterazione del reato.

Il tribunale, adito in sede di appello, aveva viceversa operato la sostituzione richiesta applicando la misura interdittiva del divieto temporaneo di esercitare la professione ed osservato come il G.I.P. avesse errato nel valutare la durata della misura, dovendosi fare ora riferimento al comma 2 *bis* dell'art. 308 c.p.p. (come inserito dalla L. n. 190/2012), che ha ampliato fino a sei mesi, con possibilità di rinnovo entro certi limiti, la durata massima della misura.

Ha presentato ricorso per cassazione il pubblico ministero.

La decisione. La Corte ha innanzitutto precisato come l'addizione normativa introdotta nel corpo dell'art. 308 c.p.p. dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, fosse applicabile

anche nel procedimento in oggetto in applicazione del canone processuale *tempus regit actum*.

Tale disposizione, ha chiarito la Corte, stabilisce che per determinati delitti contro la P.A. elencati in modo specifico, tra cui il peculato, le misure cautelari interdittive applicabili agli indagati o imputati abbiano un termine di efficacia corrispondente a sei mesi dall'inizio della loro esecuzione. Tale durata può essere peraltro prorogata dal giudice mediante "rinnovazione" della misura anche oltre i sei mesi, quando la cautela sia imposta da esigenze di natura probatoria.

Ad avviso della Corte, in assenza di disposizioni sul punto, non esiste un limite al numero possibile delle "rinnovazioni", dovendosi fare riferimento solamente al limite temporale di efficacia della misura, pari al triplo dei termini previsti in tema di misure custodiali – con riferimento alle varie fasi processuali – dall'art. 303 c.p.p., il cui disposto conduce a determinare in diciotto mesi il termine massimo di durata della misura interdittiva emessa per soddisfare esigenze probatorie in relazione al delitto di peculato.

Gli effetti. I nuovi termini di durata delle misure interdittive previsti dall'art. 308, comma 2 *bis*, c.p.p., come inserito dalla L. 6 novembre 2012, n. 190, si applicano anche nei procedimenti in corso.

Recentissime Consiglio di Stato

a cura di Raffaele Greco

■ **Astreinte nel giudizio di ottemperanza e sentenze di condanna pecuniaria**

Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 15 – Pres. Giovannini – Estensore Caringella – Ministero della Giustizia – M.A.F. e al.

Processo amministrativo – Giudizio di ottemperanza – Potere del giudice di condannare la p.a. ad una somma di denaro in caso di ulteriore violazione o ritardo nell'esecuzione del giudicato – In caso di sentenze di condanna a prestazioni pecuniarie – Sussistenza

La questione: l'istituto dell'*astreinte* nel giudizio di ottemperanza, introdotto nel nostro ordinamento dall'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., è applicabile anche in caso di esecuzione di sentenze di condanna a prestazioni pecuniarie?

Il fatto. Un gruppo di soggetti, con distinti ricorsi, chiede ed ottiene la condanna del Ministero della Giustizia al pagamento di un equo indennizzo per irragionevole durata di processi nei quali gli istanti sono stati parti, ai sensi della L. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. Legge Pinto). Non avendo l'Amministrazione provveduto tempestivamente ad adempiere ai decreti di condanna, passati in giudicato, gli interessati propongono giudizio di ottemperanza dinanzi al T.A.R. competente; quest'ultimo, oltre a ordinare l'ottemperanza al giudicato, su conforme richiesta delle parti istan-

ti, condanna l'Amministrazione al pagamento di somme di denaro a titolo di penalità di mora *ex art.* 114, 4° comma, lett. e).

Le sentenze sono appellate dal Ministero della Giustizia, il quale deduce l'erronea applicazione della norma processuale suindicata, alla luce dell'orientamento giurisprudenziale che esclude l'ammissibilità dell'*astreinte* nel caso in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, in quanto la penalità di mora costituisce un mezzo di coazione indiretta sul debitore, utile in modo

particolare quando si è in presenza di obblighi di *facere* infungibili: di qui l'iniquità della condanna dell'Amministrazione al pagamento di ulteriori somme di denaro, quando l'obbligo di cui si chiede l'adempimento consiste, esso stesso, nell'adempimento di un'obbligazione pecuniaria. Al contrario, il primo giudice ha seguito il diverso e minoritario indirizzo secondo cui la naturale "coercibilità" degli obblighi di fare dell'Amministrazione nel giudizio amministrativo di ottemperanza e la collocazione della misura sanzionatoria nell'ambito di tale giudizio non consentono, in linea di principio, di escluderne la riferibilità anche alle sentenze di condanna pecuniarie secondo il modello originario dell'*astreinte*, e non secondo quello di cui all'art. 614 *bis* c.p.c.

Pertanto, secondo l'Amministrazione appellante: *a*) va esclusa la possibilità di far ricorso all'*astreinte* quando l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, che, come tale, è già assistito, a termine del vigente ordinamento, per il caso di ritardo nel suo adempimento, dall'obbligo accessorio degli interessi legali; *b*) la somma dovuta a titolo di penalità andrebbe indebitamente ad aggiungersi agli altri accessori determinando un ingiustificato arricchimento del soggetto già creditore della prestazione principale e di quella accessoria; *c*) l'interpretazione seguita dal primo Giudice contraddirebbe la *ratio* della norma in questione rinvenibile nella Relazione Governativa di accompagnamento al Codice ove si sottolinea il sostanziale parallelismo con la nuova previsione dell'art. 614 *bis* c.p.c. (introdotta dall'art. 49, 1° comma, L. 18 giugno 2009, n. 69) che fa riferimento a "obblighi di fare infungibile o di non fare"; *d*) la formulazione dell'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm. è identica a quella del citato art. 614 *bis* c.p.c., con l'unica differenziazione relativa all'inciso "se non sussistono altre ragioni ostative"; *e*) l'istituto *de quo* si attaglia propriamente a quelle situazioni nelle quali si tratta di porre in essere un'attività amministrativa da svolgersi, per quanto possibile, nel rispetto dell'ordine fisiologico delle competenze, in quanto contribuisce a prevenire l'intervento del commissario *ad acta*: esigenza, questa, estranea alla logica che ispira la disciplina degli adempimenti di prestazioni a carattere pecuniario, sia sul piano fisiologico sia sul piano della patologia derivante dal ritardo, il cui paradigma di riferimento si rinviene essenzialmente nella disciplina civilistica degli interessi e del risarcimento del danno.

Con un secondo motivo d'impugnazione, l'Amministrazione deduce l'illegittimità della liquidazione automatica della predetta misura dato che la norma dianzi citata ne consente il riconoscimento previa la verifica dei presupposti cui il legislatore ha inteso subordinare la condanna anche al pagamento di una somma di denaro ed in particolare: dell'effettiva inerzia dell'Amministrazione nell'esecuzione della sentenza di equa riparazione, della ragionevolezza dei tempi alla luce della giurisprudenza che si è pronunciata in materia e delle esigenze di bilancio.

La IV Sezione del Consiglio di Stato, presso cui sono incardinati gli appelli, li riunisce e, con unica ordinanza, rimette all'Adunanza plenaria le questioni di diritto, su cui si sono registrati contrasti giurisprudenziali, relative alla natura ed all'ammissibilità in generale dell'*astreinte* di cui all'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm. nel caso in cui l'esecuzione del giudicato consista nel pagamento di una somma di denaro, ed alla sua applicabilità, in particolare, all'equa riparazione di cui alla c.d. legge Pinto, per l'indebita "automaticità" della condanna dell'Amministra-

zione fatta in assenza della previa verifica dei presupposti indicati dal cod. proc. amm.

La decisione. L'Adunanza plenaria ha preso le mosse da una ricostruzione della genesi e della fisionomia dell'istituto dell'*astreinte* nel processo amministrativo, introdotto dall'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., il quale prevede che il giudice dell'ottemperanza, in caso di accoglimento del ricorso *in executivis*, "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo".

La norma citata delinea una misura coercitiva indiretta a carattere pecuniario, inquadrabile nell'ambito delle pene private o delle sanzioni civili indirette, che mira a vincere la resistenza del debitore, inducendolo ad adempiere all'obbligazione sancita a suo carico dall'ordine del giudice (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688). Essa dà la stura, in definitiva, ad un meccanismo automatico di irrogazione di penalità pecuniarie in vista dell'assicurazione dei valori dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale a fronte della mancata o non esatta o non tempestiva esecuzione delle sentenze emesse nei confronti della p.a. e, più in generale, della parte risultata soccombente all'esito del giudizio di cognizione.

Il modello della penalità di mora trova un antecedente, nell'ambito del processo civile, nell'art. 614 *bis* cod. proc. amm. (inserito dall'art. 49, 1° comma, L. 18 giugno 2009, n. 69), rubricato "Attuazione degli obblighi di fare infungibile o non fare", il quale dispone che "Con il provvedimento di condanna il giudice, salvo che ciò sia manifestamente iniquo, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dall'obbligato per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento. Il provvedimento di condanna costituisce titolo esecutivo per il pagamento delle somme dovute per ogni violazione o inosservanza (...)". Al 2° comma viene precisato che "Il giudice determina l'ammontare della somma di cui al primo comma tenuto conto del valore della controversia, della natura della prestazione, del danno quantificato o prevedibile e di ogni altra circostanza utile".

Entrambe le norme citate sono fortemente innovative rispetto alla tradizione sia del processo civile che di quello amministrativo: il legislatore, infatti, si è mostrato in passato restio all'abbandono dell'ispirazione liberal-individualistica di matrice ottocentesca, manifestando diffidenza per il recepimento dell'istituto delle misure coercitive indirette, ritenute una forma di eccessiva ingerenza dello Stato nelle libere scelte degli individui anche in merito all'osservanza, in forma specifica o meno, di un comando giudiziale (e, difatti, prima della riforma del 2009 la possibilità che un provvedimento giurisdizionale di condanna fosse assistito da una penalità di mora era prevista, in modo episodico, solo con riferimento a fattispecie tassativamente individuate da norme speciali, insuscettibili di applicazione analogica).

Con le norme innanzi citate, il nostro ordinamento, conferendo alla misura in esame un respiro generale, ha esibito, quindi, una nuova sensibilità verso l'istituto delle sanzioni civili indirette, dando seguito ai ripetuti moniti della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui "il diritto ad un tribunale sarebbe fittizio se l'ordinamento giuridico

interno di uno Stato membro permettesse che una decisione giudiziale definitiva e vincolante restasse inoperante a danno di una parte” (sent. Hornsby c. Grecia, 13 marzo 1997, e Ventorio c. Italia, 17 maggio 2011). Nel far ciò, il legislatore ha seguito il modello francese delle cc.dd. *astreintes*, costituenti misure coercitive indirette a carattere esclusivamente patrimoniale, che mirano ad incentivare l’adeguamento del debitore ad ogni sentenza di condanna, attraverso la previsione di una sanzione pecuniaria che la parte inadempiente dovrà versare a favore del creditore vittorioso in giudizio (ma esempi simili non mancano anche in altri ordinamenti europei e occidentali).

Malgrado ciò, l’eterogeneità delle opzioni abbracciate nei vari ordinamenti circa l’ambito di applicazione delle penalità di mora consente di mettere in chiaro che la scelta attuata dall’art. 614 *bis* c.p.c., al pari di alcuni degli altri ordinamenti passati in rassegna, di limitare l’*astreinte* al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile, non deriva da un limite concettuale insito nella *ratio* o nella struttura ontologica dell’istituto, ma è il frutto di un’opzione discrezionale del legislatore.

Tutto ciò premesso, la Plenaria ha evidenziato come la penalità di mora disciplinata dall’art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm. si distingue in modo significativo da quella prevista per il processo civile. E infatti: *a)* mentre la sanzione di cui al 614 *bis* c.p.c. è adottata con la sentenza di cognizione che definisce il giudizio di merito, la penalità è irrogata dal giudice amministrativo, in sede di ottemperanza, con la sentenza che accerta il già intervenuto inadempimento dell’obbligo di contegno imposto dal comando giudiziale; *b)* di conseguenza, mentre nel processo civile la sanzione è ad esecuzione differita, in quanto la sentenza che la commina si atteggia a condanna condizionata *de futuro* al fatto eventuale dell’inadempimento del precetto giudiziale nel termine all’uopo contestualmente fissato, al contrario nel processo amministrativo l’*astreinte*, salva diversa valutazione del giudice, può essere di immediata esecuzione, in quanto è sancita da una sentenza che, nel giudizio d’ottemperanza di cui agli artt. 112 e segg. cod. proc. amm., ha già accertato l’inadempimento del debitore; *c)* le *astreintes* disciplinate dal codice del processo amministrativo presentano, almeno sul piano formale, una portata applicativa più ampia rispetto a quelle previste nel processo civile, in quanto non si è riprodotto nell’art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., il limite della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile; *d)* la norma del codice del processo amministrativo non richiama i parametri di quantificazione dell’ammontare della somma fissati dall’art. 614 *bis* c.p.c.; *e)* il codice del processo amministrativo prevede, accanto al requisito positivo dell’inesecuzione della sentenza e al limite negativo della manifesta iniquità, l’ulteriore presupposto negativo consistente nella ricorrenza di “ragioni ostative”.

La questione dell’applicabilità dell’istituto nel caso in cui sia chiesta, nell’ambito di un giudizio di ottemperanza, l’esecuzione di un titolo giudiziario avente ad oggetto somme di danaro, trae origine dalla terza delle differenze delineate. Infatti, per il processo amministrativo manca una previsione esplicita che limiti la riferibilità delle penalità di mora al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi ad oggetto un non fare o un fare infungibile, e nasce quindi il problema relativo alla possibilità di richiedere

l’applicazione delle penalità anche nel caso dell’ottemperanza a sentenze aventi ad oggetto un dare pecuniario.

Mentre la dottrina è in gran parte favorevole ad una lettura estensiva della norma *de qua*, la giurisprudenza amministrativa ha manifestato significative divisioni sulla questione. L’opinione prevalente ammette l’applicazione delle penalità di mora anche per le sentenze di condanna pecuniaria (cfr., *ex plurimis*, Cons. di Stato, Sez. IV, 29 gennaio 2014, n. 462; Id., Sez. V, 15 luglio 2013, n. 3781; Id., 19 giugno 2013, nn. 3339, 3340, 3341 e 3342; Id., Sez. III, 30 maggio 2013, n. 2933; C.g.a.r.s., 30 aprile 2013, n. 424; Cons. di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2012, n. 3272; Id., Sez. V, 14 maggio 2012, n. 2744; Id., 20 dicembre 2011, n. 6688; Id., Sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4216; C.g.a.r.s., 22 gennaio 2013, n. 26; Cons. di Stato, Sez. VI, 6 agosto 2012, n. 4523; Id., 4 settembre 2012, n. 4685). A favore di tale conclusione deporrebbero molteplici elementi: il tenore letterale della disposizione, che, a differenza dell’art. 614 *bis* c.p.c., non pone alcuna distinzione per tipologie di condanne rispetto al potere del giudice di disporre, su istanza di parte, la condanna dell’amministrazione inadempiente al pagamento della penalità di mora, con una scelta che appare coerente con il rilievo che il rimedio dell’ottemperanza, grazie al potere sostitutivo esercitabile, nell’alveo di una giurisdizione di merito, dal giudice in via diretta o mediante la nomina di un commissario *ad acta*, non conosce, in linea di principio, l’ostacolo della non surrogabilità degli atti necessari al fine di assicurare l’esecuzione *in re* del precetto giudiziario; la peculiare natura giuridica della penalità di mora *ex art.* 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., che, in virtù della sua diretta derivazione dal modello francese, assolve ad una finalità sanzionatoria e non risarcitoria in quanto non mira a riparare il pregiudizio cagionato dall’inesecuzione della sentenza ma vuole sanzionare la disobbedienza alla statuizione giudiziaria e stimolare il debitore all’adempimento, integrando uno strumento di pressione nei confronti della p.a., inteso ad assicurare il pieno e completo rispetto degli obblighi conformativi discendenti dal *decisum* giudiziale; il rilievo secondo cui la matrice sanzionatoria della misura, idonea a confutare il rischio di duplicazione risarcitoria, è confermata dalla considerazione da parte dell’art. 614 *bis*, 2° comma, c.p.c., sempre nell’ottica dell’aderenza al modello francese, della misura del danno quantificato e prevedibile come solo uno dei parametri di commisurazione in quanto prende in considerazione anche altri profili, estranei alla logica riparatoria, quali il valore della controversia, la natura della prestazione e ogni altra circostanza utile, tra cui si può annoverare il profitto tratto dal creditore per effetto del suo inadempimento.

L’opposto orientamento dà risposta negativa alla questione (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 13 giugno 2013, n. 3293; Id., Sez. III, 6 dicembre 2013, n. 5819) sulla scorta delle seguenti argomentazioni: la funzione della penalità di mora nel giudizio di ottemperanza sarebbe quella di incentivare l’esecuzione di condanne di fare o non fare infungibile prima dell’intervento del commissario *ad acta*, il quale comporta normalmente maggiori oneri per l’Amministrazione, oltre che maggiore dispendio di tempo per il privato, di modo che ove il giudizio di ottemperanza sia prescelto dalla parte per l’esecuzione di sentenza di condanna pecuniaria del giudice ordinario, la tesi favorevole all’ammissibilità dell’applicazione dell’*astreinte* finirebbe per consentire una tutela diversificata dello stesso credito a seconda del

giudice dinanzi al quale si agisca atteso che il creditore pecuniario della p.a. nel giudizio di ottemperanza potrebbe ottenere maggiori e diverse utilità rispetto a quelle conseguibili nel giudizio di esecuzione civile solo in base ad un'opzione puramente potestativa; sarebbe iniqua la condanna al pagamento di una somma di danaro laddove l'obbligo oggetto di domanda giudiziale sia esso stesso di natura pecuniaria, di talché sarebbe già assistito, per il caso di ritardo nel suo adempimento, dall'obbligo accessorio degli interessi legali, cui la somma dovuta a titolo di *astreinte* andrebbe ulteriormente ad aggiungersi, con le conseguenze della duplicazione ingiustificata di misure volte a ridurre l'entità del pregiudizio derivante all'interessato dalla violazione, inosservanza o ritardo nell'esecuzione del giudicato, nonché dell'ingiustificato arricchimento del soggetto già creditore della prestazione principale e di quella accessoria; sarebbe impossibile cumulare un modello di esecuzione surrogatoria con uno di carattere compulsorio, dal momento che il sistema nazionale di esecuzione amministrativa della decisione, connotato da caratteri di estrema incisività e pervasività, porrebbe già a presidio delle ragioni debitorie dell'amministrazione la doppia garanzia sul piano patrimoniale del riconoscimento degli accessori del credito e su quello coercitivo generale dell'intervento del Commissario *ad acta*.

Tutto ciò premesso, il Supremo Collegio ha ritenuto di aderire all'orientamento prevalente che ammette l'operatività dell'istituto per tutte le decisioni di condanna adottate dal giudice amministrativo *ex art.* 112 cod. proc. amm., ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni pecuniarie. A sostegno di tale conclusione, la Plenaria ha richiamato innanzi tutto un argomento di diritto comparato, evidenziando che il sistema francese, modello sul quale sono stati coniatati gli istituti nazionali che prevedono l'irrogazione della penalità di mora, è connotato da un'indiscussa funzione sanzionatoria, essendo teleologicamente orientato a costituire una pena per la disobbedienza alla statuizione giudiziaria, e non un risarcimento per il pregiudizio sofferto a causa di tale inottemperanza. Tale modello, quindi, in aderenza al *favor* espresso dalla giurisprudenza della CEDU verso la massima estensione, anche *in executivis*, dell'effettività delle decisioni giurisdizionali, dimostra che il rimedio compulsorio in esame può operare anche per le condanne pecuniarie, in quanto non conosce limiti strutturali in ragione della natura della condotta imposta dallo *iussum iudicis*.

All'argomento appena esposto si salda quello letterale, atteso che l'analisi del dato testuale chiarisce che, in sede di codificazione del processo amministrativo, il legislatore ha esercitato la sua discrezionalità, in sede di adattamento della conformazione dell'istituto alle peculiarità del processo amministrativo, nel senso di estendere il raggio d'azione delle penalità di mora a tutte le decisioni di condanna, non riproducendo il limite, stabilito della legge di rito civile nel titolo dell'art. 614 *bis*, della riferibilità del meccanismo al solo caso di inadempimento degli obblighi aventi per oggetto un non fare o un fare infungibile. Inoltre, la norma in esame non solo non contiene un rinvio esplicito all'art. 614 *bis*, ma neanche richiama implicitamente il modello processual-civilistico, rispetto al quale anzi introduce un elemento ulteriore, prevedendo l'ulteriore limite negativo rappresentato dall'insussistenza di "ragioni ostative".

In questo senso, è significativa anche la considerazione che nel giudizio civile l'*astreinte* è comminata dalla senten-

za di cognizione con riguardo al fatto ipotetico del futuro inadempimento, mentre nel processo amministrativo la penalità di mora è applicata dal giudice dell'esecuzione a fronte del già inverato presupposto della trasgressione del dovere comportamentale imposto dalla sentenza che ha definito il giudizio. Pertanto, non può essere attribuito un rilievo decisivo ai lavori preparatori, in quanto il riferimento, operato dalla Relazione governativa di accompagnamento, alla riproduzione dell'art. 614 *bis* c.p.c., va inteso come richiamo della fisionomia dell'istituto e non come recepimento della sua disciplina puntuale. In definitiva, secondo la Plenaria, a fronte dell'ampia formulazione dell'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., un'operazione interpretativa che intendesse colmare una lacuna che non c'è attraverso il richiamo dei limiti previsti dalla diversa norma del processo civile, si tradurrebbe in un'inammissibile analogia *in malam partem* volta ad assottigliare lo spettro delle tutele predisposte dal codice del processo amministrativo nel quadro di un potenziamento complessivo del giudizio di ottemperanza.

Ancora, l'Adunanza plenaria ha ritenuto di porre l'accento su un ulteriore argomento, quello sistematico, in quanto la diversità delle scelte abbracciate dal legislatore per il processo civile e per quello amministrativo si giustifica in ragione della diversa architettura delle tecniche di esecuzione in cui si cala e va letto il rimedio in esame. Nel processo civile, stante la distinzione tra sentenze eseguibili in forma specifica e pronunce non attuabili *in re*, la previsione della penalità di mora per le sole pronunce non eseguibili in modo forzato mira a introdurre una tecnica di coercizione indiretta che colmi l'assenza di una forma di esecuzione diretta; in altri termini, nel sistema processual-civilistico, con l'innesto della sanzione in parola il legislatore ha inteso porre rimedio all'anomalia insita nell'esistenza di sentenze di condanna senza esecuzione, dando la stura ad una tecnica compulsoria che supplisce alla mancanza di una tecnica surrogatoria. Per converso, nel processo amministrativo la norma si cala in un archetipo processuale in cui, grazie alle peculiarità del giudizio di ottemperanza, caratterizzato dalla nomina di un commissario *ad acta* con poteri sostitutivi, tutte le prestazioni sono surrogabili, senza che sia dato distinguere a seconda della natura delle condotte imposte.

La penalità di mora, in questo diverso *humus* processuale, assumendo una più marcata matrice sanzionatoria che completa la veste di strumento di coazione indiretta, si atteggia a tecnica compulsoria che si affianca, in termini di completamento e cumulo, alla tecnica surrogatoria che permea il giudizio d'ottemperanza. Detta fisionomia impedisce di distinguere a seconda della natura della condotta ordinata dal giudice, posto che anche per le condotte di *facere* o *non facere*, al pari di quelle aventi ad oggetto un dare (pecuniario o no), vige il requisito della surrogabilità/fungibilità della prestazione e, quindi, l'esigenza di prevedere un rimedio compulsivo volto ad integrare quello surrogatorio.

Vi è poi un argomento costituzionale: difatti non può ravvisarsi, in primo luogo, la paventata disparità collegata all'opzione potestativa, esercitabile da parte del creditore, attraverso la scelta, in sostituzione del rimedio dell'esecuzione forzata civile – priva dello strumento della penalità di mora per le sentenze di condanna pecuniaria –, dell'ottemperanza amministrativa, rafforzata dalla comminatoria delle *astreintes*. Infatti, il riscontro di profili di disparità dev'es-

sere effettuato tenendo conto dei soggetti di diritto e non delle tecniche di tutela dagli stessi praticabili, con la conseguenza che è ben possibile, per un creditore pecuniario della pubblica amministrazione, di utilizzare, in coerenza con una consolidata giurisprudenza, due diversi meccanismi di esecuzione, ciò che, lungi dal porre in essere una disparità di trattamento, per la quale difetterebbe il referente soggettivo discriminato, evidenzia un arricchimento del bagaglio delle tutele normativamente garantite in attuazione dell'art. 24 Cost. in una con i canoni europei e comunitari richiamati dall'art. 1 cod. proc. amm.

Né può ravvisarsi, secondo la Plenaria, una discriminazione ai danni del debitore pubblico, per essere lo stesso soggetto, diversamente dal debitore privato, a tecniche di esecuzione diversificate e più incisive, tale differenziazione essendo il precipitato logico e ragionevole della peculiare condizione in cui versa il soggetto pubblico destinatario di un comando giudiziale. Infatti, la pregnanza dei canoni costituzionali di imparzialità, buona amministrazione e legalità che informano l'azione dei soggetti pubblici, qualifica in termini di maggior gravità l'inosservanza, da parte di tali soggetti, del precetto giudiziale, in guisa da giustificare la previsione di tecniche di esecuzione più penetranti, tra le quali si iscrive il meccanismo delle penali di mora. In questo quadro, la previsione di cui all'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., si inserisce armonicamente in una struttura del giudizio di ottemperanza complessivamente caratterizzata, proprio per la specialità del debitore, da un potere di intervento del giudice particolarmente intenso, come testimoniato dall'assenza del limite dell'infungibilità della prestazione, dalla previsione di una giurisdizione di merito e dall'adozione di un modello surrogatorio di tutela esecutiva.

Secondo la Plenaria, poi, le conclusioni così raggiunte non sono scalfite dall'argomento equitativo su cui fanno leva i fautori della tesi restrittiva, richiamando il rischio di duplicazione di risarcimenti, con correlativa locupletazione del creditore e depauperamento del debitore: tale argomento è inficiato dal rilievo che la penali di mora, come fin qui osservato, assolve ad una funzione coercitivo-sanzionatoria e non, o quanto meno non principalmente, ad una funzione riparatoria, come dimostrato, tra l'altro, dalle caratteristiche dei modelli di diritto comparato e dalla circostanza che nell'art. 614 *bis* c.p.c. la misura del danno è solo uno dei parametri di quantificazione dell'importo della sanzione. Trattandosi dunque di una pena, e non di un risarcimento, non viene in rilievo un'inammissibile doppia riparazione di un unico danno ma l'aggiunta di una misura

sanzionatoria ad una tutela risarcitoria; potendosi aggiungere anche che la locupletazione lamentata, frutto della decisione legislativa di disporre un trasferimento sanzionatorio di ricchezza, ulteriore rispetto al danno, dall'autore della condotta inadempitiva alla vittima del comportamento antiggiuridico, si verifica in modo identico anche per sentenze aventi un oggetto non pecuniario, per le quali parimenti il legislatore, pur se non attraverso meccanismi automatici propri degli accessori del credito pecuniario (rivalutazione e interessi), prevede l'azionabilità del diritto al risarcimento dell'intero danno da inesecuzione del giudicato (art. 112, 3° comma, cit.), in aggiunta alla possibilità di fare leva sul meccanismo delle penali di mora.

A queste argomentazioni il Supremo Collegio ha aggiunto l'ulteriore rilievo che la considerazione delle peculiari condizioni del debitore pubblico, al pari dell'esigenza di evitare locupletazioni eccessive o sanzioni troppo afflittive, costituiscono fattori da valutare non ai fini di un'astratta inammissibilità della domanda relativa a inadempimenti pecuniari, ma in sede di verifica concreta della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nonché al momento dell'esercizio del potere discrezionale di graduazione dell'importo. Infatti, il più volte citato art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., proprio in considerazione della specialità, in questo caso favorevole, del debitore pubblico – con specifico riferimento alle difficoltà nell'adempiamento collegate a vincoli normativi e di bilancio, allo stato della finanza pubblica e alla rilevanza di specifici interessi pubblici – ha aggiunto al limite negativo della manifesta iniquità, previsto nel codice di rito civile, quello, del tutto autonomo, della sussistenza di altre ragioni ostative. Ferma restando l'assenza di preclusioni astratte sul piano dell'ammissibilità, spetterà allora al giudice dell'ottemperanza, dotato di un ampio potere discrezionale sia in sede di scrutinio delle ricordate esimenti che in sede di determinazione dell'ammontare della sanzione, verificare se le circostanze addotte dal debitore pubblico assumano rilievo al fine di negare la sanzione o di mitigarne l'importo.

Gli effetti. Sulla scorta degli argomenti che precedono, l'Adunanza plenaria ha affermato il principio di diritto per cui nell'ambito del giudizio di ottemperanza la comminatoria delle penali di mora di cui all'art. 114, 4° comma, lett. e), cod. proc. amm., è ammissibile per tutte le decisioni di condanna di cui al precedente art. 113, ivi comprese quelle aventi ad oggetto prestazioni di natura pecuniaria. Di poi, ha restituito gli atti alla Sezione rimettente per le ulteriori decisioni sulle controversie oggetto di giudizio.

Revoca dell'aggiudicazione e recesso dal contratto di appalto

Consiglio di Stato, Ad. plen., 25 giugno 2014, n. 14 – Pres. Giovannini – Est. Meschino – A.T.A.C. S.p.a. – C.C.C. e al.

Contratti della p.a. – Revoca dell'aggiudicazione – Possibilità per la stazione appaltante di procedervi dopo la stipulazione del contratto di appalto – Esclusione – Necessità di far ricorso allo strumento del recesso dal rapporto contrattuale.

La questione: è possibile alla stazione appaltante, dopo la stipulazione di un contratto di appalto, procedere a revoca dell'aggiudicazione qualora sopravvengano ragioni di pubblico interesse che inducano a riconsiderare la convenienza o l'opportunità del rapporto contrattuale?

Il fatto. Un'azienda comunale per la mobilità, all'esito di apposita procedura selettiva di aggiudicazione, stipula con

un raggruppamento di imprese un contratto d'appalto per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione

ne dei lavori necessari alla realizzazione di un deposito tranviario. Tuttavia, dopo qualche anno dalla stipulazione la medesima azienda dispone la revoca definitiva di tutti gli atti della procedura di gara, incluso il provvedimento di aggiudicazione; detta revoca si basa su vari motivi di interesse pubblico consistenti: nella “sostanziale non esecuzione” dell’appalto; nell’aggravio dei costi prospettati dall’appaltatrice; nelle proprie sopravvenute mutate esigenze operative; nell’inserimento del deposito tranviario in un piano di dismissioni immobiliari deliberato dal Comune; nell’incertezza sulla effettiva disponibilità di risorse per finanziare l’opera, venendo altresì preannunciato che, con separato provvedimento, sarà corrisposto all’appaltatrice l’indennizzo di cui all’art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, L. 7 agosto 1990, n. 241.

Insorge in sede giurisdizionale l’impresa appaltatrice, sostenendo fra l’altro che la stazione appaltante avrebbe esercitato un potere di autotutela al di fuori dei presupposti di legge, sugli atti della procedura di gara, ormai privati di efficacia in conseguenza della sopravvenuta stipulazione del contratto; che il provvedimento impugnato non ha ponderato il contrapposto interesse privato, consolidatosi negli anni intercorsi dalla stipula del contratto; che con la revoca l’appaltante avrebbe esercitato in realtà un diritto di recesso o di risoluzione unilaterale, finalizzato a sottrarsi alle conseguenze derivanti dall’esercizio di dette facoltà privatistiche, maggiormente onerose dal punto di vista economico, perché non limitate all’indennizzo commisurato al solo danno emergente.

Il T.A.R. adito accoglie il ricorso, affermando che la revoca è stata adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l’aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto: cosicché, secondo il primo giudice, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest’ultimo, l’Amministrazione avrebbe dovuto ricorrere all’istituto del recesso ai sensi dell’art. 134 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Propone appello l’azienda intimata in primo grado, e la Sezione V del Consiglio di Stato, con sentenza non definitiva, respinti i pregiudiziali motivi di appello di insussistenza della giurisdizione amministrativa sulla controversia e di mancata integrazione del contraddittorio in primo grado, rimette all’esame dell’Adunanza plenaria la questione di merito relativa al principio di diritto formulato dal primo giudice, secondo cui il potere di revoca dell’aggiudicazione non può essere esercitato una volta intervenuta la stipula del contratto.

Al riguardo, la Sezione evidenzia nel quadro normativo di riferimento un elemento di contraddittorietà tra i commi 1° e 1 *bis* dell’art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, poiché, per il primo, la revoca può incidere soltanto su atti “ad efficacia durevole”, mentre, per il secondo, l’atto revocato può anche essere “ad efficacia istantanea” se incidente su “rapporti negoziali”, con un possibile effetto retroattivo che avvicina l’istituto a quello dell’annullamento d’ufficio per illegittimità, convergendo, in questo senso, anche l’art. 1, 136° comma, L. 30 dicembre 2004, n. 311, per il quale l’annullamento volto a “conseguire risparmi o minori oneri finanziari” regola il caso in cui incida “su rapporti contrattuali o convenzionali con privati”; potere quest’ultimo che, al di là del *nomen* dell’atto, appare peraltro vicino allo schema della revoca sul presupposto della rivalutazione della convenienza di contratti già stipulati.

Detta normativa, secondo la Sezione rimettente, deve essere a sua volta esaminata insieme con quella dell’art. 21 *sexies* della L. n. 241/1990, per cui è possibile “il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione (...) nei casi previsti dalla legge o dal contratto”, secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli artt. 1372 e 1373 c.c. Si pone pertanto l’interrogativo se con il potere attribuito dall’art. 21 *quinquies* e dalla L. n. 311/2004 si possa incidere sul contratto stipulato e come ciò si concili con il carattere paritetico delle posizioni fondate su di esso, di cui è espressione la generalizzazione dell’istituto del recesso *ex art. 21 sexies*, cui si correla la previsione specifica dell’art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006 che, per gli appalti di lavori pubblici, attribuisce all’amministrazione “il diritto di recedere in qualunque tempo dal contratto”, con effetto economico più oneroso, però, di quanto previsto dal 136° comma dell’art. 1 della L. n. 311/2004, poiché non limitato alla dimensione indennitaria ma comprendente il ristoro dei lavori eseguiti e dei materiali utili in cantiere oltre al decimo delle opere non eseguite (effetto non dissimile da quello, previsto dall’art. 158 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006, in caso di risoluzione per inadempimento o di revoca delle concessioni di lavori pubblici).

Il quadro normativo si completa poi con il richiamo dell’art. 11 della L. n. 241/1990, che fa salvo il potere di recesso dell’amministrazione “per sopravvenuti motivi di pubblico interesse” in caso di accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento, e degli artt. 121 e 122 cod. proc. amm. quanto ai poteri del giudice amministrativo di incidere sul contratto.

Ciò premesso, la Sezione osserva che il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità del potere di revoca degli atti amministrativi del procedimento ad evidenza pubblica anche se sia stato stipulato il contratto, con il conseguente diritto del privato all’indennizzo (cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 17 marzo 2010, n. 1554; Id., 27 novembre 2012, n. 5993; Id., Sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156). Al contrario, la Corte di cassazione ha affermato che tutte le vicende successive alla stipulazione del contratto danno luogo a questioni relative alla sua validità ed efficacia anche se dovute all’esercizio di poteri pubblicistici in autotutela: con la stipula del contratto si costituisce infatti tra le parti, pubblica e privata, un rapporto giuridico paritetico intercorrente tra situazioni soggettive da qualificare in termini di diritti soggettivi e di obblighi giuridici; il riscontro di sopravvenuti motivi di inopportunità della realizzazione dell’opera si riconduce perciò all’esercizio del potere contrattuale di recesso, previsto dalla normativa sugli appalti pubblici, con scelta che si riverbera sul contratto in quanto potere contrattuale del committente di recedere da esso, cosicché l’atto di revoca dell’aggiudicazione, ciò nonostante adottato, risulta lesivo del diritto soggettivo del privato in quanto incidente sul sinallagma funzionale (cfr. Cass. civ., Sez. un., 26 giugno 2003, n. 10160; Id., 17 dicembre 2008, n. 29425).

Orbene, la Sezione rimettente prospetta l’esigenza di riconsiderare l’indirizzo prevalente nella giurisprudenza amministrativa ritenendo che, intervenuta la stipulazione del contratto ad evidenza pubblica, l’amministrazione non possa esercitare il potere di revoca ma debba agire attraverso il recesso. In tal senso, osserva innanzi tutto che, nonostante la sussistenza della norma generale dell’art. 21 *quinquies* sono state previste norme specifiche che, attraverso il po-

tere di revoca per pubblico interesse, attribuiscono all'amministrazione la facoltà di incidere unilateralmente sui contratti stipulati con i privati, come è per l'art. 11, 4° comma, L. n. 241/1990 (dove il potere, pur nominato di "recesso", è in sostanza di revoca) e per il citato art. 158 del codice dei contratti pubblici; ne discende che sul piano normativo la categoria dei contratti di diritto pubblico (o ad oggetto pubblico), fermo il ricorso alle regole civilistiche per la disciplina generale del rapporto contrattuale tra amministrazione e privati, si distingue da quella dei contratti di diritto privato per il mantenimento di una posizione di supremazia dell'amministrazione. In relazione a ciò la parallela previsione dell'art. 21 *sexies* della L. n. 241/1990, sulla facoltà dell'amministrazione di incidere sul contratto con il recesso, deve ritenersi propria dei contratti in cui essa non è in posizione di supremazia, cioè di quelli di diritto privato, considerate l'analogia della norma con quelle di cui agli artt. 1372 e 1373 c.c., la sua coerenza con il principio di cui all'art. 1, comma 1 *bis*, L. n. 241/1990 (per il quale "La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente"), l'inutilità della previsione, altrimenti, se l'amministrazione potesse sempre incidere sul contratto con la revoca, peraltro più conveniente per il profilo economico.

La conclusione così raggiunta, secondo cui le previsioni dell'art. 21 *sexies* della L. n. 241/1990 e dell'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006 portano a non riferire i contratti ad evidenza pubblica al contesto dei rapporti negoziali distinti dal potere autoritativo di revoca, sarebbe confermata: *a*) dalla riconosciuta scissione tra aggiudicazione e stipulazione del contratto, che emerge sul piano funzionale poiché, con la prima, si conclude la fase pubblicistica del perseguimento dell'interesse pubblico alla selezione della migliore offerta mentre la seconda si colloca nel diverso quadro del rapporto paritetico tra i contraenti con predominanza del diritto privato, riflettendosi questa scissione anche sul piano strutturale, poiché, ai sensi dell'art. 11 del codice dei contratti pubblici, "l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta" (7° comma), essendo poi previsto un termine per stipulare successivamente il contratto soltanto entro il quale l'amministrazione può agire in autotutela (9° comma); *b*) dalla conseguente distinzione fra l'atto di aggiudicazione e il consenso contrattuale dell'amministrazione, tale da far escludere che questo possa essere ritirato in via unilaterale, e tanto meno perciò mediante il riesame dell'aggiudicazione in autotutela, essendo il detto consenso confluito con quello della parte privata nell'accordo di cui all'art. 1325, n. 1), c.c., essendo in seguito possibile soltanto il mutuo dissenso di cui all'art. 1372 c.c., ed operando la altresì prevista facoltà di recesso non sull'atto contrattuale ma sul rapporto.

La Sezione conclude osservando che la normativa posta con il comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, così come con l'art. 1, 136° comma, L. n. 311/2004, si inserisce nel quadro delineato se si circoscrive il potere di revoca ivi previsto soltanto alle concessioni amministrative; che il divieto di revoca quando sia stato stipulato il contratto si fonda sulla fondamentale ragione dell'affidamento del privato negli impegni reciproci consacrati nell'accordo, sulla cui base egli ha maturato aspettative di profitto e assunto impegni organizzativi che l'art. 21 *quinquies* non impone di considerare (a differenza dell'art. 21 *nonies* per l'annullamento d'ufficio) e il cui ristoro è ivi previsto soltanto con l'inden-

nizzo, mentre, ad esito del recesso consentito per i contratti di diritto privato, l'amministrazione è obbligata, come visto, ad una più adeguata compensazione del pregiudizio sofferto dalla controparte; che ciò non comporta, peraltro, un'automatica svalutazione dell'interesse pubblico, di cui la p.a. è sempre portatrice, al quale è comunque strumentale il diritto di recesso nell'ampia configurazione dell'art. 134 del codice dei contratti pubblici, potendo l'amministrazione valorizzare, ai fini del recesso, circostanze che porterebbero alla revoca, con il corollario di non dover assicurare il contraddittorio procedimentale né esternare compiutamente le motivazioni della scelta, essendo ciò bilanciato dal maggiore onere economico che ne consegue.

La decisione. Prima di approfondire il quesito sottoposto, l'Adunanza plenaria ha precisato di prescindere da questioni attinenti alla giurisdizione, che pure potevano essere connesse al quesito stesso, considerato che nel caso di specie la questione di giurisdizione era stata espressamente decisa in primo grado con pronuncia confermata in secondo grado, essendosi perciò formato al riguardo il giudicato.

Nel merito, il Supremo Collegio ha ritenuto di affermare il principio che, una volta intervenuta la stipulazione del contratto per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, l'amministrazione non può esercitare il potere di revoca dovendo operare con l'esercizio del diritto di recesso. Infatti, ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, la fase della scelta del contraente, conclusa con l'aggiudicazione definitiva, risulta distinta da quella, successiva, della stipulazione e conseguente esecuzione del contratto, pur costituendone il necessario presupposto funzionale, considerato che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta (art. 11, 7° comma, primo periodo, del codice) e che, pur divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, prima della stipulazione resta comunque salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti (art. 11, 9° comma). Il vincolo sinallagmatico nasce perciò soltanto con il separato e distinto atto della stipulazione del contratto quando, essendo stata fino a quel momento irrevocabile soltanto l'offerta dell'aggiudicatario (art. 11, 7° comma, secondo periodo), l'amministrazione a sua volta si impegna definitivamente.

Ciò considerato, la giurisprudenza ha affermato che la fase conclusa con l'aggiudicazione ha carattere pubblicistico, in quanto retta da poteri amministrativi attribuiti alla stazione appaltante per la scelta del miglior contraente nella tutela della concorrenza, mentre quella che ha inizio con la stipulazione del contratto e prosegue con l'attuazione del rapporto negoziale ha carattere privatistico ed è quindi retta dalle norme civilistiche (Corte cost., sentt. 18 febbraio 2011, n. 53; Id., 11 febbraio 2011, n. 43; Cass. civ., Sez. un., 11 gennaio 2011, n. 391; Cons. di Stato, Sez. IV, 26 gennaio 2009, n. 450). Nella fase privatistica l'amministrazione si pone quindi con la controparte in posizione di parità che però è tendenziale, con ciò sintetizzando l'effetto delle disposizioni per cui, pur nel contesto di un rapporto paritetico, sono apprestate per l'amministrazione norme speciali, derogatorie del diritto comune, definite di autotutela privatistica (Cons. di Stato, Ad. pl., 26 gennaio 2014, n. 6); ciò, evidentemente, perché l'attività dell'amministrazione, pur se esercitata secondo moduli privatistici, è sempre volta al fine primario dell'interesse pubblico, con la conseguente previsione, su tale presupposto, di regole specifiche e distinte.

Nel codice dei contratti pubblici sono previste norme con tratti di specialità riguardo specificamente alla fase dell'ese-

cuzione del contratto per la realizzazione di lavori pubblici: ci si riferisce alle norme relative alla disciplina del recesso dal contratto e della sua risoluzione, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 134-136 del codice (collocate nel Capo II del Titolo III e perciò riferite agli appalti di lavori pubblici ex art. 126 del codice), della risoluzione per inadempimento e, specificamente, della revoca delle concessioni di lavori pubblici in finanza di progetto ai sensi dell'art. 158 del medesimo codice, ovvero della sospensione dei lavori ai sensi dell'art. 158 e segg. del regolamento di attuazione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). In questo contesto la specialità della disciplina del recesso emerge non soltanto perché, a fronte della generale previsione civilistica (art. 1373 c.c.), il legislatore ne ha ritenuta necessaria una specifica nella legge sul procedimento (art. 21 *sexies*) ma in particolare perché l'art. 134, nel concretare il caso applicativo di tale previsione, lo regola in modo diverso rispetto all'art. 1671 c.c., prevedendo il preavviso all'appaltatore e, quanto agli oneri, la forfezzazione del lucro cessante nel 10% delle opere non eseguite e la commisurazione del danno emergente, fermo il pagamento dei lavori eseguiti, al "valore dei materiali utili esistenti in cantiere" mentre, per il citato art. 1671, il lucro cessante è dovuto per intero e per il danno emergente vanno rimborsate tutte le spese sostenute.

Su questa base, la Plenaria ha rilevato che la posizione dell'amministrazione nella fase del procedimento di affidamento di lavori pubblici aperta con la stipulazione del contratto è definita dall'insieme delle norme comuni, civilistiche, e di quelle speciali, individuate dal codice dei contratti pubblici, operando l'amministrazione, in forza di quest'ultime, in via non integralmente paritetica rispetto al contraente privato, fermo restando che le sue posizioni di specialità, essendo l'amministrazione comunque parte di un rapporto che rimane privatistico, restano limitate alle singole norme che le prevedono. Ne consegue che deve ritenersi insussistente, in tale fase, il potere di revoca, poiché: presupposto di questo potere è la diversa valutazione dell'interesse pubblico a causa di sopravvenienze; il medesimo presupposto è alla base del recesso in quanto potere contrattuale basato su sopravvenuti motivi di opportunità (Cass. civ., n. 391/2011, cit.; Cons. di Stato, Sez. V, 18 settembre 2008, n. 4455); la specialità della previsione del recesso di cui al citato art. 134 del codice preclude, di conseguenza, l'esercizio della revoca.

Se, infatti, nell'ambito della normativa che regola l'attività dell'amministrazione nella fase del rapporto negoziale di esecuzione del contratto di lavori pubblici, è stata in particolare prevista per gli appalti di lavori pubblici una norma che attribuisce il diritto di recesso, non si può ritenere che sul medesimo rapporto negoziale si possa incidere con la revoca, basata su presupposti comuni a quelli del recesso (la rinnovata valutazione dell'interesse pubblico per sopravvenienze) e avente effetto analogo sul piano giuridico (la cessazione *ex nunc* del rapporto negoziale); richiamato anche che, quando il legislatore ha ritenuto di consentire la revoca "per motivi di pubblico interesse" a contratto stipulato, lo ha fatto espressamente, in riferimento, come visto, alla concessione in finanza di progetto per la realizzazione di lavori pubblici (o la gestione di servizi pubblici: art. 158 del codice).

In caso contrario la norma sul recesso sarebbe sostanzialmente inutile, risultando nell'ordinamento, che per definizione reca un sistema di regole destinate a operare, una normativa priva di portata pratica, dal momento che l'am-

ministrazione potrebbe sempre ricorrere alla meno costosa revoca ovvero decidere di esercitare il diritto di recesso secondo il proprio esclusivo giudizio, conservando in tale modo nel rapporto una posizione comunque privilegiata; fermo restando che per l'amministrazione la maggiore onerosità del recesso è bilanciata dalla mancanza dell'obbligo di motivazione e del contraddittorio procedimentale.

Quanto sopra, secondo l'Adunanza plenaria, vale in riferimento alla possibilità della revoca nella fase aperta con la stipulazione del contratto nel procedimento per l'affidamento dell'appalto di lavori pubblici, che è l'oggetto specifico del quesito all'esame. Resta perciò impregiudicata, nell'inerenza all'azione della pubblica amministrazione dei poteri di autotutela previsti dalla legge, la possibilità: *a*) della revoca nella fase procedimentale della scelta del contraente fino alla stipulazione del contratto; *b*) dell'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione definitiva anche dopo la stipulazione del contratto, ai sensi dell'art. 1, 136° comma, L. n. 311/2004, nonché concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l'aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso (Cass. civ., Sez. un., 8 agosto 2012, n. 14260; Cons. di Stato, Sez. III, 23 maggio 2013, n. 2802; Id., Sez. V, 7 settembre 2011, n. 5032; Id., 4 gennaio 2011, n. 11; Id., 9 aprile 2010, n. 1998). Così come, pure nel caso di contratto stipulato, sussiste la speciale previsione in ordine al recesso della stazione appaltante quando si verificano i presupposti previsti dalla normativa antimafia che la giurisprudenza ha riferito alla nozione dell'autotutela autoritativa, qualificazione questa che può ritenersi tuttora valida poiché le stazioni appaltanti, pur nel quadro della normativa oggi vigente in materia, devono comunque valutare l'esistenza delle eccezionali condizioni non comportanti l'altrimenti vincolato esercizio del diritto di recesso.

Nel quadro così descritto si coordina e delimita, ad avviso del Supremo Collegio, la previsione della revoca di cui al comma 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* della L. n. 241/1990, poiché dall'ambito di applicazione della norma risulta esclusa la possibilità di revoca incidente sul rapporto negoziale fondato sul contratto di appalto di lavori pubblici, in forza della speciale e assorbente previsione dell'art. 134 del codice (così, come, per la medesima logica, né è esclusa la revoca di cui all'art. 158 del codice), restando per converso e di conseguenza consentita la revoca di atti amministrativi incidenti sui rapporti negoziali originati dagli ulteriori e diversi contratti stipulati dall'amministrazione, di appalto di servizi e forniture, relativi alle concessioni contratto (sia per le convenzioni accessive alle concessioni amministrative che per le concessioni di servizi e di lavori pubblici), nonché in riferimento ai contratti attivi.

Gli effetti. Sulla scorta delle considerazioni che precedono, l'Adunanza plenaria ha enunciato il principio di diritto per cui nel procedimento di affidamento di lavori pubblici le pubbliche amministrazioni se, stipulato il contratto di appalto, rinvergono sopravvenute ragioni di inopportunità della prosecuzione del rapporto negoziale, non possono utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione ma devono esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.Lgs. n. 163/2006. All'esito, ha restituito gli atti alla Sezione remittente per l'esame delle questioni residue e la definizione nel merito della causa.

Recentissime Corti europee

a cura di Antonio Jannarelli e Nicola Scannicchio

■ L'indennità per ferie non godute si trasmette agli eredi anche in assenza di domanda

Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. I, 12 giugno 2014, causa C-118/13 – Pres. A. Tizzano – Rel. E. Levits – Avv. Gen. M. Wathelet – Gülay Bollacke, K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG.

Lavoro (Rapporto) – Dir. 2003/88/CE – Organizzazione dell'orario di lavoro – Ferie annuali retribuite – Indennità finanziaria in caso di decesso del lavoratore – Diritto trasmissibile per via successoria – Non necessaria la previa domanda da parte del prestatore di lavoro

La questione: nel caso in cui il rapporto di lavoro si estingua per decesso del lavoratore e residui un periodo di ferie annuali non godute, il diritto alla relativa indennità sostitutiva è trasmissibile agli eredi in via successoria, anche qualora l'interessato non abbia previamente proposto una domanda in tal senso?

Il fatto. La controversia principale che ha dato luogo alla domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 267 TFUE, è sorta in Germania e ha visto contrapporsi le ragioni della sig.ra Bollacke e della società K + K Klaas & Kock B.V.

La sig.ra Bollacke è l'erede universale del defunto marito, impiegato presso la K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG tra il 1° agosto 1998 ed il 19 novembre 2010, data del suo decesso, che è stato preceduto da un periodo di inabilità al lavoro di oltre otto mesi, dovuto ad una grave malattia.

È pacifico, in quanto non contestato, che, alla data del decesso, il sig. Bollacke aveva diritto ad almeno 140,5 giorni di ferie annuali non godute.

Con lettera del 31 gennaio 2011, la sig.ra Bollacke chiedeva alla società datrice di lavoro del defunto marito l'indennità finanziaria che a questi sarebbe spettata a titolo dei suddetti giorni di ferie non godute. La K + K Klaas & Kock B.V. & Co. KG respingeva detta domanda in quanto dubitava del fatto che si trattasse di un diritto trasmissibile per via successoria.

La sig.ra Bollacke, dunque, adiva la competente magistratura del lavoro, ma la sua domanda veniva parimenti respinta con la motivazione che, secondo la giurisprudenza del Bundesarbeitsgericht (tribunale federale del lavoro), non sorgerebbe alcun diritto ad un'indennità finanziaria a titolo di ferie annuali non godute alla fine del rapporto di lavoro quando tale rapporto termini per decesso del lavoratore. Avverso detta sentenza la ricorrente proponeva appello innanzi al Landesarbeitsgericht Hamm, il quale rilevava un possibile contrasto tra l'orientamento interpretativo dei giudici nazionali e la normativa europea in materia, contenuta nell'art. 7 della Dir. 2003/88/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 4 ottobre 2003, come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il giudice nazionale di seconda istanza, dunque, con domanda del 14 febbraio 2013, sottoponeva alla Corte tre questioni pregiudiziali, con le quali chiedeva, sostanzialmente, se l'art. 7 della Dir. 2003/88/CE, nel riconoscere al lavoratore il diritto irrinunciabile ad un periodo annuale di ferie retribuite o, solo nel caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla relativa indennità per ferie non godute,

debba essere interpretato nel senso che osta a legislazioni o prassi nazionali, quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che prevedono che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue senza dare diritto all'indennità finanziaria a titolo delle ferie non godute, quando il rapporto di lavoro termini per decesso del lavoratore e, in caso affermativo, se il beneficio di una tale indennità dipenda da una previa domanda dell'interessato.

La decisione. La Corte, dopo una rapida disamina della giurisprudenza europea in materia, si è così pronunciata: “L'articolo 7 della direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, deve essere interpretato nel senso che osta a legislazioni o prassi nazionali, quali quelle di cui trattasi nel procedimento principale, che prevedono che il diritto alle ferie annuali retribuite si estingue senza dare diritto ad un'indennità finanziaria a titolo delle ferie non godute, quando il rapporto di lavoro termina per decesso del lavoratore. Il beneficio di una tale indennità non può dipendere da una previa domanda dell'interessato”.

I giudici di Lussemburgo, infatti, per consolidato orientamento, hanno sempre considerato il diritto alle ferie annuali e quello all'ottenimento di un pagamento a tale titolo come due aspetti di un unico diritto, cosicché al lavoratore che non possa beneficiare del riposo garantito dai periodi di non lavoro a causa della cessazione del rapporto di lavoro sia comunque assicurata una monetizzazione del lavoro prestato al di là della misura contrattualmente stabilita, corrispondente al periodo di ferie maturato e non goduto, funzione assolta, appunto, dalla corresponsione dell'emolumento sostitutivo.

Peraltro, come correttamente osservato dalla Corte anche in altre precedenti pronunce (sentenza Heimann e Toltchin C229/11 e C230/11, punto 23, nonché ordinanza Brandes, C415/12, punto 29 e giurisprudenza ivi citata), la garanzia del diritto fondamentale alle ferie retribuite, e quindi di quello correlativo all'indennità sostitutiva, impone un'interpretazione non restrittiva da parte dei giudici nazionali e dell'Unione e, pertanto, la sua fruizione non

può essere assoggettata a condizioni ulteriori rispetto a quelle previste dalla normativa che lo regola. Queste, a norma dell'art. 7 della Dir. 2003/88/CE, sono esclusivamente la cessazione del rapporto di lavoro e il mancato godimento da parte del lavoratore di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto alla data in cui tale rapporto è cessato; nulla prevede, la norma, in merito alle cause che hanno portato alla cessazione del rapporto, cosicché l'indennità spetta al lavoratore sia in caso di licenziamento, legittimo o illegittimo, che in caso di morte o dimissioni.

Né, d'altronde, potrebbe essere diversamente, dal momento che qualora l'esistenza dell'obbligo di corrispondere l'indennità sostitutiva del congedo annuale dipendesse dalla causa che ha condotto all'estinzione del rapporto, in modo da non sussistere in caso di decesso del prestatore di lavoro, la normativa farebbe dipendere la perdita retroattiva di un diritto irrinunciabile, quale quello alle ferie annuali retribuite, da un evento incerto e fortuito – il decesso – non addebitabile ad alcuna delle parti del rapporto di lavoro.

In tale ipotesi, evidentemente, non sarebbe garantito il c.d. "effetto utile" della norma, criterio interpretativo cardine del diritto dell'Unione: questo consiste, in primo luogo, nel garantire la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori attraverso la previsione di adeguati periodi di non-lavoro, atti a reintegrare le energie psico-fisiche del prestatore di lavoro e, in secondo luogo, qualora la fruizione di tale periodo divenisse impossibile, ancorché per causa non imputabile al datore di lavoro, nell'assicurare, al lavoratore che non abbia beneficiato di tale periodo, un adeguato ristoro economico per la perdita di un bene al cui soddisfacimento l'istituto delle ferie è subordinato.

Dal riconoscimento, dunque, del diritto all'indennità per ferie non godute anche in caso di decesso del lavoratore deriva inevitabilmente il riconoscimento della trasmissibilità di tale diritto agli eredi e aventi causa del *de cuius*, dal momento che, altrimenti, tale ricostruzione argomentativa rimarrebbe priva di effetti sul piano sostanziale.

Parimenti, infine, la Corte sottolinea che tale diritto, per gli eredi, non è subordinato ad una previa domanda da parte del lavoratore, in quanto, come poc'anzi rilevato, l'art. 7 della Direttiva *de quo* non assoggetta il diritto all'indennità finanziaria a tale condizione e, in virtù di quanto sin qui esposto, ogni interpretazione restrittiva della norma sarebbe in contrasto con il diritto dell'Unione.

Gli effetti. L'interpretazione che la Corte fornisce nella pronuncia pregiudiziale di cui trattasi conferma gli esiti cui ormai da tempo è pervenuta la giurisprudenza italiana di legittimità, allorché ha dovuto statuire in ordine alla natura dell'indennità sostitutiva del periodo feriale non goduto.

Già in passato, infatti, la Suprema Corte, dopo aver ribadito il carattere irrinunciabile del diritto alle ferie garantito dall'art. 7 della Dir. 2003/88/CE, norma espressamente esclusa dal novero delle disposizioni suscettibili di deroga ad opera dei legislatori nazionali ai sensi dell'art. 17 della direttiva stessa, ha statuito che questo non può essere sostituito con attribuzioni economiche.

Tuttavia, i giudici di legittimità hanno sostenuto che "nell'ipotesi di estinzione del diritto alle ferie per impossibilità della prestazione del datore di lavoro a lui non imputabile, come nel caso di estinzione del rapporto per licenziamento legittimo, morte e dimissioni, il lavoro prestato al di là della misura contrattualmente stabilita, corrispondente al periodo di ferie maturato in proporzione al servizio prestato, deve essere retribuito in quanto compreso nella causa corrispettiva del rapporto" (in tal senso, Cass., sent. n. 13937 del 25 settembre 2002).

Dalla ricostruzione dell'istituto, dunque, si evince che l'indennità per ferie non godute ha natura prettamente retributiva e non risarcitoria: rappresenta, infatti, sempre secondo quanto affermato dalla Corte di cassazione, la "corresponsione del valore di prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica, in misura pari alla retribuzione" (così Cass., sent. n. 20673 del 25/10/2004).

Di conseguenza, dal mancato godimento delle ferie, una volta divenuto impossibile per il datore di lavoro, anche senza sua colpa, adempiere l'obbligo di consentirne la fruizione, deriva il diritto del lavoratore al pagamento dell'indennità sostitutiva, che ha natura retributiva "perché non solo è connessa al sinallagma caratterizzante il rapporto di lavoro, ma più specificatamente rappresenta il corrispettivo dell'attività lavorativa resa in periodo che, pur essendo di per sé retribuito, avrebbe invece dovuto essere non lavorato" (Cass., sent. n. 11462 del 9/07/2012).

Nel caso di specie, dunque, il decesso del prestatore di lavoro, quale causa della mancata fruizione delle ferie annuali non imputabile ad alcuna delle parti del rapporto, produce l'effetto di far sorgere in capo al datore di lavoro l'obbligazione di corrispondere l'indennità per ferie non godute, la quale, evidentemente, verrà erogata in favore degli eredi del lavoratore, i quali divengono titolari del relativo diritto in via successoria.

La pronuncia in esame, dunque, fornisce un'autorevole conferma della piena compatibilità degli orientamenti dei giudici nazionali rispetto alle garanzie offerte dal diritto europeo e, inoltre, ne completa gli esiti, statuendo la trasmissibilità agli eredi del diritto all'emolumento sostitutivo delle ferie non godute anche in assenza di una previa domanda di fruizione da parte del lavoratore interessato. [Daniela Schiuma].

Il regime delle copie sullo schermo e nelle *cache* e tutela del copyright

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sez. IV, 5 giugno 2014, causa C-360/13 – Pres. L. Bay Larsen – Rel. J. Malenovský – Avv. Gen. M. Szpunar – Public Relations Consultant Association Ltd., Newspaper Licensing Agency Ltd.

Diritti d'autore – Società dell'informazione – Dir. 2001/29/CE – Art. 5, paragrafi 1 e 5 – Riproduzione – Eccezioni e limitazioni – Realizzazione di copie di un sito Internet sullo schermo e nella *cache* del disco fisso durante la navigazione in Internet – Atto di riproduzione temporaneo – Atto transitorio o accessorio – Parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico – Utilizzo legittimo – Rilievo economico proprio

La questione: le copie sullo schermo e nelle *cache* realizzate da un utente finale durante la consultazione di un sito *Internet* contenente materiali protetti da diritto d'autore è subordinata alla previa autorizzazione del titolare dei diritti di privativa?

Il fatto. La pronuncia della Corte Europea di Giustizia è stata originata da una domanda di rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, proposta dalla Supreme Court of the United Kingdom del Regno Unito e relativa ad una controversia che vedeva, da un lato, una società che raggruppa professionisti in relazioni pubbliche (PRCA), dall'altro lato, un organismo creato dagli editori di quotidiani del Regno Unito che si occupa del rilascio di licenze collettive riguardanti il loro contenuto (NLA). In particolare, la PRCA si avvaleva dei servizi offerti dalla Meltwater che svolgeva un'attività di monitoraggio e controllo degli articoli di stampa *online* in base alle parole chiave cercate dagli utenti. Secondo la NLA la Meltwater e la sua cliente (PRCA) erano tenute a ottenere l'autorizzazione dei titolari del diritto d'autore, rispettivamente, per fornire e ricevere il predetto servizio di monitoraggio. La Meltwater sottoscriveva un contratto di licenza base di dati *internet*, mentre la PRCA si opponeva alla richiesta della NLA, rilevando che la ricezione *online* delle relazioni di monitoraggio degli utenti non necessitassero di alcuna licenza.

La NLA, pertanto, adiva la High Court of Justice (England & Wales) che riconosceva la fondatezza della sua domanda, affermando che la PRCA, quale fruitore dei servizi svolti dalla Meltwater, era tenuta comunque ad ottenere la licenza o il consenso dell'attrice; decisione successivamente confermata in secondo grado dalla Court of Appeal (England & Wales).

La PRCA investiva della questione la Supreme Court of the United Kingdom, rilevando che nessuna autorizzazione era necessaria dal momento che la sua attività era limitata alla consultazione *online* delle relazioni di monitoraggio sul sito della Meltwater. La NLA, invece, sosteneva che le consultazioni effettuate dalla PRCA comportavano la realizzazione di copie sullo schermo e nelle *cache* del disco rigido del computer dell'utente finale, sicché, trattandosi di riproduzioni, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2 della Dir. 2001/29/CE non godevano dell'esclusione prevista dall'art. 5 della medesima Dir. 2001/29/CE.

Il giudice, pur rilevando che dette copie soddisfano i requisiti previsti dall'art. 5, decideva di rimettere in via pregiudiziale la questione alla Corte Europea di Giustizia, la quale veniva chiamata a esprimersi sul rispetto dei requisiti di temporaneità, transitorietà o accessibilità e del carattere di essere parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico delle copie sullo schermo e nelle *cache* realizzate da un utente finale di *internet*.

La decisione. La Corte, investita della questione, preliminarmente precisa che ai sensi dell'art. 2 della Dir. 2001/29/CE l'atto di riproduzione è subordinato alla previa autorizzazione del titolare del diritto dell'opera protetta, che non è necessaria qualora si tratti di riproduzioni: a) temporanee; b) transitorie o accessorie; c) parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico; d) eseguite all'unico scopo di consentire la trasmissione in rete tra terzi con l'intervento di un intermediario o un utilizzo legittimo di un'opera o di altri materiali; e) prive di rilievo economico proprio (art. 5, par. 1).

La disciplina della direttiva rinvia la sua *ratio* nell'esigenza di contemperare, da un lato, l'interesse allo sviluppo della tecnologia e della navigazione in rete, dall'altro, i diritti del titolare dell'opera protetta attraverso un uso legittimo della creazione intellettuale.

Sulla base di tali premesse la Corte verifica se le copie sullo schermo e nelle *cache* possono considerarsi temporanee, accessorie o transitorie, parte integrante ed essenziale di un procedimento tecnologico.

Su tale versante osserva che ricorre il carattere della temporaneità, in quanto le copie sullo schermo vengono cancellate quando l'utente esce dal sito, mentre quelle nelle *cache* vengono automaticamente eliminate dopo un certo intervallo di navigazione.

Tali atti di riproduzione, inoltre, vengono considerati parte essenziale ed integrante di un procedimento tecnologico, in quanto, conformemente ad un consolidato orientamento della propria giurisprudenza, sono interamente compiuti nell'ambito dello stesso e ritenuti indispensabili per il suo corretto ed efficace funzionamento. Infatti, è il processo tecnologico a creare, con la navigazione, gli atti di riproduzione, essendo l'intervento dell'utente limitato all'avvio e alla chiusura di *internet*.

Il circoscritto intervento dell'utilizzatore, inoltre, permette alla Corte di affermare che le copie sullo schermo sono di carattere transitorio, in quanto vengono cancellate in modo automatico nel momento in cui l'utente esce da *internet*.

Rispetto alle riproduzioni nelle *cache*, sebbene non ricorra il requisito della transitorietà in considerazione del fatto che sono conservate nel *computer* del fruitore anche a seguito della cessazione del procedimento tecnologico, sussiste, in ogni caso, quello alternativo dell'accessibilità, dal momento che non hanno un rilievo autonomo ma sono strumentali alla migliore consultazione dei siti.

Alla luce delle su esposte considerazioni la Corte ritiene che le copie sullo schermo e nelle *cache* di opere protette dal diritto d'autore realizzate dagli utenti finali di *internet* non necessitano della previa autorizzazione del titolare dell'opera protetta, in quanto ricorrono i caratteri previsti dall'art. 5, par. 1, Dir. 2001/29/CE.

Gli effetti. La decisione della Corte Europea risulta di particolare interesse in quanto pone un ulteriore tassello nel processo di bilanciamento della libertà di accesso ai contenuti su *internet* e dei diritti di sfruttamento di opere protette. Su tale versante, si rileva che la portata pratica della decisione consiste nel porre esclusivamente a carico degli editori che pubblicano su siti *internet* contenuti protetti da diritto d'autore l'onere di ottenere la previa autorizzazione del loro titolare. L'utente, quale destinatario della comunicazione pubblica, non può essere obbligato ad ottenere un ulteriore atto autorizzativo per la riproduzione di copie sullo schermo e nelle *cache*, in considerazione della circostanza che tali atti di riproduzione rientrano nel campo di applicazione dell'art. 5, par. 1, Dir. 2001/29/CE e ai sensi del par. 5 della medesima direttiva non pregiudicano il regolare sfruttamento dell'opera. [Francesco Scarongella].

Normativa antitrust erisarcibilità dei danni derivanti dai c.d. prezzi guida

Corte di giustizia dell'Unione europea, Sezione V, 5 giugno 2014, causa C-557/12 – Pres. T. von Danwitz – Rel. A Rosas – Avv. Gen. J. Kokott – Kone AG e a., OBB Infrastruktur AG.

Responsabilità civile – Art. 101 TFUE – Risarcimento dei danni causati da un'intesa vietata da tale articolo – Danni risultanti dal più elevato prezzo applicato da un'impresa a seguito di un'intesa vietata, cui essa non ha aderito (“Umbrella pricing”) – Nesso di causalità.

La questione: è compatibile con il diritto dell'Unione, e segnatamente con l'art. 101 TFUE, una disposizione nazionale la cui applicazione ed interpretazione comporti l'esclusione categorica della responsabilità civile di imprese aderenti ad un'intesa per i danni risultanti dai prezzi che un'impresa terza abbia fissato, in considerazione dell'intesa, ad un livello più elevato di quanto avrebbe fatto in assenza dell'intesa medesima?

Il fatto. Con la presente sentenza la Corte di giustizia si pronuncia sulla questione se la responsabilità civile dei membri di un'intesa anticoncorrenziale si estenda anche ai danni cagionati dai cosiddetti “prezzi guida” o “*umbrella pricing*”, problema che sorge laddove imprese che non partecipano esse stesse ad un cartello siano “guidate” (consapevolmente o inconsapevolmente) dai prezzi dei cartellisti e, conseguentemente, fissino i propri prezzi ad un livello superiore a quello che avrebbero applicato in assenza del cartello a cui sono estranee.

La questione si è posta nell'ambito di un contenzioso generato in Austria a seguito della decisione dell'Autorità antitrust nazionale che accertava un cartello avente ad oggetto la fissazione dei prezzi di scale mobili e di ascensori.

In particolare, tra il 2007 ed il 2008 la Commissione europea, prima, e l'Autorità antitrust austriaca, poi, infliggevano ad un gruppo di imprese, tra le più importanti, operanti nel settore della installazione e della manutenzione di ascensori e scale mobili ammende dell'importo di svariati milioni di euro, per aver attuato, sul mercato di più Stati membri e su quello austriaco, un'intesa relativa ai menzionati prodotti, volta a garantire ai propri aderenti un prezzo più elevato rispetto a quello che avrebbero potuto applicare in condizioni normali di concorrenza.

Successivamente, alcune delle imprese condannate (Kone, Otis ed altre tre) venivano citate dinanzi alla giurisdizione civile austriaca dalla società OBB-Infrastruktur, controllata delle Ferrovie federali austriache, che, lamentando di aver acquistato a prezzi elevati ascensori e scale mobili da imprese non appartenenti all'intesa, sosteneva che i suoi fornitori avevano fissato tali prezzi beneficiando dell'esistenza della stessa. La società attrice, richiamandosi all'“effetto di prezzo di protezione”, chiedeva, pertanto, che gli aderenti all'intesa austriaca venissero condannati a risarcirla del danno risultante dal fatto di aver pagato un prezzo più elevato rispetto a quello che le sarebbe stato applicato se l'intesa non fosse esistita.

La domanda risarcitoria, respinta dal giudice di primo grado, veniva accolta dal giudice d'appello, decisione quest'ultima impugnata dalle imprese partecipanti all'intesa.

La Suprema Corte austriaca, investita della questione, afferma in primo luogo che, secondo le disposizioni nazionali in materia di responsabilità extracontrattuale (principalmente l'art. 1311 ABGB), così come interpretate dalla giurisprudenza interna, l'autore di un danno deve sì garantire il risarcimento di tutte le conseguenze, anche fortuite, di cui potesse considerare il verificarsi, ma non il risarcimento di quelle atipiche, per l'insussistenza di un sufficiente nesso di causalità. Nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione mancherebbe un nesso sufficientemente stretto

tra l'intesa ed l'asserito danno riconducibile ai prezzi guida conseguenti alla stessa, il che escluderebbe l'imputabilità ai partecipanti all'intesa del relativo risarcimento. Si tratterebbe di un danno indiretto, di un effetto collaterale, di una decisione autonoma che un soggetto terzo all'intesa avrebbe assunto sulla base di proprie considerazioni gestionali. Inoltre, sempre secondo la normativa nazionale, il fatto di causare il danno patrimoniale implicherebbe l'obbligo di risarcimento solamente nel caso in cui l'illiceità del danno risulasse dalla violazione di obblighi contrattuali, di diritti assoluti o di norme di tutela. Bisognerebbe, in altre parole, accertare se la norma violata dall'autore del danno fosse volta alla tutela degli interessi del soggetto leso, situazione che non si verificherebbe nel caso del sistema dei prezzi di protezione, visto che i comportamenti illeciti degli aderenti ad un'intesa sarebbero volti a ledere solo i soggetti acquirenti dei loro prodotti per i prezzi artificialmente elevati da essi praticati.

Sebbene, dunque, secondo i criteri giuridici nazionali utilizzati per valutare la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa, il “prezzo guida” non potrebbe essere loro imputato, difettando il nesso di causalità adeguata richiesto, il giudice austriaco si domanda se il diritto dell'Unione Europea osti ad un'esclusione a priori di tale responsabilità in ragione del diritto nazionale. Decide, pertanto, di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: “se l'articolo 101 TFUE (articolo 81 CE, articolo 85 del Trattato CE) debba essere interpretato nel senso che chiunque possa esigere dai partecipanti ad un'intesa anche il risarcimento del danno arrecatogli da un soggetto estraneo al gruppo dei partecipanti all'intesa stessa il quale, sulla scia dell'aumento dei prezzi di mercato, abbia alzato i prezzi dei propri prodotti più di quanto avrebbe fatto in assenza dell'intesa medesima (*‘umbrella pricing’* – prezzo guida), cosicché il principio di effettività stabilito dalla Corte ne imponga il riconoscimento in base al diritto nazionale”.

La decisione. La Corte di giustizia, ricordando che le disposizioni normative dell'Unione in materia di concorrenza producono effetti diretti nei rapporti tra i singoli, e che l'effetto utile del divieto sancito dall'art. 101 TFUE sarebbe messo in discussione qualora non fosse possibile per chiunque chiedere il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a falsare o restringere il gioco della stessa, chiarisce, in primo luogo, che tutti hanno diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando sussista un nesso di causalità tra tale danno ed un'intesa o una pratica vietata dal citato articolo (v. sentenze: causa C-453/99, *Courage e Creham*, punto 27;

cause da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, punto 91; causa C-199/11, *Otis*, punto 42; causa C-536/11, *Donau Chemie*, punto 23).

La Corte, in secondo luogo, ricorda la necessità che le norme nazionali applicabili alle azioni dirette ad assicurare la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli non devono pregiudicare la piena effettività del diritto dell'Unione, effettività che, in materia di concorrenza, sarebbe messa in discussione laddove tali norme non tenessero specificatamente conto dell'obiettivo perseguito dall'art. 101 TFUE: garantire il mantenimento di una concorrenza non falsata del mercato interno e, quindi, di prezzi fissati in base al meccanismo della libera concorrenza. Se, allora, un'intesa riesce nell'intento di mantenere prezzi artificialmente elevati per taluni prodotti e sussistono determinate condizioni attinenti, segnatamente, alla natura del prodotto stesso o alla dimensione del mercato oggetto dell'intesa, non può escludersi che l'impresa concorrente, esterna all'intesa, decida di fissare il proprio prezzo ad un importo superiore rispetto a quello che avrebbe fissato in normali condizioni di concorrenza, ossia in assenza dell'intesa. La determinazione del prezzo da offrire è certamente scelta autonoma, ma la decisione dell'impresa non aderente all'intesa non sarebbe stata presa in riferimento ad un prezzo di mercato falsato dall'intesa stessa. Ne consegue, per la Corte, che, l'eventuale danno subito, per effetto di tale prezzo, dal cliente dell'impresa non aderente all'intesa rientra nei possibili effetti di quest'ultima, cosa che i suoi aderenti non possono ignorare. Se l'intesa illecita non avesse avuto luogo, l'aumento del prezzo e quindi il danno non si sarebbero verificati.

Passando poi ad analizzare la normativa nazionale oggetto del procedimento principale, la Corte riconosce che, in linea di principio, stante l'assenza di normativa dell'Unione in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ogni singolo Stato membro stabilire le modalità di esercizio del diritto di agire per il risarcimento del danno risultante da un'intesa o da una pratica vietati dall'art. 101 TFUE, compresi i principi relativi all'applicazione del nesso di causalità. Tuttavia, in particolare nel settore della concorrenza, tali criteri nazionali devono assicurare la piena effettività del diritto dell'Unione in materia, e specificamente tener conto dell'obiettivo perseguito dall'art. 101 TFUE. Una normativa nazionale, come quella austriaca, che escluda a priori, per insussistenza di un nesso di causalità diretta, la responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i prezzi guida, sarebbe pertanto incompatibile con il diritto dell'Unione, visto che la piena effettività dell'art. 101 TFUE sarebbe rimessa in discussione qualora i prezzi di mercato non risultassero fissati in base al meccanismo della libera concorrenza. La vittima di un prezzo di protezione può quindi ottenere il risarcimento del danno subito ad opera degli aderenti ad un'intesa, anche se non abbia intrattenuto rapporti contrattuali con questi, laddove risulti accertato che, alla luce delle circostanze di specie, ed in particolare del mercato interessato, detta intesa sia stata tale da poter incidere sull'applicazione di un prezzo di protezione da parte di terzi agenti autonomamente, spettando al giudice nazionale verificare la sussistenza di tali condizioni.

Gli effetti. L'estensione della responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa ai danni derivanti dai cosiddetti "prezzi guida" rappresentava una problematica non ancora risolta a livello dell'Unione.

Prima della sentenza in commento, infatti, la Corte di giustizia non aveva avuto occasione di domandarsi se, alla luce della normativa in materia di concorrenza, i partecipanti ad un'intesa dovessero rispondere anche nei confronti dei clienti di soggetti estranei all'intesa stessa, per i prezzi eccessivi, derivanti dall'intesa, praticati da tali soggetti, o se, al contrario, un siffatto obbligo di risarcimento del danno potesse essere escluso nell'ambito del diritto civile nazionale, trattandosi di danni troppo remoti se non indiretti. Per la prima volta la Corte di giustizia se ne occupa, affermando che il riconoscimento di tale responsabilità, in presenza di determinate condizioni, si impone agli Stati membri alla luce del principio di effettività del diritto dell'Unione.

Il rilievo della pronuncia attiene, in particolare, alle indicazioni in merito all'accertamento del nesso causale nei casi *antitrust*, tematica che fino a questo momento si riteneva essere nella piena disponibilità ed apprezzamento dei giudici nazionali, sulla base delle regole di diritto interno. In proposito, ammettendo la risarcibilità dei danni derivanti dai cosiddetti prezzi guida, nel caso in cui l'intesa abbia perlomeno contribuito a causare gli stessi, si afferma il sostanziale superamento dell'accertamento del nesso di causalità secondo i criteri stabiliti dal diritto nazionale, ad opera dell'applicazione del principio di effettività del diritto europeo. Se infatti venisse negato in tali circostanze il diritto al risarcimento del danno, per carenza di causalità giuridica ai sensi della normativa nazionale, l'effettività del divieto di intese anticoncorrenziali verrebbe inevitabilmente compromessa.

Il problema della responsabilità civile dei partecipanti ad un'intesa per i "prezzi guida" diviene, quindi, una questione di diritto dell'Unione Europea e non di diritto nazionale, al quale verrebbe sottratta, in presenza di determinate condizioni, la decisione circa l'esistenza del diritto risarcitorio per questo tipo di danni, fatto derivare direttamente dal divieto di intese di cui all'art. 101 TFUE, e lasciata la sola possibilità di stabilirne l'applicazione e le modalità di concreta attuazione (competenze, procedimento, termini e produzione della prova, ecc.).

I giudici nazionali, pertanto, non potendo più affermare che i danni derivanti dai prezzi guida fuoriescano *tout court* dalla finalità di tutela delle regole di concorrenza del diritto dell'Unione, se chiamati a decidere sulla richiesta di risarcimento degli stessi dovranno procedere ad un accertamento caso per caso del nesso di causalità fra l'intesa ed il danno asserito e condannare i partecipanti all'intesa qualora risultasse che questa, alla luce delle circostanze concrete, abbia contribuito ad una distorsione dei normali meccanismi di formazione dei prezzi sul mercato, causando i prezzi guida. Come acutamente affermato dall'avvocato generale J. Kokott nelle sue conclusioni presentate in data 30 gennaio 2014, occorre partire dal presupposto che i danni dovuti ai prezzi guida non costituiscono danni il cui verificarsi è sempre atipico o imprevedibile per i partecipanti ad un'intesa, ma al contrario "... è tutt'altro che imprevedibile e sorprendente che soggetti estranei al gruppo dei partecipanti all'intesa fissino i loro rispettivi prezzi tenendo conto del comportamento di mercato delle imprese partecipanti all'intesa. Che essi siano a conoscenza o meno delle manovre anticoncorrenziali di tali imprese non rileva; piuttosto, ciò rientra nel normale ordine delle cose". [Maria Stefania Scardigno].

Diritto Civile

a cura di Pietro Rescigno

con Raffaele Caterina e Vincenzo Cuffaro

Responsabilità medica

Cassazione civile, III Sezione, 23 maggio 2014, n. 11522 – Pres. Segreto – Rel. Travaglino – P.M. Basile (conf.) – B.L. e B.A. (avv. D'Amelio) – M.L. (avv. ti Marcelli, Fassio) e altri.

Cassa con rinvio App. Brescia, 23 aprile 2007.

Responsabilità civile – Inadempimento – Responsabilità del medico – Danno alla persona – Danno da perdita di *chance* – Risarcimento in via autonoma

In tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento cosiddetto palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire di tale intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze.

Omissis – Il ricorso principale è fondato quanto al suo secondo motivo.

Il ricorso principale. Con il primo motivo, si denuncia omessa pronuncia, violazione del principio di necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Violazione dell'art. 112 c.p.c. (art. 360 c.p.c., n. 3).

La censura è corredata dal seguente quesito di diritto (formulati ex art. 366 bis c.p.c. applicabile *ratione temporis*, essendo stata la sentenza d'appello depositata nel vigore del D.Lgs. n. 40 del 2006):

Se il giudice di merito sia tenuto a giudicare su ogni domanda che venga proposta nel corso del giudizio e se la violazione di tale obbligo, e dunque l'omessa pronuncia, imponga la cassazione della sentenza di merito. Inoltre, se il giudice di merito, nel decidere tutte le domande proposte, possa riconoscere i *petita* reclamati dalle parti anche qualificando diversamente le azioni proposte.

Il motivo è inammissibile per patente inammissibilità del quesito che ne conclude l'esposizione.

La risposta astrattamente positiva che può conseguirne, difatti, non giova al ricorrente, considerato che questo giudice di legittimità ha già avuto più volte modo di affermare come il quesito di diritto vada formulato, ai sensi dell'art. 366 bis cod. proc. civ., in termini tali da costituire una

sintesi logico-giuridica unitaria della questione, con conseguente inammissibilità del motivo di ricorso tanto se sorretto da un quesito la cui formulazione sia del tutto inidonea a chiarire, in concreto, l'errore di diritto imputato alla sentenza impugnata in relazione alla concreta controversia (Cass. 25-3-2009, n. 7197), quanto che sia destinato a risolversi (Cass. 19-2-2009, n. 4044) in una richiesta del tutto generica (quale risulta quelle di specie) rivolta al giudice di legittimità di stabilire se sia stata o meno violata – o disapplicata o erroneamente applicata, in astratto, – una norma di legge. Il quesito deve, di converso, investire *ex se* la *ratio decidendi* della sentenza impugnata con riferimento, sia pur sintetico, ai fatti essenziali di causa, proponendone una alternativa di segno opposto destinata ad una soluzione che, partendo dalla fattispecie concreta, e poi trascendendo la medesima, come sottoposta all'esame del giudice di legittimità, ne dia specifico conto ed esaustiva esposizione: le stesse sezioni unite di questa corte hanno chiaramente specificato (Cass. ss.uu. 2-12-2008, n. 28536) che deve ritenersi inammissibile per violazione dell'art. 366 bis cod. proc. civ., il ricorso per cassazione nel quale l'illustrazione dei singoli motivi sia accompagnata dalla formulazione di un quesito di diritto che si risolve in una tautologia o in un interrogativo circolare, e che già presupponga la risposta senza peraltro consentire un utile riferimento alla fattispecie in esame.

Tali appaiono, nella specie, i quesiti illustrati poc'anzi. La corretta formulazione del quesito esige, di converso (*ex multis*, Cass. 19892/09), che il ricorrente dapprima indichi in esso la fattispecie concreta, poi la rapporti ad uno schema normativo tipico, infine formuli, in forma interrogativa e non (sia pur implicitamente) assertiva, il principio giuridico di cui si chiede l'affermazione;

onde, va ribadito (Cass. 19892/2007) l'inammissibilità del motivo di ricorso il cui quesito si risolva (come nella specie) in una generica istanza di decisione sull'esistenza di una astratta violazione di legge. Con il secondo motivo, si denuncia violazione di legge in relazione all'art. 2697 c.c., art. 112 e 115 c.p.c. Omessa pronuncia e violazione del principio di necessaria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (art. 360 c.p.c., n. 3).

Difetto di motivazione.

La censura è corredata dal seguente quesito di diritto: Se nell'ambito della responsabilità contrattuale da inadempimento di una prestazione sanitaria la prova del nesso causale tra l'omessa diagnosi (nel che consiste l'inadempimento) ed il verificarsi o anche la semplice anticipazione dell'evento dannoso (morte) gravi il creditore attore, tenuto a

dare la prova positiva, o il debitore convenuto, tenuto invece a dare la prova liberatoria.

Ed inoltre se il danno derivante dall'errata o intempestiva od omessa diagnosi medica possa essere determinato anche in termini di perdita di *chance* di sopravvivenza o guarigione e se la prova della perdita di chance gravi l'attore o il convenuto.

Il motivo è fondato.

La decisione della Corte di appello contrasta, di fatto, con il *dictum* di queste sezioni unite che, con la sentenza n. 577 del 2008, si sono pronunciate *funditus* sulla questione del riparto degli oneri probatori in tema di nesso causale, risolvendola nel senso esposto dai ricorrenti (non senza considerare che, nella specie, si discorre di responsabilità contrattuale "pura", e non da contatto sociale).

Quanto al tema dell'*an* e del *quantum* del danno risarci-

bile, questa stessa Corte ha avuto in più occasioni modo di affermare (Cass. 23846/2008 *ex multis*), che, in tema di danno alla persona conseguente a responsabilità medica, l'omissione della diagnosi di un processo morboso terminale, sul quale sia possibile intervenire soltanto con un intervento cosiddetto palliativo, determinando un ritardo della possibilità di esecuzione di tale intervento, cagiona al paziente un danno alla persona per il fatto che nelle more egli non ha potuto fruire di tale intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze del processo morboso e particolarmente il dolore, posto che la tempestiva esecuzione dell'intervento palliativo avrebbe potuto, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, alleviare le sue sofferenze.

Non essendosi attenuta a tali principi, la sentenza d'appello va pertanto riformata. – *Omissis*.

Responsabilità contrattuale del sanitario e danno da perdita di chance

Stefano Cherti

La sentenza in commento offre la possibilità di chiarire i rapporti tra la responsabilità del medico e il conseguente risarcimento del danno, quando questo prende le forme del danno da perdita di *chance*. Quest'ultima rappresenta un'occasione favorevole, concreta ed effettiva, di conseguire un determinato bene della vita; quindi la condotta del sanitario che ne determina la perdita legittima il danneggiato (o i suoi eredi) a chiedere il ristoro del pregiudizio sofferto. La liquidazione non deve condurre ad un doppio risarcimento in favore del soggetto lesa: la perdita subita non deve essere ricompresa in alcun'altra voce di danno, ma deve trattarsi di una voce autonoma, che in caso contrario non troverebbe ristoro.

La questione al vaglio della Corte

Già la semplice riproposizione dei fatti di causa permette di cogliere la bontà della decisione in commento nella misura in cui ha qualificato una serie di eventi dannosi nell'alveo della responsabilità contrattuale e ne ha conseguentemente liquidato il danno prodotto nella categoria (ormai ben consolidata nel nostro ordinamento) della perdita di *chance*¹.

Tizio, nel ricoverarsi presso una casa di cura per un intervento di gonartrosi (nei fatti, una delle più comuni malattie degenerative da usura del ginocchio), venne sottoposto ai consueti esami di routine, tra cui una radiografia del torace, il cui referto recava la dicitura "sospetta nodulazione della regione intercleidoilare di sinistra meritevole di ulteriore valutazione TAC". Tale indicazione diagnostica sarebbe poi nuovamente comparsa nel foglio del consenso informato all'anestesia, nella parte relativa all'apparato cardiocircolatorio che Tizio aveva sottoscritto il giorno precedente l'intervento al ginocchio. Il paziente, operato dal Dott. Caio e dimesso il giorno successivo, attesa "la completa guarigione clinica", venne sottoposto alcuni giorni dopo l'intervento ad una visita di controllo dallo stesso

chirurgo, che non dette alcun peso né al dimagrimento né ai dolori lamentati: il paziente, infatti, era dimagrito di ben 12 chili e accusava dolori al torace di cui aveva messo (sin dal giorno dell'intervento) a conoscenza il sanitario. Tizio, su precisa indicazione del proprio medico curante, eseguì allora un'ulteriore radiografia al torace che evidenziò un tumore al polmone, confermato dalle successive analisi di laboratorio, non più operabile per l'avanzato stato in cui si trovava, e che lo condusse alla morte di lì a due mesi.

Alla luce di questi accadimenti i figli di Tizio convennero dinanzi al Tribunale di Brescia il chirurgo e la casa di cura, addebitando loro l'omessa comunicazione della grave malattia insieme al fatto che l'intervento al ginocchio aveva avuto un sicuro effetto debilitante, come dimostrato dalla considerevole perdita di peso ad esso successiva. Il giudice di prime cure, ammessa la chiamata in causa della compagnia assicurativa della casa di cura, respinse la domanda ritenendo il medico (così come la struttura) esente da colpa posto che, "da chirurgo ortopedico, non conosceva né poteva conoscere la patologia tumorale da cui era stato colpito il paziente – non rientrando l'esame specifico da eseguire nella sua competenza professionale – mentre la

¹ Cfr. sul tema C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*², in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca a cura di Galgano, Libro IV, Delle Obbligazioni, Art. 1218-1229*, Bologna-Roma, 1979, 329 e segg.; S. Mazzamuto, *Il danno da perdita di una ragionevole aspettativa patrimoniale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 49 e segg.; Id., *La responsabilità contrattuale in senso debole*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 121 e segg.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Civ.* diretto da Sacco, 3, Torino, 1998,

283 e segg.; M.P. Suppa, *Danno da perdita di chance e onere probatorio*, nota a Cass. 18 marzo 2003, n. 3999, in *Giur. It.*, 2003, 1783 e segg.; C. Severi, *Perdita di chance e danno patrimoniale risarcibile*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2003, 296 e segg.; S. Cherti, *L'obbligazione alternativa. Nozione e realtà applicativa*², Torino, 2008, 131 e segg.; M. Tesaro, *Il danno da perdita di chance*, nota a Cass. (sez. lav.) 18 gennaio 2006, n. 852, in *La resp. civile*, 2006, 528 e segg.

visita di controllo aveva riguardato i soli esiti post-operatori dell'intervento al ginocchio"².

La Corte di appello di Brescia, dinanzi alla quale venne proposta impugnazione della sentenza da parte degli eredi di Tizio la rigettò osservando che la questione principale posta dal processo non atteneva, sotto alcun profilo, alla mancanza o inesattezza del consenso informato, "ma a quella ben diversa della omessa diagnosi relativa ad una patologia tumorale che nulla aveva a che vedere con quella per la quale [Tizio] era stato operato, scoperta del tutto casualmente nel corso degli esami di routine"; occorreva pertanto accertare se ed in che termini l'omessa diagnosi poteva aver influito sul decorso e sulla successiva morte del paziente. La Corte di appello osservava in particolare che andava verificato se una tempestiva diagnosi avrebbe permesso la sottoposizione di Tizio a cure mediche o chirurgiche che gli avrebbero salvato o quantomeno prolungato la (qualità della) vita³.

Il "fatto" come criterio di differenziazione tra danno emergente e lucro cessante

La pronuncia della Corte, per l'attualità (e la delicatezza) dell'argomento trattato, nonché per la varietà delle opinioni espresse in dottrina sul tema, si rende meritevole di commento, quantomeno per offrire un controllo sui profili più rilevanti in materia: concetti come l'integrità fisica, il diritto alla salute o quello alla vita non possono venire sviliti nel confronto con le categorie della responsabilità o del danno da inadempimento, soprattutto se interpretate in chiave strettamente formalistica. Il principio di diritto che si ricava dalla sentenza in commento può così essere letto secondo due direzioni. Una prima, strettamente legata alla vicenda processuale, che impone al medico il risarcimento di quanto cagionato; una seconda, più ampia, che fa emergere un dovere generalizzato in capo alle parti di evitare un danno, laddove si sia nelle condizioni di poterlo fare. Sulla scia di questa seconda prospettiva si potrebbe forse ribaltare, formalizzandolo, quanto affermato dalla Corte, facendo proprio il principio che impone ai soggetti un dovere di evitare il danno, collocando così il risarcimento in uno stadio

successivo, come rimedio alla violazione del primo precetto.

In tema di diritti costituzionalmente garantiti, com'è quello alla salute, non vi può che essere una gradazione tra concetti che impone all'interprete di sussumere i fatti alla luce degli effetti che la loro qualificazione ha sulla ricostruzione finale della vicenda, non potendosi schermare il ristoro del pregiudizio sofferto dietro nozioni quali "esami di routine", "stretta competenza professionale", ecc., utili solo a creare delle pseudoesime di dubbia legittimità.

Di fronte ad esami diagnostici e alla possibilità di visitare (e visionare) il paziente è illegittimo non attivarsi fosse solo per mettere in moto un processo che, sia pure senza la risoluzione del processo morboso, inneschi una serie di misure cosiddette palliative⁴, la cui tempestiva esecuzione porta senza alcuno dubbio ad alleviare le sofferenze al paziente. Di qui, un danno alla persona per il semplice fatto che, nelle more, il soggetto non ha potuto fruire di tale intervento e, quindi, ha dovuto sopportare le conseguenze della patologia e, in particolare, del dolore provocatogli che, quantomeno, alla luce dei moderni protocolli di terapia palliativa, volti a diminuire la sintomatologia dolorosa (con un miglioramento complessivo della qualità della vita del paziente affetto da cancro), sarebbe potuto essere evitato.

Dal punto di vista del sanitario vi è stata la violazione di un obbligo che non ha consentito al creditore il conseguimento di ben individuate utilità⁵; alla base vi è, dunque, la violazione di una regola di condotta (l'omissione della diagnosi di un processo morboso) imposta dalla natura dell'attività svolta e dal tipo di prestazione dovuta che si è concretizzata nell'impossibilità di godere di un trattamento sanitario che avrebbe migliorato (nel complesso) le condizioni di vita della parte.

La chance quale perdita della possibilità di poter conseguire un ben determinato risultato

Come osservato, secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie⁶, la *chance* costituisce un'occasione favorevole, concreta ed effettiva, di conseguire un

² Non sarebbe superfluo chiedersi se una perdita di peso come quella descritta sia riconducibile ad un normale decorso post-operatorio: nel caso di specie, il dato appena richiamato costituisce uno degli elementi centrali per valutare il grado di diligenza impiegato dal sanitario nell'esecuzione della prestazione.

³ La questione era stata affrontata nel corso del processo dal CTU il quale, dopo un puntuale e approfondito esame di tutti i dati clinici, aveva concluso nel senso che "nulla poteva dirsi circa la possibilità che sarebbe stata offerta al paziente se la patologia polmonare fosse stata indagata dal primo momento".

⁴ Di norma, con questa espressione ci si riferisce a tutti quei rimedi o interventi che tendono ad alleviare i sintomi e le conseguenze di una malattia, senza intervenire sulle sue cause e quindi senza ambire alla guarigione della malattia stessa. Si tratta di protocolli che, tuttavia, migliorano le condizioni di vita del paziente.

⁵ V. in particolare S. Mazzamuto, *La responsabilità*, cit., 123 e 129 e seg.

⁶ Tra i precedenti giurisprudenziali v. Cass., 14 giugno 2011, n. 12961, in *La resp. civ.*, 2012, 339; Cass., 18 settembre 2008, n. 23846, in *Corriere Giur.*, 2009, 809 e segg.; Cass., 6 agosto 2007, n. 17176, in *Danno e Resp.*, 2007, 1178; Cass., 11 maggio 2007, n. 10840, in *Arch. Circ.*, 2007, 1157; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1752, in *Mass. Foro It.*, 2005, 124; Cass., 4 marzo 2004, n. 4400, in *Danno e Resp.*, 2005, 45; Cass., 11 dicembre 2003, n. 18945, in *Resp. Civ.*, 2004, 751; Cass., Sez. lav., 19 dicembre 1985, n. 6506, in *Foro It.*, 1986, I, 383 e segg., con nota di A.M. Princigalli; Cass., Sez. lav., 29 aprile 1993, n. 5026, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 234, con nota di A. Musy, *Sicilcasae ed il danno da perdita di una "chance"*, *ivi*, 235 e segg.; Trib. Bologna, 4 aprile 2012, in *La resp. civ.*, 2012, 552 e seg. Per la dottrina v. gli Autori cit. alla nota 1.

determinato bene; non è, dunque, una mera aspettativa di fatto, quanto piuttosto rappresenta un'entità patrimoniale a sé stante, suscettibile di una autonoma valutazione, quale perdita della possibilità di ottenere un qualsivoglia risultato utile per il soggetto. In pratica, dal punto di vista di chi lamenta la perdita non si può sapere se si sarebbe raggiunto un determinato risultato utile, ma certamente non si è più nella condizione e non si ha più l'effettiva possibilità di poterlo raggiungere⁷.

La *chance* rappresenta un'entità che, sia dal punto di vista giuridico, sia da quello economico, è passibile di un giudizio separato, di modo che la sua perdita può dar luogo ad un risarcimento del danno tutte le volte in cui la parte dimostri, "anche in via presuntiva, ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido elemento causale tra il fatto e la ragionevole probabilità della verifica futura del danno"⁸. Si tratta di risarcire la perdita della possibilità di conseguire un risultato concreto e attuale, che deve essere commisurata, non alla privazione del risultato finale⁹, ma alla mera possibilità di conseguirlo. In questo quadro, la *chance* rappresenta un'autonoma figura di danno, collocabile tra le perdite prese in considerazione dall'art. 1223 c.c., che non devono essere riferite alle sole entità pecuniarie, ma che ben possono abbracciare qualsiasi utilità economicamente valutabile¹⁰.

Per quanto riguarda il danno da perdita di una *chance*, sono due le qualificazioni giuridiche che si contendono il campo: da una parte, si tende ad equipararla al lucro cessante e, dunque, al guadagno fu-

turo di cui alcuno sia stato privato; mentre dall'altra, la posta di riferimento è quella che la riporta nell'area del danno emergente e per questa via alla perdita effettivamente sofferta. Secondo tale ultima impostazione, la *chance* costituisce un'entità già acquisita al patrimonio del danneggiato ed è per questo che la perdita deve essere qualificata come un danno emergente, essendo espressione di un pregiudizio presente e attuale e non futuro o eventuale¹¹. La possibilità di conseguire un determinato risultato viene meno nel momento stesso in cui si verifica il fatto dannoso (omessa prescrizione delle cure palliative, ovvero l'aver omesso qualsiasi attività volta a dar corso a tale tipologia di intervento). In particolare, con la *chance* nella ricostruzione che appare preferibile, colui che chiede il risarcimento lo fa sulla base della perdita di un bene della vita di cui è già titolare¹², la cui perdita comporta una diminuzione delle utilità possedute; al contrario di quanto avviene nel lucro cessante in cui oggetto della doglianza è il venir meno di una serie di elementi che fungono da presupposti necessari per la realizzazione del futuro guadagno¹³.

Lasciando momentaneamente da parte il problema del *quantum* del danno, quello che si va a risarcire non è, dunque, il lucro cessante, quanto piuttosto la perdita (attuale) della possibilità di conseguire un vantaggio per il soggetto: il risarcimento non copre un utile del tutto eventuale, ma la perdita della possibilità di conseguirlo che, è bene sottolinearlo, nella catena causale rappresenta senza dubbio un antecedente. È per questo motivo che la *chance* assume un'autonoma rilevanza ed un valore specifico in termini giuridici e monetari¹⁴.

⁷ Le ipotesi di perdita di *chance* come quella che qui si esamina non devono essere confuse con altre simili, in cui l'incertezza di conseguire un determinato risultato non entra tra gli elementi costitutivi la fattispecie. Nel caso del paziente malato, se questi ha delle possibilità di guarire a condizione che il medico lo curi correttamente, la terapia erronea addebitabile alla negligenza del medico, qualora sia provato che abbia fatto venir meno le probabilità di una pronta guarigione, non provoca certamente l'infirmità (che, anzi, preesisteva); ma, pur facendo perdere la possibilità che essa possa terminare, non costituisce affatto perdita di una *chance*. Infatti, nell'ipotesi appena considerata il comportamento scorretto del sanitario che somministra la cura sbagliata, eliminando in radice la possibilità di guarigione del soggetto, che pure vi sarebbe stata se solo fosse stato trattato con delle terapie più idonee, non ha fatto perdere al paziente alcuna *chance*, ma ha causato il danno nella sua totalità, dovendosi semmai stabilire, per la liquidazione del sinistro, la rilevanza delle varie concause nella produzione del fatto dannoso, v. M. Bocchiola, *Perdita di una "chance" e certezza del danno*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1976, 89 e seg.

⁸ Così Cass., 27 luglio 2001, n. 10291, in *Mass. Foro It.*, 2001, 875 e seg.; e v. anche Cass., 25 settembre 1998, n. 9598, in *Danno e Resp.*, 1999, 534, con nota di U. Violante, *La chance di un giro di valzer (sul danno biologico dell'aspirante ballerino)*; M. Tesaro, *Il danno*, cit., 530 e seg.

⁹ Nella valutazione della fattispecie emerge come sia del tutto ipotetico ed eventuale il raggiungimento del risultato finale e, pertanto, il risarcimento che si domanda deve tener conto di questa circostanza.

¹⁰ Per la giurisprudenza v. Cass., Sez. lav., 19 novembre 1983,

n. 6906, in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1841, con nota di E. Cappagli, *Perdita di una chance e risarcibilità del danno per ritardo nella procedura di assunzione*, *ivi*, 1843 e segg.

¹¹ Per questa impostazione v. C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., 329 e seg.; P.G. Monateri, *La responsabilità civile*, cit., 283 e seg.; M. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 78 e 85 e seg.; M. Franzoni, *La chance*, cit., 450 e seg.

¹² Come osservato dalla giurisprudenza, viene negato al paziente il diritto "di essere messo nelle condizioni per scegliere 'che fare' nell'ambito di quello che la scienza medica suggerisce per garantire la fruizione della salute residua fino all'esito infausto", così come il diritto ad essere "messo in condizione di programmare il suo essere persona e, quindi, in senso lato l'esplicazione delle sue attitudini psico-fisiche in vista e fino all'evento mortale", v. Cass. 18 settembre 2008, n. 23846, cit.

¹³ Se, infatti, tutti gli elementi per la produzione del lucro si trovassero già all'interno della sfera giuridico-patrimoniale del soggetto danneggiato, allora il profitto per quella parte sarebbe del tutto realizzato. In tema di mancato guadagno la domanda fondamentale è se il realizzarsi dell'evento che ha provocato la perdita di uno degli elementi necessari alla produzione del lucro produca effettivamente un danno, dovendosi stabilire se la situazione favorevole al soggetto si sarebbe ugualmente verificata, laddove quell'elemento non fosse venuto meno. La risposta è affermativa tutte le volte in cui si può accertare che l'evento dannoso, "facendo venir meno il presupposto già esistente, ha impedito il realizzarsi del lucro, cioè ha causato un danno", v. M. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 74 e seg.

¹⁴ V. in particolare M. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 84; M. Franzoni, *La chance*, cit., 449 e seg.

La condotta del medico quale presupposto per valutare l'an e il quantum debeatur

Nella catena degli eventi la *chance* rappresenta quell'entità che venendo meno rende certamente impossibile il raggiungimento di quanto era astrattamente possibile conseguire; il titolare della *chance* non ha la certezza né del risultato favorevole, né di conseguirne uno sfavorevole, ma lamenta che un soggetto con il suo comportamento ha provocato la perdita della possibilità di ottenere un qualsivoglia risultato, di modo che è proprio la condotta di quest'ultimo ciò che provoca *ab origine* il fatto da cui scaturisce il danno (ed è per questo motivo che nella valutazione della fattispecie si possono tenere separati il risultato mancato dalla *chance* di conseguirlo)¹⁵.

Come si ricava dalla sentenza in commento, il ricorso al risarcimento della *perdre d'une chance* trova terreno fertile in presenza "di rapporti giuridici doverosi non riconducibili allo schema dell'obbligazione vera e propria e congegnati come procedure dominate da discrezionalità"¹⁶. Il ritardo nel dar corso all'intervento palliativo rende certo, stanti le risultanze della buona prassi medica, che il paziente ha dovuto sopportare per intero le conseguenze della patologia, non avendo potuto alleviarne i sintomi, con un evidente deterioramento delle proprie condizioni di vita. La risarcibilità alla stregua di danno emergente vuole, allora, significare che la possibilità, considerata come autonoma entità, è presente già al momento del verificarsi del fatto lesivo, che incide sicuramente su di essa, mentre nulla può dirsi circa la tutela finale dei beni cui pure era preordinato (in chiave prospettica) il meccanismo della *chance*. Nel caso di specie, la violazione di regole di condotta permette di colorare l'aspettativa del creditore di un tasso di oggettività tale da non rendere per nulla arbitrario il diritto al risarcimento¹⁷.

Infine, per quanto riguarda il danno effettivamente risarcibile in tutte queste ipotesi si deve verificare se sia possibile una stima secondo criteri obiettivi¹⁸, o se si debba fare ricorso a parametri predeterminati *ex lege* ovvero, fare riferimento, come suggerito da una

parte della dottrina¹⁹, ad una sua valutazione equitativa. Il punto di partenza è costituito dalla consistenza effettiva della probabilità che è andata perduta, potendosi applicare le tecniche del calcolo statistico per la quantificazione numerica del danno sofferto²⁰. Rimane fermo che nel momento in cui si va a risarcire la *perdre d'une chance* la liquidazione non deve condurre ad un doppio risarcimento in favore del soggetto leso²¹: in altri termini, la perdita subita non deve essere ricompensata in alcun'altra voce di danno, ma deve trattarsi di una voce autonoma, che in caso contrario non troverebbe ristoro²².

In prospettiva europea non sfugge come la soluzione accolta nel c.d. *Draft Common Frame of Reference* sia in linea con quanto prospettato finora, considerato che in sede di disciplina del *right to damages* all'articolo III - 3:701 si afferma che nella nozione di danno (*loss*) debbano essere inclusi "*pain and suffering and impairment of the quality of life*".

Per quanto riguarda l'ordinamento interno, uno sguardo d'insieme (ancorché rapido) sull'evoluzione della giurisprudenza in tema di responsabilità medica consente l'apertura di nuovi campi d'indagine che, anche alla luce della sentenza in commento, risultano ancora poco approfonditi. Infatti, nel caso di specie l'operazione era stata effettuata presso una struttura accreditata col Servizio Sanitario Nazionale e dalla pronuncia non emerge la ripartizione dei costi tra la clinica e il Servizio Sanitario stesso; tuttavia, nell'ipotesi più frequente nella pratica di intervento effettuato presso un ospedale pubblico e, quindi, di un'operazione i cui costi ricadono direttamente e per intero sulla collettività, non sfugge come le voci di danno (e i soggetti potenzialmente danneggiati) siano ulteriori rispetto a quelli che di norma emergono da questa tipologia di sentenze.

Prendendo sempre questo caso come riferimento, può ben dirsi, considerate le condizioni in cui si trovava il paziente, che molto probabilmente non doveva essere operato, ma semplicemente sottoposto a cure palliative; ne consegue che il tempo impiegato dall'e-

¹⁵ In questi termini v. M. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 88 e seg.; M. Franzoni, *La chance*, cit., 450.

¹⁶ Così S. Mazzamuto, *La responsabilità*, cit., 151.

¹⁷ V. S. Mazzamuto, *La responsabilità*, cit., 149.

¹⁸ Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale la perdita di una *chance* deve essere liquidata "in ragione di un criterio prognostico basato sulle concrete ragionevoli possibilità di risultati utili, assumendo come parametro di valutazione il vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato diminuito d'un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo e deducibile, questo, caso per caso, dagli elementi costitutivi della situazione giuridica dedotta od, ove tale criterio risulti di difficile applicazione, con ricorso al criterio equitativo", v. Cass., 13 dicembre 2001, n. 15759, in *Danno e Resp.*, 2002, 393, con nota di A.L. Bitetto.

¹⁹ Sul punto v. S. Mazzamuto, *Il danno*, cit., 86 e segg.; Id., *La responsabilità*, cit., 151 e segg. (testo e note).

²⁰ Nella mancata partecipazione di un cavallo a una corsa con ricchi premi potranno trarsi elementi utili dalle quotazioni delle

scommesse: non è affatto vero che tutti i concorrenti sono sullo stesso piano e le quote assegnate ad ognuno in caso di vittoria possono rappresentare un indice per calcolare le *chance* di vittoria di ogni singolo cavallo (per ulteriori esempi v. M. Bocchiola, *Perdita di una "chance"*, cit., 91 e segg.). Per altra parte della dottrina, il criterio da utilizzare è di tipo equitativo, di modo che si deve tener conto sia delle concrete e ragionevoli possibilità di conseguire dei risultati utili, sia "del vantaggio economico complessivamente realizzabile dal danneggiato, diminuito di un coefficiente di riduzione proporzionato al grado di possibilità di conseguirlo", così M. Franzoni, *La chance*, cit., 451.

²¹ Chiaramente, questo principio non trova applicazione nelle ipotesi in cui il legislatore ha già previsto come contemperare gli interessi tra le parti; ad esempio, in materia di obbligazioni alternative, v. quanto disposto dagli artt. 1289 e 1290 c.c., su cui v. più ampi riferimenti in S. Cherti, *L'obbligazione alternativa*, cit., 135 e seg. (testo e note).

²² Cfr. M. Franzoni, *La chance*, cit., 452; M. Tesaro, *Il danno*, cit., 535.

quipe medica avrebbe potuto essere sfruttato per interventi su altri soggetti (che nel frattempo sono rimasti in sospenso con un aggravamento dei costi per la struttura ospitante, ovvero hanno dovuto attendere la lista d'attesa per essere ricoverati). Anche l'operazione alla quale è stato sottoposto inappropriatamente il paziente ha avuto un costo per la collettività (oltre al tempo dei sanitari, c'è l'uso della sala operatoria, il prezzo del materiale sanitario e dei farmaci adoperati, ecc.). Inoltre, posto che né il chirurgo, né l'anestesista hanno prestato la dovuta attenzione nell'analizzare le radiografie e gli esami effettuati²³, si può concludere che le spese per tali accertamenti diagnostici, alla fine, si sono riverberate in altrettante voci di danno per il S.S.N. Se poi, per ipotesi, i sanitari aves-

sero prestato la loro opera in regime di intrameonia, allora un'ulteriore voce di danno si sarebbe potuta rinvenire sia nei costi dell'intervento chirurgico a carico del paziente, sia nel vantaggio economico del medico che ha compiuto l'intervento (infatti, per ogni operazione chirurgica effettuata in intrameonia, il sanitario riceve un'ulteriore voce di retribuzione).

Se solo si allarga il campo d'indagine emergono chiaramente le complessità legate all'attività medica, complessità che sono destinate ad aumentare di pari passo con l'ampliamento delle tecniche che il progresso scientifico mette a disposizione degli operatori e con le quali anche il giurista è (e sarà) chiamato di volta in volta a confrontarsi.

Condominio

Cassazione civile, Sez. II, 16 gennaio 2014, n. 820 – Pres. Triola – Rel. Bursese – P.M. Capasso (diff.) – R.A. C.F. (*omissis*), RO.RI., RO.EL., (avv. Capece, Romoli) – Condominio di via (*omissis*)

Cassa con rinvio, Trib. Milano, 5 giugno 2006.

Comunione e condominio – Utilizzazione delle parti comuni – Misura – Ripartizione delle spese di manutenzione – Criteri

Le clausole contenute nel regolamento di condominio dirette a disciplinare l'utilizzazione in misura eguale tra i condomini, di parti comuni dell'edificio come un'area destinata a parcheggio, sono legittime in quanto, ai sensi dell'art. 1102 c.c., non è consentita l'applicazione di criteri che escludano alcuno dei partecipanti da trarre utilità dalla cosa comune, come potrebbe accadere se l'uso fosse strettamente proporzionato ai valori millesimali. Tali clausole sono invece compatibili con la ripartizione delle spese tra i condomini in base alla tabella millesimale generale delle proprietà.

Comunione e condominio – Regolamento – Disciplina del parcheggio – Previsione regolamentare sulla rimozione delle auto – Illegittimità – Fattispecie

Sono illegittime le norme del regolamento di condominio che prevedono sanzioni diverse da quella prevista nell'art. 70 delle disposizioni di attuazione del codice civile (nella specie, si trattava di una norma regolamentare che consentiva all'amministratore di procedere direttamente alla rimozione delle auto parcheggiate irregolarmente).

Omissis. – Motivi della decisione: 1 – Con il primo motivo del ricorso, denunziano gli esponenti la violazione e falsa applicazione degli artt. 1118 e 1123 c.c. nonché il vizio di motivazione in ordine ad una circostanza determinante: deroga ai criteri di ripartizione delle spese fissati dalla legge o dal regolamento condominiale.

Ad avviso dei ricorrenti, dal regolamento condominiale approvato con la Delib. impugnata (punti 1 e 3) si evince che ad ogni unità immobiliare viene attribuito un unico posto-macchina sull'area condominiale di cui trattasi. Dall'esame dei rendiconti consuntivi emerge invece che – in conformità di quanto disposto dall'art. 1123 c.c., 1° comma – le spese relative all'area adibita a parcheggio vengono ripartite fra i condomini “in misura proporzionale alla proprietà di ciascuno”. Invero, in base all'art. 1118 c.c., 1° comma “il diritto di ciascun condomino sulle parti comuni dell'edificio (tra cui i cortili anche se adibiti a parcheggio) è proporzionale al valore del piano o porzione di piano che gli appartiene”. Concludono quindi gli esponenti che nel caso in esame non vi è proporzionalità tra i “millesimi” attribuiti al singolo condomino ed il godimento dello spazio condominiale da parte di costui, che quindi non è correlato alla quota di proprietà condominiale facente capo ai singoli condomini. Ciò posto, risulta di conseguenza ingiusto che un condomino contribuisca alle spese in modo proporzionale alla propria quota di proprietà secondo i millesimi – come espressamente previsto nel caso in esame, da una successiva Delib. assembleare del 2005, non impugnata – ma poi possa godere, in modo meno che proporzionale, del bene comune – o non goderne affatto – mentre altro condominio contemporaneamente ne tragga un'utilità più che proporzionale rispetto ai millesimi, contribuendo in misura inferiore.

La doglianza si conclude con il seguente quesito di diritto ex art. 366 bis c.p.c. (applicabile *ratione temporis*):

“a) In assenza di una Delib. unanime dell'assemblea del

²³ Dalla sentenza sembra emergere una certa esimente per l'ortopedico nel momento in cui si conclude nel senso che questo soggetto non ha la dovuta competenza per interpretare la radiografia. Ci si dimentica che l'ortopedico è innanzitutto un laureato in medicina (ed in quanto tale dispone di tutte le competenze mediche per esercitare la professione); oltre ad essere tenuto al-

l'osservanza dell'intero codice di deontologia medica. A livello più generale si prevede un'esenzione specifica per i soli anestesisti e radiologi i quali possono esercitare in ambito anestesiológico e radiológico (ed essere chiamati semmai a rispondere del loro operato) solo se in possesso dei relativi titoli accademici di specializzazione.

condominio o di un'apposita convenzione, voglia... giudicare se alla luce dell'art. 1118 c.c., sia illegittima la limitazione dell'utilizzo del cortile condominiale – adibito a parcheggio – ad una sola autovettura per unità immobiliare, attribuendo pertanto a condomini proprietari di porzioni di piano differenti un uso paritario del bene comune; b) nell'eventualità del giudizio negativo, se sia legittimo, ai sensi dell'art. 1123 c.c., ripartire le spese relative all'utilizzo paritario del parcheggio comune in proporzione al valore del piano o porzione di piano che appartiene al singolo condomino”.

La doglianza non ha pregio.

Occorre sottolineare in premessa come la norma regolamentare di cui alla Delib. impugnata, non risulta che abbia modificato né disciplinato il regime di ripartizione delle spese per la manutenzione del cortile; ciò venne infatti deliberato solo con una successiva Delib. del 2005, che non risulta mai impugnata.

Occorre in linea generale puntualizzare, quanto alla questione della misura di utilizzazione della cosa comune, che nell'attuale regolamentazione giuridica del condominio, la stessa non è certamente in rapporto con la quota maggiore o minore di proprietà del singolo condominio ed è totalmente sganciata dalle “tabelle millesimali” utilizzate per il calcolo delle spese relative alla gestione del bene stesso. Occorre sul punto fare invece riferimento a quanto prevede l'art. 1102 c.c. secondo il quale, ciascun partecipante al condominio può servirsi della cosa comune, “purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso, secondo il loro diritto”.

Questa S.C. ha precisato al riguardo con riferimento ad analoghi ipotesi, che: “L'utilizzazione a parcheggio dei viali adiacenti agli edifici di un complesso condominiale configura un uso della cosa comune (ulteriore rispetto alla ordinaria destinazione degli stessi ad accesso ai vari fabbricati); pertanto la disciplina di tale utilizzazione (con limitazione, nella specie, ad una sola vettura per unità abitativa) disposta dall'amministratore nell'ambito delle attribuzioni che gli competono a norma dell'art. 1130 c.c., 1° comma, ovvero, a maggior ragione, (come nella specie) dall'assemblea, non riguarda la misura del godimento riconosciuto ai singoli condomini sulla cosa comune ma raffigura una modalità d'uso della cosa stessa...” Cass. Sez. 2, n. 772 del 25/01/1997).

Invero ai sensi dell'art. 1123 c.c., 1° comma, grava sul condomino l'obbligo di contribuire alle spese necessarie alla conservazione ed al godimento delle parti comuni dell'edificio, alla prestazione dei servizi nell'interesse comune e alle innovazioni deliberate dalla maggioranza ciò che trova la sua fonte nella comproprietà delle parti comuni dell'edificio.

Bisogna dunque ritenere che nella fattispecie, le spese d'uso e manutenzione di tale spazio condominiale destinato al parcheggio dei veicoli, devono collocarsi nell'ambito del godimento della cosa comune; ne discende che le spese stesse rientrano fra quelle generali, per cui è applicabile il criterio di riparto stabilito dall'art. 1123 c.c., 1° comma con riferimento al valore della proprietà di ciascun condomino, e non a quello dell'uso differenziato dettato dal comma 2, che appunto non opera per le spese generali (v. a proposito

del servizio di riscaldamento: Cass. Sez. 2, n. 2946 del 14/02/2005; Cass. n. 10492 del 26/11/1996).

In linea generale al riguardo si è così espressa questa S.C.: “In tema di oneri condominiali, la funzione ed il fondamento delle spese occorrenti per la conservazione dell'immobile si distinguono dalle esigenze che presiedono alle spese per il godimento dello stesso, come è dato evincere, in via di principio generale, dal disposto dell'art. 1104 cod. civ. – dettato in tema di comunione –, e, sub specie dei rapporti di condominio, dalla norma di cui all'art. 1123 c.c., a mente della quale i contributi per la conservazione del bene sono dovuti in ragione della appartenenza e si dividono in proporzione alle quote (indipendentemente dal vantaggio soggettivo espresso dalla destinazione delle parti comuni a servire in misura diversa i singoli piani o porzioni di piano), mentre le spese d'uso (che traggono origine dal godimento soggettivo e personale) si suddividono in proporzione alla concreta misura di esso, indipendentemente dalla misura proporzionale dell'appartenenza (e possono, conseguentemente, mutare, del tutto legittimamente, in modo affatto autonomo rispetto al valore della quota) (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 8292 del 19/06/2000).

2 – Con il 2° motivo gli esponenti denunciano “la nullità dell'impugnata Delib. per impossibilità ed illiceità dell'oggetto del punto 4 del Regolamento Posteggio Auto: violazione e falsa applicazione dell'art. 70 disp. att. c.c. e dell'art. 392 c.c.”.

Secondo i ricorrenti non è legittima ed è anzi illecita la sanzione regolamentare che prevede la “rimozione dell'auto non in regola a spese del proprietario” di cui al punto 4 della Delib. impugnata, secondo cui: “dopo un periodo di prova della durata di 6 mesi, a partire dal 6 dicembre 2002, gli autoveicoli non in regola verranno rimossi a spese del proprietario.

La doglianza è fondata.

Questa Corte ha avuto occasione di chiarire a proposito di siffatte sanzioni che “qualora nel regolamento condominiale sia inserita, secondo quanto previsto eccezionalmente dall'art. 70 disp. att. c.c., la previsione di una “sanzione pecuniaria”, avente natura di pena privata, a carico del condomino che contravenga alle disposizioni del regolamento stesso, l'ammontare di tale sanzione non può essere superiore, a pena di nullità, alla misura massima consentita dallo stesso art. 70 e pari ad Euro 0,05 (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 10329 del 21/04/2008; Cass. n. 948 del 26.01.1995). A maggior ragione dunque non si può ritenere che sia consentito introdurre nel regolamento condominiale sanzioni diverse da quelle pecuniarie, ovvero diversamente “afflittive”, ciò che sarebbe in contrasto con i principi generali dell'ordinamento che non consentono al privato – se non eccezionalmente – il diritto di “autotutela”.

In conclusione dev'essere rigettato il primo motivo del ricorso e accolto il 2° motivi; dev'essere cassata la sentenza impugnata e rinviata la causa anche per le spese di questo giudizio al Tribunale di Milano, in persona di diverso magistrato.

PQM

La Corte, rigetta il primo motivo del ricorso; accoglie il secondo motivo; cassa la sentenza impugnata e rinvia la causa anche per le spese di questo giudizio al Tribunale di Milano, in persona di diverso magistrato.

Beni comuni e limiti alla autotutela da parte dell'amministratore

Nino Scipelliti

La sentenza appare di notevole interesse perché, in apparente contrasto con la regola tradizionale dell'ordinamento condominiale secondo la quale per l'utilizzazione dei beni comuni e la ripartizione relativi oneri per la loro manutenzione vale il principio della proporzionalità alla quota millesimale di competenza (art. 1118 c.c.), ha affermato, del tutto condivisibilmente, che nel caso di possibile uso contemporaneo di una parte comune da parte di più condomini aventi diritto, il principio della proporzionalità dell'uso in relazione ai millesimi di proprietà, non può giustificare l'azzeramento di ogni utilità per alcuno dei condomini, come accadrebbe nel caso di attribuzione di superfici destinate al parcheggio, inferiori al minimo necessario per la collocazione di un'auto, così in contrasto con l'art. 1102 c.c. Appare invece non condivisibile l'altro principio affermato dell'inquadramento come sanzionatoria e non come ripristinatoria della facoltà che la norma regolamentare dovesse attribuire all'amministratore di rimozione delle auto parcheggiate irregolarmente, con la conseguenza del contrasto di tale norma regolamentare con il principio, egualmente affermato dalla sentenza, della tassatività della sanzione pecuniaria di cui all'art. 70 disp. att. c.c. Al contrario, una interpretazione evolutiva delle norme dell'ordinamento condominiale che disciplinano le facoltà dell'amministratore, giustificerebbe l'attribuzione di, sia pur limitate, facoltà di autotutela delle parti comuni dell'edificio.

Premessa

La sentenza della Corte di Cassazione che si annota e che ha deciso su fattispecie precedente la riforma del condominio (L. n. 220/2012) che tuttavia sul punto *de quo* non ha apportato variazioni rilevanti, ripropone all'attenzione degli studiosi e operatori due profili non nuovi, ma ancora controversi, della disciplina condominiale, a dimostrazione, in positivo, della vitalità di un istituto (il condominio) in grado di stimolare ulteriore evoluzione di un – tuttora – risalente impianto normativo (nella sostanza non toccato dalla recente riforma), ed a dimostrazione, in negativo, della difficoltà nel nostro ordinamento di conseguire risultati di stabilità e certezza del diritto, in grado di attenuare le tensioni e la litigiosità anche nelle piccole comunità condominiali.

Il *thema decidendum* della sentenza pone infatti due questioni non del tutto omogenee anche a prescindere dai particolari profili che la Corte ha esaminato ed in relazione ai quali ha deciso la controversia. La prima questione concerne la misura dell'uso delle parti comuni e nel caso, di un'area destinata a parcheggio (art. 1118, 1° comma, c.c., variato nella forma ma non nella sostanza, dalla riforma), e con questa correlata, il criterio della divisione delle spese per la conservazione e per il godimento del parcheggio da parte di ogni condomino utente (art. 1123 c.c., rimasto invariato). La seconda questione ha per oggetto la legittimità (contestata nel giudizio) della disposizione del regolamento condominiale che, a quanto riferisce la sentenza, consentiva all'amministratore "la rimozione dell'auto (parcheggiata, n.d.r.) non in regola a spese del proprietario".

Area comune destinata a parcheggio e divisione tra i condomini utenti delle spese di manutenzione

Gli aspetti problematici della prima questione risolta dalla sentenza che si annota, sono prospettati gradatamente dai ricorrenti nel modo seguente: se l'uso del cortile per parcheggio, quando si tratti di spazio condominiale appartenente *pro indiviso* a tutti i condomini e quindi senza frazionamento in diversi posti

macchina, possa essere consentito in misura eguale per tutti in spazi delimitati ed assegnati in uso esclusivo, non proporzionati ai valori millesimali delle rispettive unità immobiliari; e, secondo profilo della questione dedotto in ipotesi, se ammessa la legittimità della attribuzione a tutti i condomini di eguale superficie, sia legittimo ripartire le spese di manutenzione dell'area in proporzione ai millesimi e non in misura eguale tra i diversi utenti del parcheggio.

Quanto alla prima questione la sentenza ha deciso la controversia richiamando un precedente ritenuto conforme ma, forse, meritevole di maggiore approfondimento, secondo il quale la misura di utilizzazione della cosa comune non deve essere necessariamente proporzionale alla quota millesimale dei singoli condomini alla quale pertanto non è correlata, dovendosi fare riferimento, piuttosto, all'art. 1102 c.c. secondo il quale, ciascun partecipante al condominio può servirsi della cosa comune, "purché non ne alteri la destinazione e non impedisca agli altri partecipanti di farne parimenti uso, secondo il loro diritto". Ed infatti secondo il risalente precedente citato (Cass., Sez. II, 25 gennaio 1997, n. 772) "L'utilizzazione a parcheggio dei viali adiacenti agli edifici di un complesso condominiale configura un uso della cosa comune (ulteriore rispetto alla ordinaria destinazione degli stessi ad accesso ai vari fabbricati); pertanto la disciplina di tale utilizzazione (con limitazione, nella specie, ad una sola vettura per unità abitativa) disposta dall'amministratore nell'ambito delle attribuzioni che gli competono a norma dell'art. 1130 c.c., comma 1, ovvero, a maggior ragione, (come nella specie) dall'assemblea, non riguarda la misura del godimento riconosciuto ai singoli condomini sulla cosa comune ma raffigura una modalità d'uso della cosa stessa...".

In sostanza, la sentenza ritiene possibile distinguere tra misura del godimento e modalità dell'uso, senza tuttavia richiamare l'art. 1118 in tema di condominio, ma piuttosto facendo riferimento all'art. 1102 che in tema di comunione non proporziona l'uso alla entità della partecipazione, ma pone invece i limiti della inalterabilità della destinazione del bene comune e

del non impedimento di analoghi usi da parte di altri comproprietari.

Quanto al secondo profilo delle questione dedotto in ipotesi dai ricorrenti, della misura della partecipazione alle spese di manutenzione del cortile se secondo i valori millesimali e non piuttosto secondo le eguali superfici assegnate e quindi in parti eguali. la sentenza afferma che l'assegnazione di eguali superfici "non riguarda la misura del godimento riconosciuto ai singoli condomini sulla cosa comune ma raffigura una modalità uso della stessa" (sentenza n. 782/1997 cit.), la cui regolamentazione è da attribuire alla competenza dell'amministratore (ed a maggior ragione, sempre secondo la sentenza che si annota, dell'assemblea) a norma dell'art. 1130, 1° comma, n. 2 (anche questo non variato sostanzialmente dalla riforma).

Tuttavia questo ragionamento non è del tutto appagante, e ciò anche prescindere dalla dubbia pertinenza rispetto alla fattispecie della giurisprudenza citata nella sentenza che si annota (Cass. n. 772/1997, cit.), che distingue tra misura e modalità dell'uso di servizi comuni ma con riferimento ad una controversia in tema di competenza ed agli effetti dell'applicazione dell'art. 7 c.p.c.¹ e quindi in tema di distinzione di competenza tra giudice di pace e tribunale. Ciò premesso ed anche a voler superare la peculiarità testuale dell'art. 7 cit. che accomuna misura e modalità d'uso tuttavia con riferimento ai servizi condominiali e non alle parti comuni dell'edificio, in coerenza con l'art. 1130, 1° comma, n. 2, c.c. che parla di disciplina dell'uso delle cose comuni e dei servizi nell'interesse comune (vecchio testo, sostanzialmente invariato dopo la riforma), sta di fatto che l'espressione che accomuna i due tipi di controversie nella competenza, prima del pretore (art. 8, 2° comma, n. 4, c.p.c.) e poi del giudice di pace (art. 7, 2° comma, n. 2, c.p.c.), è stata dettata senza trovare diretta corrispondenza nella disciplina del condominio del tempo ed anche in quella attuale che ignora la distinzione. Tuttavia la distinzione contenuta nella sentenza che si annota, tra *misura del godimento* se debba corrispondere o meno al valore millesimale della proprietà individuale, e *modalità d'uso* per il quale tale corrispondenza non è richiesta e che è attribuita alla competenza dell'amministratore, non è convincente se appena si considera che i due

concetti si trovano in evidente relazione gerarchica nell'ambito dell'ordinamento condominiale, e ciò nel senso che la disciplina della misura dell'uso, tendenzialmente corrispondente alla quota di comproprietà, interagisce necessariamente con la disciplina delle modalità dell'uso, sulle quali non può non influire. Principio questo che trova conferma nel significato proprio di *modalità d'uso*, da intendersi come comportamento pratico al quale ogni condomino è tenuto, allo scopo di utilizzare una determinata parte comune o servizio comune dell'edificio, come ad esempio, le modalità di accesso e di utilizzazione, eventuali divieti, orari, precedenza o turni nel caso di contemporanea presenza di più utenti, e simili².

Fermo tutto ciò, appare dunque logico che anche la misura del godimento delle parti e degli impianti comuni ed in questo caso, delle superfici da destinare a parcheggio, non possa prescindere dai principi di cui agli artt. 1102 e 1118 c.c., il primo dei quali fissa i limiti del godimento nel rispetto della destinazione e del pari diritto degli altri partecipanti; il secondo dei quali enuncia il principio della proporzionalità³. Dunque, fatta eccezione per alcune parti comuni dell'edificio (come il tetto, le pareti perimetrali e al terreno sul quale l'edificio poggia) che per le loro caratteristiche possono essere utilizzate secondo il primo dei due criteri, più in generale l'attuazione coordinata di due criteri importa una correzione del criterio della proporzionalità dell'uso da considerare come tendenziale ma rettificabile ed adattabile in modo da assicurare a tutti gli aventi diritto, una utilità minima⁴ e da non impedire l'uso agli altri partecipanti.

Alla luce di queste considerazioni sembra dunque che nel caso di spazio comune destinato a parcheggio, l'applicazione dei due criteri richieda il loro contemporaneo, poiché il solo criterio della proporzionalità della superficie ai millesimi di proprietà, potrebbe condurre alla riduzione di talune porzioni di spazio al di sotto della misura necessaria per parcheggiare un'auto anche di piccole dimensioni. Quindi si giustifica che la misura dell'uso, alla quale amministratore e l'assemblea debbono fare riferimento nella determinazione delle modalità di uso, debba assicurare a tutti i partecipanti ed a prescindere dalla matematica proporzione al valore della loro partecipazione al condo-

¹ Nell'ambito delle cause concernenti rapporti di condominio, per cause relative alle modalità di uso dei servizi condominiali, per le quali l'art. 7 c.p.c. prima della recente riforma attribuiva la competenza al conciliatore, devono intendersi quelle riguardanti i limiti qualitativi di esercizio delle facoltà contenute nel diritto di comunione e, quindi, quelle relative al modo più conveniente ed opportuno in cui tali facoltà devono essere esercitate, nel rispetto della parità di godimento in proporzione delle rispettive quote, secondo quanto stabilito dagli artt. 1102 e 1118 c.c., nonché in conformità con il volere della maggioranza e delle eventuali disposizioni del regolamento condominiale. Per cause relative alla misura dei servizi del condominio, per le quali l'art. 8, n. 4, c.p.c. stabiliva la competenza del Pretore, devono intendersi quelle concernenti una riduzione o limitazione quantitativa del diritto dei

singoli condomini e, quindi, quelle aventi ad oggetto provvedimenti dell'assemblea o dell'amministratore che, trascendendo dalla disciplina delle modalità qualitative di uso del bene comune, incidono sulla misura del godimento riconosciuto ai singoli condomini (di recente, Cass., Sez. II, 15 ottobre 1994, n. 8431).

² In generale sul tema della competenza del giudice di pace in materia di condominio: Vidimi, *La legge istitutiva del giudice di pace e le controversie condominiali*, in *Giust. Civ.*, 1999, 03, 0139.

³ Appare privo di rilievo l'uso del diverso termine *proporzionato* al valore e *proporzionale* al valore, rispettivamente nel vecchio e nel testo recentemente riformato.

⁴ de Tilla, *Apertura di finestre sul cortile comune, nota a Cassazione civile*, 9 giugno 2010 n. 13874, sez. II, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 05, 1498.

minio, l'utilità del parcheggio di una autovettura anche di modeste dimensioni, senza che i proprietari che dispongono di valori millesimali più elevati possano disporre di spazi proporzionali di tali dimensioni da impedire che la superficie comune residua assicuri a tutti una utilità apprezzabile⁵.

Il che, a ben vedere, rappresenta il completamento del precetto dell'art. 1123, 2° comma, c.c. secondo il quale il criterio proporzionale, indicativo dalla misura della utilizzazione concretamente possibile di taluni beni condominiali, può coesistere con una ripartizione delle spese che tenga conto della pari utilità dell'uso del bene comune e quindi anche in parti eguali e non in proporzione ai valori millesimali. Tuttavia quest'ultimo criterio della ripartizione secondo i millesimi generali di proprietà, che la sentenza che si annota ha ritenuto legittimo, appare comunque residuale rispetto alla possibile e preferibile alternativa rappresentata da una specifica tabella millesimale relativa al parcheggio o comunque ad un diverso criterio di divisione delle spese approvato dalla assemblea⁶.

L'amministratore può farsi giustizia da sé rimuovendo le auto parcheggiate abusivamente?

L'altra parte della materia del contendere decisa dalla sentenza, è rappresentata dalla (contestata dagli attori-ricorrenti) legittimità della norma regolamentare che autorizza l'amministratore a provvedere all'asporto di auto parcheggiate irregolarmente (testualmente: *non in regola*), in violazione delle disposizioni dell'amministratore o dalla assemblea sulle modalità d'uso del parcheggio⁷. In proposito la sentenza che si annota ha qualificato l'asporto come sanzione, ritenuta tuttavia in contrasto con il principio, implicitamente asserito, della tassatività della sanzione pecuniaria

prevista dal testo, allora vigente, dell'art. 70 disp. att. c.c. La Corte di cassazione ha quindi accolto sul punto il ricorso ritenendo fondato l'argomento della esclusività della previsione della sanzione pecuniaria (nell'importo divenuto irrisorio con il trascorrere del tempo, di cento lire⁸ ma ora adeguato dalla riforma), onde il regolamento non avrebbe potuto prevedere alcuna altra sanzione in forma specifica.

La norma che autorizza la rimozione delle auto non ha natura sanzionatoria

Tuttavia, in primo luogo si può dubitare della natura sanzionatoria della norma regolamentare che autorizza l'asporto della auto parcheggiate *non in regola* e quindi della esattezza del riferimento all'art. 70 disp. att. c.c. ai fini del giudizio sulla sua legittimità, considerato che l'attività finalizzata al recupero alla disponibilità del condominio di una porzione di una parte comune occupata in contrasto con le regole che ne disciplinano l'uso, ha natura più restitutoria e riparatoria per il condominio che sanzionatoria per il responsabile; e del resto la sentenza sembra avere correttamente inquadrato la norma regolamentare *de qua* nella categoria della autotutela privata, mantenendo tuttavia la autotutela nella disciplina delle sanzioni condominiali di cui all'art. 70⁹.

In realtà, sulla eccezionalità dell'autotutela da parte dei privati a difesa di diritti (art. 2907 c.c.) si può certamente convenire. In generale si distingue tra autotutela unilaterale derivante direttamente dalla legge, ed autotutela convenzionale derivante da accordi tra soggetti di diritto, enumerando nella prima categoria ma senza pretesa di esaustività, previsioni normative del tutto eterogenee quali la c.d. vendita in danno (art. 1515 c.c.), la possibilità di alienare le quo-

⁵ In questo senso, sostanzialmente, Gallucci, *L'assemblea può disciplinare l'uso delle parti comuni, nota a Cassazione, 19 aprile 2011 n. 8941, sez. II, in Diritto & Giustizia online*, 2011, 00, 0144. Sulla necessità dell'uso turnario allo scopo di evitare che il diritto al maggior uso da parte di alcuni condomini, impedisca ad altri di farne uso, si veda Cass. civ., Sez. II, 19 luglio 2012, n. 12485, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 930; in *Diritto & Giustizia*, 2012, con nota di Palombella; in *Arch. Loc.*, 2013, 3, 335, con nota di De Tilla.

⁶ Nella giurisprudenza della Corte di cassazione si rinviene anche la distinzione tra spese di manutenzione di una parte comune e spese, egualmente sostenute dal condominio, ma per il godimento individuale delle parti comuni: "In tema di oneri condominiali, la funzione ed il fondamento delle spese occorrenti per la conservazione dell'immobile si distinguono dalle esigenze che presiedono alle spese per il godimento dello stesso, come è dato evincere, in via di principio generale, dal disposto dell'art. 1104 cod. civ. - dettato in tema di comunione -, e, sub specie dei rapporti di condominio, dalla norma di cui all'art. 1123 c.c., a mente della quale i contributi per la conservazione del bene sono dovuti in ragione della appartenenza e si dividono in proporzione alle quote (indipendentemente dal vantaggio soggettivo espresso dalla destinazione delle parti comuni a servire in misura diversa i singoli piani o porzioni di piano), mentre le spese d'uso (che traggono origine dal godimento soggettivo e personale) si suddividono in proporzione alla concreta misura di esso, indipendentemente dal-

la misura proporzionale dell'appartenenza (e possono, conseguentemente, mutare, del tutto legittimamente, in modo affatto autonomo rispetto al valore della quota)" (Cass., Sez. II, sentenza 19 giugno 2000, n. 8292). Sulla legittimità della soluzione dell'uso turnario allo scopo di garantire a tutti i condomini una utilità apprezzabile da una parte comune dell'edificio, Cass. civ., Sez. II, 19 luglio 2012, n. 12485, in *Giust. Civ. Mass.*, 2012, 7-8, 930; *Dir. e Giust.*, 2012, con nota di Palombella; *Arch. Loc.*, 2013, 3, 335, con nota di De Tilla.

⁷ La sentenza n. 5620/1990 della Corte di cassazione, attinente alla regolamentazione di un cortile comune a parcheggio, ha infatti stabilito che "l'attività dell'amministratore, nell'esercizio del suo potere-dovere (articolo 1130 del Codice civile) di curare l'osservanza delle norme del regolamento di condominio concernenti l'uso delle parti comuni, che sia stata successivamente approvata dall'assemblea dei condomini, deve ritenersi dalla stessa ratificata, con efficacia retroattiva, a norma dell'articolo 1399 del Codice civile, senza pregiudizio per il diritto dei condomini assenti o dissenzienti di impugnare la delibera assembleare di ratifica".

⁸ Sulla non adeguabilità al deprezzamento della moneta, ante riforma, della sanzione prevista dall'art. 70: Cass., Sez. II, 21 aprile 2008, n. 10329; Cass., 26 gennaio 1995, n. 948.

⁹ Si veda anche De Tilla, *Sanzioni pecuniarie e regolamento di condominio, Nota a Cassazione civile, 17 ottobre 1995 n. 10837, sez. II, in Riv. Giur. Edilizia*, 1996, 02, 0300.

te del socio moroso (art. 2466 c.c.), il diritto di ritenzione del conduttore di immobile per uso diverso da quello abitativo a tutela del diritto all'pagamento della indennità per la perdita dell'avviamento di cui all'art. 34, L. n. 392/1978, i diritti di ritenzione e di privilegio sulle cose trasportate previsti dagli artt. 2761 e 2576 c.c., il diritto di ritenzione *ex art.* 1152 c.c. da parte del possessore di buona fede, il diritto di ritenzione in favore dei professionisti di cui all'art. 2235 c.c. ed in favore dei notai *ex art.* 93, n. 5, L. 16 febbraio 1913, n. 89, la ritenzione della caparra da parte del contraente adempiente prevista dall'art. 1385 c.c., il diritto di ritenzione sul bene oggetto di spese di manutenzione e miglioramento di cui all'art. 2756 c.c., e più in generale, l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) e la diffida ad adempiere finalizzata alla risoluzione del contratto (art. 1453 c.c.).

Ordinamento condominiale e strumenti di autotutela delle parti comuni

Pertanto in linea di massima, il problema deve essere impostato come *esistenza o meno del diritto dei condomini e dell'amministratore che li rappresenta*, di usare strumenti fattuali in grado di impedire o fare cessare i comportamenti lesivi della proprietà condominiale, ed anche su parti di proprietà individuale ma soggette alla disciplina condominiale, alla gestione ed all'autorità dell'amministratore.

La questione all'esame della Corte non è nuova, e trattata, seppure in un caso di diversa e maggior gravità, dalla sentenza della stessa Corte di cassazione n. 7621/2002¹⁰, tuttavia non richiamata nella motivazione. In quel caso la Corte di Cassazione ha affermato che "è pertanto irrilevante che l'amministrazione condominiale, e per essa l'amministratore, abbia agito in forza di una delibera condominiale che autorizzava la rimozione delle auto prive di apposita autorizzazione, poiché ciò equivarrebbe a fare valere, appunto, il diritto del condominio, irrilevante nella controversia possessoria, che peraltro non aveva ad oggetto il possesso dello spazio destinato al parcheggio, bensì il possesso dell'auto del ricorrente".

In una pronuncia più recente n. 196/2007, la Corte ha però mutato orientamento. Si trattava di un amministratore che aveva incaricato una impresa privata della rimozione dal portico condominiale di proprietà

privata, di un ciclomotore abusivamente parcheggiato da un estraneo al condominio nonostante la presenza di appositi cartelli di divieto di sosta e dell'avvertimento che i motoveicoli sarebbero stati rimossi a spese dei contravventori. In questo caso la Cassazione ha affermato che "la sentenza ha solo fatto applicazione del principio dell'autotutela o difesa privata del possesso e del principio stabilito nell'art. 2043 c.c., per il quale colui che col proprio fatto doloso o colposo cagiona ad altri un danno ingiusto è obbligato al risarcimento. Ha cioè ritenuto che il possessore, molestato nel possesso, possa, personalmente o a mezzo di un terzo cui abbia all'uopo affidato il relativo incarico, far cessare la molestia in atto rimuovendo la cosa con la quale l'offesa viene esercitata ed abbia altresì diritto al rimborso delle spese dovute al terzo per la rimozione, in quanto causate dal fatto illecito del molestatore".

In generale i principi in tema di autotutela consentono una immediata reazione allo spossessamento di un bene, il che significa che il parcheggio in contrasto con la legittima disciplina dei luoghi è *causa di occupazione e quindi di spossessamento dello spazio occupato dalla auto o dalla moto abusive*. La giurisprudenza ammette quindi la reazione del soggetto (in questo caso, l'amministrazione condominiale) i cui diritti sul bene comune siano impediti a causa dell'abusiva occupazione da parte di altri, ma solo a condizione che questo avvenga *nell'immediatezza del fatto* e non quando la situazione (in questo caso il parcheggio abusivo) si sia consolidata ed abbia raggiunto un certo grado di stabilità, *poiché in tali casi, si può ottenere la tutela delle proprie ragioni solo per via giudiziaria* e cioè mediante azione di reintegrazione (Cass. civ., Sez. II, 19 maggio 2000, n. 6510). Il che vuol dire che la rimozione da parte dell'amministratore deve essere *molto sollecita* e non avvenire dopo settimane dal momento in cui parcheggio abusivo è iniziato. L'amministratore ha anche la possibilità di richiedere al parcheggiatore abusivo il risarcimento del danno, rappresentato dal costo della rimozione¹¹.

Modalità di autotutela e conclusioni

La norma regolamentare che consente all'amministratore di rimuovere le auto parcheggiate irregolarmente presenta certamente aspetti problematici ri-

¹⁰ "L'amministratore di un condominio che compia un atto di impossessamento violento o clandestino in base ad autorizzazione o delibera assembleare, deve considerarsi autore materiale dello spoglio, mentre autore morale dello stesso deve essere considerata la collettività condominiale rappresentata dall'assemblea, per cui l'azione di reintegrazione può essere proposta sia contro il condominio, sia contro l'amministratore, quale autore materiale dello spoglio" (Cass. civ., Sez. II, 24 maggio 2002, n. 7621, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 915).

¹¹ In dottrina si veda De Tilla, *Non occorre l'autorizzazione dell'assemblea per l'azione dell'amministratore per il rispetto del divieto regolamentare di parcheggio nel cortile; nota a Cassazione civile 12 luglio 2012 n. 11841, sez. II, in Riv. Giur. Edilizia*, 2012,

06, 1407. Secondo l'Autore: "La giurisprudenza aderisce in parte alla prima tesi affermando che l'amministratore del condominio è legittimato a far valere in giudizio, a norma degli artt. 1130 e 1131 c.c., le norme del regolamento condominiale, anche se si tratta di clausole che disciplinano l'uso delle parti del fabbricato di proprietà individuale, purché siano rivolte a tutelare l'interesse generale al decoro, alla tranquillità ed all'abitabilità dell'intero edificio" (Cass., Sez. II, 6 agosto 1999, n. 8486). Ma ora si veda il noto *revirement* a partire da Cass. civ., Sez. II, 18 settembre 2013, n. 21395, secondo la quale l'amministratore deve essere autorizzato o la sua iniziativa deve essere ratificata, in *Guida Dir.*, 2013, 45, 48.

petto alle altre ipotesi tipiche di autotutela prima indicate. Se dunque la facoltà di asporto delle auto parcheggiate irregolarmente è estranea all'art. 70 disp. att. c.c. destinato a regolare la materia delle sanzioni consentendo solo quelle pecuniarie quando invece nel caso dell'asporto, si tratta di recuperare al godimento legittimo dei possessori un bene condominiale, la facoltà di autotutela in questione può essere inquadrata nella categoria della autotutela convenzionale, riconosciuta da una parte all'altra o reciprocamente dalle parti di un determinato rapporto giuridico. Tuttavia, la fonte regolamentare del potere disciplinare, in senso lato, dell'amministratore non ha natura convenzionale ma maggioritaria a meno che si tratti di regolamento di natura contrattuale, nel senso che la norma che dovesse consentire l'asporto delle autovetture irregolari, non è il risultato di un accordo e del consenso preventivo ed in via generale degli eventuali contravventori, ma di una deliberazione assembleare alla quale l'amministratore deve la facoltà alterare il possesso dell'auto appartenente al parcheggiatore irregolare con effetti in quella che possiamo considerare la sfera dei diritti tutelati e riconosciuti a ciascuna persona fisica o giuridica. Infatti il soggetto che ha la disponibilità dell'auto e che la mantiene anche durante il parcheggio irregolare, vede modificata tale disponibilità, anche se momentaneamente. Inoltre la norma che consente la rimozione è destinata ad avere effetti non soltanto i confronti dei condomini che avessero votato per la sua approvazione, ma anche nei confronti di coloro che avessero espresso voto contrario e di altri soggetti da questi aventi causa in senso lato, come i conviventi con i condomini e coloro che dispongono di un diritto personale di godimento della unità immobiliare del quale il posto macchina in questione costituisce pertinenza. Esiste infine la possibilità che del parcheggio abusino soggetti estranei al condominio e che non possono invocare a loro favore nessuna facoltà, anche indiretta, di occupazione del posto macchina, ma che, certamente, non hanno concorso alla approvazione della norma regolamentare.

Ciò premesso un principio evolutivo di politica della giurisdizione, se così si può dire, dovrebbe indirizzare la giurisprudenza verso forme minori e minimamente invasive di autotutela privata, in assenza di strumenti giurisdizionali proporzionati ed adeguati ad assicurare effettività a certe norme regolamentari, come sarebbe

se il condominio intendesse risolvere il problema degli abusi dei parcheggi proponendo azioni ordinarie di cognizione dinanzi al giudice di pace¹² o azioni di reintegrazione nel possesso, o azioni cautelari atipiche, per le quali non è scontata l'esistenza dei presupposti¹³.

Tuttavia anche sulla base di considerazioni meramente giuridiche, si può riconoscere che l'asporto di auto indebitamente parcheggiate, attua il principio giustiniano del legittimo respingimento della violenza con forza di pari entità (*vim vi repellere licet*), considerato che una occupazione abusiva di uno spazio per parcheggio equivale alla modificazione unilaterale anche se non violenta, di uno stato di fatto, tale da consentire una reazione di pari entità da parte del legittimo titolare dello spazio occupato.

Conclusivamente, il principio di autotutela e della legittima reazione alla occupazione abusiva del parcheggio, coniugato al principio della correttezza e della buona fede di cui all'art. 1375 c.c. esteso al condominio quale fonte di rapporti intersoggettivi, suggerisce l'indicazione, quale condizione del legittimo esercizio di tale principio, di adempimenti accessori da parte del condominio, come l'adeguata pubblicizzazione della facoltà dell'amministratore di procedere alla rimozione; il preavviso dello spostamento dell'auto, per quanto possibile, a chi abbia effettuato il parcheggio illegittimo e sempre che questo sia conosciuto o facilmente conoscibile, la collocazione dell'auto spostata in uno spazio facilmente accessibile da rendere noto al parcheggiatore, l'esclusione di manomissioni della auto e di modificazioni delle sue parti meccaniche così come l'istallazione di meccanismi di blocco dell'auto. Si dovranno evitare danneggiamenti all'auto che si rimuove, e tenere presente che non esiste alcun diritto alla ritenzione della auto da parte del condominio fino al pagamento delle spese di rimozione e di asporto, e tantomeno di un sanzione pecuniaria che dovesse essere prevista in aggiunta alla rimozione.

La facoltà di rimozione così esercitata, a differenza di quanto ritenuto dalla sentenza che si annota, sembra dunque conforme ai principi in tema di autotutela, debitamente adeguati ai tempi ed alle esigenze della amministrazione condominiale, e certamente funzionale ad un migliore e più ordinato svolgimento della vita condominiale.

¹² In realtà "Spetta al tribunale, e non al g.d.p., conoscere della controversia relativa all'illegittimità dell'uso del cortile comune quale parcheggio di autovetture, atteso che si contesta 'in radice' il diritto ad un determinato uso della cosa comune, mentre non si controverte in merito alla modalità d'uso dei beni comuni" (Cass. civ., Sez. II, 19 aprile 2011, n. 8941, in *Dir. e Giust.*, 2011, con nota di Gallucci).

¹³ La giurisprudenza non appare univoca nella qualificazione del rapporto di parcheggio in relazione alla area occupata dall'auto: "L'utilizzazione da parte di terzi di un'area cortiliva a fini di

parcheggio non è tutelabile con l'azione di reintegrazione del possesso di servitù prediale nei confronti di colui che, nella sua qualità di proprietario, abbia apposto una sbarra all'ingresso del cortile, precludendone l'accesso ai terzi stessi, poiché, per l'esperimento dell'azione di reintegrazione, occorre un possesso qualsiasi, anche se illegittimo ed abusivo, purché avente i caratteri esteriori (non presenti in tale utilizzazione) di un diritto reale" (Cass. civ., Sez. II, 13 settembre 2012, n. 15334, in *Riv. Notar.*, 2012, 5, 1134, con nota di Musolino).

Danno da procreazione

Cassazione civile, Sez. III, 10 dicembre 2013, n. 27528 – Pres. Russo – Rel. Vincenti – P.M. Gambardella (diff.) – L.F., Z.M. e ZI.M.A. (avv.ti Alpa, Maruccci) c. F.R. (avv.ti Cosmelli, Borsacchi).

Conferma App. Firenze, 28 aprile 2011.

Danni in materia civile – Sanità e sanitari – Omessa diagnosi – Nascita indesiderata – Onere della prova.

Nei giudizi di responsabilità medica per nascita indesiderata, ai fini dell'accertamento del nesso causale tra l'omessa diagnosi prenatale e la lesione del proprio diritto d'interrompere la gravidanza, è onere della madre allegare e dimostrare che, se fosse stata informata delle malformazioni del concepito, si sarebbe determinato un grave pericolo per la sua salute ed avrebbe deciso di interrompere la gravidanza. Non vale a ribaltare tale onere sul medico la mancata contestazione da parte di quest'ultimo dei fatti allegati dalla madre.

(Massima non ufficiale)

Omissis. – Il motivo è infondato. Esso pone la questione dell'onere della prova in relazione alla fattispecie legale dell'interruzione volontaria della gravidanza dopo i primi novanta giorni, con specifico riguardo alla lett. b) della *L. n. 194 del 1978, art. 6*, che consente detta interruzione “quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna”. La Corte di appello di Firenze ha gravato gli attori (e cioè i genitori e la sorella della bimba nata affetta da sindrome di Down) dell'anzidetto onere probatorio, reputando, poi, in base ad una “valutazione prognostica in concreto consentita dalle risultanze probatorie”, che esso non fosse stato assolto. I ricorrenti, originari attori, contestano la correttezza di siffatta soluzione, che adducono essere in contrasto con quella giurisprudenza di questa Corte (in particolare, Cass., 10 novembre 2010, n. 22837 e Cass. 4 gennaio 2010, n. 13; ma allo stesso indirizzo sono da ascrivere anche Cass., 10 maggio 2002, n. 6735 – che ha inaugurato l'orientamento in esame – e Cass., 21 giugno 2004, n. 11488), la quale ha assunto come necessaria l'esigenza di dover comprovare la sussistenza dei presupposti di cui alla *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)*, solo se oggetto di contestazione della controparte e, in ogni caso, facendo ricorso a criteri di regolarità causale fondati sull'osservazione di fenomeni sociali, che attesterebbero una normale consequenzialità tra l'adeguata e tempestiva informazione della donna sulla presenza di una malformazione del feto e l'insorgenza di grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna stessa.

2.2. – Il Collegio ritiene, tuttavia, di dare continuità al principio riaffermato dalla più recente Cass., 22 marzo 2013, n. 7269 proprio in relazione a giudizio avente ad oggetto il risarcimento del danno cosiddetto “da nascita indesiderata” (ricorrente quando, a causa del mancato rilievo da parte del sanitario dell'esistenza di malformazioni congenite del feto, la gestante perda la possibilità di abortire), secondo cui è onere della parte attrice allegare e dimostrare che, se la gestante fosse stata informata delle mal-

formazioni del concepito, si sarebbe determinato un grave pericolo per la sua salute ed avrebbe deciso di interrompere la gravidanza. La pronuncia del 2013 recupera, infatti, una linea ermeneutica già presente nella giurisprudenza di legittimità (segnatamente, Cass., 1 dicembre 1998, n. 12195 e Cass., 24 marzo 1999, n. 2193), la quale non è venuta meno anche coevamente o in epoca appena successiva all'affermarsi dell'impostazione evocata dai ricorrenti. E, invero, con Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354 si è ribadito che il risarcimento dei danni cagionati dalla violazione del diritto interrompere la gravidanza è condizionato dalla dimostrazione, a carico dell'istante, dei presupposti di operatività della fattispecie di cui alla *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)*, con ciò imponendosi al giudice del merito di accertare, “ex ante, se la conoscibilità delle rilevanti anomalie e malformazioni del feto – secondo la diagnostica a disposizione all'epoca in relazione alla possibilità di riscontrarle – avrebbe determinato (con un giudizio di prognosi postuma) un grave pericolo della lesione del diritto alla salute della madre, avuto riguardo alle condizioni concrete fisiopsichiche patologiche della stessa e secondo la scienza medica di allora in base alla regola causale del più probabile che non (...), così da determinare i presupposti per attuare la tutela di tale interesse – ritenuto dall'ordinamento prevalente su quello alla nascita del concepito gravemente malformato, purché non giunto ad uno stadio di formazione e maturità che ne rende possibile la sua vita autonoma (*L. n. 194 del 1978, art. 7, comma 3*) – consentendo alla madre di interrompere la gravidanza, quale intervento terapeutico complementare (art. 6, lett. b), stessa legge)”. Nella stessa ottica si è collocata anche Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, che afferma gravare “certamente” sulla parte attrice “l'onere di provare che, al momento del fatto, sussistevano le condizioni per l'interruzione di gravidanza”, riconoscendo a tal fine la validità del ricorso alle presunzioni. Ma in tale prospettiva – come evidenziato dalla stessa Cass. n. 7269 del 2013 – è da ricondurre anche Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, sebbene essa muova dalla premessa per cui il problema probatorio insorge a fronte della contestazione del convenuto in ordine all'assunto “che all'interruzione della gravidanza la donna si sarebbe determinata se fosse stata informata”. E, difatti, nell'ampio ed articolato corredo argomentativo che la richiamata sentenza del 2012 sviluppa anche in punto di delibazione degli oneri probatori delle parti, trova eminente risalto il dato per cui “la richiesta di accertamento diagnostico”, in assenza di una “espressa manifestazione di volontà di interrompere la gravidanza in caso di risultato infausto dello stesso”, costituisce soltanto “elemento indiziante di una volontà che si presume orientata verso un determinato esito finale”, con la necessità che il giudice di merito desuma “caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico (o di c.d. probabilità a priori), le conseguenti inferenze probatorie e il successivo riparto dei relativi oneri”. Donde, secondo la stessa Cass. n. 16754 del 2012, l'onere, che spetta alla parte attrice assolvere, di “integrare il contenuto di quella presunzione con elementi ulteriori (di qualsiasi genere) da sottoporre all'esame del giudice per una valutazione finale circa la corrispondenza della presunzione stessa all'asserto illustrato in citazione”. Ed è in “sostanziale continuità con siffatta linea ermeneutica” che la successiva sentenza n. 7269 del 2013 afferma essa stessa di collocarsi, rammentando, anzitutto,

“che ovvio corollario dell’assunto secondo cui spetta alla donna che chiede di essere risarcita la prova dei fatti costitutivi della pretesa azionata – id est, che l’informazione omessa avrebbe provocato un processo patologico tale da determinare un grave pericolo per la sua salute, e, in stretta connessione, che, nella situazione ipotetica data, ella avrebbe effettivamente optato per l’interruzione della gravidanza – è che il rischio della mancanza o della insufficienza del quadro probatorio acquisito andrà a suo carico”. Nella stessa pronuncia si conferisce risalto, poi, alla possibilità di assolvere gli oneri probatorio anzidetti tramite presunzioni, ai sensi degli *artt. 2727 e 2729 c.c.*, precisando, tuttavia, “che la stessa richiesta di accertamento diagnostico e anche di più accertamenti diagnostici, ove non espressamente funzionalizzati alla verifica di eventuali anomalie del feto, è, al postutto, un indice niente affatto univoco della volontà di avvalersi della facoltà di sopprimerlo, ove anomalie dovessero emergere, innumerevoli essendo le ragioni che possono spingere la donna ad esigerli, e il medico a prescriverli, a partire dalla elementare volontà di gestire al meglio la gravidanza, pilotandola verso un parto che, per le condizioni, i tempi e il tipo, sia il più consono alla nascita di quel figlio, quand’anche malformato”. Soggiungendosi, infine, che “la verifica dell’esistenza o meno, all’epoca dell’assunto diritto all’interruzione della gravidanza, del grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna, va condotto con giudizio *ex ante*, di talché ciò che si è effettivamente verificato successivamente può avere solo valore indiziario o corroborativo, ma non decisivo”.

Omissis. – In un siffatto contesto occorre, dunque, apprezzare il principio della “non contestazione”, evocato dai ricorrenti e fatto proprio dalla giurisprudenza in precedenza richiamata, il quale, contrariamente a quanto accennato nel motivo di impugnazione in esame, non può certo essere configurato tecnicamente alla stregua di un’inversione dell’onere della prova, che, del resto, come tale, non viene neppure postulato dai precedenti giurisprudenziali anzidetti e che, in ogni caso, la fattispecie legale di riferimento non contempla affatto, là dove una sua modulazione in termini derogatori rispetto alla regola generale di cui *all’art. 2697 cod. civ.*, dovrebbe, in ipotesi, transitare attraverso una bilanciata ponderazione degli interessi coinvolti, la quale ha la sua sede privilegiata nell’esercizio della discrezionalità legislativa. Sicché, come avverte la citata Cass. n. 7269 del 2013 (sulla scia della precedente Cass. n. 16754 del 2012), sono, altresì, da evitare letture esegetiche che forzino dati enucleabili dalla fenomenologia sociologica e surrettiziamente introducano una “presunzione iuris tantum di sussistenza delle condizioni che quella interruzione avrebbero legittimato”, la quale verrebbe a far gravare sul medico un onere di prova “sotto certi profili per vero diabolico” e tale da portare ad una “tracimazione del giudizio risarcitorio in una vicenda para-assicurativa collegata al solo verificarsi dell’evento di danno e dell’inadempimento del sanitario”. Il principio di “non contestazione” troverà, dunque, rilievo alla stregua di quanto la giurisprudenza di questa Corte, formatasi nel regime precedente al novellato *art. 115 cod. proc. civ.* (non applicabile *ratione temporis* nella presente controversia), ha ritenuto fossero i connotati dell’istituto, il quale, in linea più generale, importa la superfluità della prova dei fatti specificamente allegati e, per l’appunto, non specificamente contestati e riconduce la valutazione della mancata contestazione dei fatti necessitanti di prova ad un accertamento di fatto riservato al giudice del merito e, quindi, sindacabile in

sede di legittimità sotto il profilo del vizio di motivazione della sentenza (Cass., 14 gennaio 2004, n. 405; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27833; Cass., 3 maggio 2007, n. 10182). Inoltre, la stessa giurisprudenza ha avuto cura di precisare, tra l’altro, che “l’onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per i fatti ad essa ignoti” (Cass., 13 febbraio 2013, n. 3576). Ciò consente comunque di ritenere – al di là di quale sia l’incidenza del novellato *art. 115 cod. proc. civ.*, sulla portata complessiva degli approdi giurisprudenziali pregressi (che non viene in discussione in questa sede) – che la “non contestazione” non possa reputarsi estranea all’orbita del principio di vicinanza della prova, per cui, secondo le circostanze del caso concreto, il fatto non contestato deve conformarsi come fatto quantomeno comune alle parti e non già avulso dalla sfera di dominio cognitivo del soggetto al quale spetti di contestare i fatti allegati da chi è onerato della prova secondo le coordinate della fattispecie legale di riferimento. Con la conseguenza ulteriore che anche su tale specifico punto deve poter trovare ingresso il contraddittorio. Donde, l’inconsistenza della censura in relazione anche al profilo in esame, posto, anzitutto, che per essa – in assenza, peraltro, della denuncia di un vizio di motivazione della sentenza impugnata – la pretesa “non contestazione” ignorata dal giudice del merito atterrebbe soltanto alla volontà della gestante di interrompere la gravidanza in caso di malformazione del feto (su cui, invece, lo stesso giudice ha ritenuto che fosse raggiunta piena prova), con ciò senza, tuttavia, investire affatto il fulcro della ratio decidendi della pronuncia assunta dalla Corte territoriale e cioè il difetto di prova sull’esistenza del “grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna” condizionante, ai sensi della *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)*, la legittimità dell’interruzione della gravidanza dopo i primi novanta giorni. Inoltre, va comunque rammentato – alla luce del principio enunciato da Cass., 20 settembre 2005, n. 18503 e ribadito da Cass., 16 marzo 2012, n. 4249 – che, “ove nessuna delle parti deduca la non contestazione, ed il giudice dia ingresso all’accertamento del fatto costitutivo della domanda, emerge tacitamente una convergente contestazione del fatto stesso, con la conseguente necessità del relativo accertamento. Ne consegue che la parte interessata a far valere la non contestazione ha l’onere di dedurla prima che abbia ingresso il mezzo istruttorio disposto per l’accertamento del fatto non contestato”. I ricorrenti, invece, hanno introdotto per la prima volta in questa sede (e, dunque, in modo inammissibile) un tema di indagine – quello sulla “non contestazione” – che neppure si afferma esser stato dibattuto in sede di merito, ove, come detto, il contraddittorio avrebbe dovuto potersi estendere anche alla conoscenza o meno del “fatto” (quello indicato dalla *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)* da parte di chi (il medico) sarebbe stato onerato della contestazione.

Omissis. – La Corte territoriale ha escluso che il nesso causale tra inadempimento del medico e nascita indesiderata potesse ravvisarsi nel solo fatto – emergente dalle dichiarazioni del teste d.ssa I. – per cui la presenza della trisomia 21 avrebbe “automaticamente comportato il consenso medico all’aborto terapeutico a semplice richiesta della gestante”, ciò in quanto prassi “*contra legem*”, sulla quale non poteva basarsi “l’affermazione della sussistenza di una ingiusta lesione del diritto alla interruzione volontaria della gravidanza”. La Corte territoriale, in armonia con le coordinate della fattispecie legale di riferimento – secondo quanto si è evi-

denziato in sede di scrutinio del primo motivo, anche in riferimento alla necessità per il giudice di merito di desumere la prova “caso per caso, senza il ricorso a generalizzazioni di tipo statistico” – ha apprezzato direttamente il fatto storico anzidetto, risultante dalle dichiarazioni del teste, ma lo ha considerato non decisivo nella sua isolata rilevanza, giacché da doversi necessariamente coniugare con l’ulteriore elemento, che avrebbe dovuto essere oggetto di idoneo riscontro probatorio a carico dell’istante (che, però, è mancato), della insorgenza di un processo patologico tale da mettere in “grave” pericolo la salute della donna (siccome previsto dalla *L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b)* e che – come precisato dalla stesso giudice del gravame – avrebbe potuto anche non verificarsi pur in presenza di “rilevanti anomalie e malformazioni del nascituro”.

Omissis. – Emerge, infatti, dagli atti processuali rilevanti a tal fine (cui la Corte ha accesso in ragione del natura del vizio in esame) che i ricorrenti hanno in effetti richiesto il risarcimento dei pregiudizi, di “natura prettamente materiale”, derivanti dall’impegno economico conseguente all’attenzione ed alle cure da somministrare, per tutto il corso della vita, alla “bambina affetta da grave difetto genetico”, nonché di quei danni provocati dalla lesione “del diritto alla serenità familiare” dei prossimi congiunti, in ragione della alterazione grave dell’“equilibrio psicologico” e della

“organizzazione materiale di un nucleo familiare”, con conseguente disagio nei rapporti all’interno ed all’esterno della famiglia (cfr. atto di citazione, ultimi due fogli prima delle conclusioni). Tuttavia, i danni anzidetti – ai quali ora il ricorso fa nuovamente riferimento, specificandone le fonti normative che ne fondano la tutela – sono esclusivamente correlati (“derivanti”) tutti (d) alla “nascita di una bambina, affetta da malformazione genetica” (così nelle conclusioni dell’atto di citazione e nelle conclusioni dell’atto di appello) ed a tale conseguenza specifica unicamente si rapporta la “violazione del primario dovere di informazione da parte del medico” (cfr. atto di citazione). Posto, dunque, che la pretesa azionata non è stata affatto orientata verso il conseguimento del ristoro dei danni, autonomamente apprezzabili, conseguenti ad un vulnus del diritto ad una procreazione cosciente e responsabile ovvero alla lesione del diritto all’autodeterminazione in assenza della corretta informazione medica, ma si è cristallizzata esclusivamente nella richiesta di risarcimento di ogni pregiudizio derivante dalla nascita della bambina affetta da gravi malformazioni genetiche, non sussiste il denunciato vizio di omessa pronuncia ascritto alla sentenza impugnata, giacché con essa si è escluso che sia stata raggiunta la prova sui presupposti che avrebbero consentito di liquidare qualsivoglia danno ingiusto correlato alla predetta nascita. – *Omissis.*

La prova del nesso nei giudizi di responsabilità per omessa diagnosi prenatale

Letizia Coppo*

La sentenza in commento affronta la delicata questione della prova del nesso causale tra l’inadempimento del medico all’obbligo di diagnosi prenatale e la lesione del diritto della gestante ad essere informata delle anomalie del feto così da poter scegliere d’interrompere la gravidanza. Dopo aver chiarito che oggetto della prova sono sia il fatto che la madre, ove informata, avrebbe avuto il diritto di abortire, sia il fatto che questa avrebbe effettivamente scelto di abortire, la sentenza afferma che l’onere della suddetta prova grava sulla madre, anche se il medico non ha contestato ex art. 115 c.p.c. le circostanze da lei allegate; ciò in virtù di un’interpretazione del principio di non contestazione alla luce del principio di vicinanza della prova.

Premessa

La sentenza in commento è chiamata a pronunciarsi su un caso di responsabilità del ginecologo per inadempimento all’obbligo di diagnosi prenatale delle malformazioni del feto e conseguente lesione del diritto della madre ad interrompere la gravidanza.

Si tratta forse della prima pronuncia di legittimità ad aver respinto ogni pretesa risarcitoria della madre

perché quest’ultima non era riuscita a provare la sussistenza del nesso causale tra la condotta del medico e la lesione del proprio diritto ad abortire.

Il dato è tutt’altro che irrilevante, se si considera che, sino ad ora, persisteva una frattura tra le corti di merito, le quali, salvo qualche eccezione¹, concludevano sempre per l’assoluzione del medico², e la Cassazione, che, invece, ribaltava sistematicamente la decisione³.

Gli esiti diametralmente opposti dei giudizi dipen-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Così Trib. Brindisi Francavilla Fontana, 26 giugno 2012, in *Leggi d’Italia*; Trib. Roma, 11 aprile 2011; Trib. Genova, 7 aprile 2006, *ivi*.

² Così App. Firenze, 22 marzo 2013, in *Leggi d’Italia*; Trib. Como, 16 gennaio 2012, *ivi*, il quale ha nondimeno riconosciuto in capo alla madre ed al padre il diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata possibilità di prepararsi psicologicamente all’evento di una nascita malformata, conseguente all’inadempimento del medico; App. Venezia, 2 novembre 2010, *ivi*; Trib. Bologna, 8 marzo 2010, *ivi*, il quale, in realtà, ha rigettato la domanda della madre per assenza di inadempimento da parte del medico, ma ha nondimeno precisato che è in ogni caso richiesta la prova dei presupposti per l’interruzione della gravidanza; Trib. Roma, 16 gennaio 2009, *ivi*; Trib. Genova, 24 maggio 2007,

ivi, il quale, parimenti, ha rigettato la domanda per assenza di inadempimento da parte del medico, ma ha nondimeno precisato, ancorché in *obiter*, che sarebbe comunque difettata nel caso di specie la prova dei presupposti; App. Catania, 24 febbraio 2006, *ivi*, il quale ha rigettato la domanda, oltre che per l’assenza della prova dei presupposti, in considerazione della possibilità di vita autonoma del feto; Trib. Treviso, 8 febbraio 2006, *ivi*.

³ Così Cass., 5 giugno 2012, n. 8984, in *Leggi d’Italia*; Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, in *Foro It.*, 2010, I, 2113; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, in *Giur. it.*, 2011, 1, in *Resp. Civ.*, 2010, 8-9, con nota di Partisani, *Il danno esistenziale del padre da nascita indesiderata*, in *Contratti*, 2010, 7, 662, con nota di De Feo, *Responsabilità contrattuale per omessa diagnosi di malformazioni del concepito*, in *Danno e Resp.*, 2010, 7, 697, con nota di Feola, *La Cassazione e il diritto del minore “a nascere sano”*, in *Corriere Giur.*, 2010, 2, 163, con nota di Carbone, *Responsabilità medica*

devano proprio dalla diversa configurazione adottata in merito all'onere probatorio del nesso causale, vale a dire, più precisamente, dal fatto che il medesimo venisse fatto gravare sul medico o sulla madre e dal fatto che l'oggetto della prova fosse individuato in una o in un'altra circostanza.

Il contrasto originava dalla formulazione degli artt. 6 e 7 della L. n. 194/1978, recanti i presupposti che devono ricorrere affinché una donna possa interrompere la gravidanza oltre i novanta giorni dal concepimento, la quale dava adito ad una pluralità d'interpretazioni.

Il caso

Una gestante dell'età di trentasei anni, accompagnata dal marito di anni quarantacinque, si rivolgeva ad uno specialista ginecologo per essere seguita durante la gravidanza.

Richiedendo la gestante che le fossero prescritti esami volti ad accertare eventuali malformazioni del feto, il ginecologo la dissuadeva dal sottoporsi ad amniocentesi, in considerazione della sua età e di quella del coniuge, nonché del fatto che vi fosse nell'ambito familiare della coppia il precedente di un bambino affetto dalla sindrome di Down.

Il ginecologo consigliava, invece, un esame meno invasivo e con un minor rischio di aborto, quale il prelievo del sangue in funzione di *screening* anti-Down, garantendo che questo avrebbe permesso di ottenere risultati pari a quelli assicurati dall'amniocentesi.

Pur non rilevando gli esiti dell'esame alcuna anomalia, la gestante partoriva una figlia affetta dalla trisomia del cromosoma 21, meglio nota come sindrome di Down.

La gestante ed il marito, in proprio e per la sorella della neonata, agivano in giudizio contro il ginecologo per il risarcimento del danno provocato dalla lesione del diritto all'interruzione della gravidanza e dalla conseguente nascita di una bambina handicappata.

Nei primi due gradi di giudizio la domanda veniva rigettata per mancato raggiungimento della prova circa la sussistenza dei presupposti previsti dalla legge sull'aborto per l'esercizio del diritto d'interrompere la gravidanza, nonché della prova circa il fatto che la gestante, ove adeguatamente informata delle reali condizioni del feto, avrebbe effettivamente scelto di abortire. La Cassazione, con la sentenza in commento, confermava le decisioni di merito.

Il duplice oggetto della prova del nesso causale

Secondo l'orientamento consolidato della Cassazione, i termini rispetto ai quali si deve ricostruire il nesso causale sono tre: a) la condotta inadempiente, commissiva od omissiva, del medico⁴; b) la lesione di una posizione giuridica soggettiva tutelata dall'ordinamento; c) i danni conseguenti alla predetta lesione⁵.

Su questa base il giudizio sul nesso va compiuto in due fasi: *in primis*, deve accertarsi il nesso di causalità materiale, vale a dire il collegamento tra l'inadempimento e la lesione dell'interesse tutelato; conseguentemente, deve accertarsi il nesso di causalità giuridica, vale a dire il legame tra la lesione del suddetto interesse e i danni che ne sono derivati, tenendo presente che, in base al disposto dell'art. 1223 c.c., sono risarcibili solo i pregiudizi che siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento⁶.

Sulla prova dell'inadempimento non sono emersi particolari problemi: è stata, infatti, confermata la tesi della Corte d'appello, che lo individuava nel fatto che il medico aveva scelto di sottoporre la paziente, anziché ad amniocentesi, ad un esame "d'incerto significato" e condotto con modalità inidonee ad accertare la sindrome di Down.

Contrariamente a ciò che ci si sarebbe potuti aspettare, non si è dato rilievo al fatto che il medico aveva garantito alla paziente, con l'esame eseguito, un risultato analogo a quello dell'amniocentesi; circostanza che, in-

per la nascita di bambini malformati; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, in *Foro It.*, 2006, 7-8, I, 2097; Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro It.*, 2004, I, 3327, con nota di Bitetto; Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, in *Giur. it.*, 2003, 5, con nota di Poncibò, *La nascita indesiderata tra Italia e Francia*, in *Danno e Resp.*, 2002, 11, 1148, con nota di Batà - Spirito, *Responsabilità del medico per nascita indesiderata*.

⁴ In tema di nascita indesiderata l'inadempimento può consistere non solo in un comportamento omissivo - che a sua volta può dipendere da vari fattori, quali l'omessa o ritardata esecuzione di un esame rilevante; l'errata scelta dell'esame da effettuare (Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.), spesso connessa alla mancata informazione circa le alternative diagnostiche; l'errata interpretazione delle risultanze dell'esame (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20320, cit.); la mancata prescrizione di ulteriori approfondimenti diagnostici, spesso correlata ad una refertazione lacunosa; l'esecuzione dell'esame con apparecchiature inadeguate, senza indirizzamento del paziente ad altra struttura sanitaria (Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.) - ma anche in una condotta commissiva, quale l'aver somministrato alla gestante farmaci teratogeni, peraltro senza informarla del rischio per il feto ad essi connesso (Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. Fam. e Pers.*, 2009, 3, I, 1159 e

segg., con nota di Ballarani, *La Cassazione riconosce la soggettività giuridica del concepito: indagine sui precedenti dottrinali per una lettura "integrata" dell'art. 1 c.c.*), o l'aver eseguito in modo errato le manovre del parto oppure optato per un parto naturale laddove sarebbe stato necessario un cesareo, o ancora l'aver eseguito in modo errato un intervento di sterilizzazione o interruzione della gravidanza (Cass., 8 luglio 1994, n. 6464, in *Corriere Giur.*, 1995, 91, con nota di Batà).

⁵ Si veda, *ex multis*, Cass., 2 febbraio 2001, n. 1516, in *Corriere Giur.*, 2001, 1319, con nota di Severi, in *Giur. It.*, 2001, 2032, in *Resp. civ.*, 2001, 881, con nota di Favilli, in *Dir. e Giust.*, 2001, 6, 43, con nota di Rossetti. In dottrina cfr., per tutti, Carbone, *Il rapporto di causalità*, in *La responsabilità civile (aggiornamento 1988-1996)*, diretta da Alpa-Bressone, II, Torino, 1997, 55 e segg.; Franzoni, *L'illecito*, Milano, 2004, 60 e segg.; Realmondo, *Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno*, Milano, 1965, 111 e segg.; Salvi, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Zatti, Iudica, Milano, 1998, 170; Trimarchi, *Causalità e danno*, Milano, 1967, 198; Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, Padova, 1999, 619.

⁶ *Ibidem*.

vece, pare idonea a far perdere alla prestazione dovuta dal medico la qualità di semplice obbligazione di mezzi.

Più complesso il discorso per la prova della lesione del diritto all'interruzione della gravidanza. Gli artt. 6 e 7 della legge sull'aborto stabiliscono che alla madre è consentito interrompere la gravidanza oltre il terzo mese solo quando quest'ultima o il parto comportino un grave pericolo per la sua vita o quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del feto, che determinino un grave pericolo per la sua salute, fisica o psichica, e il feto non abbia possibilità di vita autonoma.

Destinatari di tali precetti sono, *in primis*, il medico, il quale, almeno secondo la lettera delle norme, dovrebbe acconsentire all'aborto solo in presenza dei presupposti appena elencati, ed in secondo luogo il giudice, il quale dovrebbe accogliere la pretesa risarcitoria della madre solo a dette condizioni.

Né per il medico né per il giudice sussistono particolari dubbi interpretativi ed operativi in merito ai presupposti del pericolo di vita per la madre e della possibilità di vita autonoma del feto⁷. Lo stesso non può dirsi, invece, con riguardo al presupposto del pericolo per la salute della madre: il legislatore, infatti, fa espresso riferimento anche alla salute psichica, concetto, di per sé, dai contorni molto ampi e di difficile definizione.

La difficoltà si riscontra, innanzitutto, in sede medica, ove si finisce col presumere sussistente il pericolo per la salute psichica della madre ogniqualvolta questa, appresa la notizia delle malformazioni del feto, manifesta la volontà di abortire. La stessa prassi medica è nel senso di consentire all'aborto su semplice richiesta della gestante informata delle condizioni patologiche del feto, senza disporre alcuna perizia psichiatrica.

Difficoltà ancora maggiore si presenta in sede giudiziale: qui si tratta, infatti, di valutare con una consulenza tecnica il rischio di una patologia psichica, circostanza che, già di per sé incerta, lo diventa ancora di più se si considera che la sua ricorrenza va riferita, secondo

giurisprudenza pacifica, non al momento della nascita, bensì al tempo in cui il medico avrebbe dovuto diagnosticare le malformazioni del feto e non l'ha fatto⁸.

A fronte di questo quadro, l'oggetto della prova del nesso si può individuare, alternativamente: (a) nella probabile occorrenza, a seguito della notizia delle malformazioni fetali, di una grave patologia fisica o psichica della madre⁹; (b) nella circostanza che la madre, resa edotta delle suddette malformazioni, avrebbe effettivamente scelto di abortire¹⁰; (c) nel cumularsi di entrambe le circostanze¹¹.

Quest'ultima opzione ha seguito la sentenza in commento, così sintetizzando l'orientamento consolidato della giurisprudenza di merito e quello più recente della Cassazione.

Appare condivisibile la richiesta della prova del fatto che la madre, ove adeguatamente informata delle anomalie del feto, avrebbe effettivamente scelto di abortire. Vero è, infatti, che non è lecito inferire sempre, *sic et simpliciter*, dalla presenza di gravi malformazioni del nascituro o dalla richiesta diagnostica della madre l'automatica esclusione dell'intenzione di quest'ultima di portare a termine la gravidanza.

Del resto, si è assistito ad una simile evoluzione anche in tema di consenso informato, fattispecie che presenta notevoli analogie con quella della nascita indesiderata, poiché in entrambi i casi la prestazione dovuta consiste nella trasmissione di un'informazione corretta e tempestiva e viene in considerazione la lesione di un diritto all'autodeterminazione, sia essa relativa alle cure o all'interruzione della gravidanza.

Se in un primo tempo la giurisprudenza aveva affermato che il medico risponde dei postumi negativi derivanti da un intervento, pur necessario ed eseguito secondo la *lex artis*, per il mero fatto di aver leso in astratto il diritto di autodeterminazione del paziente, essendo irrilevante la scelta concreta che quest'ultimo avrebbe compiuto¹², la Cassazione nel 2010 ha preteso dal paziente la prova che egli, ove adeguatamente e

⁷ Quest'ultima condizione è da intendersi nel senso che il feto non ha già raggiunto quel grado di maturità tale da consentirgli, una volta estratto dal grembo della madre, "di mantenersi in vita e di completare il suo processo di formazione anche al di fuori dell'ambiente materno". Cfr. Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit., la quale precisa che la possibilità di vita autonoma del feto è cosa diversa rispetto alla possibilità che il concepito dopo la nascita sia capace di condurre una vita autonoma, dal punto di vista fisico o psichico.

⁸ Si vedano, per tutte, Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit. e Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, 2038, con nota di Pizzetti e in *Danno e Resp.*, 1999, 515, con nota di Filograna.

⁹ Cfr. App. Firenze, 22 marzo 2013, cit.; Trib. Como, 16 gennaio 2012, cit.; App. Venezia, 2 novembre 2010, cit.; Trib. Bologna, 8 marzo 2010, cit.; Trib. Roma, 16 gennaio 2009, cit.; Trib. Genova, 24 maggio 2007, cit.; App. Catania, 24 febbraio 2006, cit.; Trib. Treviso, 8 febbraio 2006, cit.

¹⁰ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corriere Giur.*, 2012, 11, 1291, con nota di V. Carbone, *La legittimazione al risarcimento spetta direttamente al concepito nato malformato per errata diagno-*

si; in *Corriere Giur.*, 2013, 1, 45, con nota di Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2013, 02, con nota di Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Danno e Resp.*, 2013, 2, 139, con nota di Cacace, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*, in *Danno e Resp.*, 2013, 5, 492, con nota di Mastroianni, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*; in *Giur. It.*, 2013, 4, con nota di Cricenti, *Il concepito e il diritto di non nascere*, e con nota di Carusi, *Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si propaga al procreato?*; in *Giur. It.*, 2013, 5, con nota di Coppo, *Doveri informativi e natura dell'obbligo di diagnosi prenatale*.

¹¹ In tal senso, prima della sentenza in commento, Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Fam. e Dir.*, 2013, 12, 1095, con nota di Amato, *Omessa diagnosi prenatale: regime dell'onere probatorio e rilevanza dell'obbligo informativo*. Precedentemente cfr. Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Giur. It.*, 1999, 2038, con nota di Pizzetti e in *Danno e Resp.*, 1999, 515, con nota di Filograna.

¹² Cfr., per tutte, Cass., 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. It.*, 2007, 2, 343.

tempestivamente informato, avrebbe in concreto optato per un diverso intervento¹³.

Maggiori perplessità suscita, invece, la richiesta della prova della probabile insorgenza nella madre di una patologia psichica. Indiscutibile è che la legge imponga tale condizione per ammonire che l'esercizio del diritto di aborto non è rimesso al mero arbitrio della madre e che non si può desumere automaticamente dalla presenza di gravi malformazioni fetali il pericolo alla salute mentale di quest'ultima.

Sicuramente è apprezzabile il rigore della sentenza, in quanto si pone in linea con la *ratio* della legge sull'aborto, che è quella di garantire che "una vita, sia pure biologicamente imperfetta, non venga sacrificata per ragioni diverse rispetto alla tutela di un valore ad essa comparabile", quale è il diritto alla salute della madre¹⁴.

Non si può però negare che questi principi in pratica vengano disapplicati: che si tratti o meno di una prassi *contra legem*, come sottolineato dalla sentenza in commento, la realtà è che l'esercizio del diritto di aborto viene subordinato alla semplice richiesta della madre, senza ulteriori accertamenti¹⁵.

Comunque si valuti questa prassi, è difficile non constatare che alla madre si chiede di provare il proprio diritto di interrompere la gravidanza in base un'interpretazione rigorosa della legge, che non è quella applicata in concreto nella normalità dei casi.

D'altra parte, non può sfuggire la natura speculativa di una consulenza volta ad accertare, non l'effettivo stato di salute mentale, presente o passato della madre, ma la probabilità di insorgenza di una patologia psichica in una situazione significativamente diversa da quella che si è svolta nella realtà (immaginando cioè che la madre fosse debitamente informata delle anomalie del feto). Una prova simile è certamente, in concreto, molto difficile da raggiungere.

Comunque, anche ove si volesse optare per tale soluzione, come ha fatto la sentenza in commento, sarebbe necessario apprestare ai genitori del bambino handicappato almeno una tutela risarcitoria nei confronti dell'inadempimento all'obbligo di diagnosi prenatale in sé e per sé considerato.

Vero è che, se non si prova la ricorrenza dei presupposti di legge per l'esercizio del diritto di aborto, non si possono far valere i danni conseguenti alla sua lesione, poiché in tal caso la mancata interruzione della gravidanza "è da ascrivere eziologicamente alla non integrazione della fattispecie legale e non all'omessa o errata informazione da parte del medico"¹⁶, ma non è men vero che vi sono danni direttamente conseguenti al mero inadempimento diagnostico.

Si pensi, ad esempio, al danno subito dai genitori per essersi trovati ad affrontare un evento traumatico, quale la nascita di un bambino affetto da gravi malformazioni, senza alcuna preparazione psicologica, da alcuni ritenuto conseguenza diretta e immediata della lesione del diritto ad una genitorialità cosciente e responsabile¹⁷. Ancora, si consideri il danno conseguente alla lesione del diritto di autodeterminazione del paziente in ordine ai trattamenti sanitari.

Dalla sentenza in commento pare potersi desumere un argomento a favore delle considerazioni appena svolte. Essa, infatti, ha sì rigettato la domanda dei coniugi volta al risarcimento dei danni derivanti dalle cure e le attenzioni dovute, vita natural durante, al bambino handicappato e quelli provocati dalla lesione di un presunto diritto alla serenità familiare, ma non ha mancato di precisare, seppur in *obiter*, che la conclusione sarebbe stata diversa se si fosse domandato il risarcimento di altri pregiudizi.

¹³ Si fa riferimento a Cass., 9 febbraio 2010, n. 2847, cit. L'onere della prova viene posto a carico del paziente sulla base delle seguenti ragioni: a) la prova del nesso compete sempre a chi allega l'inadempimento; b) il fatto positivo da provare è il rifiuto che il paziente avrebbe opposto all'intervento, ove informato, vale a dire un elemento attinente alla sfera soggettiva del paziente, quindi è ragionevole applicare il principio di vicinanza della prova; c) il fatto che il paziente si discosti dalla scelta terapeutica compiuta dal medico è eccezionale rispetto all'*id quod plerumque accidit*. Per la verità, la *ratio* che ha ispirato la decisione in materia di consenso informato sembra essere diversa: *ivi* si richiede la prova della volontà del paziente perché solo tale volontà avrebbe potuto evitare gli "effetti collaterali" provocati da un intervento necessario e correttamente eseguito, solo la concreta scelta del paziente stabilisce il collegamento causale tra la lesione del diritto all'autodeterminazione e il danno alla salute, profili distinti e indipendenti tra loro. In proposito si veda Cass., 11 maggio 2009, n. 10741, in *Dir. Famiglia*, 2009, 3, 1196, la quale ha qualificato come mutamento della *causa petendi* il fondare l'azione risarcitoria sulla colpa professionale per poi fondarla nei successivi gradi di giudizio sulla violazione del consenso informato. Il diritto del paziente all'informazione non è configurato come strumentale alla sua salute, anche se viene fatto discendere, tra gli altri, dall'art. 32 Cost., ma come strumentale alla liceità dell'intervento, che è profilo diverso.

Il diritto all'interruzione della gravidanza, invece, non ha vita autonoma quale diritto all'autodeterminazione, ma esiste solo in quanto strumentale al diritto alla salute della madre. Al contrario, al paziente è consentito dalla legge un rifiuto meramente potestativo al trattamento sanitario, senza che debbano ricorrere particolari presupposti, anche quando tale rifiuto si ponga in direzione diametralmente opposta rispetto al suo diritto alla salute. Si aggiunga, poi, che sul piano della regolarità causale corrisponde all'*id quod plerumque accidit* che il paziente, pur informato, non abbia intenzione di discostarsi dalle scelte terapeutiche operate dal medico, mentre, all'opposto, il ragionamento è invertito, essendo piuttosto eccezionale che la madre informata delle malformazioni non abbia intenzione d'interrumere la gravidanza.

¹⁴ Enuncia in questi termini la *ratio* della legge sull'aborto Trib. Como, 16 gennaio 2012, cit.

¹⁵ Di tali considerazioni sembra prendere atto Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit., là dove richiede la sola prova del fatto che la madre, se informata, avrebbe effettivamente scelto di abortire.

¹⁶ Cfr. Cass., 1° dicembre 1998, n. 12195, cit.

¹⁷ Ha rigettato la domanda dei coniugi volta al risarcimento del danno conseguente alla lesione del diritto all'aborto, ma accolto la domanda volta al risarcimento del danno cui si è fatto riferimento nel corpo del testo Trib. Como, 16 gennaio 2012, cit.

Il riparto dell'onere probatorio: una lettura del principio di non contestazione

Applicando la regola generale enunciata dall'art. 2697 c.c. ai giudizi risarcitori per nascita indesiderata, l'onere di provare la ricorrenza dei presupposti per l'interruzione della gravidanza grava sull'attrice, cioè sulla madre, in quanto fatto costitutivo della sua pretesa. Tuttavia, in considerazione dell'estrema difficoltà per la madre di assolvere ad un simile onere, un orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità l'aveva ribaltato sul medico¹⁸.

A sostegno di quest'impostazione si adducevano il principio per cui l'inadempimento del medico non può risolversi in danno di colui che vanta un diritto inerente alla prestazione sanitaria e il ragionamento seguente: la legge collega il diritto di aborto alla presenza di gravi malformazioni nel feto. La *ratio* del collegamento risiede nella massima d'esperienza per cui la notizia dell'*handicap* del feto innesca nella madre un processo patologico tale da compromettere seriamente la sua salute psichica.

Quindi è legittimo presumere che, ogniqualvolta la disabilità sia grave ed il medico abbia colpevolmente omesso di diagnosticarla, la madre avrebbe avuto il diritto d'interrompere la gravidanza. Spetta al medico fornire la prova contraria, altrimenti la sussistenza del nesso causale è da ritenersi provata¹⁹.

Analizzando le sentenze aderenti al predetto orientamento, si nota che, volta a volta, la presunzione si concentra o solo sulla volontà abortiva della madre, o sui soli presupposti legali, o su entrambe le circostanze²⁰.

Oscillante è anche la direzione in cui viene compiuta l'inferenza logica: in alcuni casi è dalla circostanza della sussistenza di un grave pericolo della madre che si desume la sua intenzione d'interrompere la gravidanza; in altri, viceversa, è da quest'ultima circostanza che si desume la ricorrenza dei presupposti legali²¹. Inoltre non sempre risulta chiaro se almeno una delle due circostanze debba essere provata, o soltanto allegata, e da chi.

In considerazione di tali problemi, nonché del dato per cui una simile inversione dell'onere si pone in contrasto con la regola generale di cui all'art. 2697 c.c. e finisce per trasformare il giudizio di responsabilità medica in una "vicenda para-assicurativa *ex post*", alcune pronunce della Cassazione, di poco antecedenti a quella in commento, hanno compiuto un *revirement* dell'orientamento sopra esposto²².

Si è così giunti ad affermare quanto segue: se la madre allega di aver manifestato al medico, anche implicitamente, la volontà di abortire, qualora il feto presentasse malformazioni, e il medico non contesta l'assunto fornendo prova contraria, si ritiene provata la sussisten-

¹⁸ Ha dato il via a tale orientamento Cass., 10 maggio 2002, n. 6735, cit. Successivamente si vedano Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit.; Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit.; Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, cit.

¹⁹ Si suole parlare in questi casi di "causalità presunta". L'espressione è stata coniata con riguardo a fattispecie in cui non era possibile stabilire con certezza se i danni subiti dal paziente fossero conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento del medico a causa dell'incompletezza della cartella clinica o dell'omesso compimento di altri adempimenti analoghi. Come meglio si dirà, la *ratio* va ravvisata nel principio per cui l'inadempimento del medico non può risolversi in danno di colui che vanta un diritto in relazione alla prestazione sanitaria e l'applicazione di detto principio può così sintetizzarsi: se è accertato che il medico ha posto in essere un antecedente causale astrattamente idoneo a cagionare il danno, ma non può accertarsi che quest'ultimo gli sia concretamente imputabile, incombe sul medico l'onere di provare che il nesso non sussiste, ovvero che il danno è dipeso da una circostanza eccezionale ed imprevedibile. Cfr., per tutte, Cass., 13 settembre 2000, n. 12103, in *Dir. e Giust.*, 2000, 34, 33, la quale ha affermato che quando non è possibile stabilire se la morte di un paziente sia stata causata dall'incuria del medico curante o da altre cause, e l'incertezza derivi dalla incompletezza della cartella clinica o dall'omesso compimento di altri adempimenti incombenenti sul medico, quest'ultimo deve ritenersi responsabile del decesso, allorché la sua condotta sia stata astrattamente idonea a causarlo. Il medesimo principio è stato affermato da Cass., 17 febbraio 2011, n. 3847, in *Leggi d'Italia*, addirittura in un caso in cui la probabilità della sussistenza del nesso tra la condotta del medico e il danno era minore rispetto a quella della sussistenza del nesso con altre possibile cause, sulla base del rilievo per cui "il difetto di accertamento del fatto astrattamente idoneo ad escludere il nesso causale tra condotta ed evento non può essere invocato, benché sotto il profilo statistico quel fatto sia 'più probabile che non', da chi quell'accertamento avrebbe potuto compiere e non l'abbia, invece, effettuato".

²⁰ Cass., 4 gennaio 2010, n. 13, cit. e Cass., 29 luglio 2004, n. 14488, cit., hanno addirittura raddoppiato la presunzione: non solo si presume che la madre, ove informata delle malformazioni, scelga d'interrompere la gravidanza, ma si presume anche che in presenza delle suddette malformazioni si verifichi un danno alla sua salute psichica.

²¹ Cass., 10 novembre 2010, n. 22837, cit., sembra rovesciare il senso della presunzione: non è più la sussistenza dei presupposti che fa presumere la volontà abortiva della madre, ma è dalla mera allegazione del carattere invalidante permanente della malformazioni fetali e del fatto che la madre avrebbe interrotto la gravidanza, ove informata, che si presume implicitamente la sussistenza dei presupposti di legge. L'esigenza di provare la concreta volontà della madre insorge solo ove il medico la contesti specificamente e fornisca la prova contraria.

²² Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, in *Leggi d'Italia*; Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, in *Corriere Giur.*, 2012, 11, 1291, con nota di V. Carbone, *La legittimazione al risarcimento spetta direttamente al concepito nato malformato per errata diagnosi*; in *Corriere Giur.*, 2013, 1, 45, con nota di Monateri, *Il danno al nascituro e la lesione della maternità cosciente e responsabile*; in *Nuova Giur. Comm.*, 2013, 02, con nota di Palmerini, *Nascite indesiderate e responsabilità civile: il ripensamento della Cassazione*; in *Danno e Resp.*, 2013, 2, 139, con nota di Cacace, *Il giudice "rottamatore" e l'enfant préjudice*; in *Danno e Resp.*, 2013, 5, 492, con nota di Mastroianni, *To be or not to be: comparare l'incomparabile*; in *Giur. It.*, 2013, 4, con nota di Cricenti, *Il concepito e il diritto di non nascere*, e con nota di Carusi, *Revirement in alto mare: il "danno da procreazione" si propaga al procreato?*; in *Giur. It.*, 2013, 5, con nota di Coppo, *Doveri informativi e natura dell'obbligo di diagnosi prenatale*; Cass., 13 luglio 2011, n. 15386, in *Giust. Civ.*, 2012, 2, I, 408, con nota di Valore, *Diritto all'interruzione della gravidanza: obblighi informativi e responsabilità*, e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, 12, I, 1253, con nota di E. Carbone, *Colpa per assunzione e obbligo di avviso nella responsabilità medica*; Cass., 2 febbraio 2010, n. 2354, in *Leggi d'Italia*.

za del nesso; in mancanza di siffatta allegazione, grava sulla madre l'onere di integrare il contenuto della presunzione con "ulteriori elementi di qualsiasi genere" da cui si desuma la sua volontà abortiva²³.

La sentenza in commento ha compiuto un passo ulteriore, nella misura in cui ha sostenuto che neppure il principio di non contestazione possa esonerare la madre dal provare i presupposti del diritto all'interruzione della gravidanza.

Questo perché il principio di non contestazione *ex art. 115 c.p.c.* deve essere letto alla luce del principio di vicinanza della prova: ove il fatto da provare possa essere conosciuto anche dalla parte che non è gravata del relativo onere, allora questa dovrà contestarlo, altrimenti esso potrà ritenersi provato; ove, al contrario, il medesimo fatto non possa essere conosciuto, il principio di non contestazione non potrà operare e dovrà darsi vita al contraddittorio.

L'affermazione della sentenza appare condivisibile, in quanto non avrebbe senso onerare una parte di contestare, peraltro specificamente, un fatto che non rientra neppure nella sua sfera di conoscibilità. Così, tanto la probabile insorgenza di una patologia psichica nella madre, quanto la volontà abortiva di quest'ultima rientrano nella sua sfera, non in quella del medico. Quindi la madre deve in ogni caso assolvere al proprio onere probatorio.

Si aggiunga poi, che, come sottolineato dalla sentenza, solo al legislatore spetterebbe effettuare quel bilanciamento d'interessi che può portare a derogare alla regola generale di riparto dell'onere probatorio, enunciata dall'art. 2697 c.c., cosa che ha fatto, ad esempio, con l'art. 1218 del codice.

Anche a voler ritenere operante il principio di non contestazione, quantomeno con riferimento alla circostanza della volontà abortiva della madre, tale operatività, secondo la sentenza in commento, deve essere fatta valere in sede di merito e, precisamente, prima che il giudice inizi l'istruttoria, cioè dia avvio all'accertamento dei fatti da provare.

Le modalità di assunzione e di valutazione della prova del nesso causale

Riaffermare l'onere probatorio del nesso causale in capo alla madre, rende ancora più urgente risolvere il problema del carattere diabolico della prova richiesta.

Per la verità, la sentenza in commento, non affronta

direttamente la questione, ma si limita a richiamare adesivamente l'orientamento più recente della Cassazione sul punto, il quale si pone nel senso di richiedere un livello di prova inferiore rispetto alla prova certa²⁴.

La presunzione per cui la madre, ove informata, avrebbe effettivamente abortito, che prima giustificava un'inversione dell'onere probatorio, viene ora utilizzata solo come un mezzo ammissibile per provare il nesso.

Si applicano, così, le regole dettate dagli artt. 2727 e 2729 c.c., per cui non si richiede che tra il fatto noto e il fatto da provare vi sia un legame di "assoluta ed esclusiva necessità causale", ma semplicemente che il fatto da provare sia desumibile dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile, secondo un criterio di normalità e probabilità.

Dunque, perché l'onere probatorio della madre possa dirsi assolto, è sufficiente che questa adduca una serie di elementi indiziari i quali, pur privi di rilevanza singolarmente considerati, consentano nell'ambito di una valutazione complessiva, di una lettura coordinata e sistematica, d'inferire l'insussistenza in capo alla madre di convincimenti etici aprioristicamente contrari all'aborto, una sorta di *character evidence*.

Specularmente, s'impone al giudice il dovere di acquisire al processo ogni elemento utile a confermare o disattendere la presunzione. A tal proposito la sentenza non fornisce una nozione puntuale di utilità o, più tecnicamente, di rilevanza, né un elenco di criteri di valutazione, ma detta nondimeno indicazioni di massima ed esemplifica alcune delle prove che devono essere considerate rilevanti e quindi necessariamente acquisite al processo, pena la censurabilità in Cassazione della conduzione dell'istruttoria.

Per quanto riguarda la prova della volontà abortiva della madre, la sentenza in commento ha ribadito l'irrelevanza dei seguenti elementi: (a) la richiesta da parte della madre di più accertamenti diagnostici, ove "non espressamente funzionalizzati alla verifica di eventuali anomalie del feto"²⁵; (b) il rifiuto della madre di sottoporsi ad amniocentesi, in considerazione dei rischi ad essa connessi²⁶;

Sono, invece, stati considerati rilevanti, in altri casi, i seguenti elementi: (a) la prova testimoniale del fatto che la madre, dopo la gravidanza, avrebbe consigliato alla cugina di ricorrere all'interruzione della gravidanza, a fronte della diagnosi della presenza di malformazioni fetali²⁷; (b) il grado prossimo di parentela tra i

²³ Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²⁴ Ancora una volta si fa riferimento a Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., e a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²⁵ La motivazione risiede nel fatto che tale circostanza non è indice univoco della volontà abortiva, posto che si tratta di esami di *routine* che vengono normalmente eseguiti allo scopo di monitorare la gravidanza e di pilotarla verso un parto che sia il più possibile consono alle esigenze. Cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit., e a Cass., 2 ottobre 2012, n. 16754, cit.

²⁶ La ragione è che si tratta di un indice "estremamente ambiguo, allorché venga espresso in un contesto diagnostico non allarmante, di talché la percezione del pericolo di danneggiare inu-

tilmente un feto sano è ragionevolmente più forte del timore di mettere al mondo un bimbo gravemente malato". *Ibidem*.

²⁷ Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit. Ciò appare criticabile, in quanto, come correttamente aveva rilevato la Corte d'appello per motivare il rigetto dell'istanza istruttoria, si tratta di un fatto privo di qualsiasi valore decisivo essendosi verificato in epoca posteriore alla gravidanza ed anche al parto. Tanto più che, dopo un evento così traumatico quale la nascita di un bambino malformato, anche una madre in linea di principio contraria all'aborto potrebbe cambiare atteggiamento. Ancor più criticabile è il fatto che detta pronuncia abbia ommesso di considerare che in primo ed in secondo grado il medico aveva dedotto la circostanza per cui in base ai

coniugi e il fatto che la moglie aveva già in precedenza fatto ricorso all'aborto²⁸; (c) la situazione della madre all'epoca dei fatti: la giovanissima età, lo *status* di studentessa convivente con i genitori, senza lavoro ed incerta sulla relazione affettiva con il padre del bambino, non ancora consolidata²⁹.

Per quanto attiene più specificamente alla prova del grave pericolo per la salute della madre, la sentenza in commento ha ritenuto rilevante la testimonianza di una dottoressa avente ad oggetto il fatto che la madre, ove il medico avesse diagnosticato la sindrome di Down del feto, avrebbe sicuramente ottenuto il consenso dei medici all'aborto, su sua semplice richiesta, senza che vi fosse bisogno di accertare i presupposti di legge.

Alcune pronunce, poi, hanno precisato che lo stato di salute della madre successivo alla nascita del bambino non può avere valore decisivo, ma può avere

valore indiziario o corroborativo e quindi va comunque valutato unitamente ad altri elementi, quali la gravità della patologia del nascituro e la propensione della madre ad una procreazione fortemente desiderata, ma cosciente e responsabile³⁰.

Sembra chiaro che la consulenza tecnica è di per sé insufficiente a dimostrare la ricorrenza o meno di un grave pericolo per la salute psichica della madre, spesso risolvendosi in affermazioni piuttosto apodittiche e talvolta ambigue, che devono, inevitabilmente integrarsi con elementi di natura indiziaria e ragionamenti presuntivi³¹.

Esiste allora almeno il sospetto che la rigorosa pretesa della prova dei presupposti di legge, in aggiunta a quella della volontà abortiva della madre, si riveli più apparente che reale, quando si finisce per rinunciare ad un accertamento altrettanto rigoroso.

Filiazione naturale e danno non patrimoniale

Cassazione civile, Sez. I, 22 novembre 2013, n. 26205 – Pres. Salmé – Est. Acierno – P.M. Russo (concl. conf.) – T.E. (avv. Palumbi, Romano) C.M. e altri (avv. Pagano).

Conferma App. Trieste, 6 febbraio 2012.

Filiazione – Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Responsabilità – Fattispecie

Gli obblighi dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli stabiliti dagli artt. 2 e 30 Cost. e 147 e 148 c.c. sussistono per il solo fatto di averli generati e decorrono dal momento della nascita, sicché essi non vengono meno ove un figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, essendo sorti ab origine nei confronti di entrambi, senza che assuma rilievo, ai fini della decorrenza temporale dei correlativi diritti, la formulazione della domanda rivolta al riconoscimento

convincimenti etico-religiosi della madre e del padre (entrambi cattolici praticanti, professore di religione il padre) era altamente improbabile che la madre optasse per l'interruzione della gravidanza. Proprio quest'ultima circostanza avrebbe potuto essere determinante ai fini della prova di quei "convincimenti etici aprioristicamente contrari all'aborto" cui fa riferimento la Cassazione.

²⁸ Trib. Genova, 7 aprile 2006, cit. Ai due elementi è stata attribuita pari dignità, ma in realtà è più che altro l'ultima circostanza che assume rilievo decisivo: se la madre ha più volte fatto ricorso all'aborto, magari anche in situazioni prive di fattori di rischio, sembra logico presumere che, *a fortiori*, l'avrebbe fatto conoscendo le malformazioni del bambino. Suscita, invece, qualche perplessità la considerazione del grado di parentela dei genitori del bambino. Tale elemento, infatti, è suscettibile di una diversa interpretazione: è del tutto normale, quasi scontato, che una madre, consapevole dell'elevato rischio di malformazioni fetali connesse ai matrimoni tra parenti, si sottoponga a più rigorosi accertamenti; non è indice di una particolare propensione all'aborto.

²⁹ Trib. Roma, 11 aprile 2011, cit.

³⁰ Per tutte, Cass., 22 marzo 2013, n. 7269, cit. Qui le risultanze della consulenza tecnica espletata in secondo grado avevano evidenziato che la madre era priva di manifestazioni psicopatologiche prima della gravidanza e dopo la sua condizione psichica s'inquadra in una "normale situazione di scompenso psico-comportamentale da ritenersi reazione fisiologica al verificarsi di un evento fortemente psico-stressante". La Cassazione ha censurato la sentenza d'appello per aver ritenuto non provata la sussistenza dei presupposti di legge sulla base della "asciutta considerazione dello stato della madre prima e dopo la gravidanza, senza alcuna

considerazione di altri elementi decisivi, a partire dalla gravità della patologia del nascituro, che interagendo con la propensione a una procreazione fortemente desiderata, ma cosciente e responsabile, bene avrebbero potuto scatenare conflitti e scompensi psico-comportamentali severi".

³¹ A riguardo si leggono nella giurisprudenza di merito considerazioni del seguente tenore: il consulente tecnico ha affermato che "sulla base di una valutazione *ex ante* si deve ritenere che la conoscenza della grave patologia del feto avrebbe innescato nell'attrice un grave processo depressivo" e di tale ragionamento si può trarre indiretta conferma dai postumi permanenti, seppur lievi, da cui è affetta la madre, giacché "se, a distanza di un apprezzabile lasso di tempo dalla nascita, permane un'invalidità di carattere psichico, è ragionevole ritenere che la conoscenza della malformazione del feto avrebbe innescato nell'attrice un grave processo depressivo. [...] Parimenti si deve ritenere che la stessa avrebbe ottenuto il consenso medico all'interruzione della gravidanza". Cfr. Trib. Brindisi Francavilla Fontana, 26 giugno 2012, cit. Si riscontra, poi, una certa tendenza a sovrapporre e confondere il grave pericolo per la salute della madre con la sua volontà di abortire. Lo dimostra la giurisprudenza di merito, che in alcuni casi ha utilizzato indici quali il fatto che la madre, pur di soli ventinove anni, si era sottoposta ad amniocentesi, nonché a ripetuti test sierologici, e la testimonianza che la madre e i suoi familiari avevano più volte chiesto al medico precisazioni sulle eventuali malformazioni del feto, per accertare il grave pericolo per la salute della madre, anziché, come sarebbe stato corretto, per accertare la sua volontà di abortire. Così Trib. Genova, 7 aprile 2006, cit.

dello status; ne consegue che il figlio naturale ha diritto fin dalla nascita a condividere con il proprio genitore la relazione filiale, sia nella sfera intima ed affettiva, di primario rilievo nella costituzione e sviluppo dell'equilibrio psico-fisico di ogni persona, sia nella sfera sociale, mediante il riconoscimento esterno dello status conseguente alla procreazione, sicché laddove alla procreazione non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi legati alla condizione di genitore, la privazione degli elementi fondanti il nucleo dei doveri di solidarietà del rapporto di filiazione costituisce una grave violazione degli obblighi che la Costituzione e le norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento pongono in capo ai genitori, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale.

Filiazione – Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Azione di riconoscimento – Concorso di colpa del figlio – Fattispecie

Sussiste la responsabilità aquiliana da illecito endofamiliare del padre che non abbia riconosciuto il figlio ove egli abbia avuto la piena possibilità di essere consapevole della probabilità della propria paternità, ma ne abbia ignorato tutti i segnali, essendo in tale situazione suo onere ricorrere ad un'indagine tecnica e non essendo configurabile un concorso di colpa del figlio stesso per aver richiesto solo a distanza di anni l'accertamento giudiziale della paternità.

Filiazione – Obblighi dei genitori – Mancato riconoscimento della paternità naturale – Danno non patrimoniale – Fattispecie

Il mancato riconoscimento del figlio naturale da parte del padre determina fin dalla nascita un grave stato di sofferenza psicologica derivante dalla privazione ingiustificata della figura paterna, sia sotto il profilo della relazione affettiva, sia sotto quello della negazione dello status sociale conseguente, con una lesione di carattere irreversibile, non suscettibile di mutamenti fino al raggiungimento della maggiore età e che solo una condotta opposta può interrompere (ove tempestiva) o limitare.

Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale

Il caso e il “precedente” del 2012. La decisione 26205/2013 verte sulla domanda risarcitoria proposta da due figli (che solo convenzionalmente continueremo a chiamare) naturali non riconosciuti avverso il padre unitamente a quella tesa al riconoscimento del rapporto di filiazione, accolta in sede di merito con liquidazione del danno non patrimoniale nella misura di Euro 150.000 ciascuno (con riguardo alla terminologia di cui nel testo è noto che l'art. 2 della L. n. 219/2012 dispone, tramite delega al Governo, la “sostituzione, in tutta la legislazione vigente, dei riferimenti ai ‘figli legittimi’ e ai ‘figli naturali’ con riferimenti ai ‘figli’, salvo l'utilizzo delle denominazioni di ‘figli nati nel matrimonio’ o di ‘figli

nati fuori del matrimonio’ quando si tratta di disposizioni a essi specificamente relative”).

Nel vagliare il gravame la Suprema Corte ha intanto buon gioco nel disattendere l'eccezione per cui l'operatività degli obblighi discendenti dall'art. 30 Cost. presupporrebbe il previo accertamento dello status di figlio e la norma non richiederebbe al ricorrente di attivarsi per la verifica della paternità, seppure dopo aver compiuto un atto idoneo a generarla e a fronte della contestazione della stessa da parte dell'altro genitore.

È infatti intuitivo che colui il quale si trovi nelle condizioni dell'odierno resistente non possa disinteressarsi delle possibili conseguenze delle proprie azioni ed è orientamento costante quello per cui gli obblighi dei genitori ex artt. 147 e 148 c.c. sussistono per il solo fatto di aver generato i figli: sicché ove alla nascita il figlio sia riconosciuto da un solo genitore non vengono meno gli obblighi dell'altro per il periodo anteriore alla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, essendo sorto *ab origine* il suo diritto ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi (Cass., 20 dicembre 2011, n. 27653, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce “Gestione d'affari”, n. 4; Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, *id.*, 2007, I, 86; nonché Cass., 14 maggio 2003, n. 7386, in *Arch. Civ.*, 2003, 1289).

Anzi, secondo Cass. n. 5652/2012 – richiamata quale precedente – una siffatta richiesta può essere accolta anche in assenza della previa dichiarazione giudiziale di paternità, ribadendosi che l'obbligo del genitore di concorrere nel mantenimento del figlio insorge con la nascita e che la sentenza dichiarativa della filiazione assume efficacia retroattiva (Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, annotata da D. Amram, *La responsabilità civile nelle relazioni familiari A.D. 2012*, in *Danno e Resp.*, 2012, 870 e segg., da F. Forte, *Il risarcimento del danno non patrimoniale da colposo ritardo nel riconoscimento della paternità naturale*, in *Corriere Giur.*, 1459 e segg.): che non viene però richiamata in motivazione (e sembra anzi esclusa dall'apparato argomentativo tramite una correzione a penna), sebbene essa sia solitamente affermata non solo rispetto al rapporto di filiazione, ma anche per il diritto di accettare l'eredità (Cass., 17 dicembre 2007, n. 26575, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 74) e per quello dell'altro genitore di chiedere il rimborso della quota-parte del mantenimento erogato (Cass., 4 novembre 2010, n. 22506, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 76), secondo regole da coordinare con quelle in materia di prescrizione (sulla questione già Corte cost., 29 giugno 1983, n. 191, in *Foro It.*, 1983, I, 2074).

Ad ogni modo, la sentenza – e siamo all'elemento psicologico, la cui sussistenza il ricorrente nega sostenendo di nulla aver saputo fino al riconoscimento – ricorda che ai fini dell'affermazione della responsabilità del genitore non occorre la certezza della relazione filiale che deriva dalla prova ematologica, bastando la consapevolezza derivante da circostanze idonee alla “rappresentazione della verosimile derivazione biologica dei resistenti”, come la notorietà del fatto in una

significativa cerchia di persone, nonché l'intervento del parroco e dei servizi sociali (in aggiunta ovviamente alla relazione affettiva e sessuale al momento del concepimento).

Viene così evocato l'apparato istruttorio usualmente impiegato per l'accertamento della filiazione: a partire dalla "prova regina" delle indagini ematologiche e genetiche – e dal rifiuto di sottoporsi ad esse, non giustificabile in base alla *privacy* (Cass., 9 aprile 2009, n. 8733, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 2288) – per arrivare a quella discendente dal rapporto fra i genitori e dall'elargizione di somme, cui si aggiungono l'esser stato trattato come figlio o considerato come tale nei rapporti sociali e familiari, l'iscrizione ad un istituto scolastico, l'interessamento per il profitto o l'aiuto nella ricerca di un lavoro (Cass., 5 agosto 1997, n. 7193, in *Fam. e Dir.*, 1998, 35).

Il concorso di colpa e il danno. Rispetto alle doglianze concernenti uno solo dei figli – che aveva spiegato analoga domanda contro altro uomo che la madre frequentava – i giudici di legittimità ritengono che la corte d'appello abbia ben motivato sull'ignoranza (per lungo tempo) da parte del ricorrente stesso di tale relazione sentimentale, da cui la sua irrilevanza per giustificare la violazione dei relativi obblighi.

E quanto all'eccezione del ricorrente inerente all'inerzia della madre e dei figli – sollevata *sub specie* di interruzione del nesso e di concorso di colpa, dacché la prima per circa quaranta anni e i figli stessi (dalla maggiore età) avevano omesso di agire – i giudici di legittimità osservano che la condotta omissiva del ricorrente ha determinato fin dalla nascita un grave stato di sofferenza psicologica derivante dalla privazione ingiustificata della figura paterna sia sotto il profilo della relazione affettiva, sia sotto quello della negazione dello *status* sociale conseguente (così ledendosi un diritto di natura costituzionale, per giunta rafforzato da precetti di origine sovranazionale, quali l'art. 24 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzioni di New York del 20 novembre 1989 ratificata con L. n. 176/1991, posta a tutela dell'interesse del minore e della responsabilità genitoriale); di qui le gravi "ripercussioni personali e sociali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stati desiderati ed accolti come figli" e "una situazione di privazione affettiva e di ruolo sociale di natura stabile e quanto meno definitiva, non suscettibile di mutamenti fino al raggiungimento della maggiore età"; dunque affermandosi che "l'unico modo d'interrompere (ove tempestivo) o limitare il *vulnus*[...] sarebbe stata una condotta opposta" e che l'inerzia non rilevava dato che le conseguenze della condotta omissiva si erano prodotte fin da quando i figli erano venuti al mondo.

In proposito, è vero che – pur se la Suprema Corte non lo richiama – esiste uno specifico dibattito sul 2° comma dell'art. 1227 c.c. quanto all'esigibilità (o no) di un'azione giudiziale ai fini della mitigazione del

danno da parte della vittima: ma tale onere non è *tout court* configurabile nella specie perché ininfluenza, anche considerando che non si discute del riconoscimento della paternità sul piano giudiziale, ma su quello affettivo ed effettivo della relazione con i figli (per una panoramica degli orientamenti formatisi sull'art. 1227 c.c., sia consentito il rinvio a B. Tassone, *Art. 1227 (concorso del fatto colposo del debitore)*, in V. Cuffaro (a cura di), *Commentario del Codice Civile – Delle obbligazioni in generale (Artt. 1173-1320)* diretto da E. Gabrielli, Torino, 2012, 285 e segg.).

Peraltro, se la decisione merita plauso per la sensibilità manifestata con tale affermazione, appare discutibile quella per cui il danno si sarebbe cristallizzato con il conseguimento della maggiore età, perché essa parrebbe decretare l'irrelevanza di condotte (virtuose o recidive) tenute in seguito, come pure si dirà in chiusura.

Del resto, la decisione del 2012 era relativa ad una domanda all'opposto ridotta "al pregiudizio sofferto nel periodo *successivo* al raggiungimento della maggiore età", mentre gli stessi obblighi dalla cui violazione deriva la responsabilità non cessano certo con tale momento (fatto salvo quello all'educazione), essendo noto che anche il figlio maggiorenne vanta a certe condizioni un diritto all'istruzione superiore e al mantenimento (fra le tante Cass., 18 gennaio 2005, n. 951, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce "Matrimonio", n. 106).

La quantificazione ed i criteri seguiti. Con gli ultimi due motivi il ricorrente addebita al secondo giudice di aver contestualmente e contraddittoriamente fatto leva sul criterio equitativo "puro" e sui criteri ordinariamente seguiti per la liquidazione del danno da perdita parentale, i quali sono per la Suprema Corte semplicemente posti alla base di un ragionamento analogico e poi muniti di idonei correttivi, venendo utilizzato il valore minimo (non attualizzato) in ragione dei "margini di emendabilità" della situazione *de qua*.

Ebbene, la statuizione può ritenersi conforme sia agli orientamenti che limitano il sindacato di legittimità sull'applicazione degli artt. 1226 e 2056 c.c., sia a quelli relativi alla regola di giudizio adottata, essendo ovvio che la liquidazione equitativa possa (e anzi debba, se ve ne sono i margini) agganciarsi ai punti di riferimento offerti da "casi simili e materie analoghe" (per una panoramica degli orientamenti formatisi sull'art. 1226 c.c., sia consentito il rinvio a B. Tassone, *Art. 1226 (valutazione equitativa del danno)*, in Cuffaro, *Commentario*, cit., 253 e segg.).

Piuttosto, il riferimento alla "emendabilità" della situazione – collocato un attimo prima della condanna alla refusione delle spese di lite in Euro 15.000, dal sapore vagamente punitivo – schiude le porte ad alcune considerazioni critiche: che verranno espone dopo aver rammentato come nel precedente del 2012 il *quantum* si fosse attestato su Euro 25.000, sebbene a fronte di una diversa fattispecie (in cui il figlio ormai quarantatreenne, dopo una travagliata giovinezza, si trovava proprietario di un'abitazione, riceveva una

pensione, aveva un proprio nucleo familiare e generato due figli, di cui uno avviato al lavoro).

Riflessioni conclusive. Una riflessione conclusiva riguarda la collocazione della decisione nella tematica del c.d. illecito endo-familiare, rapidamente richiamata dalla stessa sentenza.

Non si può infatti dare per scontata l'utilizzabilità del rimedio risarcitorio all'interno delle relazioni familiari le quali – in tale prospettiva – darebbero vita a diritti che non sono protetti solo con gli strumenti predisposti *ad hoc* dal legislatore, ma anche mediante l'art. 2043 c.c.

In proposito, si può ricordare che il volto della famiglia ha subito un' incisiva trasformazione negli ultimi cinquant'anni in seguito ad eterogenei interventi legislativi tutti volti, tuttavia, alla valorizzazione dei diritti del singolo: sì da contribuire alla progressiva apertura all'uso della responsabilità civile, in contrasto con la concezione primigenia della famiglia evocata plasticamente dalla metafora dello Jemolo per cui essa "è un'isola che il mare del diritto può solo lambire" (il superamento della tradizionale impostazione veniva prospettato già da S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pur se ancora oggi l'operazione non è esente da critiche, come emerge da G. De Marzo-C. Cortesi-A. Liuzzi, *La tutela del coniuge e della prole nella crisi familiare. Profili di diritto sostanziale e processuale*, Milano, 2007, 689 e segg.).

Senza poter dare qui conto delle importanti evoluzioni che si sono avute sul versante della responsabilità civile – fra le quali la consacrazione del risarcimento del danno non patrimoniale anche in assenza della commissione di un reato e al di fuori di altro specifico caso previsto dalla legge (ovvio il riferimento a Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, fra le tante in *Giur. It.*, 2009, 61) – si è giunti a leggere l'art. 709 *ter* c.p.c. come chiave di volta per concedere definitiva cittadinanza all'illecito endo-familiare, dovendosi però affrontare il problema (soprattutto a partire dal 2005 e si veda Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Danno e Resp.*, 2006, 37 e segg.) della delineazione delle condizioni per l'applicazione della tutela aquiliana sia in generale (in aggiunta alle decisioni citate in M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2011, 14 e segg., si veda Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. e Dir.*, 2012, 251), sia a fronte delle peculiarità delle singole fattispecie (fra i tanti, F. Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile nella famiglia. L'art. 129 bis del codice civile*, Pisa, 1999).

Ovviamente, nel caso *de quo* non si è in presenza di una famiglia legittima e forse nemmeno di una relazione *more uxorio* dacché dalla decisione non emergono elementi certi né in tal senso né in senso contrario: ma la tutela approntata dalla stessa sotto il profilo del rapporto filiazione può comunque contribuire, indirettamente, alla protezione di situazioni ad essa riconducibili, pur dovendosi rifuggire dalla tentazione di omologare le situazioni di convivenza (e a maggior ragione

quelle ancora più blande di esse) a quelle di coniugio (come ricorda E. del Prato, *Patti di convivenza*, in *Famiglia*, 2002, 959). Proprio tale notazione porta però ad evidenziare come – a margine di tutti i dibattiti sulla equiparabilità *de iure condito* e/o *de iure condendo* delle due situazioni – è stata proprio la responsabilità civile a rafforzare la protezione offerta ai componenti della seconda, ad esempio ammettendo il risarcimento per la morte o le gravi lesioni arrecate al *partner* (seppur ciò non voglia dire che le due situazioni familiari siano trattate allo stesso modo, come dimostra il fatto che l'infedeltà può in linea di massima costituire un illecito endo-familiare solo in presenza di un rapporto coniugale, come emerge da Cass., 7 gennaio 2012, n. 610, in *Danno e Resp.*, 2012, 867 e segg., cui si aggiungano gli ulteriori riferimenti contenuti in del Prato, *Patti di convivenza*, cit., 965 e segg.).

In questa chiave il rapporto padre-figlio – fonte di doveri a prescindere dalla contrazione di un vincolo matrimoniale – solleva minori problemi di altre fattispecie, come dimostra il riconoscimento del diritto al risarcimento del figlio naturale in conseguenza della condotta del genitore che per anni ha rifiutato di corrispondergli i mezzi di sussistenza (e si veda Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Foro It.*, 2001, I, 187).

Ciò detto sul rilievo sistematico della decisione, la statuizione sul *quantum* desta alcune perplessità, a partire da quella – già messa in luce – inerente all'affermazione della cristallizzazione della lesione e del danno nel periodo che termina con la maggiore età. Per quanto gli studi in materia di psicologia dell'età evolutiva non potrebbero che confermare l'importanza della presenza del genitore nei primi anni di vita e le problematiche derivanti dalla sua assenza, non si comprende perché queste vengano ritenute irreversibili o comunque non redimibili.

Del resto, è sempre tale branca del sapere a spiegare che soprattutto da un certo momento in poi dello sviluppo della persona ciò che conta non è il rapporto con il genitore biologico, bensì con la figura genitoriale interiorizzata, come bene esprime il rilievo di Proust per cui "non è importante ciò che è stato fatto di noi, ma quanto noi facciamo di ciò che è stato fatto di noi".

Non è questa la sede per tali riflessioni di carattere interdisciplinare. Ma esse valgono a mettere almeno in discussione detta affermazione, che del resto pare contraddetta dalla distinzione operata con riguardo alla perdita del rapporto parentale, in quanto non più "emendabile": rispetto alla quale si potrebbe chiosare nel senso che essa non è necessariamente più lesiva di un reiterato rifiuto, pur se la decisione è da approvare per la ricerca di un punto di riferimento in un caso in cui tutte le difficoltà della liquidazione del danno non patrimoniale sono elevate all'ennesima potenza.

In effetti, non solo non è agevole discernere (anche sul piano del *quantum*) le conseguenze da ristorare e quelle da riconnettere a frangenti di vita insondabili, ma l'adozione dello schema contro-fattuale per verificare cosa sarebbe accaduto con un padre presente (e di che tipo

poi?) nonché, per converso, quali risorse il danneggiato ha di conseguenza attivato, è opera assai difficile.

Viene infine da chiedersi – in assenza di un danno biologico-psichico – quanto una condanna tutt'altro che simbolica valga a soddisfare una legittima istanza di riconoscimento del danneggiato o rappresenti una sanzione che ne accresce i sentimenti di offesa, forse non del tutto idonea ad aiutarlo ad aiutarsi nella difficile opera di ricostruzione interiore cui la vita lo chiama.

Sembra quindi che l'elaborazione dottrinale possa contribuire a delineare uno schema di riferimento all'interno di un connubio sempre più promettente fra

law & psychology, in linea con la più generale ipotesi di lavoro (da sviluppare altrove) concernente la costruzione di sotto-sistemi ermeneutici per i vari ambiti in cui la responsabilità civile deve essere applicata (per alcune notazioni metodologiche su tale intreccio, sebbene in altro ambito, sia permesso di rinviare a B. Tassone, *La mediazione civile e commerciale nell'ordinamento italiano: un'occasione di law and psychology?*, in M. Marinaro (a cura di), *La giustizia sostenibile. Scritti vari*, Roma, 2012, 323 e segg.).

Bruno Tassone

Integrazione del contratto

Cassazione civile, Sez. VI, 1 ottobre 2013, n. 22453 - Pres. Finocchiaro - Rel. Armano - P.M. Golia (conf.) - Enel Servizio Elettrico s.p.a. (avv.ti Szemere, Guerra) - *Omissis*.

Contratto in genere - Inserzione automatica di clausole - Integrazione ad opera di prescrizioni normative secondarie dell'Aeeg - Deroga a norme di legge - Ammissibilità - Condizioni

Il potere normativo secondario dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas ai sensi dell'art. 2, 12° comma, lett. b) della L. n. 481/1995 si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l'integrazione del regolamento di servizio, di cui al 37° comma dello stesso art. 2, possono in via riflessa integrare, ai sensi dell'art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall'Autorità a tutela dell'interesse dell'utente o consumatore. (Nella specie: la S.C. ha ritenuto che dall'esercizio da parte dell'Aeeg del potere normativo secondario previsto dall'art. 2, 12° comma, lett. b) della L. n. 481/1995 possa senz'altro derivare una integrazione del contratto di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c., escludendo, tuttavia, nel caso concreto dell'art. 6, 4° comma della Deliberazione n. 200/1999 tale integrazione per mancanza del requisito della specificità del precetto).

(Massima non ufficiale)

Omissis. – *Svolgimento del processo*: Il Tribunale di Crotone, con sentenza del 21-10-2010, ha rigettato l'appello proposto dall'Enel Distribuzione s.p.a. avverso la sentenza del Giudice di Pace di Petilia Policastro, che aveva accolto la domanda di M.G., intesa ad ottenere il risarcimento del danno derivato dall'aver dovuto sborsare le tasse postali per il pagamento delle bollette di energia elettrica, in conseguenza dell'inadempimento da parte dell'Enel all'art. 6, comma 4, della Delib. 28 dicembre 1999, n. 200, con cui l'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (A.E.E.G.) aveva imposto agli esercenti il servizio di distribuzione e vendita dell'energia elettrica e, quindi, all'Enel, di "offrire al

cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta". L'appello dell'Enel si era articolato, per quanto interessa riferire ai fini della presente decisione, con l'assunto che nella specie l'art. 6, comma 4, non aveva avuto efficacia integrativa del contratto ed il Tribunale ha disatteso tale motivo, reputando il contrario e precisamente che tale efficacia si era dispiegata ai sensi dell'art. 1339 c.c.

Avverso la decisione del Tribunale ha proposto ricorso per cassazione l'Enel servizio Elettrico s.p.a. (nella duplice qualità, giusta i riferimenti ai relativi atti notarili, di procuratrice speciale dell'Enel Distribuzione s.p.a. e di beneficiaria del ramo di azienda di quest'ultima costituito dal complesso di beni e rapporti, attività e passività relativi all'attività di vendita di energia elettrica a clienti finali). Al ricorso, che propone tre motivi, la parte intimata non ha resistito.

Motivi della decisione: Con il primo motivo di ricorso si deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 1339, 1182 e 1196 in relazione all'art. 6.4.

della Delib. AEEG n. 200 del 1999 (art. 360 c.p.c., n. 3). Si sostiene che l'art. 1339 c.c. non consentirebbe l'inserimento automatico dell'art. 6.4. della detta Delib. nel contratto di utenza, sia perché il potere attribuito all'AEEG di modificare i contratti sarebbe limitato all'ambito della produzione e della erogazione del servizio, con particolare riferimento alla qualità dello stesso, e non potrebbe estendersi alle modalità di pagamento della fattura;

sia perché, diversamente opinando, si avrebbe una deroga all'art. 1196 cod. civ. ad opera della delibera dell'Autorità, adottata in totale assenza di potere, che perciò dovrebbe essere disapplicata dal giudice; sia perché la delibera avrebbe avuto comunque carattere programmatico e non precettivo e, dunque, non avrebbe potuto integrare il contratto di utenza; e ciò anche in ragione della sua genericità. A sostegno del motivo vengono richiamati i precedenti di questa Corte n. 16141 del 2011 e numerosi altri successivi, tra cui Cass. n. 17786 del 2011. – *Omissis*.

Le censure proposte con il primo motivo, relative alla questione della idoneità dell'art. 6, comma 4, della nota Delib. a svolgere efficacia integrativa del contratto, appaiono fondate per quanto di ragione al lume del precedente di cui alla decisione di questa Corte resa con la sentenza n. 17786 del 2011 su un ricorso dell'Enel propositivo della stessa questione in una controversia di identico tenore, nonché di numerosissime decisioni rese in altre controversie. Nella suddetta decisione (come nelle altre), alle cui ampie motivazioni il Collegio rinvia, si è anzitutto affermato il seguente

principio di diritto: “Il potere normativo secondario (o, secondo una possibile qualificazione alternativa, di emanazione di atti amministrativi precettivi collettivi) dell’Autorità per l’energia Elettrica ed il Gas ai sensi dell’art. 2, comma 2, lett. h), si può concretare anche nella previsione di prescrizioni che, attraverso l’integrazione del regolamento di servizio, di cui al comma 37 dello stesso art. 2, possono in via riflessa integrare, ai sensi dell’art. 1339 c.c., il contenuto dei rapporti di utenza individuali pendenti anche in senso derogatorio di norme di legge, ma alla duplice condizione che queste ultime siano meramente dispositive e, dunque, derogabili dalle stesse parti, e che la deroga venga comunque fatta dall’Autorità a tutela dell’interesse dell’utente o consumatore, restando, invece, esclusa - salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta - la deroga a norme di legge di contenuto imperativo e la deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell’utente e consumatori.

Dopo di che, sempre con ampia motivazione alla quale nuovamente si rinvia, si è concluso che deve “escludersi che la prescrizione dell’art. 6, comma 4, della Delib. A.E.E.G. n. 200 del 1999 abbia comportato la modifica o integrazione del regolamento di servizio del settore esistente all’epoca della sua adozione e, di riflesso, l’integrazione dei contratti di utenza ai sensi dell’art. 1339 c.c., di modo che l’azione di responsabilità per inadempimento contrattuale esercitata dalla parte attrice risulta priva di fondamento, perché ba-

sata su una clausola contrattuale inesistente, perché non risultava introdotta nel contratto di utenza.

La stessa decisione (lo si rileva per completezza), avuto riguardo al riferimento della sentenza allora impugnata ad una integrazione per effetto della Delib. A.E.E.G. anche ai sensi dell’art. 1374 c.c. ha ribadito che al riguardo valgono le stesse considerazioni svolte a proposito della inidoneità a svolgere la funzione di cui all’art. 1339 c.c., soggiungendo, altresì, che “Mette conto di osservare, tuttavia, che la pertinenza nella specie dell’istituto di cui all’art. 1374 c.c. sembrerebbe doversi escludere, poiché la norma postula l’integrazione del contratto con riguardo ad aspetti non regolati dalle parti e, quindi, svolge tradizionalmente una funzione suppletiva e non di imposizione di una disciplina imperativa, come accade per l’istituto di cui all’art. 1339 c.c.” e che “Nella logica del sistema di cui alla l. n. 481 del 1995, la previsione del potere di integrazione del contratto di utenza, esercitabile dall’A.E.E.G. nei sensi su indicati, è certamente espressione non di supplenza, ma di imposizione di un regolamento ritenuto autoritativamente dovuto”.

Il ricorso è, dunque, accolto, per quanto di ragione, sulla base del primo motivo, perché erroneamente il Tribunale ha attribuito alla Delib. di cui trattasi efficacia integrativa del contratto di utenza e, quindi, ha desunto l’esistenza dell’inadempimento. Gli ulteriori motivi di ricorso restano assorbiti. La sentenza impugnata va cassata. – *Omissis*.

Provvedimenti normativi dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas ed integrazione contrattuale

Valentina Viti*

Con la sentenza in commento il Supremo Collegio si sofferma sulla problematica della integrabilità del contratto ai sensi dell’art. 1339 c.c. da parte dei provvedimenti normativi dell’AEEG, enucleando le condizioni ed i limiti di ammissibilità nel nostro sistema civilistico di interventi di conformazione negoziale ad opera della fonte autoritativa secondaria.

La questione

La pronuncia che si annota scaturisce dalla proposizione da parte di Enel Servizio Elettrico s.p.a., nella qualità di procuratore speciale di Enel Distribuzione s.p.a., nonché quale beneficiaria di ramo d’azienda di Enel Distribuzione s.p.a., di ricorso per cassazione avverso la sentenza con cui il Tribunale di Crotone, rigettando l’appello proposto da Enel Distribuzione s.p.a., aveva confermato la condanna, comminata a quest’ultima dal Giudice di Pace di Petilia Policastro, al risarcimento in favore di un utente del danno da inadempimento del contratto di somministrazione di energia elettrica. L’inadempimento di Enel era stata ravvisata nella sua inottemperanza rispetto all’obbligo di offrire all’utente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta, previsto nell’art. 6, 4° comma

della Deliberazione 28 dicembre 1999, n. 200 dell’Autorità per l’energia elettrica e il gas (Aeeg) e ritenuto dai giudici di primo grado e d’appello aver integrato *ex art.* 1339 c.c. il relativo contratto di somministrazione.

La questione che viene sottoposta al vaglio dei giudici di legittimità attiene, dunque, alla possibilità di riconoscere alla richiamata disposizione, frutto dell’esercizio da parte dell’amministrazione indipendente di un potere normativo secondario, l’idoneità a spiegare un’efficacia integrativa nei confronti di una contrattazione tra privati ai sensi della disciplina prevista dall’art. 1339 del nostro codice civile in tema di inserzione/sostituzione automatica di clausole. La pronuncia, alla cui analisi si procede, si pone sull’argomento in linea con una nutrita serie di recenti sentenze della stessa Corte di cassazione¹, enunciando un principio

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, in *Giur. It.*, 2012, 2470 e in *Corriere Giur.*, 2013, V, 603; Cass., 13 luglio 2012, n. 11992, in *Mass. Guida Dir.*, 2012, 37, 67; Cass., 30 agosto 2011, n. 17779, in *Mass. Foro It.*, 2011, VIII, 687; Cass., 28 luglio 2011, n. 16519, in *Foro It.*, 2012, I, 870; Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, in *Giust.*

Civ., 2011, I, 1967 e in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, 897; Cass., 22 luglio 2011, n. 16141, in *Giur. It.*, 2012, VII, 1559. Tali pronunce hanno tutte preso le mosse da una medesima ipotesi, riguardante la specifica prescrizione di cui all’art. 6, 4° comma della Deliberazione n. 200/1999 dell’Aeeg, e dalla medesima problematica della conformazione contrattuale ad opera di provvedimenti secondari delle *authorities*, giungendo, attraverso un preciso *iter argomen-*

di diritto e tracciando alla base di esso un *iter* argomentativo da reputarsi ormai uniformemente condivisi e a cui si ritiene debba attribuirsi una valenza giuridica che, travalicando il singolo caso, possa essere rapportata alla più ampia e generale tematica dell'integrazione negoziale ad opera dei provvedimenti delle *authorities*.

La problematica della compatibilità con il nostro ordinamento di interferenze di tipo conformativo sul contenuto contrattuale da parte di prescrizioni autoritative che, derivanti dall'attribuzione alle amministrazioni indipendenti di poteri volti alla definizione di clausole destinate all'inserimento nei negozi, vanno ad influire sulla determinazione ad opera dei privati dello stesso regolamento negoziale, è emersa con forza negli ultimi decenni, ponendosi all'attenzione dapprima della dottrina² e recentemente della giurisprudenza di merito e di legittimità. Questi gli interrogativi in merito sorti: è configurabile un'incidenza sul contenuto contrattuale derivante da atti che sono tuttora generalmente ricondotti alla fonte secondaria? E, più in particolare, può ritenersi ammissibile l'operare del meccanismo di inserzione/sostituzione di clausole *ex art.* 1339 c.c. nel caso in cui le clausole legali siano contenute in provvedimenti eteronomi aventi carattere secondario? Il problema si è posto con evidenza tanto avendo riguardo all'art. 1322 c.c., che con una disposizione di rango primario attribuisce ai privati il potere di determinare liberamente il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla "legge", quanto con riferimento allo stesso art. 1339 c.c., che rapporta l'inserimento di diritto alle clausole e ai prezzi di beni o di servizi imposti dalla "legge".

L'esistenza di una delega di potere quale prima condizione di applicabilità dell'art. 1339 c.c.

La posizione recentemente assunta in merito alla

descritta problematica dal Supremo Collegio ed espressa nella presente pronuncia si inserisce all'interno di un contesto connotato da un netto contrasto emerso nella giurisprudenza di merito, la quale, fornendo le prime pronunce sulla questione, aveva determinato l'attestarsi di due indirizzi contrapposti, che nella discordanza delle soluzioni adottate non facevano altro che riproporre le diverse opinioni affermatesi sull'argomento in dottrina.

Accanto ad orientamenti diretti a negare in radice ogni possibilità di influenza dei provvedimenti autoritativi sul rapporto intercorrente tra gestore ed utente, in quanto il contratto di somministrazione, in base al principio dell'autonomia contrattuale, avrebbe potuto essere modificato soltanto dalla volontà delle parti e, in virtù del richiamo alla sola legge contenuto negli artt. 1322 e 1339 c.c., non avrebbe ammesso correzioni ad opera di fonti eteronome aventi natura regolamentare³, si erano affermati opposti indirizzi, prevalenti da un punto di vista numerico, che sulla base di diverse argomentazioni avevano, invece, ammesso la possibilità di integrazione dell'atto di autonomia privata ad opera delle determinazioni delle *authorities*⁴. Il primo dei due fondamentali rilievi adottati da tale secondo orientamento riguardava il dato normativo ricavabile, con specifico riferimento all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, dall'art. 2, 37° comma della L. n. 481/1995, istitutiva della medesima Autorità, secondo cui le direttive da questa emanate, concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi, costituiscono modifica o integrazione del regolamento di servizio adottato dal soggetto esercente e, dunque, mediatamente dei singoli rapporti contrattuali con gli utenti⁵. Era, in secondo luogo, affermata l'opportunità di addivenire ad un'interpretazione del richiamo alla "legge" contenuto nell'art. 1339 c.c.⁶ in senso atecnico ed ampio, che permettesse di riferire il suddetto richia-

tativo, alla ripetuta affermazione di un uniforme principio di diritto.

² Fra i più recenti contributi della dottrina sull'argomento, si vedano M. Libertini, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 2010, 63 e segg.; A. Musto, *La potestà regolamentare dell'Aeeg: una fonte di integrazione del contratto?*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, II, 659 e segg.; Id., *Il contratto "asimmetrico" di fornitura di energia elettrica. La potestà regolamentare dell'Aeeg: un potere "compensativo" della "parità" contrattuale violata*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 1411 e segg.; C. Solinas, *Autonomia privata ed eteronomia nel servizio di fornitura di energia elettrica. Fonti e strumenti della regolazione del mercato*, in *Contratto e Impresa*, 2010, 1368 e segg.; M. Angelone, *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, 909 e segg.; D. Farace, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2012, X, 656 e segg.; M. Maugeri, *Effetto conformativo delle decisioni delle Autorità indipendenti nei rapporti tra privati*, in AA.VV. (a cura di), *Tutela dei diritti e "sistema" ordinamentale*, Napoli, 2012, 299 e segg.; M. Semeraro, *"Regolazione" del "mercato": relazioni semantiche e scelte di sistema (spunti dalla casistica)*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2012, III, 808 e segg.; M. Grondona, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e*

il gas: un problema (ancora) aperto, in *Corriere Giur.*, 2013, V, 608 e segg.

³ Si vedano Giud. pace Caserta, 17 giugno 2008, in *www.iussit.eu* e Giud. pace Rossano, 8 settembre 2008, n. 454, in *Giud. Pace*, 2009, III, 257, secondo cui conseguentemente le disposizioni dell'Aeeg sarebbero rimaste estranee al contratto di somministrazione di energia elettrica, non potendo in alcun modo integrare il relativo rapporto negoziale, e avrebbero limitato la loro efficacia ai soli rapporti tra autorità e gestori.

⁴ Cfr., fra le altre, Trib. Benevento, 14 maggio 2008, in *www.iussit.eu*; Trib. Vallo Lucania, 30 aprile 2009, in *www.ricercajuridica.com*; Trib. Napoli, 11 giugno 2009, in *www.ricercajuridica.com*; Giud. pace Acerra, 19 giugno 2009, in *www.iussit.eu*; Trib. Venezia, 5 novembre 2009, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 608 e segg.; Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2010, in *Contratti*, 2010, VIII-IX, 761 e segg.

⁵ Sul rilievo da attribuire all'art. 2, 37° comma della L. n. 481/1995 ai fini del riconoscimento di un'efficacia integrativa del contratto ad opera delle determinazioni dell'Aeeg, si veda anche A. Musto, *Somministrazione di energia elettrica e potestà regolamentare dell'AEEG*, in *Contratti*, 2010, VIII-IX, 767; Id., *La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?*, cit., 663.

⁶ Va evidenziato come in alcune pronunce di merito si sia fatto riferimento, da un punto di vista normativo, al meccanismo di

mo non solo agli atti legislativi, bensì anche ai regolamenti e agli atti amministrativi cui la legge avesse attribuito il potere di statuire in una certa materia, predefinendo contestualmente criteri direttivi e limiti di massima per l'esercizio di tale potere⁷.

A tali discordanti indirizzi nella giurisprudenza di merito ha fatto seguito la recente presa di posizione da parte della Suprema Corte, la quale con una nutrita serie di pronunce gemelle⁸, fra cui quella che in tale sede si annota, ha statuito la integrabilità, in presenza di determinate condizioni, del contenuto negoziale ad opera di provvedimenti secondari delle *authorities*⁹, tracciando un *iter* argomentativo ormai uniformemente condiviso.

Il Collegio, nelle numerose sentenze espresse, ha posto alla base del proprio percorso una preliminare esegesi delle norme di cui alla L. n. 481/1995, istituitiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, evidenziando, in particolare, come l'art. 2, 12° comma, lett. h) di tale legge attribuisca all'Autorità, per il perseguimento delle finalità di cui al precedente art. 1¹⁰, il potere di emanare direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi, alle quali il successivo 37° comma riconosce espressamente l'effetto di modificare o integrare il regolamento di servizio predisposto dal soggetto esercente e, dunque, di riflesso i singoli contratti d'utenza. In virtù della struttura di tale norma gli ermellini sono giunti ad affermare la possibilità di una integrazione contrattuale ai sensi dell'art. 1339 c.c. da parte di provvedimenti dell'Aeeg, in quanto scaturenti dall'esercizio del pote-

re all'Autorità attribuito dalla richiamata disposizione legislativa. La prima ed indispensabile condizione ai fini della ammissibilità di fenomeni di conformazione negoziale ad opera di fonti secondarie, quali regolamenti o atti amministrativi (in tal modo vengono qualificati i provvedimenti dell'Aeeg), viene, infatti, individuata nella esistenza di una previsione di legge che ne autorizzi l'emanazione. La giustificazione di un siffatto assunto è stata dalla Corte ricondotta a quella che viene ritenuta la corretta interpretazione della norma di cui all'art. 1339 c.c., la quale quando "allude alle 'clausole' imposte dalla legge, non si riferisce soltanto al caso nel quale la legge individui essa stessa direttamente la clausola da inserirsi nel contratto (come sarebbe stato se il Codice avesse richiesto che la clausola sia prevista 'direttamente' o 'espressamente' dalla legge), ma allude anche all'ipotesi in cui la legge preveda che l'individuazione della clausola sia fatta da una fonte normativa da essa autorizzata"¹¹.

Gli orientamenti dottrinali sull'argomento. Tenore e connotati della delega di potere

La posizione assunta dal Supremo Collegio, evidentemente presupposta dalla pronuncia in commento, si contrappone all'opinione di quanti in dottrina, proprio in virtù della natura non primaria della fonte eteronoma, hanno escluso la possibilità di applicazione dell'art. 1339 c.c. alle ipotesi di clausole destinate all'inserimento nelle contrattazioni tra privati, laddove elaborate dalle amministrazioni indipendenti¹². In

integrazione di cui all'art. 1374 c.c., piuttosto che a quello previsto dall'art. 1339 c.c., sulla base del rilievo per cui nel caso di specie "più che di vera e propria difformità della clausola dovrebbe ritenersi il contratto lacunoso sul punto e dunque direttamente integrato dalla legge", cfr., Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2010, cit., 762. Per un richiamo congiunto agli artt. 1339 e 1374 c.c., si veda, invece, Trib. Vallo Lucania, 30 aprile 2009, cit.

⁷ In virtù delle esposte argomentazioni la giurisprudenza di merito richiamata era giunta a configurare una diretta incidenza della prescrizione di cui all'art. 6, 4° comma della deliberazione n. 200/1999 sul contratto stipulato dal gestore con l'utente, con conseguente affermazione della responsabilità dell'Enel Distribuzione s.p.a. per i danni ricollegabili al suo inadempimento rispetto alla suddetta prescrizione. La medesima conclusione viene sostenuta da A. Musto, *Somministrazione di energia elettrica e potestà regolamentare dell'AEEG*, cit., 767 e segg.; Id., *La potestà regolamentare dell'AEEG: una fonte di integrazione del contratto?*, cit., 662 e segg., il quale oltre a richiamare i riferiti rilievi esegetici ed interpretativi, ritiene di fondare l'efficacia integrativa dei provvedimenti dell'Aeeg ancor prima su una prospettiva di tipo assiologico, volta a rinvenire la legittimità di tale integrazione nella funzione di tutela di principi costituzionali a cui la potestà regolamentare dell'Autorità sarebbe diretta, nonché nella rilettura dell'art. 1339 c.c. quale norma di protezione della legalità costituzionale nell'ambito dell'autonomia privata, finalisticamente indirizzata alla conformazione del regolamento negoziale ai valori espressi dalla Carta costituzionale.

⁸ Per le quali si rinvia ai riferimenti contenuti *supra* nella nota 1.

⁹ La pronuncia *ivi* commentata, come tutte le altre che l'hanno preceduta, rapporta tale statuizione all'Autorità per l'energia elettrica e il gas, nonché ad una particolare prescrizione secondaria adottata dalla medesima, rappresentata dall'art. 6, 4° comma della

Deliberazione n. 200/1999; non si intravedono, tuttavia, ostacoli ad una generalizzazione del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte tanto con riguardo ad altre eventuali disposizioni autoritative, quanto in relazione alla riferibilità delle stesse ad una diversa amministrazione indipendente.

¹⁰ L'art. 1, 1° comma della L. n. 481/1995 individua quali finalità delle disposizioni della medesima legge quella di "garantire la promozione della concorrenza e dell'efficienza nel settore dei servizi di pubblica utilità, (...) nonché adeguati livelli di qualità nei servizi medesimi in condizioni di economicità e di redditività, assicurandone la fruibilità e la diffusione in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale, definendo un sistema tariffario certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori".

¹¹ In tali termini cfr., fra le altre, Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967 e 897. Ciò è stato dal Supremo Collegio ritenuto accadere nel caso di specie ripetutamente sottoposto alla Sua attenzione, laddove alla previsione di cui all'art. 2, 12° comma, lett. h) della L. n. 481/1995 è stata riconosciuta la descritta funzione di autorizzazione dell'esercizio del potere di direttiva da parte dell'Autorità, con conseguente abilitazione dei relativi provvedimenti all'integrazione contrattuale.

¹² M. Orlandi, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, Relazione al Convegno "Il contratto e le Autorità indipendenti", Brescia 22-23 novembre 2002, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, 280 e segg.; Id., *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti. La metamorfosi del contratto*, Bologna, 2006, 75 e segg.; F. Macario, *Autorità indipendenti, regolazione del mercato e controllo di vessatorietà delle condizioni contrattuali*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 209.

particolare, da parte di tali autori si è affermato che, radicandosi il fondamento dell'autonomia negoziale in un principio normativo dettato da una disposizione di rango primario (l'art. 1322 c.c.), non ogni successiva disposizione, bensì solo quella posta da fonti di pari grado potrebbe restringere la suddetta sfera di autonomia, ridefinendo il limite tra potere autonomo ed eteronomo di regolazione¹³; il provvedimento autoritativo di rango secondario secondo il riferito indirizzo sarebbe, dunque, per propria natura incapace di penetrare nello spazio autonomo negoziale e di prevalere sulla clausola privata con esso incompatibile, richiedendo il meccanismo di sostituzione di clausole, in quanto limitativo dell'autonomia privata, necessariamente una norma di rango primario¹⁴.

Si vuole evidenziare come l'indirizzo attualmente affermatosi nella giurisprudenza di legittimità si ponga, viceversa, in linea con degli orientamenti in passato delineatisi nell'ambito della dottrina maggioritaria in merito al problema del significato da attribuire al termine "legge" contenuto negli artt. 1322 e 1339 c.c.¹⁵. La questione, non nuova in dottrina ed in giurisprudenza, è stata, infatti, oggetto di diverse e risalenti analisi, che, evidentemente non riguardanti l'immediata problematica posta dalle amministrazioni indipendenti, si sono incentrate sul dubbio circa la ri-

feribilità del termine utilizzato nelle disposizioni in esame esclusivamente a provvedimenti aventi valore formale di atti legislativi ovvero anche a fonti di rango secondario, quali regolamenti e atti amministrativi¹⁶.

Si può constatare come in merito siano prevalse posizioni che, sebbene con sfumature ed esiti diversi, hanno fornito un'interpretazione del termine "legge" di cui alle norme in discorso, non rigidamente ancorata al dato letterale. In particolare, la dottrina maggioritaria ha reputato necessario, ai fini dell'applicabilità del meccanismo di inserzione/sostituzione automatica di clausole a qualsiasi atto non legislativo, che a quest'ultimo faccia espresso rinvio una legge formale¹⁷, la quale non solo attribuisca alla fonte di grado inferiore il potere di statuire in materia, bensì allo stesso tempo fissi i criteri ed i limiti per il suo esercizio¹⁸, necessari a circoscrivere l'attività della pubblica amministrazione, limitandone il carattere di assoluta discrezionalità¹⁹. La conclusione a cui, in tal modo, il riferito indirizzo dottrinario è giunto è che, in presenza dei suddetti requisiti della attribuzione di potere da parte della legge e della indicazione ad opera della stessa di criteri direttivi e limiti, ben possa ammettersi che il contenuto del contratto trovi la propria fonte integrativa in un atto di rango secondario (quale un regolamento o un atto amministrativo)²⁰.

¹³ Si è sostenuto, in merito, che la norma di rango primario possa devolvere alle autorità poteri eteronomi, ma sia chiamata previamente a derogare al principio generale del potere autonomo, stabilendo espressamente le specifiche cause di nullità dei contratti e precostituendo, in tal modo, il criterio di prevalenza del provvedimento eteronomo sulla clausola contrattuale già resa invalida ed esclusa dalla sfera del potere di autodisciplina, si veda M. Orlandi, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., 290 e segg.

¹⁴ M. Orlandi, *Autonomia privata e Autorità indipendenti*, cit., 291 e segg., il quale, chiedendosi quali effetti residuino per le clausole autoritative ad inserimento obbligatorio, ha concluso adombrando, per il caso di inadempimento del privato, la possibilità di sanzioni latamente risarcitorie aventi titolo nel comportamento della parte contrario ad una prescrizione autoritativa. Il discorso che fino a questo punto parrebbe totalmente scettico nei confronti dell'esercizio di un potere integrativo del contratto ad opera delle autorità indipendenti, volge tuttavia verso una direzione diversa nel momento in cui, sulla base di una riflessione sul tipo di rapporti che caratterizzano i settori di intervento delle autorità, connotati, nella maggior parte dei casi, dalla mancanza di una vera negoziazione e dall'esercizio di un nudo potere di scelta, si sostiene che gli stessi rapporti sfuggano al campo di applicazione dell'art. 1322 c.c. e alla protezione che tale norma assicura all'autonomia negoziale; lo spazio giuridico autonomo riconosciuto da tale norma troverebbe, infatti, il proprio limite originario nella negoziabilità del contratto e l'autonomia negoziale andrebbe intesa nel senso più stretto di "potere di trattare e costruire in modo bilaterale e paritario la disciplina del rapporto", cosicché gli atti e i rapporti insuscettibili di negoziazione risulterebbero estranei all'ambito applicativo dell'art. 1322 c.c. e allo stesso principio di autonomia negoziale, potendo conseguentemente soggiacere anche a fonti disciplinatrici eteronome di rango secondario, quali quelle riconducibili alle autorità indipendenti.

¹⁵ Per un maggiore approfondimento sulle diverse posizioni emerse nell'ambito della dottrina più risalente in merito al significato da attribuire al richiamo alla "legge" di cui agli artt. 1322 e

1339 c.c., si rinvia a V. Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, Napoli, 2013, 90 e segg.

¹⁶ Si sono occupati del problema, fra gli altri, A. Romano, *Limiti dell'autonomia privata derivanti da atti amministrativi*, Milano, 1960, 178 e segg.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Cendon, Torino, 1958, IV, 125; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 36 e segg.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1970, IV, 233; R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2004, II, 426-427.

¹⁷ R. Sacco-G. De Nova, *Il contratto*, cit., 427, secondo cui, fra l'altro, il rinvio operato dalla legge formale può riguardare anche altri atti diversi dai provvedimenti degli organi amministrativi, laddove "il parametro concreto, cui deve adeguarsi il prezzo, può essere fissato da un negozio privato. Così avviene quando una norma vincolistica dettata in materia di locazioni urbane impone al contratto nuovo il canone già adottato nel contratto vecchio".

¹⁸ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 36 e segg.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., 233; V. Roppo, *Il contratto*, Bologna, 1977, 307; N. Distaso, *I contratti in generale*, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1980, 1664 e segg.; F. Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1987, XXI, 582.

¹⁹ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 37, il quale evidentemente richiama Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, in *Sent. ord. Corte cost.*, 1968, 769 e segg., in cui, fra l'altro, si sottolinea come la suddetta predeterminazione di criteri direttivi possa ricavarsi da norme, valutate nel loro complesso, soprattutto secondo il principio informatore che le ha dettate, per cui basterebbe ad escludere l'illimitata discrezionalità autoritativa un provvedimento amministrativo che costituisca la risultante dei fini che tali norme ispirano.

²⁰ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 37, il quale sottolinea come lo stesso legislatore non potesse intendere "il riferimento alla legge come necessità di una continua e puntuale ripetizione di atti legislativi in materie che possono richie-

L'orientamento dottrinale prevalente affermato in tema di integrazione del contratto tramite inserzione automatica di clausole elaborate da fonti secondarie, ha ricevuto in passato riscontri anche nella giurisprudenza. La Corte di cassazione, infatti, in più di una occasione, aveva già sottolineato come il termine "legge" contenuto nell'art. 1339 c.c. dovesse essere inteso in senso ampio e non puramente formale, risultando indubbio, a tale stregua, che le stesse leggi formali potessero attribuire ad altri atti, cosiddetti secondari, fra cui i provvedimenti di organi amministrativi, il potere di statuire in determinate materie, previa determinazione dei "criteri direttivi e dei limiti di massima" entro cui tale potere dovesse essere esercitato²¹; la stessa Corte era conseguentemente giunta ad affermare che "gli atti amministrativi relativi, in quanto emanati in forza della predetta delega legislativa, da questa direttamente traggono un carattere di imperatività, sicché debbono ritenersi compresi nella previsione dell'art. 1339 c.c."²².

Aderendo alle esposte tesi dottrinarie, si ritiene condivisibile l'orientamento affermato dal Supremo Collegio volto a ricollegare la possibilità di fenomeni integrativi del contenuto contrattuale ad opera di clausole contenute in provvedimenti delle *authorities* alla ricorrenza di diversi requisiti, fra i quali risulta di preminente rilevanza l'esistenza di una delega con cui il legislatore espressamente attribuisca all'autorità

indipendente (fonte secondaria) il potere di disporre e di dettare clausole incidenti sul regolamento negoziale in una data materia²³. Si reputano, tuttavia, opportune alcune precisazioni circa il tenore della suddetta delega di potere: alla luce di un'analisi delle modalità operative dell'effetto sostitutivo di cui all'art. 1339 c.c., si può evidenziare come non sia necessario che l'attribuzione di potere ad opera della fonte primaria contenga l'espressa menzione della sostituzione delle disposizioni elaborate dalle autorità a quelle difformi convenzionalmente stabilite, né tanto meno che la suddetta delega statuisca la testuale nullità delle clausole negoziali contrastanti con le clausole definite dalla fonte secondaria²⁴. In base al generale meccanismo di cui all'art. 1339 c.c., infatti, da una parte, la singola disposizione imperativa destinata all'inserimento nel contratto non deve necessariamente contenere l'espressa previsione dell'effetto sostitutivo rispetto alle clausole difformi, manifestandosi proprio in tali ipotesi l'effettiva valenza normativa (e non solo descrittiva) della disposizione codicistica in discorso, la quale permette il prodursi "in via generale" della sostituzione sul solo presupposto del contrasto fra clausola e norma imperativa²⁵; dall'altra parte, poi, pur riconoscendosi che l'effetto sostitutivo presupponga sempre una previa nullità parziale della clausola difforme dalla disposizione imperativa²⁶, tale nullità non necessita comunque di espressa previsione da parte di quest'ul-

dere un rapido adattamento a condizioni transitorie o locali, e rispetto alle quali deve, quindi, mantenersi un sufficiente grado di elasticità".

²¹ Tali le affermazioni di Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1237; si veda nella stessa direzione Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. Civ.*, 2010, IV, 827 e segg. In termini sostanzialmente analoghi, anche se non direttamente con riguardo all'art. 1339 c.c., bensì con riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost., cfr., Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., 776-777. Commentando l'orientamento giurisprudenziale in esame, M. Costanza, *Integrazione del contratto mediante inserimenti automatici di clausole e limiti dell'autonomia privata*, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1238 e segg., ha ricollegato l'ammissibilità di interventi conformativi del regolamento negoziale attuati con lo strumento della fonte secondaria alla realizzazione da parte degli stessi dello scopo per il quale la legge ha conferito il relativo potere.

²² Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, cit., 1238; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, cit., 827 e segg.

²³ Sulla preordinata necessità dell'esistenza di una delega di potere, cfr., A. Barbera, *Atti normativi o atti amministrativi generali delle Autorità garanti?*, in AA.VV. (a cura di), *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le Autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, 90, il quale sottolinea che "mentre una legge può aprire uno spazio al regolamento anche in materie legifcate, non può il regolamento aprirsi da solo tale spazio".

²⁴ Per una più approfondita analisi in merito, si rinvia a V. Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 83 e segg.

²⁵ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 34-35; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., 231 e segg.; G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, cit., 125; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 175-176; E. Saracini, *Nullità e sostituzione di clausole*, Milano, 1971, 50; G. De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1985, 437; S. Patti, *Art. 1339*, in G. Patti-S. Patti (a cura di), *Responsabilità contrattuale e contratti standard*,

Milano, 1993, 248 e segg.; A. D'Adda, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 239. In giurisprudenza, si veda Cass., 21 dicembre 1994, n. 11032; Cass., 21 agosto 1997, n. 7822.

²⁶ In virtù di una ritenuta vocazione tutoria e perequativa delle norme dettate dalle autorità indipendenti si è sostenuto, da parte di alcuni in dottrina, che le nullità (preordinate o meno all'operatività del meccanismo sostitutivo/integrativo) derivanti dal contrasto di una clausola contrattuale con le prescrizioni regolamentari autoritative, anche in assenza di una espressa indicazione legislativa in merito, ricadano nell'ambito delle cc.dd. nullità "di protezione", con conseguente riferibilità ad esse della relativa disciplina in tema di legittimazione ad agire (spettante al solo utente/cliente/consumatore), rilevabilità d'ufficio ad opera del giudice e conservazione della restante parte del contratto, si veda sul punto M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, 189 e segg.; Id., *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, cit., 922-923. In generale, sulla figura della c.d. "nullità di protezione" si vedano, fra i numerosi contributi dottrinali, G. Gioia, *Nuove nullità relative e tutela del contraente debole*, in *Contratto e Impresa*, 1999; G. Bonfiglio, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004; F. Di Marzio, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2005; G. Passagnoli, *Nullità di protezione*, in G. Vettori (a cura di), *Codice del consumo*, Padova, 2007; V. Mele, *La nullità di protezione*, in F. Tommasi (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007; M. Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; Id., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009; S. Pagliantini, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in Id. (a cura di), *Le forme della nullità*, cit.; S. Polidori, *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass.*

tima, derivando la stessa dal semplice contrasto fra disposizione convenzionale e legale impositiva. Quello che con riguardo al tenore e ai connotati della delega di potere in esame deve, invece, ritenersi indispensabile è la riconducibilità del carattere imperativo, presupposto dall'art. 1339 c.c. e di cui deve essere munita la disposizione prodotta dalla fonte delegata, alla stessa fonte primaria: in altri termini, l'imperatività della clausola destinata all'inserimento non dovrà essere valutata alla luce della stessa disposizione secondaria che la contiene, risultando altrimenti frutto di una mera autoattribuzione ad opera della fonte delegata, bensì alla luce delle norme legislative da cui il conferimento di potere deriva²⁷. Per comprendere meglio tali ultime osservazioni, è bene prendere le mosse dalla considerazione per cui la verifica del carattere cogente di una norma si impernia su una complessa valutazione del profilo funzionale del precetto, incentrata fondamentalmente sul tipo di tutela, sulla rilevanza e sul carattere degli interessi sottesi alla stessa prescrizione normativa²⁸; rispetto a tale valutazione non necessaria risulta un'espressa comminatoria di nullità della clausola negoziale difforme dalla norma stessa, comminatoria che, laddove esistente, varrà, infatti, come indice meramente formale dell'inderogabilità della disposizione. Rapportando il discorso all'ipotesi in cui le clausole destinate all'inserimento *ex art. 1339 c.c.* siano enucleate da una fonte secondaria, si ritiene necessario, ai fini della stessa ammissibilità di una siffatta integrazione negoziale, che la norma primaria (delegante) non solo attribuisca a tale fonte secondaria il potere di disporre, bensì conferisca alla stessa il potere di disporre "imperativamente", dovendo conseguentemente la natura cogente delle norme

delegate ricavarsi dalla medesima norma primaria attributiva. Ciò vorrà dire che il menzionato giudizio sul carattere imperativo delle disposizioni secondarie destinate all'inserimento nel contratto dovrà consistere in una valutazione circa gli interessi perseguiti e l'indisponibilità della relativa tutela da condursi avendo riguardo non alle stesse disposizioni secondarie, bensì alle norme di fonte legislativa tramite le quali è avvenuto il conferimento di potere.

Un'ulteriore precisazione ai fini dell'applicabilità del meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. ai provvedimenti delle *authorities* attiene, poi, proprio alla luce della riferita dottrina e giurisprudenza prevalente²⁹, alla necessità, non esplicitata nella pronuncia commentata e nelle precedenti a cui essa si conforma, che nella stessa delega con cui la fonte primaria attribuisca alle amministrazioni indipendenti il potere di disporre imperativamente in una certa materia, vi sia la predeterminazione di criteri direttivi che, circoscrivendo l'attività delle suddette amministrazioni, ne limitino la discrezionalità. In merito, si ritiene di poter affermare che tale ultimo requisito comporti una sorta di "funzionalizzazione" dell'esercizio della potestà delegata rispetto allo scopo per il quale lo stesso potere di disporre viene dal legislatore attribuito. I criteri direttivi entro i quali tale potere deve essere esercitato, volti a porre un limite alla discrezionalità della fonte secondaria, si ritiene, infatti, possano essere individuati nelle finalità che la norma primaria, con lo stesso conferimento, impone di perseguire; il vincolare l'attività delle autorità (e in generale della pubblica amministrazione) alla realizzazione di determinati fini si reputa elemento sufficiente ad escluderne una illimitata discrezionalità³⁰. La conseguente ammissibilità

Dir. Civ., 2009; V. Viti, *Le nullità di protezione e la riaffermata distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Il Diritto per i Concorsi*, 2009, II, 27 e segg.; Id., *Le nullità di protezione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: rilevanza d'ufficio ed interessi sottesi*, in *Il Diritto per i Concorsi*, 2010, II, 29 e segg.; A. Gentili, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011.

²⁷ In merito si rinvia a V. Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 99. Di atti amministrativi che, emanati in forza di delega legislativa, "da questa direttamente traggono un carattere di imperatività", dovendosi conseguentemente ritenere compresi nella previsione dell'art. 1339 c.c., parlano Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 1238; Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, in *Giust. Civ.*, 2010, IV, 827 e segg.

²⁸ V. Roppo, *Il contratto*, cit., 174, riconduce tale giudizio ad una valutazione dei valori e degli interessi che con la norma si vogliono tutelare e che si ritiene debbano essere riconducibili alle direttive dell'ordine pubblico. Altri sottolineano come l'individuazione della norma imperativa richieda un'indagine sul tipo di tutela prevista dalla legge, la quale deve essere connotata dal carattere dell'indisponibilità, ritenuto l'elemento comune a tutte le norme imperative, desumibile dalla disciplina prevista dalla stessa norma violata, si veda A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 320 e segg.

²⁹ S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 36 e segg.; R. Scognamiglio, *Dei contratti in generale*, cit., 233; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 307; N. Distaso, *I contratti in generale*, cit., 1664 e segg.; F. Carresi, *Il contratto*, cit., 582. In giurisprudenza,

Cass., 22 dicembre 1994, n. 11032, cit., 1237; nella stessa direzione, Cass., 10 febbraio 2010, n. 3018, cit., 827 e segg. In termini sostanzialmente analoghi, anche se non direttamente con riguardo all'art. 1339 c.c., bensì in riferimento alla riserva di legge di cui all'art. 41, 3° comma, Cost., cfr., Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., 776-777.

³⁰ In merito si rinvia a V. Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 100 e segg. Diversamente D. Farace, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, cit., 656 e segg., secondo cui affinché un provvedimento delle autorità indipendenti possa integrare la disciplina pattizia, è necessario che la norma di rango primario che attribuisce alle suddette autorità il potere di modificare le clausole negoziali, indichi anche l'oggetto delle clausole da sostituire, dovendosi altrimenti ritenere i provvedimenti secondari "inidonei ad influire sulla validità dei negozi privati, o di loro singole clausole"; in particolare, l'A. ritiene, con riguardo alla specifica fattispecie esaminata dal Supremo Collegio nelle riferite pronunce, che la generale attribuzione all'Aeeg del potere di emanare "direttive concernenti la produzione e l'erogazione dei servizi da parte dei soggetti esercenti i servizi medesimi", contenuta nell'art. 2, 12° comma, lett. h) della L. n. 481/1995, difficilmente permetta di definire in concreto i margini dell'intervento autoritativo, manifestando forti perplessità circa la possibilità che "da una disposizione così lata possa derivare una causa di nullità parziale, idonea a sostituire una clausola negoziale con la previsione dell'Autorità indipendente, o un precetto che integri direttamente i contratti stipulati dalle parti".

del riconoscimento di efficacia integrativa del regolamento negoziale in favore dei provvedimenti autoritativi risulta, dunque, subordinata ad un “sindacato nei fini”, che permetta di controllare il rapporto di congruenza dei suddetti provvedimenti con il determinato assetto di interessi, posto dal legislatore a fondamento della delega³¹.

Si vuole, infine, sottolineare come gli interventi autoritativi incidenti sul regolamento negoziale, in quanto limitativi dell'autonomia privata, debbano fare i conti con la riserva di legge (relativa) prevista dall'art. 41, 3° comma, Cost. e, più in generale, con la tutela che a livello costituzionale è garantita all'iniziativa economica privata. In merito, occorre evidenziare come la accolta interpretazione del termine “legge” di cui all'art. 1339 c.c. sia stata fondata sulla necessità di attribuire ad esso un significato coerente rispetto a tutte le disposizioni, costituzionali e non, contenenti lo stesso; ciò porta a ritenere l'orientamento, già riferito con riguardo alle norme codicistiche esaminate, valido anche per il richiamo alla legge contenuto nella disposizione costituzionale in materia di iniziativa economica privata. Ne consegue che “la riserva di legge di cui al citato articolo non esige che la disciplina della libera iniziativa economica venga, tutta e per intero, regolata da atti normativi, bastando la predeterminazione di criteri direttivi che, avendo per fine l'utilità sociale, delinearono, circoscrivendola, l'attività esecutiva della pubblica amministrazione, così da togliere ad essa carattere di assoluta, illimitata discrezionalità”³². Tale impostazione permette, dunque, di considerare anche la riserva costituzionale di legge un ostacolo

non insormontabile ai fini dell'ammissibilità di limitazioni all'autonomia negoziale derivanti dalla fonte autoritativa, sempre che risultino rispettate le già esposte condizioni dell'esistenza di una delega alla fonte secondaria contenuta nello strumento legislativo e dell'indicazione e del rispetto delle finalità poste da quest'ultimo alla base dello stesso intervento regolamentare³³, oltre all'ulteriore requisito, anch'esso di tipo teleologico, imposto dall'art. 41 Cost. e rappresentato dalla finalizzazione delle restrizioni della libertà negoziale al perseguimento di quelle istanze sociali riconducibili al complesso dei valori recepiti e delineati dalla Costituzione³⁴.

Interventi conformativi delle amministrazioni indipendenti e deroga a norme di legge

Individuata in tal modo la prima condizione di ammissibilità di interferenze conformative sul contratto da parte di prescrizioni secondarie delle amministrazioni indipendenti, la Corte di cassazione ha ritenuto opportuno approfondire la diversa ed ulteriore questione dei limiti che tali interferenze possono incontrare nel momento in cui venga a profilarsi un problema di rapporto tra fonti di rango diverso ed, in particolare, di contrasto con una norma di legge. A tal proposito il Collegio ha precisato che l'integrazione negoziale ad opera di manifestazioni normative secondarie può comportare interventi che incidano sui rapporti di utenza in modo derogatorio anche di norme di legge, se del caso dello stesso Codice civile, che abbiano, però, un contenuto meramente dispositivo, cioè derogabile dalla privata autonomia³⁵, men-

³¹ In tali termini, con riguardo all'adozione di una prospettiva funzionalistica e ad un conseguente sindacato nei fini per le ipotesi in cui il potere delle autorità consista nella concretizzazione di fattispecie di nullità virtuale tramite predisposizione di contenuti minimi necessari, si esprime G. Amadio, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in G. Gitti (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, cit., 226 e segg.

³² Corte cost., 20 dicembre 1968, n. 133, cit., 776; in senso analogo, Corte cost., 23 maggio 1964, n. 40, in *Giur. Cost.*, 1964, 522 e segg. e Corte cost., 14 febbraio 1962, n. 4, in *Giur. Cost.*, 1962, 31 e segg. In dottrina si veda, fra gli altri, M.S. giannini, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro It.*, 1953, III, 17; V. Roppo, *Il contratto*, cit., 130-131.

³³ Secondo M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 191 e segg., il problema della riserva di legge si rivela logicamente prioritario rispetto a quello della compatibilità degli interventi eteronomi secondari con il sistema civilistico ed è, pertanto, innanzitutto in virtù di tale riserva che si comprende perché la nullità e l'integrazione del contratto possano dipendere da una norma secondaria soltanto “ove la potestà regolamentare sia stata correttamente attribuita all'amministrazione dal legislatore ordinario”; lo stesso Autore indica quale ulteriore necessaria condizione ai fini dell'ammissibilità di interventi secondari conformativi del contratto, la definizione, “anche per obiettivi”, degli aspetti essenziali del potere attribuito ad opera della fonte primaria, in modo da verificare che gli atti subordinati siano “coordinati e coerenti” con la legge ordinaria delegante, circoscrivendo così l'attività discrezionale del regolatore indipendente.

³⁴ Quanto al requisito sostanziale dell'utilità sociale da porre

alla base delle suddette limitazioni, si può osservare come lo stesso possa ritenersi senza problemi soddisfatto dagli interventi delle autorità, laddove queste ultime vedono la loro attività orientata nella maggior parte dei casi alla tutela della concorrenza e del mercato e al perseguimento della giustizia dei rapporti economici, principalmente attraverso la protezione del c.d. contraente debole: finalità rispetto alle quali non è difficile rinvenire un fondamento costituzionale nello stesso art. 41, nel primo caso, e negli artt. 2 e 3, nel secondo. In merito al perseguimento di “istanze sociali” quale condizione necessaria cui subordinare, ai sensi degli artt. 41 e 42 Cost., la legittimità dell'attività conformativa dell'autonomia contrattuale, si veda A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 315 e segg.; Id., *Contratto Mercato Responsabilità*, Milano, 2008, 57 e segg.; G. Grisi, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, 137 e segg.; M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 199 e segg., il quale sottolinea come la necessità che l'iniziativa economica sia indirizzata a fini sociali rappresenti una conferma della ritenuta “matrice ordoliberal” dell'intervento operato sul contratto dalle *authorities*, laddove si ritiene il ruolo della regolazione indipendente di promozione della concorrenza riconosciuto solo “se ed in quanto si sviluppi nel segno della tutela della persona-contraente debole (utente-cliente-consumatore) e si radichi sotto il profilo assiologico nei valori costituzionali del personalismo, del solidarismo (art. 2 cost.), dell'uguaglianza (art. 3 cost.), nonché di ragionevolezza, proporzionalità e giustizia contrattuale”.

³⁵ L'intervento sulle norme di tipo dispositivo è ritenuto dalla Corte pienamente giustificabile “perché incide su previsioni legislative che le stesse parti, con il loro accordo, potrebbero dero-

tre deve escludersi che la suddetta integrazione possa giustificare interventi in senso derogatorio di norme previste da disposizioni legislative di contenuto imperativo, a meno che non vi sia un'espressa attribuzione del potere di deroga a tali ultime disposizioni da parte di una norma di legge o di rango comunitario ad effetti diretti nell'ordinamento interno³⁶. La affermata possibilità di deroga a norme di legge dispositive da parte di interventi autoritativi secondari conformativi del contratto viene, tuttavia, dalla Corte subordinata alla ulteriore condizione che tale deroga sia comunque prevista a tutela dell'interesse dell'utente o del consumatore³⁷, ponendosi in tal modo un preciso limite funzionale e di scopo imposto, a dire del Collegio, dal precetto di cui all'art. 1, 1° comma della legge istitutiva dell'Aeeg, che proprio alle suddette finalità di tutela indirizza l'attività dell'Autorità³⁸.

Con riguardo al profilo, da ultimo tracciato, dei rapporti tra norma autoritativa integratrice del contratto e norma di legge ed, in particolare, al ruolo in tale ambito attribuito al riferito limite funzionale e di scopo, si vuole sottolineare come in realtà al medesimo limite debba essere attribuita rilevanza in una fase ancora antecedente, ovvero al fine di circoscrivere "a monte" la stessa possibilità per gli atti secondari delle *authorities* di incidere sull'autonomia privata, conformando il contratto, a prescindere dalla circostanza che con tali atti si arrechi o meno una deroga ad

una norma di legge. Si vuole, in altri termini, affermare che una disposizione autoritativa che risultasse contraria alle finalità per cui la medesima delega è stata conferita, ponendosi oltre gli stessi limiti entro cui, in virtù dell'adottata prospettiva funzionalistica, la potestà normativa delegata avrebbe dovuto esprimersi, non solo non potrebbe derogare a norme di legge (dispositive), ma a priori non potrebbe esplicare alcuna efficacia integrativa o incidenza sul contratto. Si ritiene, dunque, più corretto affermare che i provvedimenti secondari delle autorità, per poter dar luogo allo stesso fenomeno di inserzione automatica di clausole di cui all'art. 1339 c.c., debbono attenersi al limite funzionale degli scopi a cui la disposizione legislativa delegante ha indirizzato l'attività autoritativa, non limitando, viceversa, il riferimento al suddetto limite al problema, diverso e successivo, dei rapporti tra fonti del diritto e della possibilità che la fonte secondaria conformativa deroghi a norme di legge³⁹.

La determinatezza del precetto imposto quale ulteriore condizione di operatività dell'art. 1339 c.c.

A conclusione dell'*excursus* fin qui illustrato, il Supremo Collegio, rinviando espressamente alle ampie motivazioni contenute nei numerosi precedenti cui la pronuncia in esame si conforma⁴⁰, ritiene indispensabile per la integrabilità del contratto ai sensi dell'art. 1339 c.c. l'ulteriore condizione rappresentata dalla

gare, sì che appare giustificato a maggior ragione che sia l'Autorità preposta al settore a prevedere la deroga", nello stesso senso si veda Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., Sez. III, 22 luglio 2011, n. 16141, cit., 1559; Cass., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967. L'orientamento della Cassazione secondo cui il potere normativo secondario dell'Autorità è idoneo all'emanazione di prescrizioni suscettibili di derogare a disposizioni di legge, purché già derogabili dall'autonomia privata, è ritenuto in contrasto con il disposto dell'art. 4, disp. prel. c.c., "in virtù del quale 'i regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi', ancorché derogabili dall'autonomia privata" da G. Rispoli, *Asimmetrie contrattuali e limiti all'eterointegrazione normativa*, in *Giur. It.*, 2012, VII, 1561-1562. Perplexità in merito vengono manifestate anche da D. Farace, *Art. 1339 cod. civ., provvedimenti delle Autorità indipendenti ed eterointegrazione del contratto*, cit., 658 e segg., secondo cui il passaggio più delicato delle argomentazioni della Corte sembrerebbe proprio quello relativo alla derogabilità della norma dispositiva nel momento in cui la deroga non sia operata da una clausola contrattuale, bensì da un provvedimento di una amministrazione indipendente: prendendo le mosse dall'insegnamento per cui la norma dispositiva è applicabile ove le parti non abbiano disposto diversamente, l'A. avanza dei dubbi circa la possibilità che, qualora la volontà privata non abbia derogato alla norma dispositiva, possa ad essa sostituirsi il provvedimento dell'autorità.

³⁶ Nello stesso senso, cfr., Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., Sez. III, 22 luglio 2011, n. 16141, cit., 1559; Cass., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967. In tali termini il Supremo Collegio si è raffrontato con la giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui non è ammissibile che il potere normativo conferito alle autorità di regolazione dall'art. 2, 12° comma, lett. h) e 37° comma, L. n. 481/1995 si imponga su fonti di rango primario, a meno che non ricorra una espressa autorizzazione legale, non potendo il richiamo all'art. 1339 c.c. determinare un'alterazione dell'ordine gerarchico delle fonti (Cons. di

Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622, in *Foro It.*, 2010, III, 121 e segg.).

³⁷ Si afferma, dunque, l'esclusione della possibilità di deroga a norme di legge dispositive a sfavore dell'utente e del consumatore, salvo che una previsione speciale di legge o di una fonte comunitaria ad efficacia diretta non la consenta, cfr., nello stesso senso Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., Sez. III, 22 luglio 2011, n. 16141, cit., 1559; Cass., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967.

³⁸ La restrizione così posta alla ammissibilità di deroga a norme di legge dispositive ad opera di provvedimenti autoritativi, connotata, dunque, sotto il profilo funzionale in senso "unidirezionale", viene rapportata ad una finalità protettiva del contraente debole propria dei poteri regolatori delle *authorities* da M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 187. Più in generale, per una concezione volta a riconoscere ai pubblici poteri tanto il compito di regolare il mercato, garantendone la competitività, quanto contestualmente quello di tendere ad obiettivi di giustizia e solidarietà sociale, cfr., S. Mazzamuto, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 388.

³⁹ In merito a tali rilievi, si rinvia a V. Viti, *Il contratto e le autorità indipendenti*, cit., 130. La necessità di distinguere il profilo della integrabilità del contratto da parte del potere normativo secondario delle *authorities* e dei limiti entro cui tale integrazione possa avvenire dal diverso profilo del rapporto tra il suddetto potere secondario e le norme di legge in termini di possibile contrasto viene evidenziata anche da Cons. di Stato, Sez. VI, 11 novembre 2008, n. 5622, cit., 121 e segg., in cui, sebbene in un contesto differente, si afferma che "non è in discussione il potere normativo (...) dell'Autorità, oramai riconosciuto unanimemente da dottrina e giurisprudenza (...). Ciò che invece il TAR ha stigmatizzato è l'ammissibilità che detto potere si imponga su fonti di rango primario".

⁴⁰ Per i quali si rinvia ai riferimenti contenuti *supra* nella nota 1.

determinatezza della prescrizione imposta. Sarà, in altri termini, necessario che il precetto elaborato dall'autorità indipendente e destinato alla conformazione negoziale si connoti *sub specie* di clausola, ovvero di diretta regolamentazione del contenuto contrattuale, assumendo, dunque, i tratti di una disposizione specifica e circostanziata tale da non lasciare ai contraenti "alcuna possibilità di scelta sui tempi e sui modi" di realizzazione⁴¹. L'idoneità della direttiva autoritativa a determinare l'integrazione negoziale dovrà, pertanto, secondo la Corte essere esclusa nei casi in cui il contenuto del precetto imposto richieda necessariamente una specificazione ad opera delle parti, individuando il medesimo precetto in tali ipotesi solo un obbligo di perseguimento di un risultato con ampi poteri di scelta per i contraenti circa le modalità di raggiungimento dello stesso⁴².

Proprio a causa della ritenuta assenza del requisito da ultimo delineato, la Suprema Corte ha escluso l'i-

doneità della prescrizione di cui all'art. 6, 4° comma della Deliberazione n. 200 del 1999 dell'Aeeg ad integrare i contratti di utenza ai sensi dell'art. 1339 c.c. A dire del Collegio, infatti, la suddetta previsione, imponendo all'esercente "di offrire al cliente almeno una modalità gratuita di pagamento della bolletta" e, dunque, assegnando allo stesso una sorta di obbligo di perseguimento di un risultato con ampi poteri di scelta, si connoterebbe certamente come prescrizione del tutto inidonea ad integrare una clausola di contenuto determinato⁴³. In virtù del mancato riconoscimento in favore della suddetta disposizione dell'Aeeg di efficacia integrativa rispetto ai singoli contratti d'utenza, l'azione di responsabilità per inadempimento contrattuale esercitata nei confronti del soggetto esercente il servizio è stata conseguentemente ritenuta dagli ermellini priva di fondamento, in quanto basata su una clausola contrattuale in realtà non introdotta nel negozio e, dunque, inesistente⁴⁴.

Conclusioni del contratto

Tribunale di Brindisi, 30 giugno 2014 – Pres. Almiento – Rel. Consolata Moschettini – Tecnoedilizia di M.G. & figlio s.r.l. (avv. Giorgino) – A.E. (avv. Losito).

Processo civile – Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto – Trascrizione illegittima domanda giudiziale – Cancellazione – Provvedimento d'urgenza – Ammissibilità

Va accolta l'istanza proposta in via d'urgenza per conseguire la cancellazione della trascrizione di una doman-

da giudiziale ex art. 2932 c.c., sul presupposto del probabile non accoglimento di tale domanda nel successivo giudizio di merito.

Omissis. – In data 26.4.2010 era stato stipulato un contratto preliminare di permuta che vedeva parteci-
pi, da un lato, D.M.G., F.M.A. e D.M.F. (costituenti la "parte permutante") e dall'altro A.E. e M.G. (definiti in contratto "parte permutatrice"). Con detto contratto i primi si impegnavano a cedere ai secondi una serie di terreni sui quali i

⁴¹ In tal senso si vedano Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., Sez. III, 22 luglio 2011, n. 16141, cit., 1559; Cass., Sez. III, 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967.

⁴² Critico nei confronti della ritenuta necessità del requisito della determinatezza del precetto ai fini dell'integrazione contrattuale è M. Grondona, *Integrazione del contratto di utenza tramite delibera dell'autorità per l'energia elettrica e il gas: un problema (ancora) aperto*, cit., 611 e segg., secondo cui il criterio introdotto dalla Corte non convince, in quanto porterebbe a sterilizzare la funzione protettiva del consumatore e, al contempo, del mercato svolta dall'Autorità. L'A., sottolineando come il meccanismo di cui all'art. 1339 c.c. non sia altro che uno strumento tecnico connotato in termini di politica del diritto e come l'integrazione del contratto di utenza ad opera dell'Aeeg sia funzionalmente orientata alla protezione giuridico-economica dell'utente/consumatore, invoca in presenza di una delibera indeterminata il ruolo ermeneutico ed assiologicamente orientato dell'interprete, il quale, in quanto attore istituzionale (il riferimento è tanto alla dottrina quanto alla giurisprudenza), dovrebbe ricostruire o comunque conformare l'ordinamento nella indicata direzione di politica del diritto, "in modo tale da assicurare una reale, effettiva protezione del mercato, *sub specie*, nel nostro caso, di protezione del cliente di Enel".

⁴³ In tal senso, cfr., Cass., 8 novembre 2012, n. 19333, cit., 2470 e 603; Cass., 27 luglio 2011, n. 16401, cit., 1967 e 897; Cass., 22 luglio 2011, n. 16141, cit., 1559. Si segnala il diverso avviso che era stato espresso con riguardo alla medesima disposizione dell'Aeeg in alcune pronunce della giurisprudenza di merito, nelle quali invece la prescrizione in discorso era stata reputata comun-

que "sufficientemente determinata da vincolare l'esercente anche sul piano contrattuale nei confronti dell'utente", cfr. per tale posizione, Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2010, in *Contratti*, 2010, VIII-IX, 762.

⁴⁴ Nella parte conclusiva della pronuncia annotata la Corte si sofferma, inoltre, sul richiamo che in alcune sentenze di merito era stato fatto, sempre con riguardo al caso di cui all'art. 6, 4° comma della Deliberazione n. 200 del 1999 dell'Aeeg, al meccanismo di integrazione contrattuale di cui all'art. 1374 c.c. (quanto a tale richiamo, si veda Trib. Vallo Lucania, 30 aprile 2009, cit.; Trib. Torre Annunziata, 31 maggio 2010, cit., 761 e segg.). Con riferimento al suddetto profilo, il Supremo Collegio ha precisato che la pertinenza, nella specie, dell'istituto di cui all'art. 1374 c.c. sembrerebbe doversi escludere, in quanto tale norma "svolge tradizionalmente una funzione suppletiva e non di imposizione di una disciplina imperativa, come accade invece per l'istituto di cui all'art. 1339 c.c.", laddove nella logica del sistema di cui alla L. n. 481/1995, la previsione del potere di integrazione del contratto di utenza esercitabile dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas "è certamente espressione non di supplenza, ma di imposizione di un regolamento ritenuto autoritativamente dovuto". Quanto all'art. 1374 c.c. quale generale referente normativo in tema di integrazione contrattuale, si veda M. Angelone, *Autorità indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, cit., 178 e segg.; Id., *Poteri regolatori dell'Aeeg e integrazione dei contratti di somministrazione di energia elettrica*, cit., 924-925 ed *ivi* il richiamo ai molteplici contributi dottrinali su tale norma e sui rapporti esistenti fra la stessa e l'art. 1339 c.c.

secondi avrebbero dovuto realizzare un complesso edilizio da trasferire, a titolo di permuta, ai primi. Detto contratto preliminare di permuta non era stato trascritto ex art. 2645 bis cc. atteso che non aveva la forma di atto pubblico o scrittura privata autenticata. Il termine per la stipula del definitivo era stato fissato al 26.7.2010. tale termine era inutilmente decorso. Un contratto di permuta riproduttivo degli accordi del 26.4.2010 era stato stipulato in data 6.9.2010 (atto per Notar M. *omissis*) ma di tale contratto erano parte gli originari permutanti D.M.G., F.M.A. e D.M.F. e, quale parte permutatrice, la società T. di M.G. & figlio srl, il cui amministratore era M.G., anziché come nel contratto preliminare di permuta del 26.4.2010, A.E. e M.G., quest'ultimo in proprio. A.E., essendo a suo dire, stato ingiustamente escluso dall'affare, aveva con atto di citazione del 16.2.2011 evocato in giudizio tutte le parti del contratto di permuta del 6.9.2010 chiedendo che fosse dichiarata la nullità di tale contratto ed ordinato il trasferimento dei beni oggetto di tale contratto in suo favore, con ciò esercitando l'azione ex art. 2932 cc., sebbene tale articolo non risulta menzionato nell'atto di citazione, ma sostanzialmente richiamato nel punto d) delle conclusioni e nel punto 9) della narrativa della citazione. Tale atto di citazione era stato trascritto ai sensi dell'art. 2652 n.2 cc in data 12.4.2011. La società T. di M.G. & figlio srl ha richiesto che la trascrizione di cui al precedente punto venisse cancellata in via d'urgenza risultando la domanda manifestamente infondata atteso che A.E. non era stato, a differenza di quanto dallo stesso affermato, ingiustamente escluso dall'affare ma era risultato inadempiente agli obblighi del preliminare, in particolare non aveva offerto, nonostante fosse in tal senso contrattualmente obbligato (artt. 3 e 4 del preliminare del 26.4.2010), i fondi necessari per la realizzazione dei manufatti edilizi, e producendosi medio tempore gravi effetti per la T. la quale, gravemente impegnata con gli istituti bancari, trovava difficoltà nella collocazione sul mercato degli immobili realizzati atteso che sugli stessi era stato apposto il vincolo della trascrizione della domanda giudiziale.

La domanda ex art. 700 cpc è stata rigettata nella prima fase cautelare proprio in base al limite discendente dall'art. 2668 cc.

Ritiene il Collegio che il reclamo meriti accoglimento apparendo, in base ad una delibazione sommaria propria di questa fase, che la domanda avanzata ex art. 2932 cc nel giudizio di merito, senza, ovviamente, entrare nel merito in ordine agli altri capi della domanda, non appaia, allo stato, fondata. Questi gli elementi che consentono di esprimere un provvisorio giudizio di infondatezza. Con l'atto di citazione del 16.2.2011, della cui trascrizione, eseguita il 12.4.2011, si invoca la cancellazione nel presente giudizio cautelare, A.E. ha chiesto al giudice la pronuncia di una sentenza ex art. 2932 cc produttiva degli effetti del trasferimento della proprietà in suo favore, a titolo di permuta, dei terreni indicati nel contratto preliminare di permuta del 26.4.2010.

Tale effetto plausibilmente non può realizzarsi in quanto gli originari permutanti D.M.G., F.M.A. e M.F., *prima che A.E. trascrivesse l'atto di citazione*, hanno trasferito i beni immobili oggetto del preliminare di permuta del 26.4.2010 in favore di un terzo soggetto: la T. di M.G. & figlio srl (cfr. contratto di permuta del 6.9.2010 per atto per Notar M. *omissis*). È pacifico in giurisprudenza (Cass. n.5162/2006, Cass. n.12633/95, Cass. n.13382/1992) che l'emanazione di una sentenza ex art. 2932 cc presuppone che il bene da

trasferire sia ancora in capo al promittente venditore, ciò intendendosi con l'espressione usata dal legislatore "qualora sia possibile". Nel caso in esame i promittenti permutanti si sono spogliati del bene prima che il giudizio ex art. 2932 cc venisse introdotto, sicché sussiste il limite individuato dalla giurisprudenza per l'emanazione della sentenza ex art. 2932 cc. In pratica, atteso che i terreni sono ora divenuti di proprietà di un terzo soggetto, l'A. non potrebbe con il rimedio ex art. 2932 cc, cui è funzionalmente legata la trascrizione della domanda di cui si chiede la cancellazione in questo procedimento, acquistarne la proprietà.

Ciò posto, ritiene il Collegio di aderire alla tesi minoritaria in giurisprudenza (Trib. Foggia 23.2.2009; Trib. Milano 30.9.2002), di ammissibilità della tutela d'urgenza in tema di cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale, apparendo quest'ultima domanda, sulla scorta della documentazione in atti e delle affermazioni fatte dal reclamante e non specificamente contestate dal reclamato. Pertanto da ritenersi utilizzabili ai fini della presente decisione ex art. 115, comma 1, cpc, secondo un giudizio prognostico proprio di questa fase, non meritevole di accoglimento. Al contrario, secondo un giudizio di probabilità (cd verosimiglianza) e non di certezza, appaiono fondate ragioni opposte dalla reclamante nel corso del giudizio di merito e riprodotte in questa sede. Sussiste, pertanto, sulla base di una cognizione sommaria dei fatti di causa, un complesso di elementi fondanti un giudizio positivo circa l'esistenza del diritto fatto valere dalla reclamante (cd *fumus*), nella specie diritto ad ottenere la cancellazione della trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2932 cc sul presupposto del probabile non accoglimento della domanda ex art. 2932 cc esperita dall'A., in particolare essendo i beni di cui si chiede il trasferimento di proprietà per via giudiziale non più appartenenti ai promissari permutanti convenuti nel giudizio di merito.

Quanto al *periculum in mora* la reclamante ha ampiamente documentato come il vincolo apposto sui beni oggetto della domanda giudiziale, di fatto, crei notevoli difficoltà nella commercializzazione degli stessi, in particolare coloro che hanno firmato i preliminari per l'acquisto delle villette si rifiutano di stipulare il rogito notarile state la pendenza della trascrizione della domanda giudiziale delle stesse. Vi è il rischio concreto che la T. debba restituire gli anticipi ricevuti (cfr. preliminare stipulato con D.P. ove è previsto quale termine per la stipula del definitivo il 30.8.2014) e comunque il vincolo della trascrizione, secondo nozioni di comune esperienza, ingenera difficoltà a condurre trattative con potenziali acquirenti, produce mancanza di liquidità per la società reclamante, operante nel settore edilizio, notoriamente in crisi in questo momento storico, con il rischio che "il cantiere si fermi", tenuto anche conto della scadenza in vista dei permessi di costruire per i manufatti non ancora completati. Questi effetti a catena sono di per sé idonei a produrre conseguenze pregiudizievoli irrevocabili (totale cessazione dell'attività di impresa). Conclusivamente il reclamo merita accoglimento, sussistendo nella fattispecie in esame il duplice requisito del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*. – *Omissis*.

Trascrizione di domanda giudiziale illegittima e tutela in via d'urgenza dei diritti del terzo

Vito Amendolagine

L'ordinanza in epigrafe del Tribunale di Brindisi affronta il noto problema della cancellazione in via d'urgenza di una domanda giudiziale trascritta in assenza dei presupposti indicati dall'art. 2932 c.c., ed in particolare, se l'ipotesi della cancellazione con provvedimento d'urgenza della trascrizione illegittima, ove equiparata sostanzialmente ad un atto emulativo, possa costituire una deroga al dettato normativo di cui all'art. 2668 c.c. che per la cancellazione richiede l'accordo delle parti o la sentenza di merito passata in giudicato.

La fattispecie

La vicenda esaminata dal Tribunale di Brindisi trae origine dalla trascrizione della domanda giudiziale con la quale una parte avvalendosi del disposto di cui all'art. 2932 c.c. chiede la pronuncia di una sentenza produttiva degli effetti del trasferimento di proprietà in suo favore, di alcuni terreni edificatori indicati in un precedente contratto preliminare di permuta, con il quale i permutanti si impegnavano a cedere alle parti permutatrici i suddetti terreni per la realizzazione di un complesso edilizio da trasferire successivamente agli stessi permutanti.

La controversia nasce a seguito della stipula di un distinto contratto di permuta riprodotto degli accordi del precedente preliminare di permuta rimasto inattuato, in quanto, uno degli originari permutatori lamentando di essere stato ingiustamente escluso dall'affare, evoca in giudizio tutte le parti interessate a quest'ultimo contratto di permuta, chiedendo con atto di citazione trascritto, che ai sensi dell'art. 2932 c.c. fosse dichiarata la nullità di tale contratto ed ordinato il trasferimento dei beni oggetto dello stesso contratto in suo favore.

La tutela dei diritti del terzo lesi dalla trascrizione illegittima della domanda ex art. 2932 c.c.

È importante evidenziare che nella presente fattispecie, la proprietà dei beni oggetto della domanda giudiziale trascritta di cui si discute, prima della notifica di quest'ultima, era già stata trasferita dai permutanti in favore della società odierna reclamante, costituente un soggetto giuridico "terzo" rispetto alle parti dell'originario contratto preliminare di permuta avente ad oggetto gli stessi beni immobili.

L'impresa permutatrice parte del successivo contratto di permuta, che *medio tempore* si era già obbligata nei confronti di vari promissari acquirenti di singole unità immobiliari in costruzione, temendo da un lato, di dovere restituire gli anticipi ricevuti, incorrendo in ulteriori difficoltà nel condurre in porto nuove trattative con altri potenziali acquirenti¹, e dall'altro, di rischiare una crisi irreversibile di liquidità sul piano dell'accesso al credito presso il ceto bancario per effetto della trascrizione dell'atto di citazione eseguita

dalla controparte, evoca in giudizio quest'ultima, per conseguire in via d'urgenza la cancellazione della suddetta trascrizione.

La *quaestio juris* esaminata dal Tribunale di Brindisi attiene quindi alla possibilità – per la parte legittimata alla realizzazione dei cespiti indicati nel contratto definitivo di permuta – di ricorrere alla tutela d'urgenza al fine di rimuovere immediatamente la trascrizione apposta illegittimamente, scongiurando le conseguenze irreparabili per la propria attività economica, derivanti dalla costante perdita nel tempo occorrente per la definizione del giudizio di merito, di tutta una serie di opportunità di vendita a potenziali acquirenti delle unità immobiliari in via di costruzione, in presenza di una rivendicazione ingiustamente opposta dalla parte permutatrice del precedente contratto preliminare di permuta rimasto inadempito, riguardante il trasferimento in proprio favore *ex art.* 2932 c.c. della proprietà degli stessi terreni edificatori.

Il nodo centrale della problematica che qui si pone è costituita dalla utilizzabilità del rimedio cautelare previsto in via residuale dall'art. 700 c.p.c. al fine di sbloccare la situazione di grave pregiudizio all'attività economica dell'impresa odierna reclamante per effetto dell'illegittima trascrizione eseguita dalla controparte di una domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c. rivelatasi già in sede sommaria, come palesemente infondata.

La domanda ex art. 2932 c.c. trascritta illegittimamente può essere cancellata in via d'urgenza

Il Tribunale – premesso che l'emanazione di una pronuncia giudiziale fondata sull'applicazione dell'art. 2932 c.c. presuppone che il bene immobile da trasferire si trovi ancora nella giuridica disponibilità del promittente venditore – nella fattispecie esaminata, riscontra il probabile non accoglimento dell'anzidetta domanda, trattandosi di beni di cui si chiede il trasferimento di proprietà per via giudiziale non più appartenenti ai promissari permutanti convenuti nel giudizio di merito instaurato dall'originaria parte permutatrice del preliminare di permuta rimasto inadempito.

A tal riguardo, si sottolinea quindi come l'invocata tutela cautelare risulti giustificata dall'attenta comparazione delle rispettive posizioni di diritto sostanziale delle

¹ Su tale specifica problematica cfr. Trib. Rieti, 19 agosto 2008, in *Giur. di Merito*, 2008, 2843, con osservazioni di Giordano; Id. Brindisi, 25 marzo 2002, *ivi*, 2003, 478.

parti contrapposte della lite, con specifico riferimento alla probabile infausta prognosi riferita all'instaurato giudizio di merito, attesa la grave situazione di vero e proprio abuso del diritto – rilevante anche sul piano della buona fede – in cui sarebbe incorsa la stessa parte attrice nel trascrivere una domanda *ex art.* 2932 c.c. nonostante l'assenza dei relativi presupposti di legge.

Ed è proprio su tale base che il Tribunale accoglie l'istanza cautelare, riesaminando sommariamente l'intera questione sotto una luce diversa rispetto alla decisione assunta dal giudice di prime cure che invece aveva rigettato l'analoga richiesta formulata *ex art.* 700 c.p.c.

Infatti, il Collegio, ritenendo ammissibile nella fattispecie gli estremi per la concessione dell'invocata tutela in via d'urgenza, ordinando direttamente alla parte responsabile di procedere alla cancellazione della trascrizione a propria cura e spese, motiva la propria adesione alla tesi minoritaria emersa nella giurisprudenza di merito, fondandola sul giudizio di probabile accoglimento delle ragioni opposte dalla società odierina reclamante nel corso del separato giudizio di merito trascritto ed azionato dalla controparte *ex art.* 2932 c.c. e riprodotte in tale sede.

In realtà, l'orientamento giurisprudenziale che ritiene ammissibile il provvedimento cautelare di cancellazione² inerisce all'ipotesi in cui la domanda giudiziale venga trascritta illegittimamente e quindi non rientri, neppure in astratto, nel novero di quelle enunciate negli artt. 2652 e 2653 c.c., esattamente come verificatosi nella presente fattispecie, in cui il trasferimento della proprietà dei terreni edificabili ad un soggetto terzo era intervenuto prima della notifica della domanda *ex art.* 2932 c.c., per l'effetto, risultando quest'ultima carente di un presupposto essenziale *ex lege*, ed in quanto tale, idonea a collocare la relativa fattispecie posta a base della domanda *ex art.* 2932 c.c. al di fuori di quelle contemplate dall'art. 2652 c.c.

La cancellazione di domande giudiziali palesemente infondate od escluse dagli artt. 2652 e 2653 c.c.

La posizione della giurisprudenza di merito nella materia qui considerata appare divisa, atteso che all'orientamento che ritiene essere ammissibile il ricorso in via d'urgenza per conseguire l'ordine di cancellazione di una domanda giudiziale trascritta illegittimamente, in quanto non rientrante neppure in astratto nel novero di quelle enunciate negli artt. 2652 e 2653 c.c.³, ovvero il cui accoglimento si riveli *ictu oculi* improbabile nel corso del successivo giudizio di merito, si contrappone un diverso e maggioritario orientamento che, invece,

nega l'ammissibilità di tale forma di tutela in forza di quanto enunciato dall'art. 2668 c.c.⁴.

La questione è di rilevante attualità, in quanto, come peraltro verificatosi nella stessa fattispecie esaminata dal Tribunale di Brindisi, oltre a coinvolgere la tutela dei diritti della parte interessata dall'originario rapporto contrattuale, finisce per coinvolgere anche la posizione di un soggetto "terzo" rispetto al contratto preliminare di permuta non trascritto, in forza del quale, l'originaria parte permutatrice ha successivamente trascritto una domanda giudiziale *ex art.* 2932 c.c. sui medesimi beni immobili.

Orbene, le pronunce giurisprudenziali che negano a priori la possibilità di addivenire con un provvedimento d'urgenza alla cancellazione del vincolo immobiliare anche nell'ipotesi in cui quest'ultimo si concreti in un vero e proprio atto emulativo, ovvero idoneo a configurare un vero e proprio abuso del diritto della parte istante, sembrano non tenere adeguatamente conto delle gravissime conseguenze economicamente rilevanti per la parte che ingiustamente subisce senza colpa gli effetti derivanti dalla trascrizione illegittima.

Infatti tali pronunce si fondano in parte sul rigoroso rispetto del tenore letterale dell'art. 2668 c.c.⁵ ed in parte sulla ricostruzione della sottostante *ratio* normativa per la quale, il legislatore con la disciplina di cui agli artt. 2652, 2653 e 2668 c.c. avrebbe riconosciuto all'attore il potere di trascrivere la domanda giudiziale svincolandolo da un controllo preventivo, rimettendone così l'esercizio alla sua piena responsabilità, sancendo il principio per cui, in caso di soccombenza, egli potrà essere chiamato a risarcire gli eventuali danni patiti dal convenuto a causa di una trascrizione imprudente⁶.

Ciò, ovviamente, vale per i danni la cui riparazione può essere effettuata per equivalente, non anche per quelli oggettivamente irreversibili, come ad esempio la chiusura di un'attività imprenditoriale per sopravvenuta carenza di liquidità laddove causata dalla revoca dei fidi concessi dalle banche per la riscontrata trascrizione del vincolo gravante sull'intero compendio immobiliare a garanzia dell'esposizione debitoria.

In realtà, come affermato dalla Consulta⁷, proprio perché imposta dalla legge, la trascrizione delle domande contemplate dagli artt. 2652 e 2653 c.c. non risentendo delle vicende del processo, viene meno solo quando l'infondatezza sia stata definitivamente sancita con una sentenza passata in giudicato.

Ma, precisa la stessa Consulta, questa scelta di fondo non è fatta dall'art. 2668 c.c. – che concerne solo le modalità della cancellazione della trascrizione – bensì

² Trib. Roma, 29 dicembre 1998, in *Foro It.*, 2000, I, 1235.

³ Trib. Napoli, 26 gennaio 2006, in *Giur. di Merito*, 2007, 2617; Id. Brindisi, 25 marzo 2002, *ivi*, 2003, 478; Id. Siracusa, 2 febbraio 2001, *ivi*, 2002, 43; Id. Roma, 29 dicembre 1998, in *Foro It.*, 2000, I, 1235.

⁴ *Ex multis*, cfr. Trib. Milano, 13 gennaio 2011, in *Giur. di Merito*, 2011, 1017.

⁵ Cfr. Trib. S.M. Capua Vetere, 9 ottobre 2009, in *www.iusexplorer.it*; Id. Milano, 8 marzo 2006, in *Giur. It.*, 2006, 2325.

⁶ Trib. Rimini, 29 luglio 2002, in *Giur. di Merito*, 2002, 1245.

⁷ Corte cost., 6 dicembre 2002, n.523, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 275.

dagli artt. 2652 e 2653 c.c., secondo i quali le domande ivi indicate si devono trascrivere, dovendosi così escludere quelle *ictu oculi* trascritte illegittimamente, al di fuori delle ipotesi contemplate dalle anzidette norme sopra richiamate.

Conclusioni

La pronuncia in epigrafe si inserisce nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale sull'ammissibilità della tutela d'urgenza per ottenere la cancellazione della trascrizione di una domanda giudiziale avvenuta in ipotesi diverse da quelle previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c. ovvero a fronte di una domanda giudiziale manifestamente infondata nel merito.

Secondo il Tribunale di Brindisi, ricorrendo una fattispecie del genere, oltre a non potere trovare applicazione l'art. 2668 c.c., che fa un espresso rinvio alle norme di cui agli artt. 2652 e 2653 c.c., la stessa trascrizione della domanda giudiziale si rivela come un'utilizzazione abusiva e distorta del diritto azionato in tal senso, valutabile anche alla stregua di un mero atto emulativo, atteso il suo contenuto contrario alle sopra richiamate previsioni normative, con la conseguenza che diviene possibile il ricorso per arrestare in via d'urgenza gli effetti pregiudizievoli derivanti dal permanere della trascrizione illegittima⁸.

La soluzione adottata dal Tribunale con l'ordinanza in epigrafe muove quindi dalla considerazione che mentre l'attore ha la possibilità di trascrivere ogni

domanda presuntivamente rientrante nel novero di quelle richiamate dagli artt. 2652 e 2653 c.c., il convenuto può trovarsi invece a subire un vincolo di indisponibilità sui propri beni immobili che può venire meno *ex art.* 2668 c.c., in assenza di un accordo, soltanto in forza di una sentenza passata in cosa giudicata, nonostante le gravissime conseguenze negative gravanti sul medesimo convenuto per tutto il tempo occorrente alla cancellazione della trascrizione eseguita al di fuori delle ipotesi considerate dalla legge.

Basti pensare ai casi in cui il bene immobiliare colpito dalla trascrizione appartenga ad un'impresa, la quale rischia di vedersi revocare gli affidamenti bancari precedentemente concessi utilizzando il cespite quale garanzia, ovvero a restituire gli acconti ricevuti per la realizzazione di appartamenti se trattasi di un'impresa edilizia, mentre se è nella disponibilità di una famiglia, quest'ultima potrebbe essere privata della possibilità di alienarlo al giusto prezzo di mercato al fine di provvedere ad una urgente necessità.

Conseguentemente, in dottrina⁹ è stata correttamente rilevata la profonda ingiustizia dell'attuale sistema che andrebbe quindi profondamente rivisto nella parte in cui attualmente addossa al convenuto nell'immediato, tutte le conseguenze negative derivanti da un'illegittima trascrizione di domanda giudiziale, nonostante siano la mera conseguenza dell'iniziativa di una delle parti interessate alla lite.

Matrimonio e divorzio

Tribunale Grosseto, 3 aprile 2014 (ordinanza) – Dott. Paolo Cesare Ottati – G. C. e S. B. – Ufficiale dello Stato civile del Comune di Grosseto.

Matrimonio e divorzio – Omosessualità – Trascrizione – Ammissibilità

Non esiste nell'ordinamento italiano alcun impedimento alla trascrizione nei registri dello stato civile dell'atto di matrimonio contratto all'estero tra soggetti dello stesso sesso, non avendo tale trascrizione natura costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé.

(Massima non ufficiale)

Omissis. – Sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 3 aprile 2014 nel procedimento n. (...) V.G., osserva:

1. Il provvedimento di rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto di trascrivere nei registri dello stato civile l'atto di matrimonio celebrato con rito civile il 6.12.2012 a New York (USA) tra i sigg. G. C. e S. B. si fonda sulle seguenti motivazioni:

a) la normativa italiana non consente che persone dello stesso sesso possano contrarre matrimonio;

b) non è possibile trascrivere l'atto di matrimonio contratto all'estero tra persone dello stesso sesso, "in quanto nel nostro ordinamento non è previsto il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso in quanto in contrasto con l'ordine pubblico";

⁸ Trib. Napoli, 26 gennaio 2006, in *Giur. di Merito*, 2006, 2170; Id. Milano, 1° dicembre 2003, in *Giur. It.*, 2004, 308; Id. Brindisi, 25 marzo 2002, in *Danno e Resp.*, 2003, 252; Id. Milano, 22 febbraio 2001, in *Giur. It.*, 1155; Id. Siracusa, 2 febbraio 2001, in *Giur. di Merito*, 2002, 43 e segg.; Id. Roma, 29 dicembre 1998, in *Foro It.*, 2000, I, 1325. Allo stesso modo parte della giurisprudenza ritiene ammissibili anche i ricorsi d'urgenza tesi ad ottenere la cancellazione della trascrizione di domande giudiziali palesemente infondate, sebbene in astratto rientranti tra quelle contemplate dagli artt. 2652 e 2653 c.c. Cfr. Trib. Foggia, 23 febbraio 2009, in *Foro It.*, 2009, I, 1921; Id. Bari, 23 luglio 2007, in *Giur. It.*, 2008, 705. Sulle questioni richiamate, in dottrina si rinvia a

Cimmino, *La trascrizione immobiliare*, Milano, 2012, 1040 e segg.; Giordano, *Trascrizione illegittima o abusiva di domande giudiziali e tutela d'urgenza ex art. 700 c.p.c.*, in *Giur. di Merito*, 2007, 591 segg.

⁹ Conte, *Provvedimento d'urgenza, ordine di cancellazione della trascrizione di domanda giudiziale ictu oculi infondata e incostituzionalità dell'art. 2668 c.c.*, in *Corriere Giur.*, 2001, 924 e segg., il quale si chiede altresì se il concetto di domanda non rientrante nell'ambito delle ipotesi previste dagli artt. 2652 e 2653 c.c. vada inteso *stricto sensu* od invece *lato sensu*, ossia nei casi in cui la domanda rientri astrattamente in una delle ipotesi di legge, ma in realtà sia *ictu oculi* infondata.

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995 dispone che la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio;

d) non è applicabile, nel caso di specie, la normativa contenuta nella dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (CEDU), ancorché ratificata con la legge n. 849 del 1955, la quale la esclude stabilendo all'art. 9 che "il diritto di sposarsi e di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

Il Pubblico Ministero ha espresso parere sfavorevole in ordine all'accoglimento del ricorso ex art. 95 del DPR n. 396 del 2000 presentato dai sigg. C. e B. avverso il succitato provvedimento di rifiuto dell'Ufficiale di Stato Civile del Comune di Grosseto sul presupposto che l'ordinamento italiano non attribuisce effetti giuridici al matrimonio celebrato tra persone dello stesso sesso e, pertanto, la trascrizione di unioni omosessuali non è possibile.

Sia l'Ufficiale di stato Civile del Comune di Grosseto sia il Pubblico Ministero hanno fatto riferimento, tra l'altro, alla sentenza n. 4184 del 15.3.2012 della Corte di Cassazione.

2. Si osserva, innanzitutto, che il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è inesistente per lo stato italiano (Cass. n. 4184/12) e non è contrario all'ordine pubblico, come la Suprema Corte ha riconosciuto, sia pure non esplicitamente, nella seconda parte della motivazione della sentenza n. 4184/12 laddove ha richiamato la sentenza 24 giugno 2010 della Corte Europea dei diritti dell'uomo (prima sezione caso *Shalk e Kopf contro Austria*) con la quale è stato stabilito che "la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto", ed ha affermato che "il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 della CEDU ha acquisito un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso".

3. La normativa di riferimento per la trascrizione degli atti di matrimonio celebrati all'estero corrisponde, essenzialmente, alle seguenti disposizioni:

a) l'art. 18 del DPR n. 396 del 2000, secondo cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico;

b) l'art. 115 del codice civile, secondo cui il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione I del capo III del titolo VI del libro primo anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite;

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio";

d) l'art. 28 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi al momento della celebrazione o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento";

e) l'art. 65 della legge n. 218 del 1995, secondo cui "hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producano effetti all'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato,

purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

4. Alla luce delle sopra richiamate normative, il tribunale ritiene che l'atto di matrimonio oggetto del ricorso dei sigg. C. e B. possa essere trascritto nei registri dello stato civile del Comune di Grosseto, non essendo ravvisabile, nel caso di specie, alcuno degli impedimenti derivanti dalle stesse disposizioni in quanto:

a) come chiarito al punto 2, il matrimonio civile tra persone dello stesso sesso celebrato all'estero non è contrario all'ordine pubblico;

b) nelle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio;

c) l'art. 27 della legge n. 218 del 1995 contiene un implicito richiamo alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio di cui alla sezione I del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile, dunque vale quanto precisato alla precedente lettera b);

d) è incontestato che il matrimonio celebrato all'estero è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo della celebrazione, come nel caso di specie;

e) è incontestato che il matrimonio in oggetto è produttivo di effetti giuridici nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato e non è contrario all'ordine pubblico;

e non essendo previsto, nel nostro ordinamento, alcun ulteriore e diverso impedimento derivante da disposizioni di legge alla trascrizione di un atto di matrimonio celebrato all'estero secondo le forme previste dalla legge straniera e che, quindi, spieghi effetti civili nell'ordinamento dello Stato dove è stato celebrato, non avendo tale trascrizione natura costitutiva ma soltanto certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio "*tempus regit actum*" (Cass. n. 17620/13; Cass. n. 10351/98).

La trascrivibilità di un matrimonio tra persone dello stesso sesso

La questione. La pronuncia di merito in esame concerne la riconoscibilità della titolarità in capo a due cittadini italiani dello stesso sesso, che hanno contratto matrimonio all'estero, del diritto alla trascrizione del relativo atto nel registro dello stato civile.

La decisione. La pronuncia prende le mosse dalla recente pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., 15 marzo 2012, n. 4182, annotata da Calevi, *Unioni same-sex: dall'inesistenza all'inidoneità a produrre effetti giuridici*, in questa *Rivista*, 2012, 8-9; Carbone, *Matrimonio omosessuale e trascrizione*, in *Corriere Giur.*, 2012, fasc. 5, 618 e segg.; Gattuso, *"Matrimonio", "famiglia" e orientamento sessuale: la cassazione recepisce la "doppia svolta" della corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. e Dir.*, 2012, 7, 665; Patti, *I diritti delle persone omosessuali e il mancato riconoscimento del matrimonio contratto all'estero*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2012, fasc. 6, 456 e segg.; Sgobbo, *Il matrimonio celebrato all'estero tra persone dello stesso sesso: la cassazione abbandona la qualifica di «atto inesistente» approdando a quella di «non idoneo a produrre effetti giuridici nell'ordinamento interno»*, in *Giust.*

Civ., 2013, 10, 2183). In tale fattispecie, viene confermato il diniego della trascrizione confermato dal giudice di seconde cure ma viene corretta la motivazione. Mentre, infatti, il giudice di secondo grado aveva fondato il suo rifiuto sull'inesistenza di una tale tipologia di matrimonio in quanto contratto tra persone di uguale sesso, la Cassazione afferma che l'intrascrivibilità dei matrimoni contratti all'estero tra omosessuali non è dovuta alla loro inesistenza o invalidità, bensì alla loro inidoneità a produrre nell'ordinamento italiano qualsivoglia effetto giuridico. Tanto, sulla scorta della ricostruzione fornita dalla Corte Costituzionale (Corte cost., 14 aprile 2010, n. 138, in *Giust. Civ.*, 2010, 1294; in *Foro It.*, 2010, 1361, con nota di Dalcanto; in *Guida Dir.*, 2010, 19, 16, con nota di Fiorini; in *Fam. e Dir.*, 2010, 653, con nota di Gattuso; in *Resp. Civ.*, 2010, 1421, con nota di Morlotti; in *Giur. Cost.*, 2010, 1604, con nota di Romboli), per la quale è ravvisabile la possibilità di legiferare in materia poiché "nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette", ed è infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 Cost. giacché il diverso trattamento giuridico riservato a coppie coniugate ed unioni omosessuali sarebbe in qualche modo giustificato dalla non omogeneità delle due fattispecie. È ritenuta inammissibile la questione in relazione all'art. 117 Cost. – posto nell'ordinanza di rimessione in correlazione da un lato agli artt. 8 e 12 della CEDU e, dall'altro, agli artt. 6 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea – in considerazione dei rinvii che le discipline richiamate fanno alla legislazione nazionale.

Ad avviso del Giudice adito nel caso in commento, tale statuizione implica il riconoscimento anche della non contrarietà all'ordine pubblico del matrimonio tra individui dello stesso sesso, nella misura in cui il precedente di legittimità richiama anche l'importante pronuncia offerta in materia dalla CEDU (Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 24 giugno 2010, di cui si segnala il commento di Pinardi, *La Corte, Il matrimonio omosessuale e il fascino (eterno?) della tradizione*, in *Leggi Civ. Comm.*, Padova, 2010, 1137), con la quale è stato stabilito che "la Corte non ritiene più che il diritto al matrimonio di cui all'art. 12 della CEDU debba essere limitato in tutti i casi al matrimonio tra persone di sesso opposto", ed ha affermato che "il diritto al matrimonio riconosciuto dall'art. 12 della CEDU ha acquisito un nuovo e più ampio contenuto, inclusivo anche del matrimonio contratto tra due persone dello stesso sesso".

Sulla scorta del fondamentale assunto della non contrarietà all'ordine pubblico della trascrizione di tale atto di matrimonio, attraverso una puntuale disamina delle norme del regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile e del diritto internazionale privato attinenti la trascrizione di atti formati all'estero, il Tribunale ordina la

trascrizione nei registri civili del matrimonio contratto dai ricorrenti nello stato di New York.

Nello specifico, il Tribunale individua la normativa di riferimento per la trascrizione degli atti di matrimonio celebrati all'estero corrisponde, essenzialmente, alle seguenti disposizioni:

a) l'art. 18, D.P.R. n. 396/2000, secondo cui gli atti formati all'estero non possono essere trascritti se sono contrari all'ordine pubblico;

b) l'art. 115 c.c., secondo cui il cittadino italiano è soggetto alle disposizioni contenute nella sezione I del capo III del titolo VI del libro primo anche quando contrae matrimonio in paese straniero secondo le forme ivi stabilite;

c) l'art. 27, L. n. 218/1995, secondo cui "la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio sono regolate dalla legge nazionale di ciascun nubendo al momento del matrimonio";

d) l'art. 28, L. n. 218/1995, secondo cui, per quanto di interesse "il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione (...);"

e) l'art. 65, L. n. 218/1995, secondo cui "hanno effetto in Italia i provvedimenti stranieri relativi alla capacità delle persone nonché all'esistenza di rapporti di famiglia o di diritti della personalità quando essi sono stati pronunciati dall'autorità dello Stato la cui legge è richiamata dalle norme della presente legge o producano effetti all'ordinamento di quello Stato, anche se pronunciati da autorità di altro Stato, purché non siano contrari all'ordine pubblico e siano stati rispettati i diritti essenziali della difesa".

Particolare rilievo riveste l'art. 27, L. n. 218/1995, che contiene un implicito richiamo alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio di cui alla sezione I del capo III del titolo VI del libro primo del codice civile: nelle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del codice civile non è individuabile alcun riferimento al sesso in relazione alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio. L'iter logico si conclude con il richiamo alla natura dell'istituto della trascrizione, certificativa e di pubblicità di un atto già valido di per sé sulla base del principio "tempus regit actum" (Cass., 18 luglio 2013 n. 17620, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10351, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2119).

Conclusioni. Preliminarmente, si osserva che il riferimento all'art. 65, L. n. 218/1995 è stato qualificato non pertinente alle fattispecie di trascrizione dell'atto di matrimonio (oltre alla citata pronuncia di Cassazione del 2012, si veda Trib. Treviso, 19 maggio 2010, annotata da Wrinkler, *Ancora sul rifiuto di trascrizione in Italia di same-sex marriage straniero: l'ennesima occasione mancata*, in *Dir. Famiglia*, 2011, 3, 1239, cui si rinvia per la accurata e dirimente disamina degli effetti conseguenti alla trascrizione dell'atto di matrimonio).

Inoltre, si osserva che il silenzio della pronuncia della Corte di cassazione del 2012 in ordine alla fon-

damentale questione della contrarietà delle nozze gay all'ordine pubblico è stato interpretato, oltre che come tacito diniego (Gattuso, *Analisi della pronuncia della Corte di Cassazione sui matrimoni e le famiglie gay*, in www.studiocataldi.it) anche come mancata presa di posizione (Calevi, *op. cit.*, sub nota 12). Ad ogni modo, la pronuncia pare superare l'argomento, mentre prescinde anche dall'altro elemento cui viene dato rilievo preminente in materia, secondo il quale il requisito della diversità dei sessi, pur se non previsto in modo espresso quale causa di invalidità del matrimonio, ne sia tuttavia un postulato implicito, talvolta persino emergente dal contesto letterale, come accade all'art. 107, 1° comma, c.c. il quale fa riferimento al prendersi "rispettivamente in marito e moglie" (tra molte, in sede di merito, si veda Trib. Latina, 31 maggio 2005 (decr.), in *Fam. e Dir.*, 2005, 4, 411, inoltre commentata da Bilotta, *Matrimonio (gay) all'italiana*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, I, 86 e segg.).

In conclusione, va osservato che la pronuncia in esame risponde all'esigenza rilevata ed avvertita anche dalla Corte Costituzionale, che nella menzionata pronuncia assume che "(...) nell'ambito applicativo dell'art. 2 Cost., spetta al Parlamento, nell'esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte costituzionale la possibilità d'intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere,

infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza".

Il Giudice *a quo*, chiamato a pronunciarsi sullo specifico aspetto della ammissibilità della trascrizione dell'atto di matrimonio, ha condotto un'interpretazione strettamente letterale del dato normativo, evidentemente ritenuto incontrovertibile. Tale puntuale indagine può rappresentare, in futuro, un presupposto per considerazioni più ampie sull'ordinamento nel suo complesso.

Tra i vari aspetti di cui tenere conto, v'è che l'assunto dell'inidoneità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso a produrre effetti in Italia trova un limite nel principio di libera circolazione delle persone in ambito UE (in virtù del dato normativo rappresentato dal D.Lgs. n. 30/2007 con il quale è data applicazione alla Dir. 2004/38/CE. In materia, si veda Trib. Reggio Emilia, Sez. I, 13 febbraio 2012, in *Dir. Famiglia*, 2012, 4, 1650 annotata da Di Felice, e da Romboli in *Foro It.*, 2012, 10, I, 2727).

Si tratta solo di una delle numerose evidenze normative che si impongono nell'analisi dell'istituto della trascrizione dell'atto di matrimonio celebrato all'estero, ove contratto tra persone dello stesso sesso.

Lara Attademo

Contratto in generale

Tribunale di Trieste, 7 marzo 2014 – Pres. Est. G. Sansone – Picciotto – Spadaro – Irneri (avv.ti Grava e Gobbi) c. Hauser (avv.ti Santi e De Nova).

Contratto in genere – Causa – Causa in concreto – Nullità – Fattispecie

In presenza di un patto parasociale originariamente sottoscritto tra due soci con pari partecipazione diretto a regolare la nomina degli organi sociali, la successiva mancata sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte di uno dei due soci, con conseguente diluizione della di lui partecipazione, facendo venire meno l'interesse dell'altro socio alla prestazione, configura una sopravvenienza rilevante, seppur non imprevedibile, tale da privare l'operazione negoziale del suo senso e del suo scopo e quindi incide sulla causa in concreto del patto rendendolo nullo, con la conseguente estinzione del rapporto parasociale in ragione del sopraggiunto venir meno della sua causa concreta.

Omissis. – D.I., socia col marito S.H. della C. M. C. spa, premesso che a seguito dall'aumento di capitale della società "gli assetti proprietari che ne sono scaturiti hanno determinato la sopravvenuta invalidità o, in subordine la ricorrenza dei presupposti per chiedere la risoluzione o accertare il suo

diritto al recesso" dei patti parasociali sulla nomina degli organi sociali stipulati dai coniugi in occasione della loro separazione personale, ha convenuto avanti a questo Tribunale S.H. per sentir dichiarare la nullità dei patti o statuirne la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, o statuire il diritto dell'attrice a recedere da essi.

Il convenuto ha contestato la fondatezza dell'attore domanda assumendo che la dedotta nullità non sarebbe potuta derivare da una circostanza sopravvenuta e, quanto alla richiesta risoluzione dei patti, l'inapplicabilità dell'istituto dell'eccessiva onerosità agli stessi in quanto contratti associativi e non di scambio e comunque per difetto del requisito del "verificarsi di un avvenimento straordinario e imprevedibile.

La domanda dell'attrice è fondata e va accolta dovendosi ritenere estinto il rapporto in ragione del sopraggiunto venir meno della causa concreta del patto parasociale.

La profonda variazione della entità delle partecipazioni societarie detenute rispettivamente dai soci in causa a seguito della sottoscrizione dell'aumento di capitale della società da parte della sola attrice ha sicuramente alterato profondamente i presupposti dell'iniziativa contrattuale. Il patto, infatti, volto a predeterminare una rappresentanza paritetica dei soci interi ed H. in seno al consiglio di amministrazione della C. M. C. spa, è stato concluso in occasione della loro separazione personale quando nessuno di loro disponeva della maggioranza assoluta e le rispettive

partecipazioni erano quasi paritetiche: 45% I. e 50% H. A seguito della sottoscrizione da parte della sola I. dell'intero capitale, del quale era stato deliberato all'unanimità l'aumento su proposta del c.d.a. presieduto da H. per assicurare la continuità aziendale della società, la partecipazione della I. è aumentata fino al 97,30% mentre quella di H. si è ridotta al 2,5%. Gli assetti proprietari e la situazione economica e finanziaria della società che si sono avuti a seguito del cospicuo impegno finanziario sostenuto dalla sola I., resosi necessario per assicurare il conseguimento dell'oggetto sociale della C. M. C. spa, il cui capitale sociale è passato da 208.000,00 a 4.208.000,00, sono profondamente diversi da quelli esistenti e sulla cui base venne stipulato il patto parasociale.

Quantunque la "sopravvenienza" in esame non possa certo considerarsi imprevedibile – per vero essa, usualmente, è la prima ad essere contemplata e regolata nei patti parasociali – e quindi non possa essere ricondotta nell'istituto dell'eccessiva onerosità, tuttavia essa è tale da privare sicuramente l'operazione negoziale di cui si discorre del suo senso e del suo scopo essendo venuto meno "l'interesse del creditore alla prestazione", l'interesse, cioè, di chi detiene più del 97% del capitale di una società, alla "prestazione" di altro socio che ne detenga appena il 2,5%, "al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società" (art. 2341 bis c.c.): si manterrebbe in vita un atto negoziale inidoneo ad espletare una funzione utile in relazione agli interessi che si intendono perseguire attraverso il contratto.

La dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ricorso a diversi istituti per governare "sopravvenienze" non regolate in via pattizia né disciplinate da una disposizione del codice le quali risultino incompatibili con i presupposti dell'iniziativa contrattuale. Si tratta di costruzioni – l'applicazione in

via diretta o analogica dell'art. 1463 c.c. l'integrazione del regolamento negoziale mediante il criterio della buona fede, il sopraggiunto venir meno della causa concreta – tutte compatibili con il diritto positivo e idonee a perseguire lo scopo di giustizia di "azzerare" gli obblighi esistenti tra le parti generati da un atto di autonomia privata non più idoneo a perseguire quegli scopi per cui era stato realizzato. Si può condividere, allora, l'indirizzo giurisprudenziale che fa riferimento al venir meno della causa concreta, intesa quale sintesi di interessi che il contratto è concretamente diretto a realizzare, per governare le circostanze non regolate che ne pregiudicano la realizzazione (v. Cass. 8.5.2006, n. 10490). Questa impostazione è stata resa possibile grazie ad una rinnovata lettura dell'elemento causale da parte della Corte di cassazione la quale ha rilevato che "un concetto di funzione astratta di causa non può più ritenersi soddisfacente criterio ermeneutico contrattuale, dovendo più correttamente procedere, di converso, ad una ricostruzione in termini di causa concreta" e che pertanto "il concetto di causa concreta... assume rilievo quale criterio di adeguamento del rapporto negoziale, considerato nel suo aspetto dinamico-effettuale" (così Cass. 8.5.2006, n. 10490; conf. Cass. 20.12.2007, n. 26958). In questo modo l'individuazione della causa concreta diviene rilevante non solo nella fase della individuazione delle patologie originarie ma anche nella gestione della vicenda contrattuale, nel senso che eventuali fattori sopravvenuti idonei ad incidere sulla concreta funzionalità del rapporto (ivi compreso l'interesse del creditore di ciascuna delle prestazioni corrispettive), finiscono per essere qualificati quali fattori patologici (seppure di patologia sopravvenuta), dell'elemento causale del contratto, idoneo conseguentemente a condurre all'estinzione dello stesso vincolo contrattuale. – *Omissis*.

Causa in concreto e patti parasociali

Enrico Gabrielli

La decisione fa applicazione, ad una fattispecie avente ad oggetto patti parasociali, della teoria della causa in concreto, ma dando luogo ad un "uso sbagliato di uno strumento astrattamente giusto".

Il caso

Una sentenza del Tribunale di Trieste offre lo spunto per qualche sintetica notazione sull'impiego che la giurisprudenza oramai opera, a volte con estrema disinvoltura, del concetto di "causa in concreto" e della fattispecie che quella nozione vuole rappresentare.

Dalla stringata motivazione della sentenza sembra risultare che moglie e marito, ciascuno dei quali è titolare a seguito di separazione coniugale di una propria partecipazione azionaria in una società di costruzione, concludono un patto parasociale (del quale tuttavia non è descritto il contenuto ed assetto) al fine di regolare il controllo della società medesima attraverso la nomina degli organi sociali.

Successivamente viene deliberato un aumento di capitale, che la moglie sottoscrive in misura integrale, con il risultato che da un originario rapporto partecipativo quasi paritetico si passa ad uno quasi totalitario in capo alla stessa (che ovviamente in esecuzione della sottoscrizione deve versare una significativa somma di

denaro), la quale, allora, assume che l'originario equilibrio tra le rispettive partecipazioni, si è alterato al punto tale che "gli assetti proprietari che ne sono scaturiti hanno determinato la sopravvenuta invalidità, o, in subordine, la ricorrenza dei presupposti per chiedere la risoluzione o accertare il suo diritto di recesso".

La moglie quindi chiama in giudizio il marito per sentir dichiarare la nullità ovvero la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, o comunque per far statuire il proprio diritto di recesso dal patto.

Il marito si costituisce respingendo le domande sul rilievo che la richiesta dichiarazione di nullità non sarebbe potuta derivare da una circostanza sopravvenuta, ed in ogni caso escludendo l'applicazione al caso di specie dell'istituto dell'eccessiva onerosità sopravvenuta trattandosi di contratti non di scambio, ma associativi, e comunque per la mancanza di un avvenimento straordinario ed imprevedibile.

Il Tribunale accoglie la domanda dell'attrice dichia-

rando la nullità del patto, “dovendosi ritenere estinto il rapporto in ragione del sopraggiunto venir meno della causa concreta del patto parasociale”.

Nella motivazione il Tribunale premesso che la “sopravvenienza” in esame non possa considerarsi imprevedibile – dato che “usualmente è la prima ad essere contemplata e regolata nei patti parasociali”, con la conseguente sua esclusione dal perimetro dell’eccessiva onerosità sopravvenuta – la considera tuttavia “tale da privare sicuramente l’operazione negoziale di cui si discorre del suo senso e del suo scopo essendo venuto meno l’interesse del creditore alla prestazione”.

Tale interesse, secondo il Tribunale, consisterebbe in quello “di chi detiene più del 97% del capitale di una società, alla ‘prestazione’ di altro socio che ne detenga appena il 2,5% al fine di stabilizzare gli assetti proprietari o il governo della società (art. 2341 bis c.c.): si manterrebbe in vita un atto negoziale, inidoneo ad espletare una funzione utile in relazione agli interessi che si intendono perseguire attraverso il contratto”.

Nella ricostruzione dei fatti svolta dal Tribunale l’accordo originario aveva come fine quello indicato nell’art. 2341 bis c.c. per garantire ai due soci una gestione paritetica, e poiché né l’uno, né l’altro, detenevano la maggioranza assoluta (dato che le loro partecipazioni erano del 45% la moglie e del 50% il marito), entrambi avevano stipulato un patto “volto a predeterminare una rappresentanza paritetica dei soci I. ed H. in seno al Consiglio di Amministrazione della C. M. C. s.p.a.”.

Questa dunque, secondo il Tribunale, sarebbe stata la “causa concreta” del contratto parasociale e sarebbe venuta meno per la “profonda variazione della entità delle partecipazioni societarie detenute dai soci in causa a seguito della sottoscrizione dell’aumento di capitale della società da parte della sola attrice” che avrebbe “alterato i presupposti dell’iniziativa contrattuale”.

La decisione

Il linguaggio impiegato nella motivazione della sentenza, che richiama le parole di Mario Bessone nel suo importante studio sul rischio contrattuale¹, svela nell’estensore un’accurata conoscenza del tema, come risulta anche dalla parte più prettamente tecnica del percorso argomentativo svolto, laddove con il pregio della sintesi vengono ripercorsi i momenti e gli itinerari seguiti dalla giurisprudenza per giungere all’enucleazione della teoria della “causa in concreto”.

Concetto che il Tribunale individua come strumento interpretativo “rilevante non solo nella fase della

individuazione delle patologie originarie, ma anche nella ‘gestione’ della vicenda contrattuale, nel senso che eventuali fattori sopravvenuti idonei ad incidere sulla concreta funzionalità del rapporto (ivi compreso l’interesse del creditore di ciascuna delle prestazioni corrispettive), finiscono per essere qualificati quali fattori patologici (seppure di patologia sopravvenuta) dell’elemento causale del contratto, idoneo conseguentemente a condurre all’estinzione dello stesso vincolo contrattuale”.

Il tema affrontato dal Tribunale non è dunque quello della nullità come fattispecie di invalidità (che diventa in realtà l’esito della decisione), ma quello della nullità come fattispecie di inefficacia per il venir meno della causa in concreto del contratto.

La sentenza, nella ricostruzione che ci offre, infatti, considera la circostanza che nell’agosto 2012 l’attrice era divenuta socia di maggioranza assoluta come il fatto “sopravvenuto” che avrebbe privato il patto della sua “causa concreta”, dato che l’attrice, oramai titolare della quasi intera partecipazione sociale, non necessitava più di un accordo con l’ex marito per “stabilizzare il governo della società”, avendone già il controllo totalitario.

La sentenza, così ragionando ed argomentando, cade in un errore di fondo, poiché, attraverso il richiamo alla causa in concreto, confonde il tema delle invalidità con quello delle sopravvenienze rilevanti, e quindi confonde anche i rispettivi ambiti di applicazione della disciplina che a ciascuna fattispecie è propria, con la conseguenza che sanziona con la nullità del patto quello che, viceversa, proprio secondo il percorso argomentativo svolto (se fosse corretta l’interpretazione sia dei fatti costitutivi della domanda, sia del contenuto del patto) sarebbe dovuta essere, semmai, una dichiarazione giudiziale di inefficacia del patto per venir meno del suo elemento funzionale.

Vizio quindi del rapporto e non vizio dell’atto, ma un vizio del rapporto che nel caso di specie non poteva portare alla inefficacia, dato che non sussisteva nessuno dei presupposti per una risoluzione, come diremo in seguito.

La “teoria della causa in concreto” e la sua applicazione al caso di specie

L’enucleazione “della teoria della causa in concreto” si deve come noto alla dottrina – e non alla giurisprudenza, alla quale va tuttavia riconosciuto il merito di aver saputo cogliere la rilevanza ermeneutica di tale strumento concettuale – e segnatamente a quell’autorevole linea di pensiero² che prospettò la necessità di superare la concezione della causa come funzione eco-

¹ Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 14 e segg.

² G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 251; Id., *La causa nella teoria del contratto*, in Ferri-Angelici, *Studi sull’autonomia dei privati*, Torino, 1997, 99; Id., *I profili generali della teoria del negozio giuridico*, in Ferri-

Angelici, *Studi sull’autonomia dei privati*, cit., 29 e segg.; Id., *L’“invisibile” presenza della causa del contratto*, in G.B. Ferri, *Il potere e la parola*, Padova, 2008, 449; Id., *L’accordo sufficiente e la funzione del contratto*, ivi, 459; Id., *Operazioni negoziali “complesse” e la causa come funzione economico-individuale del negozio giuridico*, in *Dir. e Giur.*, 2008, 318.

nomico-sociale dell'atto di autonomia (propria del pensiero di Emilio Betti³) per muovere all'idea della causa come funzione economico-individuale al fine di poter meglio cogliere la concreta realtà degli interessi che sono alla base di ogni atto di privata autonomia.

La causa così intesa diviene l'elemento di coesione di tutti gli altri elementi di cui si compone la costruzione della regola negoziale e rappresenta l'indice di come la regola dei privati sia "l'espressione oggettiva delle finalità soggettive che l'autore o gli autori del negozio intendono perseguire", così da divenire l'elemento che "tecnicamente collega l'operazione economica, cui il negozio dà vita, intesa nella sua globalità, ai soggetti che ne sono autori"⁴.

La causa è dunque la funzione economico – individuale del contratto "in quanto riguarda una operazione che esprime esigenze ed interessi di uno o più individui", ed è il particolare angolo visuale dell'interesse che suggerisce all'interprete quello che nella singola fattispecie, indipendentemente dal tipo di contratto è la ragione dell'affare e la sua interna economia, cioè a dire la misura del rischio delle sopravvenienze negativa che ciascuna parte si è accollata nel momento in cui ha dato vita a quel determinato rapporto negoziale.

La lettura del profilo causale del contratto, suggerita dalla dottrina appena ricordata, apre la strada alla possibilità di valutare nella loro concretezza tutti quegli interessi che entrano a far parte della ragione sostanziale dell'affare, indipendentemente dalla loro presenza nel modello legale tipico scelto dalle parti per disciplinarla, dato che la rilevanza di tali interessi emerge quando si comprende che ogni singolo contratto, in quanto modello privato di organizzazione di interessi, rappresenta anche un piano di distribuzione di rischi contrattuali; così che la sua scelta è già di per sé indice di come le parti vogliono distribuire il rischio dell'inadempimento e della sopravvenienza rilevante, cioè di come vogliono regolare l'economia del loro contratto⁵.

Il rilievo che nel caso di specie assume l'interesse delle parti, per quanto può desumersi dalla scarna ricostruzione operata in sentenza, non incide sul piano della validità del contratto o del rapporto che dallo stesso ne è scaturito, ma attiene unicamente al rapporto di corrispettività tra le contrapposte prestazioni alle quali entrambe si sarebbero assoggettate, e ciò, anche a prescindere dal fondato dubbio che possano essere risolti ovvero dichiarati nulli i contratti associativi per il difetto prodotto sul loro piano causale da un

vizio (non genetico ma) sopravvenuto del rapporto di corrispettività.

Nei contratti di scambio l'elemento negativo sopravvenuto assume rilievo sul piano della simmetricità delle prestazioni contrapposte, così che la risoluzione sanziona con l'inefficacia del vincolo il mancato realizzarsi di una completa funzione di scambio, ma l'evento sopravvenuto deve essere tale, sia in termini qualitativi, sia quantitativi, da incidere in concreto su quella funzione alterandola nella sua essenza o nella sua misura rispetto all'originaria economia del contratto⁶.

Nel caso oggetto della sentenza, pur come detto nell'assenza di una descrizione del patto, se entrambe le parti si fossero obbligate ad una sottoscrizione paritetica del capitale sociale in sede di aumento dello stesso, allora, in caso di mancata sottoscrizione del marito in misura paritetica, la sanzione sarebbe dovuta essere quella della risoluzione per inadempimento e non quella della nullità; se, viceversa, tale obbligo di reciprocità non sussisteva in capo alle parti, come sembrerebbe dal tenore della sentenza, allora meno che mai avrebbe dovuto avere ingresso il profilo della nullità dell'elemento causale per un preteso vizio sopravvenuto dello stesso.

Va peraltro osservato come la sentenza, pur applicando la teoria della causa in concreto⁷, non svolga alcuna considerazione sul rapporto tra causa e tipo, laddove il patto non si presenta con una propria e autonoma causa, ma si configura all'interno di un tipo contrattuale legale quale è quello previsto nell'art. 2341 *bis* c.c., poiché espressamente richiama la funzione "di stabilizzare agli assetti proprietari o il governo della società", segno evidente che le parti così facendo hanno ritenuto di sottoporre il patto alla disciplina legale propria del patto parasociale, la quale, sul piano funzionale dell'atto di autonomia privata, non viene meno anche se nel corso del tempo mutano gli assetti quantitativi delle partecipazioni dei soci che hanno aderito e sottoscritto il patto⁸.

Sicché, quanto meno alla luce di quanto riportato in fatto dalla sentenza, il riferimento alla causa in concreto appare in questo caso, non solo erroneo, ma anche fuorviante, poiché le parti sembrano essersi volute collocare all'interno di uno schema tipico per la costruzione della regola di governo dei loro rapporti societari, senza in alcun modo derogare né il contenuto, né i limiti di elasticità della funzione tipica di quello schema legale, e quindi poco spazio dovrebbe residuare ad una indagine sulla causa in concreto.

³ Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Vassalli, II ed., Torino, 1950, 391.

⁴ G.B. Ferri, *La causa nella teoria del contratto*, in Ferri-Angelici, *Studi sull'autonomia dei privati*, Torino, 1997, 99.

⁵ Sul punto mi permetto di rinviare a E. Gabrielli, *Tipo contrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. VIII, Roma, 2000, 9; Id., *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2009, 910 e segg.

⁶ E. Gabrielli, *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Tratt. di*

dir. priv. diretto da Bessone, Torino, 2011, 367 e segg.; Id., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2013, 56 e segg.

⁷ Per una puntuale ricostruzione delle questioni che il tema solleva cfr. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, 66 e segg.

⁸ Sul tema cfr. ora AA.VV., *I patti parasociali*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2014, supplemento al n. 2

Il richiamo alla causa in concreto ed alla nullità appare dunque viziato, poiché è l'inefficacia che opera sugli effetti e quindi sul rapporto che deriva dal contratto nella fase della sua esecuzione.

Del resto sono proprio le decisioni richiamate dalla sentenza che offrono la conferma dell'errore e della contraddizione in cui è caduta la Corte.

Il *leading case* che ha inaugurato la stagione della causa in concreto⁹, aveva riguardo ad un caso di mancanza originaria della causa in concreto del contratto, quindi un vizio genetico – e non sopravvenuto come in questo caso – dello stesso.

Nell'altro precedente citato in sentenza¹⁰, che aveva ad oggetto un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno, la Corte ha confermato la sentenza di merito con cui era stato dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente ed ha condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera, dettando il principio secondo cui "la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione, con la conseguente possibilità di attivare i rimedi restitutori, ai sensi dell'art. 1463 c.c., può essere invocata da entrambe le parti del rapporto obbli-

gatorio sinallagmatico, e cioè sia dalla parte la cui prestazione sia divenuta impossibile sia da quella la cui prestazione sia rimasta possibile. In particolare, l'impossibilità sopravvenuta della prestazione si ha non solo nel caso in cui sia divenuta impossibile l'esecuzione della prestazione del debitore, ma anche nel caso in cui sia divenuta impossibile l'utilizzazione della prestazione della controparte, quando tale impossibilità sia comunque non imputabile al creditore e il suo interesse a riceverla sia venuto meno, verificandosi in tal caso la sopravvenuta irrealizzabilità della finalità essenziale in cui consiste la causa concreta del contratto e la conseguente estinzione dell'obbligazione".

La conclusione

Il caso oggetto di queste brevi note conferma, allora, quanto di recente rilevato da Enzo Roppo, a proposito dell'uso giurisprudenziale della "causa in concreto", quando, ad esito di un'approfondita analisi critica degli orientamenti in materia, ha posto in evidenza il rischio che a volte le nostre Corti, prese dall'ansia di produrre un risultato giusto, usino "in modo sbagliato uno strumento astrattamente giusto"¹¹.

⁹ Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1988, che definisce la causa concreta come "lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato", puntualizzando che "la causa di un contratto non è la sua funzione economico-sociale, che si cristallizzerebbe per ogni contratto tipizzato dal legislatore (ciò che non spiegherebbe, a tacer d'altro, come un contratto tipico possa avere una causa illecita), ma è la sintesi degli interessi reali che il singolo, specifico contratto posto in essere è diretto a realizzare", in quel caso la Corte ha considerato privo di causa, e conseguentemente viziato di nullità, un contratto concernente un'attività di consulenza avente ad oggetto la valutazione di progetti industriali e di acquisizione di azienda intercorso tra una società di consulenza, che ne aveva contrattualmente assunto l'incarico, e un soggetto che la stessa attività "già simmetricamente e specularmente" svolgeva in adempimento delle proprie incombenze di amministratore della medesima società conferente.

Si vedano successivamente, fra le altre, anche Cass., 11 giugno

2007, n. 13580, in *Giust. Civ.*, 2008, I, 729, con nota di E. Gabrielli, *Il "contratto frazionato" e l'unità dell'operazione economica*; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova Giur. Comm.*, 2010, I, 448, con nota di Di Leo; Cass., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giur. It.*, 2010, 2033, con nota di Rocchio, *Le garanzie autonome, e in particolare le polizze fideiussorie, viste dalle Sezioni Unite*; Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro It.*, 2010, 2460, con nota di F.S. Costantino, *Adempimento di debito altrui, fallimento del "solvens" e revocatoria al vaglio delle sezioni unite*; Cass., 18 agosto 2011, n. 17360, in *Giur. It.*, 2012, 1795.

Significativo è altresì l'impiego che la Corte di cassazione ne ha fatto in tema di concordato preventivo, cfr. sul punto di recente, anche per un riepilogo delle questioni connesse, Vettori, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. Impr.*, 2013, 1203.

¹⁰ Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958.

¹¹ Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Div.*, 2013, 987.

Diritto Processuale Civile

a cura di Sergio Chiarloni

con Chiara Besso, Mauro Bove, Antonio Carratta e Achille Saletti

Usò della lingua tedesca nel processo

Corte giustizia Unione europea, Sez. II, 27 marzo 2014, in causa C-322/13 – Pres. e Rel. de Lapuerta – Ulrike Elfriede Grauel Ruffer – Katerina Pokorná (avv.ti Mairhofer e Bauer).

Processo civile – Trentino-Alto Adige – Principio del bilinguismo – Applicabilità ai soli cittadini italiani residenti nella Provincia di Bolzano – Contrasto con gli articoli 18 e 21 TFUE – Conseguente applicabilità a tutti i cittadini dell’Unione europea

Gli artt. 18 TFUE e 21 TFUE devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che riconosce il diritto di utilizzare, nei processi civili pendenti dinanzi ai giudici di uno Stato membro che abbiano sede in un determinato ente locale di tale Stato, una lingua diversa dalla lingua ufficiale di detto Stato solo ai cittadini di quest’ultimo che siano residenti in questo stesso ente locale.

Per il testo della sentenza v. www.curia.europa.eu.

La Corte UE conferma e rafforza l’uso della lingua tedesca nel processo

Lo spunto per l’intervento della Corte. Con la pronuncia in commento è definitivamente tornato “ciel sereno” – si allude all’errore proprio marchiano in cui era incorsa la Corte di Cassazione con la sentenza n. 20715/2012 (in *Giur. It.*, 2013, 5, 1143) – nella vita giudiziale del foro altoatesino. La Corte di giustizia UE lo ha fatto senza troppe cerimonie ed addirittura facendo trasparire, tra le righe, una certa indignazione con il Governo italiano che, senza tanta fantasia, ha cercato di rivitalizzare le difese e gli argomenti già dedotti, come pure già respinti, nella sentenza *Bickel e Franz* (Corte giust. CE, 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*, in *Racc.*, 1998, I-7637).

Il biasimo nei confronti del Governo italiano. Infatti, da un lato e come risulta dall’*incipit* della sentenza, la Corte aveva deciso, dopo aver sentito l’avvocato generale, di giudicare la causa senza conclusioni scritte, opzione consentita dall’art. 20, 5° comma, dello Sta-

tuto della Corte di giustizia dell’Unione europea, a mente del quale “ove ritenga che la causa non sollevi nuove questioni di diritto, la Corte può decidere, sentito l’avvocato generale, che la causa sia giudicata senza conclusioni dell’avvocato generale”, nonché dall’art. 59, 2° comma, del Regolamento di procedura della Corte di giustizia, il quale contempla la “proposta del giudice relatore [...] sull’eventuale omissione delle conclusioni dell’avvocato generale, in osservanza dell’articolo 20, quinto comma, dello statuto”.

Dall’altro lato, e probabilmente proprio perché la causa non sollevava nuove questioni di diritto – infatti, sin dall’inizio la sentenza *Bickel e Franz*, relativa ad un procedimento penale, veniva estesa anche al procedimento civile e si riteneva quindi scontato e sostanzialmente inutile l’esito di un’eventuale apposita domanda pregiudiziale alla Corte europea, e solo il suddetto infelice ed ignaro intervento della Corte di Cassazione spingeva il Tribunale di Bolzano ad interpellare la Corte europea per definitivamente sgombrare il campo da ogni dubbio residuo –, la Corte, nei punti 22 e segg. della sentenza, con molta chiarezza e severità mette da parte le osservazioni del Governo italiano, ricordandogli il fondamentale principio di non discriminazione (punto 22); il regime bilinguistico da esso stesso varato ed installato, con la nomina di giudici nella provincia di Bolzano “perfettamente in grado di svolgere i procedimenti giurisdizionali in lingua italiana, in lingua tedesca o in entrambe le lingue” (punto 24; anche se, per la verità, su tale punto dovrebbe farsi qualche piccola riserva); ed infine il principio, altrettanto fondamentale, che motivi di natura meramente economica, quali gli eventuali costi supplementari causati dall’applicazione del regime bilinguistico a tutti i cittadini dell’Unione europea, mai possono costituire una ragione idonea a giustificare una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal TFUE (punto 25).

La lacuna (si spera solo) apparente. Qualche dubbio residuo, invero, ciononostante rimane. Sia la sentenza *Bickel e Franz* che la sentenza *Grauel Ruffer* in commento si riferiscono, infatti, ai cittadini persone *fisiche*, mentre, a rigore, non ne approfitterebbero le persone *giuridiche*. Ma si spera che la questione, al-

meno questa volta, conservi il suo carattere puramente teorico alla luce dell'art. 54 TFUE, secondo il quale "le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività

principale all'interno dell'Unione, sono equiparate [...] alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri".

Armin Reinstadler

■ Risoluzione per inadempimento

Cassazione civile, Sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510 – Pres. Rovelli – Rel. Giusti – P.M. Ceniccola (conf.) – Cave Ponte della regina s.r.l. (avv.ti Mungari, Sartori, Verino) – Beton Candeco s.p.a. (avv.ti Nuzzo, Gabrielli, D'Amico)

Rimette la causa alla II Sezione della Corte di cassazione per la decisione, con separata sentenza, del ricorso proposto avverso App. Trieste, 24 gennaio 2012.

Contratto in genere – Risoluzione del contratto per inadempimento – Facoltà di mutare la domanda di adempimento in quella di risoluzione – Estensione alla conseguente domanda di risarcimento del danno

La parte che, ai sensi dell'art. 1453, 2° comma, c.c. chieda la risoluzione del contratto per inadempimento nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello ius variandi, oltre alla restituzione della prestazione eseguita, anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento negoziale.

Omissis. – 1. Il ricorso viene all'esame delle Sezioni Unite per comporre il contrasto sulla questione se, convertita in corso di causa la domanda di adempimento del contratto in quella di risoluzione del contratto inadempito ai sensi dell'art. 1453, 2° comma, c.c., sia consentita, contestualmente alla *variatio*, la proposizione della domanda di risarcimento dei danni. – *Omissis.*

5.1. – Il motivo interroga queste Sezioni Unite sul se il contraente fedele possa introdurre nel corso del giudizio la domanda di risarcimento del danno, *ex novo* e contestualmente al mutamento, consentito dall'art. 1453, secondo comma, c.c., della originaria domanda di adempimento del contratto in quella di risoluzione del contratto inadempito.

5.2. – Come ricordato dalla Seconda Sezione nell'ordinanza interlocutoria, sul punto si confrontano due orientamenti, uno che nega, l'altro che ammette la possibilità di affiancare la domanda di risarcimento del danno a quella, nascente dalla conversione della originaria domanda di adempimento, di risoluzione del contratto per inadempimento.

5.2.1. – Il primo, restrittivo, è scolpito nel principio di diritto enunciato da Sez. II, 23 gennaio 2012, n. 870, in base al quale l'art. 1453, 2° comma, c.c. deroga alle norme processuali che vietano la *mutatio libelli* nel corso del processo, nel senso di permettere la sostituzione della domanda di adempimento del contratto con quella di risoluzione per inadempimento, ma tale deroga non si estende alla domanda ulteriore di risarcimento del danno consequen-

ziale a quella di risoluzione, trattandosi di domanda del tutto diversa per *petitum* e *causa petendi* rispetto a quella originaria. Il principio è stato enunciato in un caso nel quale l'attore – un promissario acquirente di un appartamento in condominio, detentore del bene oggetto di causa per averne ricevuto la consegna anticipata – aveva agito per ottenere l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo *ex art. 2932 c.c.*, per poi proporre, nel corso del giudizio, la domanda di risoluzione del contratto preliminare per inadempimento, in luogo di quella originaria di adempimento, e, contestualmente, quella di risarcimento del danno, pari agli oneri straordinari corrisposti al condominio nel periodo in cui aveva abitato l'appartamento. La Corte ha cassato senza rinvio il capo della sentenza con cui il giudice del merito aveva accordato anche la chiesta tutela risarcitoria, trattandosi di "causa" che non poteva essere proposta in quel giudizio.

Alla base di questo indirizzo vi è la presa d'atto che la facoltà concessa dall'art. 1453, 2° comma, c.c., al contraente non inadempiente di mutare l'originaria domanda di adempimento in quella di risoluzione, apporta una vistosa eccezione – come tale di stretta applicazione – alla regola del divieto assoluto di modifica della domanda, che cala all'esito dell'udienza di trattazione della causa o della sua propagazione rappresentata dalla memoria *ex art. 183 c.p.c.*

E poiché l'introduzione, nel corso del giudizio, ancorché contemporaneamente all'esercizio dello *ius variandi* di cui all'art. 1453, 2° comma, c.c., della domanda risarcitoria affiancata alla (consentita) domanda di risoluzione, comporta l'introduzione di un ulteriore tema d'indagine e di un nuovo *petitum*, sono destinate a trovare applicazione le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c. La deroga al divieto di *mutatio libelli* non opera, quindi, per la domanda di risarcimento dei danni, fatta salva in ogni caso dal primo comma dell'art. 1453 c.c. integrando questa un'azione del tutto diversa, per *causa petendi* e per *petitum*, dalle altre due, sia da quella con cui è stato attivato il rimedio manutentivo, sia da quella con cui è stato chiesto lo scioglimento del contratto per inadempimento.

Espressione del medesimo orientamento che vede nello *ius variandi* di cui all'art. 1453 c.c., 2° comma, una previsione eccezionale, è la regola che ammette la proponibilità della domanda di risoluzione solo se anteriormente è stato chiesto l'adempimento: il mutamento, invece, non può avvenire quando in un primo tempo l'attore si è limitato a chiedere il risarcimento del danno (Sez. III, 30 marzo 1984, n. 2119, seguita da Sez. III, 9 aprile 1998, n. 3680, da Sez. III, 26 aprile 1999, n. 4164, e da Sez. III, 27 luglio 2006, n. 17144).

Simmetricamente, se in un primo tempo è stato domandato l'adempimento, non è possibile chiedere in corso di causa il risarcimento: tornano ad applicarsi le norme processuali che precludono la proposizione di domande nuove (Sez. lav., 27 marzo 2004, n. 6161, e Sez. lav., 16 giugno

2009, n. 13953). In questo stesso “ambiente” si colloca Sez. III, 14 marzo 2013, n. 6545: la quale, richiamandosi alla citata sentenza n. 870 del 2012, ha negato l’ingresso, durante il corso del giudizio, ad una domanda di condanna generica al risarcimento dei danni per l’accertato inadempimento definitivo dell’obbligo di trasferire un immobile, quando, originariamente, la tutela risarcitoria era stata avanzata per il ritardo nell’adempimento (in misura corrispondente al valore locativo dell’immobile).

5.2.2. – Al secondo indirizzo, che invece ammette la possibilità di affiancare la domanda risarcitoria contestualmente al passaggio al rimedio ablativo, è riconducibile Sez. II, 31 maggio 2008, n. 26325.

Vi si afferma che “la facoltà prevista dall’art. 1453, 2° comma, c.c., di mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione contrattuale in deroga al divieto di *mutatio libelli* si estende anche alla conseguente domanda di risarcimento danni (nonché per le stesse ragioni a quella di restituzione del prezzo (...)), essendo quest’ultima domanda sempre proponibile quale domanda accessoria sia di quella di adempimento sia di quella di risoluzione, come espressamente previsto dall’art. 1453 c.c., 1° comma”.

Sulla stessa linea estensiva si muove, in fattispecie particolare, Sez. III, 19 novembre 1963, n. 2995, la quale, in un caso nel quale il contraente deluso aveva già esplicitamente introdotto la pretesa risarcitoria accanto a quella di manutenzione del contratto, ha riconosciuto la possibilità di domandare, in occasione della *mutatio libelli ex art. 1453, 2° comma, c.c.*, i danni da risoluzione in luogo di quelli da ritardo nell’adempimento o da inesatto adempimento: ciò sul rilievo che “quando la legge ammette, in deroga alle generali norme processuali, la sostituzione della domanda di risoluzione a quella di adempimento, non può, correlativamente, non ammettere l’introduzione della richiesta dei danni da risoluzione, anche se effettivamente diversi, per essenza e quantità, da quelli che siano stati richiesti insieme con l’originaria domanda di adempimento (arg. ex art. 1453 c.c., 1° e 2° comma)”. Il principio è stato incidentalmente richiamato e confermato da queste Sezioni Unite con la sentenza 18 febbraio 1989, n. 962, precisandosi che esso è destinato a valere “nel caso... in cui la domanda di risoluzione sia, come deve essere, fondata sullo stesso fatto costitutivo della domanda d’adempimento (ovvero, senza che ad esso siano sostituiti altri elementi materiali, tali da integrare una nuova *causa petendi*) e la connessa domanda di risarcimento dei danni, malgrado ciò, sia diretta a conseguire un ristoro patrimoniale essenzialmente diverso, per qualità e quantità, da quello perseguito con la prima domanda di danni, restando peraltro inalterata la *causa petendi* della domanda principale”.

La giurisprudenza ammette altresì che, in occasione della *mutatio*, possa essere avanzata *ex novo*, accanto alla domanda di risoluzione, quella di restituzione del *praestatum*. Sez. II, 27 novembre 1996, n. 10506, e Sez. II, 27 maggio 2010, n. 13003, declamano che la facoltà di poter mutare nel corso del giudizio di primo grado, nonché in appello e persino in sede di rinvio la domanda di adempimento in quella di risoluzione in deroga al divieto di *mutatio libelli* sancito dagli artt. 183, 184 e 345 c.p.c., sempreché si resti nell’ambito dei fatti posti a base della inadempienza originariamente dedotta, senza introdurre un nuovo tema d’indagine, comporta che, in tema di contratto preliminare di compravendita, qualora sia sostituita la domanda di adempimento con quella di risoluzione, il contraente deluso pos-

sa chiedere la restituzione della somma versata a titolo di prezzo, quale domanda consequenziale a quella di risoluzione, implicando l’accoglimento di questa, per l’effetto retroattivo espressamente previsto dall’art. 1458 c.c., l’obbligo di restituzione della prestazione ricevuta, onde di tale domanda – si afferma – il giudice può decidere anche se su di essa non vi sia stata accettazione del contraddittorio.

6. – Il contrasto va composto aderendo all’indirizzo espresso dall’orientamento estensivo, dovendo riconoscersi che lo *ius variandi* possa esercitarsi in modo completo affiancando alla domanda di risoluzione, non solo quella di restituzione, ma anche quella di risarcimento dei danni.

7. – L’art. 1453 c.c., nell’attribuire al contraente deluso la facoltà di chiedere “a sua scelta” l’adempimento o la risoluzione del contratto, offre alla parte che, con la domanda di adempimento, abbia inizialmente puntato all’attuazione del contratto sul presupposto del suo mantenimento, anche la possibilità – a fronte di un inadempimento che, nel prolungarsi del giudizio, perdura o si aggrava – di rivedere la propria scelta, e, perduti la speranza o l’interesse rispetto alla prestazione, di reagire all’inattuazione dello scambio contrattuale passando alla domanda di risoluzione per inadempimento, onde veder cancellato e rimosso l’assetto di interessi disposto con il negozio.

Il codice civile, nell’accordare la facoltà di scegliere tra la condanna del debitore all’adempimento e la risoluzione del contratto, in considerazione dell’interesse al conseguimento tardivo della prestazione, se ed in quanto ancora realizzabile, al contempo non vincola il contraente non inadempiente ad una scelta irrevocabile, quale risulterebbe dall’aver “optato per l’adempimento senza la possibilità di chiedere successivamente la risoluzione all’esito infruttuoso della domanda di adempimento” (Sez. Un., 18 febbraio 1989, n. 962, cit.).

Lo *ius variandi* si giustifica con il fatto che le due azioni, quella di adempimento e quella di risoluzione, pur avendo un diverso oggetto, mirano a risultati coordinati e convergenti dal punto di vista dello scopo. Nei contratti a prestazioni corrispettive, l’azione di adempimento e quella di risoluzione costituiscono due diversi rimedi giuridici a tutela del diritto che dal rapporto sostanziale deriva al contraente in regola: pur presentando diversità di *petitum*, entrambe mirano a soddisfare lo stesso interesse del creditore insoddisfatto, consistente nell’evitare il pregiudizio derivante dall’inadempimento della controparte (Sez. II, 29 novembre 2011, n. 15171). E lo testimonia il fatto che la proposizione della domanda di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il quale potrà essere esercitato fino a quando il termine prescrizione non sarà nuovamente decorso per intero (Sez. Un., 10 aprile 1995, n. 4126).

Lo *ius variandi* della vittima dell’inadempimento non può cogliere di sorpresa il debitore. Questi, infatti, è rimasto inadempiente nonostante sia stato sollecitato ad eseguire (o ad eseguire esattamente) la prestazione richiesta, laddove la sua esecuzione successiva alla domanda di adempimento avrebbe rimosso il presupposto della risoluzione. D’altra parte, la domanda di adempimento non può significare rinuncia all’efficacia risolutiva dell’inadempimento nel perdurare dello stato di violazione del contratto. Come è stato efficacemente osservato in dottrina, l’inerzia del debitore, per ogni momento che passa, viene ad aggravare lo iato tra il momento della scadenza ed il momento del-

l'esecuzione, sicché la scelta iniziale per il rimedio manutentivo in presenza di un inadempimento precorso non distrugge la facoltà di ricorrere alla tutela ablativa per un inadempimento che si rinnova, che cresce o che si aggrava nella pendenza del processo.

Prevedendo la reversibilità della scelta inizialmente espressa per la manutenzione del contratto ed offrendo al creditore che ha chiesto l'adempimento la possibilità di cambiare idea e di chiedere la risoluzione, il codice detta, anzitutto, una norma di diritto sostanziale che disciplina l'esercizio di un'opzione tra i diversi mezzi di reazione all'altrui inadempimento: un diritto che non può essere ostacolato dall'antecedente scelta per il rimedio manutentivo.

Lo dimostra il fatto che la giurisprudenza ammette che il contraente deluso, anche se si sia formato un giudicato di condanna all'esecuzione in forma specifica, conserva pur sempre la possibilità di domandare la risoluzione del contratto dopo il processo, qualora l'adempimento non si verifici (Sez. II, 18 maggio 1994, n. 4830; Sez. II, 4 ottobre 2004, n. 19826; Sez. II, 12 luglio 2011, n. 15290).

Lo *ius variandi*, pur non dovendo necessariamente esercitarsi nel processo rivolto ad ottenere l'adempimento, ha tuttavia una valenza sicuramente processuale, come dimostra la stessa formulazione letterale dell'art. 1453, 2° comma, c.c., che, guardando alla dimensione giudiziale dell'istituto, discorre di risoluzione che "può essere domandata" e di "giudizio... promosso per ottenere l'adempimento". L'esercizio del potere del contraente non inadempiente di provocare lo scioglimento del contratto non può essere pregiudicato dalla pendenza del giudizio promosso per ottenere l'adempimento.

Quando in luogo dell'adempimento chiede la risoluzione, l'attore non si limita a precisare o a modificare la domanda già proposta. Egli ne muta l'oggetto. L'azione di risoluzione è nuova rispetto a quella di adempimento: la trasformazione della domanda di adempimento a quella di risoluzione rappresenta un'autentica *mutatio libelli*.

Sotto questo profilo, il passaggio, consentito dall'art. 1453, secondo comma, c.c., dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione costituisce una deroga alle norme processuali che precludono il mutamento della domanda nel corso del giudizio e la proposizione di domande nuove in appello. La disposizione dell'art. 1453, 2° comma, c.c., infatti, abilita la parte che ha invocato la condanna dell'altra ad adempiere, a sostituire a tale pretesa quella di risoluzione, in deroga agli artt. 183 e 345 c.p.c., nelle fasi più avanzate dell'*iter* processuale, oltre l'udienza di trattazione: non solo per tutto il giudizio di primo grado, ma anche nel giudizio di appello (Sez. II, 5 maggio 1998, n. 4521; e questo indirizzo è stato ribadito – da Sez. II, 6 aprile 2009, n. 8234, e da Sez. II, 12 febbraio 2014, n. 3207, entrambe riferite a vicende processuali iniziate dopo il 30 aprile 1995 – in seguito alla riforma del regime delle preclusioni processuali realizzata dalla L. 26 novembre 1990, n. 353).

Tutto ciò – come queste Sezioni Unite hanno già precisato (con la citata sentenza 18 febbraio 1989, n. 962) – vale a condizione che i fatti dedotti a fondamento della domanda di risoluzione coincidano con quelli posti a base della domanda di adempimento originariamente proposta. Se l'attore allega alla domanda di risoluzione un inadempimento diverso, ossia una nuova *causa petendi*, con l'introduzione di un nuovo tema d'indagine, tornano ad applicarsi le preclusioni di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c., giacché la

deroga alle disposizioni del codice di rito è limitata all'introduzione di un nuovo e sostitutivo *petitum* immediato. L'immutazione dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, introducendo nel processo un nuovo tema d'indagine e di decisione, altererebbe "l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversia", e si risolverebbe, in definitiva, nel far valere in giudizio "una pretesa... diversa, per la sua intrinseca natura, da quella fatta valere in precedenza". "Inderogabili esigenze del contraddittorio e della difesa – hanno precisato le Sezioni Unite – sono d'ostacolo a che possa porsi a base della nuova domanda di risoluzione un fatto costitutivo, materialmente diverso da quello su cui sia stata fondata la domanda originaria d'adempimento, non essendo, cioè, permesso di dedurre, quale causa petendi della domanda di risoluzione, inadempimenti nuovi e diversi da quelli in base ai quali sia stata prima richiesta la prestazione pattuita".

8. – Ritengono le Sezioni Unite che l'interpretazione estensiva, oltre a non essere incompatibile con il dato letterale dell'art. 1453, 2° comma, c.c., ne coglie le ragioni e l'intima ratio e al tempo stesso assicura la finalità di concentrazione e pienezza della tutela che la disposizione del codice ha inteso perseguire: tale lettura, infatti, offrendo al contraente non inadempiente la possibilità di spingere la pretesa alle naturali conseguenze sul piano restitutorio e risarcitorio, consente di realizzare, nell'ambito dello stesso processo, il completamento sul piano giuridico ed economico degli effetti che si ricollegano allo scioglimento del contratto.

8.1. – Dal punto di vista letterale, l'art. 1453, 2° comma, c.c., disciplina l'ipotesi tipica, del passaggio dall'azione di esecuzione del contratto a quella di risoluzione dello stesso per il persistere dell'inadempimento della controparte. Si tratta di una disciplina dettata senza pretesa di completezza, la quale, lasciando all'interprete il compito di completare il dettaglio della trama normativa per le fattispecie non espressamente regolate, non esclude che, in occasione dell'esercizio dello *ius variandi*, vi si affianchino quelle pretese che hanno una funzione complementare rispetto al rimedio base.

Del resto, il primo comma dello stesso articolo, nel fare "salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno", configura come possibile il cumulo tra la domanda rivolta ad ottenere lo scioglimento del contratto e l'azione risarcitoria per la riparazione del pregiudizio economico del creditore insoddisfatto, delineando un modello di tutela unitario risultante dall'operare combinato dei due rimedi, con l'azione di danno che può accompagnarsi tanto all'azione di adempimento quanto alla domanda di risoluzione.

Mentre l'azione di adempimento e quella di risoluzione danno luogo ad un concorso alternativo di rimedi, in parte tra loro surrogabili, con il solo limite della seconda parte del secondo comma (posto che "non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione"), la domanda di risarcimento può, a scelta dell'interessato, essere proposta insieme con quella di adempimento o di risoluzione.

La lettera della norma del codice non impedisce, pertanto, di considerare che l'accoppiamento dei due rimedi (risoluzione del contratto e risarcimento del danno) possa aversi, non solo quando il contraente in regola abbia puntato, sin dall'inizio, alla cancellazione degli effetti del contratto, ma anche quando questi, dopo una citazione con domanda di condanna ad adempiere, abbia abbandonato

il rimedio attuativo del contratto e sia passato ad una domanda rivolta ad eliminarne gli effetti.

8.2. – A questa soluzione conduce un'interpretazione sistematica, orientata dalla *ratio* dello *ius variandi*.

L'interesse del contraente deluso che domanda la risoluzione non è soltanto quello di ottenere lo scioglimento del vincolo contrattuale per un difetto funzionale sopravvenuto, di eliminare cioè il regolamento contrattuale in quanto fonte di prestazioni corrispettive e di essere in tal guisa liberato dalla prestazione su di lui gravante. Di fronte alla violazione dell'obbligazione contrattuale, pattuita in corrispettivo di una prestazione ancora da eseguire, al contraente non inadempiente basta opporre l'eccezione al fine di non dovere prestare a chi si sia reso inadempiente, secondo quanto disposto dall'art. 1460 c.c. (*inadimplenti non est adimplendum*).

All'iniziativa risolutoria il contraente in regola è stimolato a rivolgersi anche per un interesse che va al di là della mera cancellazione del sinallagma: per conseguire la restituzione della propria prestazione, ove già eseguita, e per ottenere la riparazione del pregiudizio che abbia eventualmente sofferto a causa dello scioglimento del rapporto.

Precludere a chi in prima battuta abbia chiesto in giudizio la condanna della controparte all'adempimento e si sia poi rivolto alla tutela risolutoria, di azionare, nell'ambito dello stesso giudizio in cui ha esercitato la facoltà di mutamento, la tutela complementare restitutoria e risarcitoria, vanificherebbe la finalità di concentrazione che il codice civile ha inteso perseguire accordando al contraente in regola lo *ius variandi* nel corso di uno stesso ed unico giudizio. La vittima dell'inadempimento, infatti, per procurarsi il risultato ripristinato dal rito della risoluzione, con la restituzione della prestazione eseguita e dei suoi accessori, e per rimuovere le differenze tra la situazione in cui si sarebbe trovato in caso di integrale attuazione del contratto e la situazione conseguente allo scioglimento del vincolo, sarebbe costretta ad intraprendere un nuovo e separato processo, con la frammentazione delle istanze giurisdizionali e l'allungamento dei tempi complessivi necessari ad ottenere l'integrale soddisfazione delle proprie ragioni. E ciò nonostante, da un lato, le restituzioni rappresentino il logico corollario dello scioglimento *ex tunc* del contratto (la risoluzione provocando il venir meno della giustificazione causale delle prestazioni eseguite), e dall'altra il risarcimento del danno scaturito dalla rimozione del contratto rinvenga la propria origine proprio nell'inadempimento della controparte agli obblighi contrattuali assunti e miri a far ottenere al risolvente un assetto economico equivalente a quello che gli avrebbe assicurato lo scambio fallito.

La *ratio* dello *ius variandi* – offrire giusta protezione all'interesse dell'attore vittima dell'inadempimento, specie di fronte al comportamento del debitore convenuto in giudizio, che permane inattivo nonostante sia stato sollecitato a eseguire la prestazione – richiede che, in occasione del (e contestualmente al) mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto, sia ammessa l'introduzione della domanda restitutoria e della richiesta di danni da risoluzione, data la funzione complementare che l'una e l'altra svolgono rispetto al rimedio diretto ad ottenere la rimozione degli effetti del sinallagma.

9. – A questa soluzione non sono di ostacolo né la circostanza che la norma dell'art. 1453, 2° comma, c.c., in quanto recante una disciplina di deroga rispetto a quella sancita dal codice di rito in tema di preclusioni processuali, do-

vrebbe formare oggetto di stretta interpretazione, stante il principio generale di divieto di nova, che non consente l'ampliamento successivo del *thema decidendi*;

né il rilievo che la pretesa risarcitoria è non solo nuova per *petitum* e *causa petendi* rispetto alla domanda iniziale di adempimento o a quella, risultante dalla *mutatio*, di risoluzione, ma anche – a differenza della domanda restitutoria – non consequenziale a quella di risoluzione del contratto.

9.1. – Innanzitutto occorre rilevare che già nel passaggio, espressamente regolato dal codice civile, dall'adempimento alla risoluzione, l'indagine si allarga, dovendo questa essere diretta all'acquisizione di dati ulteriori che potrebbero mancare in quel processo, non essendo di per sé necessari ai fini del giudizio promosso per ottenere l'adempimento.

Per chiedere la condanna all'esecuzione, è sufficiente che il contratto risulti inadempito, senza bisogno di una particolare qualificazione dell'inadempimento. Invece, la risoluzione del contratto ha presupposti più rigidi, occorrendo un certo livello di gravità: presupposto basilare per conseguire la risoluzione giudiziale del contratto è che "l'inadempimento di una delle parti sia di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" (art. 1455 c.c.).

D'altra parte, se l'attore non può allegare a fondamento della successiva domanda di risoluzione un distinto fatto costitutivo, cioè un inadempimento diverso da quello posto a base della pretesa originaria e già verificatosi, all'atto della introduzione di quest'ultima (Sez. Un., 18 febbraio 1989, n. 962, cit.), è ben possibile la deduzione, da parte sua, dei fatti sopravvenuti che, rendendo irreversibile l'inattuazione del sinallagma negoziale, orientano e inducono la parte, di fronte agli sviluppi successivi alla proposizione della domanda iniziale, ad avvalersi dello *ius variandi*.

9.2. – È poi senz'altro esatto che soltanto la domanda di restituzione, e non anche la domanda di risarcimento del danno, è propriamente accessoria alla domanda di risoluzione. Soltanto la prima, infatti, pur essendo autonoma nell'oggetto (*petitum*), costituisce un effetto legale dello scioglimento del sinallagma contrattuale, avendo il proprio titolo immediato nell'effetto giuridico (recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni eseguite) che forma oggetto della domanda principale di risoluzione.

Questo rapporto di consequenzialità logico-giuridica manca con riguardo all'azione risarcitoria, la quale non solo non presuppone il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto, ma neppure, a maggior ragione, il suo accoglimento (Sez. III, 10 giugno 1998, n. 5774; Sez. III, 23 luglio 2002, n. 10741; Sez. I, 27 ottobre 2006, n. 23273).

E tuttavia, la qualificazione concettuale non è dirimente nel caso in esame.

In primo luogo perché anche la tutela restitutoria (per la quale occorre una autonoma domanda, nonostante l'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta costituisca un effetto naturale della risoluzione del contratto: Sez. II, 2 febbraio 2009, n. 2562; Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 2075) può, talvolta, esigere l'acquisizione di dati che non sono disponibili nel giudizio che sia stato promosso per ottenere la condanna all'esecuzione: basti pensare alla eventualità della conversione della restituzione in natura in restituzione (in tutto o in parte) per equivalente, che si ha quando il venir meno della *causa solvendi* riguardi una cosa perita o deteriorata, giacché in tal caso occorrerà accertarne il valore o la diminuzione di valore (cfr. art. 2037 c.c.).

In secondo luogo perché la tutela risarcitoria, quantun-

que non legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica alla domanda di risoluzione, concorre nondimeno ad integrare e a completare le difese del contraente in regola, costituendo un coelemento, un tassello di un sistema complessivo di tutela, affidato – proprio nell’impianto della stessa disposizione che contempla lo *ius variandi* – all’azione combinata di più domande: sistema nel quale, con l’affiancamento alla risoluzione della pretesa risarcitoria, si offre alla parte non inadempiente la soddisfazione del suo interesse a guardare al negozio, i cui effetti vengono eliminati grazie alla risoluzione, come fonte anche di un determinato assetto quantitativo del suo patrimonio.

L’art. 1453, 2° comma, c.c., infatti, proprio nel suo carattere processuale, ha la funzione di recare non solo la disciplina generale dell’azione di risoluzione, ma anche dei suoi rapporti con le altre azioni poste comunque a tutela del contraente non inadempiente, mirando ad attuare, nello specifico contesto del rapporto contrattuale con prestazioni corrispettive litigioso, il principio di economia del e nel processo, consentendo alla vittima dell’inadempimento di evitare il promovimento di un’ulteriore controversia attraverso lo sfruttamento più razionale ed intensivo delle risorse del giudizio già promosso, che è e diventa la sede idonea anche per dispiegarvi la richiesta di tutela complementare.

9.3. – In questa prospettiva, neppure appare logico circoscrivere la possibilità per il contraente fedele di introdurre la pretesa risarcitoria in occasione della *mutatio libelli* al solo caso in cui questi avesse già proposto sin dall’origine la domanda di danni, affiancandola a quella di adempimento. Una tale soluzione non tiene conto del fatto che anche in tale evenienza, pur essendo la domanda risarcitoria presente sin dall’inizio nel processo, il tema d’indagine è destinato comunque a variare con il passaggio al rimedio ablativo: posto che quando la richiesta di risarcimento si accoppia alla domanda di adempimento, il danno da risarcire è equivalente alla differenza tra un’esatta o tempestiva esecuzione del contratto e un’esecuzione inesatta o tardiva ma fermo restando il contratto, mentre il danno scaturente dalla rimozione degli effetti del contratto è pari alla differenza tra la situazione scaturita dal fallimento della vicenda contrattuale ed il vantaggio che il contratto autorizzava a ritrarre (cfr. Sez. II, 24 maggio 1978, n. 2599; Sez. III, 7 maggio 1982, n. 2850; Sez. Un., 25 luglio 1994, n. 6938; Sez. II, 7 febbraio 1998, n. 1298; Sez. II, 30 agosto 2012, n. 14714).

10. – La proposizione nel corso del giudizio di merito, anche quando siano calate le ordinarie preclusioni di cui all’art. 183 c.p.c., della domanda risarcitoria affiancata al rimedio risolutorio, comporta certamente un ampliamento dell’oggetto del giudizio (che dall’inadempimento grave si allarga al pregiudizio sofferto e all’entità dei danni) e, conseguentemente, del *thema probandum*: di qui la necessità che al contraente in regola sia accordata la possibilità di dimostrare i fatti costitutivi della pretesa risarcitoria, e, parimenti e corrispondentemente, che all’altra parte sia consentito di difendersi, replicando alla domanda nuova, proponendo le eccezioni che sono conseguenza della stessa e provando eventuali fatti impeditivi, estintivi o modificativi del diritto al risarcimento fatto valere.

Si è tuttavia al di fuori dell’operatività del regime delle preclusioni. Queste tendono ad impedire il comportamento dilatorio delle parti, imponendo loro di allegare all’inizio del processo tutto ciò di cui sono già in possesso per far valere le loro ragioni. Ma poiché qui è il codice civile che

consente, per ragioni di effettività e concentrazione della tutela, di far valere, contestualmente al mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto inadempito, la pretesa risarcitoria, il regime di preclusioni non è di ostacolo né alla possibilità dell’introduzione del nuovo tema di indagine, né al pieno dispiegarsi, su di esso, del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio in condizioni di parità.

Non si pone neppure un problema di rimessione in termini, venendo piuttosto in gioco il doveroso esercizio dei poteri di direzione del processo da parte del giudice per rendere possibile l’esercizio del diritto in sede giurisdizionale nel rispetto dei principi del giusto processo.

È la domanda nuova che pone l’esigenza di allegazioni, controallegazioni, eccezioni, deduzioni e controdeduzioni istruttorie: sicché queste attività processuali debbono essere consentite, non già per provvedimento discrezionale del giudice, ma per garanzia del diritto di azione e di difesa e del giusto processo.

11. – L’ordinamento, del resto, conosce altre ipotesi nelle quali il divieto di *nova* è derogato al fine di evitare la moltiplicazione dei giudizi in relazione alla medesima fattispecie.

11.1. – Nel settore tradizionale delle azioni a difesa della proprietà, la rivendicazione può essere proseguita anche contro chi, dopo la domanda, *dolo desitit possidere*, e, in caso di impossibilità di attuare la tutela restitutoria in natura, è possibile “trasformare” la domanda in una “diversa” causa, eventualmente mirante anche al risarcimento del danno, su specifica richiesta del proprietario (art. 948, 1° comma, cod. civ.).

11.2. – Nel campo del diritto delle società per azioni, l’art. 2378, secondo comma, c.c., nel testo conseguente alla riforma operata dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, preclude l’annullamento della delibera societaria impugnata se nel corso del processo venga meno nel socio o nei soci opposti la quota azionaria minima per potere essere legittimati all’impugnazione, ma fa espressamente salvo in tal caso il diritto a pretendere il risarcimento del danno, per ciò stesso evidentemente consentendo che siffatta domanda possa essere introdotta durante il giudizio.

11.3. – Sebbene nel giudizio d’appello non possano proporsi domande nuove, l’art. 345 c.p.c., non si limita a porre tale divieto, ma accorda la possibilità di domandare, tra l’altro, il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza impugnata. Possono così trovare ingresso nuovi temi d’indagine: dandosi alla vittima di lesioni personali la possibilità di domandare nel giudizio di appello, senza violare il divieto di *ius novorum*, sia il risarcimento dei danni derivanti dalle lesioni, ma manifestatisi dopo la sentenza di primo grado, sia il risarcimento dei danni la cui esistenza, pur precedente alla sentenza impugnata, non poteva essere rilevata con l’uso dell’ordinaria diligenza (Sez. III, 31 marzo 2008, n. 8292); consentendosi – “atteso che la *ratio* della norma è quella di evitare il frazionamento dei giudizi” – di chiedere “nel corso del giudizio di appello, e sino alla precisazione delle conclusioni” “i danni riconducibili alla causa già dedotta in primo grado”, ma “manifestatisi successivamente all’inizio della controversia” (Sez. III, 15 marzo 2006, n. 5678); affermandosi in generale che “nel giudizio di risarcimento del danno è consentito all’attore chiedere per la prima volta in appello il risarcimento degli ulteriori danni, provocati dal medesimo illecito, manifestatisi solo in corso di causa” (Sez. III, 18 aprile 2013, n. 9453). Al fondo

di questo orientamento vi è, ancora una volta, la consapevolezza che “sarebbe irrazionale costringere l’attore a promuovere successivi giudizi per far valere il progressivo ampliarsi del danno, in presenza di un comportamento dannoso in atto al momento della domanda o di un evento dannoso che non ha ancora esaurito i suoi effetti” (Sez. III, 10 novembre 2003, n. 16819).

12. – A composizione del contrasto di giurisprudenza, va

pertanto enunciato il seguente principio di diritto: “La parte che, ai sensi dell’art. 1453, 2° comma, c.c., chiede la risoluzione del contratto per inadempimento nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l’adempimento, può domandare, contestualmente all’esercizio dello *ius variandi*, oltre alla restituzione della prestazione eseguita, anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento negoziale”. – *Omissis*

Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell’art. 1453, 2° comma, c.c.

Elena D’Alessandro*

Le Sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la portata dell’art. 1453, 2° comma, c.c. affermando che lo *ius variandi* ivi contemplato implica la possibilità di proporre nel corso del giudizio di adempimento, in deroga alle previsioni di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c., oltre alla domanda di risoluzione ed a quella logicamente consequenziale sulle restituzioni, anche quella risarcitoria.

Premessa

Con ordinanza interlocutoria del 9 agosto 2013 n. 19148, la II sezione della Corte di cassazione aveva rimesso gli atti al primo Presidente affinché quest’ultimo valutasse l’opportunità di assegnare la trattazione del ricorso alle Sezioni Unite per la composizione del contrasto giurisprudenziale riguardante la portata dell’art. 1453, 2° comma, c.c.

Avendo il primo Presidente dato seguito alla richiesta, le Sezioni Unite hanno dovuto stabilire se, convertita in corso di causa la domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto per inadempimento, sia consentita anche la contestuale proposizione della domanda al risarcimento dei danni.

L’art. 1453, 2° comma, c.c.

Il 2° comma dell’art. 1453 c.c. – in forza del quale la risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l’adempimento

ma non può più chiedersi l’adempimento quando è stata domandata la risoluzione¹ – fu redatto all’espresso scopo di risolvere un’annosa questione interpretativa che si era presentata sotto la vigenza del codice civile del 1865². Tale codice, infatti, al suo art. 1165, stabiliva che la parte verso cui non fosse stata eseguita un’obbligazione potesse costringere l’altra all’adempimento del contratto ovvero domandare la risoluzione oltre, in ambedue i casi, al risarcimento dei danni. Nulla si diceva circa l’eventuale passaggio dall’una all’altra richiesta giudiziale, lasciando in tal modo aperta la problematica.

Non v’è dubbio che, da un punto di vista processual-civilistico, la fattispecie oggi disciplinata dall’art. 1453 c.c. contempla un c.d. concorso alternativo o elettivo di diritti e, dunque, di azioni, tutte coordinate ad un unico scopo economico. Si tratta, in particolare, di diritti aventi contenuto diverso (segnatamente: una pretesa all’adempimento ed un diritto, comunemente qualificato come diritto potestativo ad iniziativa giudiziale³,

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Infatti “proposta la domanda di risoluzione, il debitore acquista il diritto di non adempiere ... sarebbe assurdo che il creditore, dopo aver liberato il debitore, potesse pentirsi e riobbligarlo”: Sacco-De Nova, *Il contratto*, II, 3^a ed., Torino, 2004, 650. In arg., nella dottrina processualcivile, si vedano anche (senza pretesa di completezza): Consolo, *Il processo nella risoluzione per inadempimento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, I, 305 e segg.; Id., *Poteri processuali e contratto invalido*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2010, 941 e segg.; Pagni, *Contratto e processo*, in *Trattato del contratto a cura di Vincenzo Roppo*, VI, Milano, 2006, 823 ss., spec. 870 e segg.; Paladini, *L’atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, Torino, 2013, 105 e segg.

² Lo chiarisce la Relazione al Guardasigilli (leggibile in Pandolfelli, Scarpello, Stella Richter, Dallari, *Codice civile. Libro delle obbligazioni illustrato con i lavori preparatori e disposizioni di attuazione e transitorie*, Milano, 1942, 255): “La disciplina degli effetti dell’inadempimento del contratto andava completata con il regolamento dei rapporti tra azione di risoluzione e azione di esecuzione. In conformità alla tradizione romanistica ... ho stabilito che la scelta della risoluzione è irrevocabile. La ragione è evidente: mentre l’*ius variandi* consentirebbe alla parte non inadempiente di speculare sui mutamenti contingenti intervenuti a

suo favore successivamente alla proposizione della domanda di risoluzione, la posizione del debitore verrebbe ingiustamente aggravata se, a seguito della domanda di risoluzione, egli avesse disposto altrimenti della cosa che è oggetto del contratto non adempiuto. Altrettanto non può dirsi quando il creditore abbia scelto la domanda di risoluzione”. In dottrina, sulla genesi dell’art. 1453, 2° comma, c.c. v., in luogo di molti, Sacco-De Nova, *op. cit.*, 649, secondo cui la disposizione “taglia corto alle discussioni che si erano fatte sotto il vecchio codice” e Smirardo *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 289 e segg. In giurisprudenza cfr. la motivazione di Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2009, n. 962, in *Giur. It.*, 1989, I, 1870 con nota di Fusco, *La conversione dell’azione di adempimento in domanda di risoluzione del contratto bilaterale* ed in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 876 con nota di Rota, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*.

³ Nel testo si è fatto evidentemente riferimento alla posizione maggioritaria della giurisprudenza e della dottrina, secondo la quale la domanda volta ad ottenere la risoluzione per inadempimento è una domanda giudiziale finalizzata ad ottenere tutela costitutiva. In dottrina cfr., *ex multis*, Belfiore, voce “Risoluzione per inadempimento”, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, 1307 e segg.; Giorgianni, *L’inadempimento*, Milano, 1959, 84 e segg.; Mosco, *La risoluzione per inadempimento*, Napoli, 1950, 145 e segg.; Sacco, *I rimedi sinallagmatici*, in *Trattato di diritto privato diretto da*

ad ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento⁴) posti a tutela del medesimo bene giuridico e, soprattutto, traenti origine da un medesimo episodio della vita, ossia il mancato adempimento dell'obbligazione assunta da una determinata parte contrattuale alla scadenza prevista⁵. Il passaggio dall'uno all'altro diritto implica il mutamento della originaria domanda giudiziale trattandosi, per di più, nell'un caso di tutela condannatoria e, nell'altro, di tutela costitutiva⁶.

Viceversa, come già ricordato, nel silenzio del legislatore del 1865, la dottrina e la giurisprudenza si domandavano se, nel corso del processo instaurato per domandare la risoluzione, fosse possibile mutare la domanda giudiziale e chiedere l'adempimento ovvero se, al contrario, nel corso del giudizio instaurato per domandare l'adempimento fosse possibile chiedere la risoluzione del contratto (c.d. doppio *jus variandi*).

Pietro Rescigno, X, tomo 2, 3 ed., Torino, 2004, 654, nota n. 15. Nell'ambito della dottrina processualciviltistica, per tutti v. Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, cit., 303. *Contra*, nel senso che si tratterebbe di una richiesta di tutela di mero accertamento, Pagni, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 266 e segg., nonché 324 e segg.; la quale sviluppa la prospettiva già presente in Proto Pisani, *Appunti sulla tutela costitutiva*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1991, 78 e segg.; Klitsche de la Grange, *Risoluzione per inadempimento e potestà del giudice*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, I, 29 e segg.; Paladini, *L'atto unilaterale di risoluzione per inadempimento*, cit., 41 e segg.

Parimenti, ci siamo richiamati alla dottrina processualciviltistica che pone a base della tutela costitutiva ex art. 1453 c.c. un diritto potestativo ad iniziativa giudiziale (*Gestaltungsklagerecht*). In tal senso, a mero titolo esemplificativo, v. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Ristampa, Milano, 1992, 266 e segg.; Attardi, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, 153 e segg. e 259 e segg.; Betti, *Diritto processuale civile*, Roma, 1936, 85 e 548; Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, (ristampa) 1965, 41, 180, 181 e 188; Oriani, *Diritti potestativi, contestazione stragiudiziale e decadenza*, in *Quaderni della Rivista di diritto civile*, Padova, 2003, spec. 13 e segg., Rascio, *Appunti in tema di tutela costitutiva*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, 545 e segg. *Contra*, nel senso che ad oggetto del processo costitutivo, quale è quello in esame, vi sia l'azione in senso concreto, i.e. l'azione rivolta nei confronti del giudice (*rectius* dello Stato) a che venga prodotta una modifica della preesistente realtà giuridica sostanziale, in luogo di molti, Consolo, *Oggetto del giudicato e principio dispositivo. I. Dei limiti oggettivi e del giudicato costitutivo*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1991, 215 e segg., spec. 253 e segg., testo e nota n. 81); Fazzalari, *La giurisdizione volontaria*, Padova, 1953, 163-166, testo e nota n. 174; Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 109 e segg.; Heintz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, 103 e segg.; Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 273 e segg.; Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto. Ottemperanza amministrativa e tutela civile esecutiva*, Milano, 1997, 40, nota n. 19, e 52 e segg.

⁴ Distinto è anche il termine di prescrizione delle relative pretese, come sottolineano Sacco-De Nova, *op. cit.*, 651. I due autori fanno notare che il diritto a chiedere la risoluzione è imprescrittibile, nel senso che quest'ultima potrà sempre essere domandata "finché è in atto la situazione illecita a cui si deve rimediare". Costoro, pertanto (*ivi*, 651 nota 7), criticano l'orientamento giurisprudenziale – a cui fanno riferimento anche le Sezioni Unite nella sentenza in epigrafe – secondo cui, trattandosi di distinte azioni, finalizzate però alla tutela del medesimo diritto alla prestazione, una volta che il termine

Maggiori erano le perplessità sulla prima delle due questioni, mentre la seconda era essenzialmente risolta in senso positivo, vuoi dalla dottrina, vuoi dalla giurisprudenza⁷. Quantomeno con riferimento a questa seconda problematica, può dirsi che l'orientamento prevalente è stato recepito dal legislatore del 1942.

Dalla circostanza per cui l'art. 1453, 2° comma, c.c. fu redatto al fine di porre rimedio ad un problema processuale, la giurisprudenza, anche dopo la riforma del 1990, ha fatto derivare la conseguenza per cui trattasi di norma a contenuto processuale e, in quanto tale, *lex specialis* rispetto alle preclusioni fissate dagli artt. 183 e 345 c.p.c. In virtù di siffatta convinzione si ammette che lo *jus variandi*, il quale, come detto, determina il mutamento dell'originario oggetto del processo⁸ – si passa, infatti, da un diritto all'altro, tra di loro, come visto, in concorso "alternativo o

di prescrizione sia stato interrotto dall'azione di adempimento, quella di risoluzione potrà esercitarsi fino a quando il nuovo termine ex art. 2946 c.c. non sarà interamente decorso. Il riferimento è Cass., Sez. Un., 10 aprile 1995, n. 4126, in *Corriere Giur.*, 1995, 557 con nota di Carbone, *La domanda di adempimento interrompe la prescrizione del diritto a chiedere la risoluzione?* nonché a Cass., 30 novembre 1992, n. 11825, in *Mass. Giur. It.*, 1992. In dottrina, nel senso che l'azione di risoluzione si prescrive in dieci anni decorrenti dal momento dell'inadempimento, Luminoso-Carnevali-Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, vol. I, 1, 1990, 113.

La posizione della giurisprudenza risulta almeno in parte comprensibile (sebbene non condivisibile nei suoi passaggi motivazionali) se si accoglie l'idea, in dottrina prospettata ad esempio da Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, spec. 107 e segg., secondo cui, quando la richiesta di tutela giurisdizionale riguarda rapporti giuridici a prestazioni corrispettive, l'oggetto del processo è costituito non soltanto dall'effetto giuridico dedotto in giudizio dall'attore ma anche dal rapporto giuridico fondamentale da cui l'effetto trae origine.

⁵ Sul concorso alternativo o elettivo v. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Ristampa anastatica della seconda edizione, Napoli, 1960, 317-318, il quale, tuttavia, riteneva che fosse possibile passare dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione senza che ciò costituisse mutamento di domanda (in modo analogo cfr. Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, 224 e segg.) e Menchini, *op. cit.*, 351 e segg.

⁶ Anche ove si condivida l'idea di Menchini, in precedenza esposta alla nota 4, poiché senza l'esercizio del diritto potestativo giudiziale ad ottenere la declaratoria della risoluzione per inadempimento il giudice non potrebbe, d'ufficio, dichiarare inefficace il contratto. V. infatti, Menchini, *op. cit.*, 352.

⁷ V. in proposito la sintesi di Smiroldo, *Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1982, 289 e segg. e G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 460 e segg. Tra coloro i quali escludevano la prima possibilità vi era, ad esempio, Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. IV, II, Roma, 1919, n. 1626.

⁸ L'art. 1453, 2° comma, c.c., beninteso, tollera la trasformazione della domanda di adempimento in richiesta di risoluzione per inadempimento. La norma, però, non consente alcuna trasformazione della originaria domanda giudiziale nel caso in cui l'attore abbia in giudizio soltanto per chiedere il risarcimento del danno, senza chiedere l'adempimento: così, senza soluzione di continuità tra prima e dopo la riforma del 1990, *ex multis*, Cass., 27 luglio 2006, n. 17144, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Cass., 26 aprile 1999, n. 4164, *ivi*, 1999; Cass., 9 aprile 1998, n. 3680, *ivi*, 1998; Cass., 30 aprile 1984, n. 2119, *ivi*, 1984.

elettivo”⁹ – possa essere esercitato anche dopo il maturarsi delle preclusioni di cui all’art. 183 c.p.c. e persino per la prima volta in sede d’appello ovvero in sede di giudizio di rinvio¹⁰. Ciò, precisano i giudici, a condizione che si rimanga nell’ambito dei “medesimi fatti” posti a fondamento della domanda di adempimento¹¹; requisito, quest’ultimo, di cui si percepisce la ragion d’essere ponendo mente alla circostanza per cui si verte in presenza di due distinte pretese, tra di loro in concorso alternativo, le quali si caratterizzano, tra l’altro, proprio per il fatto di trovare fondamento nel medesimo episodio della vita.

La deroga al regime di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c., a ben vedere, si giustifica in base alla considerazione per cui, se è vero che si tratta di pretese alternative che trovano origine nel medesimo episodio della vita è parimenti vero che, in caso di persistente inadempimento, la situazione “si aggrava di giorno in giorno”¹². Il protrarsi nel tempo dell’(originario) inadempimento rende opportuna, sul piano del diritto sostanziale, la possibilità di manifestare la *sopravvenuta* volontà di rinunciare al contratto mediante l’esercizio dello *jus variandi*. Ciò anche in uno stato già avanzato del processo, al fine di evitare alla parte contraente non inadempiente la necessaria instaurazione di un successivo giudizio.

Infatti in giurisprudenza si ritiene che, trattandosi di pretese diverse (quella ad ottenere l’adempimento e quella a domandare la risoluzione) sia possibile chiedere la risoluzione del contratto anche dopo aver ottenuto una sentenza di condanna della controparte all’adempimento, nel caso in cui quest’ultimo non sia mai avvenuto e vi sia, dunque, l’interesse ad agire¹³.

Un ultimo dato pacifico in giurisprudenza è che, in occasione dell’esercizio dello *jus variandi* di cui all’art. 1453, 2° comma, c.c., può essere proposta nel corso del processo non soltanto la domanda di risoluzione ma anche quella di restituzione del *praestatum*¹⁴. Ciò sul presupposto che le restituzioni siano un effetto consequenziale alla risoluzione del contratto ed alla sua valenza retroattiva secondo quanto previsto dall’art. 1458 c.c., *i. e.* si tratterebbe di un effetto funzionale al riequilibrio del c.d. *sinallagma rovesciato*.

Il contrasto giurisprudenziale riguardante la domanda risarcitoria

Ciò che invece non risultava pacifico in giurisprudenza era se, in occasione dell’esercizio dello *jus variandi*, potesse essere proposta – per la prima volta – anche una domanda di risarcimento dei danni¹⁵.

⁹ La circostanza è ribadita dalle Sezioni Unite nella sentenza che qui si commenta. Nella motivazione si legge infatti che “l’azione di risoluzione è nuova rispetto a quella di adempimento: la trasformazione della domanda di adempimento a quella di risoluzione rappresenta un’autentica *mutatio libelli*”.

¹⁰ *Ex multis*, sia prima che dopo la riforma del 1990: Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207; Cass., 6 giugno 2011, n. 12238, in *Mass. Giur. It.*, 2011; Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, *ivi*, 2010; Cass., 6 aprile 2009, n. 8234, in *Contratti*, 2009, 825; Cass., 27 luglio 2006, n. 17144; Cass., 18 febbraio 1989, n. 962, *cit.*; Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. It.*, 1964, 757, dalla cui motivazione si evince che si trattava, già all’epoca, di una giurisprudenza costante.

Contra, nel senso che il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione (per inadempimento) sarebbe consentito solo entro i limiti temporali fissati dall’art. 183 c.p.c. ovvero dall’art. 345 c.p.c.: Consolo, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, *cit.*, spec. 305, nota 10; Id., *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma. (A proposito della l. n. 477 del 1992; delle problematiche curiose che solleva – ancora per quanto? – specie nel processo con cumulo di cause; e delle prospettive alternativamente percorribili)*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 771 e segg.; Rota, *Dalla domanda di adempimento alla domanda di risoluzione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1990, 876 e segg. Critico avverso la posizione della giurisprudenza, la quale ritiene che l’art. 1453, 2° comma, c.c. abbia una valenza processuale anche Luiso, voce “Appello nel diritto processuale civile”, in *Digesto Civ.*, I, Torino, 1987, 361 e segg., spec. 371. In giurisprudenza, nel senso che dopo la novella del 1990 non sarebbe più consentito l’esercizio dello *jus variandi* dopo il termine concesso dal giudice per il deposito di memorie ai sensi dell’attuale art. 183, 6° comma, c.p.c.: Trib. Alessandria, 25 marzo 1998, in *Giur. It.*, 1999, 1865 con nota critica di Gili, *Rapporti tra diritto di mutare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione ex art. 1453, 2° comma, c.c. e nuovo regime delle preclusioni nel processo civile di primo grado*.

¹¹ Lo precisano, tra le altre, oltre alla sentenza delle Sezioni Unite in epigrafe, Cass., 27 maggio 2010, n. 13003, in *Mass. Giur.*

It., 2010; Cass., 27 novembre 1996, n. 10506, *ivi*, 2006; Cass., 18 febbraio 1989, n. 962, *cit.*; Cass., 7 agosto 1982, n. 4445, in *Mass. Giur. It.*, 1982.

¹² Così, letteralmente, Sacco-De Nova, *op. cit.*, 650.

¹³ Così Cass., 12 luglio 2011, n. 15290, in *Mass. Giur. It.*, 2011; Cass., 4 ottobre 2004, n. 19826, *ivi*, 2004; Cass., 18 maggio 1994, n. 4830, *ivi*, 1994. In dottrina, tra gli altri, G. Auletta, *La risoluzione per inadempimento*, Milano, 1942, 465; Dalmartello, voce “Risoluzione del contratto”, in *Noviss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, 126 e segg., spec. 144 e segg.; Smioldo, *op. cit.*, 316 e segg.

¹⁴ Cass., 27 maggio 2010, n. 13003; Cass., 27 novembre 1996, n. 10506, in *Contratti*, 1997, 2, 139.

Tuttavia, affinché le restituzioni siano disposte, è necessaria una autonoma domanda: così, tra le tante, Cass., 29 gennaio 2013, n. 2075, in *Mass. Giur. It.*, 2013; Cass., 2 febbraio 2009, n. 2562, in *Foro Pad.*, 2009, I, 14; Cass., 20 ottobre 2005, n. 20257, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 19 maggio 2003, n. 7829, in *Mass. Giur. It.*, 2003.

Sulle restituzioni a seguito della risoluzione del contratto per inadempimento, in dottrina v. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, spec. 328 e segg.; Ead., *Rimedi contrattuali e restituzioni*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, fasc. 3, spec. 2013, 13 e segg.

¹⁵ La richiesta di risarcimento dei danni può affiancare anche la domanda di adempimento ma si tratta, in ogni caso, di due risarcimenti diversi.

Infatti, mentre il risarcimento del danno collegato alla domanda di adempimento si riferisce al c.d. interesse positivo ed è pari alla differenza tra una esatta o tempestiva esecuzione del contratto e un’esecuzione inesatta o tardiva, il risarcimento del danno derivante dalla risoluzione comprende il rimborso di una somma pari “alle spese eventualmente necessarie al fine di preparare l’adempimento, nonché al vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato dall’esecuzione del contratto (al risarcimento del danno emergente si unisce quello del lucro cessante)”: Bigliuzzi-Breccia-Busnelli-Natoli, *Diritto civile*, 1 **, Torino, 1987 (Ristampa 1991), 867-868. In giurisprudenza, in tal senso Cass., 30 agosto 2012, n. 14714; Cass., 7 febbraio 1998, n. 1298, in *Mass. Giur. It.*, 1998;

Segnatamente, la convinzione per cui l'art. 1453, 2° comma, c. c. sia norma processuale di carattere eccezionale (ribadita anche dalla sentenza in epigrafe) ha indotto a chiedersi se, in quanto *lex specialis*, la disposizione debba andare soggetta ad una interpretazione letterale e rigorosa. Il problema si è posto in quanto – come ricordano le Sezioni Unite – la domanda risarcitoria, a differenza delle restituzioni, non è legata alla domanda di risoluzione da un nesso di consequenzialità logico-giuridica, i.e. non è funzionale al riequilibrio del sinallagma rovesciato.

In proposito, due erano gli orientamenti formatisi.

Secondo un primo orientamento, numericamente maggioritario (o, almeno, così ci sembra), la previsione di cui all'art. 1453, 2° comma, c.c. non avrebbe potuto estendersi alla domanda ulteriore di risarcimento del danno consequenziale a quella di risoluzione, trattandosi di domanda (evidentemente) del tutto diversa per *petitum* e *causa petendi* rispetto a quella originaria e, peraltro, non espressamente contemplata dal 2° comma dell'art. 1453 c.c.¹⁶. La prima domanda, invero, concerne la declaratoria di cessazione di efficacia di un rapporto negoziale mentre la seconda ha ad oggetto la tutela condannatoria in riferimento ad un diritto eterodeterminato, ossia quello al risarcimento del danno; danno comunque cagionato dall'inadempimento (cui si aggiungono, però, lo vedremo, ulteriori fattori).

Un secondo indirizzo giurisprudenziale, invece, consentiva la proposizione della domanda restitutoria assieme a quella di risoluzione, facendo leva sul tenore letterale dell'art. 1453, 1° comma, c. c., il quale, nel conferire all'interessato la scelta tra la richiesta di adempimento o di risoluzione fa salvo, in ogni caso, il diritto al risarcimento del danno. Ciò significa, si faceva notare, che anche questa seconda domanda sarebbe stata da considerare proponibile in corso di causa in deroga alle regole processuali di cui agli artt. 183 e 345 c.p.c.¹⁷.

La soluzione delle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite hanno composto il contrasto accordando preferenza all'orientamento estensivo, favorevole al cumulo tra la domanda di risoluzione e quella risarcitoria. Ciò a prescindere dalla circostanza per cui una richiesta risarcitoria fosse stata, o meno, già affiancata alla domanda di adempimento¹⁸.

La soluzione appare condivisibile. Essa si fonda su di un argomento di carattere testuale e su taluni argomenti di carattere sistematico.

In primo luogo, come già visto al § precedente, si

tratta di una lettura che non è incompatibile con il tenore letterale dell'art. 1453, 2° comma, c.c. e che, peraltro, trova un fondamento normativo nel 1° comma della citata disposizione, il quale dovrebbe essere letto nel senso di consentire la formazione del cumulo oggettivo tra domanda di risoluzione e domanda risarcitoria anche nel corso del processo.

Inoltre – questo il primo argomento di carattere sistematico – si tratta di una soluzione che assicura la finalità di concentrazione dei procedimenti, senza costringere la parte contrattuale che, avendo adempiuto, domanda la risoluzione del contratto ad instaurare un successivo giudizio risarcitorio. Invero, notano le Sezioni Unite, se così non fosse, sarebbe vanificata la finalità di concentrazione che il codice civile ha inteso perseguire con l'art. 1453, 2° comma, c.c. ossia “accordando al contraente non inadempiente lo *jus variandi* nel corso di uno stesso ed unico giudizio”. La parte non inadempiente che ritenga di aver subito un danno a seguito del contegno tenuto dalla controparte, infatti, avrebbe comunque l'onere di instaurare un successivo processo per vedere tutelate le proprie ragioni (segnatamente: le proprie ragioni risarcitorie).

In altri termini, si ritiene che un ordinamento efficiente debba consentire al contraente non inadempiente di poter scegliere tra il proporre la domanda risarcitoria nel corso del processo in cui sia stato esercitato lo *jus variandi*, anche accettando volontariamente di perdere un grado di giudizio di merito ove la domanda sia presentata per la prima volta in appello, ma al fine di concentrare in tale sede tutte le proprie pretese, ovvero di presentarla in un autonomo e separato giudizio. Infatti, osservano le Sezioni Unite (lo abbiamo già accennato), è vero che la tutela risarcitoria non è legata da un nesso di consequenzialità necessaria alla domanda di risoluzione ma, ciononostante, essa contribuisce a completare le difese del contraente non inadempiente.

Nota ancora la Suprema Corte – ed è questo l'ulteriore argomento di carattere sistematico – che, del resto, l'ordinamento contempla altre fattispecie in cui il divieto di *nova* è derogato al fine di evitare la moltiplicazione dei giudizi in relazione alla medesima fattispecie, *rectius* la moltiplicazione di giudizi concernenti conseguenze giuridiche derivanti dal medesimo evento dannoso.

Le fattispecie richiamate dal giudice di legittimità si caratterizzano per il fatto che la proposizione della domanda nuova nel corso del giudizio è la conseguenza di circostanze sopravvenute. Segnatamente, si fa riferimento:

Cass., Sez. Un., 25 luglio 1994, n. 6938, in *Giur.*, fasc. 11, 53; Cass., 7 maggio 1982, n. 2850, in *Resp. Civ.*, 1982, 596.

¹⁶ In luogo di molte, cfr. Cass., 23 gennaio 2012, n. 870, in *Mass. Giur. It.*, 2012; Cass., 16 giugno 2009, n. 13953, *ivi*, 209; Cass., 27 marzo 2004, n. 6161, *ivi*, 2004; Cass., 9 aprile 1998, n. 3680, *ivi*, 1998.

¹⁷ Così Cass., 27 maggio 2010, n. 13003; Cass., 31 ottobre

2008, n. 26325, in *Mass. Giur. It.*, 2008 sulla scorta di Cass., 19 novembre 1963, n. 2995, in *Giur. It.*, 1964, 757. Stando alla nota redazionale di *Giur. It.*, si tratta della prima decisione di legittimità in proposito.

¹⁸ Essendo in ogni caso diverso il danno da risarcire: *supra* nota 15.

1) all'art. 948, 1° comma, c. c., a mente del quale “la rivendicazione può essere proseguita anche contro chi, dopo la domanda, ha cessato, per fatto proprio, di possedere o detenere la cosa. In tal caso, il convenuto è obbligato a recuperarla per l'attore”. Ricordano le Sezioni Unite che in caso di impossibilità di attuare la tutela restitutoria in natura, si ritiene che sia possibile ‘trasformare’ la originaria domanda in una avente ‘diversa’ causa, eventualmente mirante anche al risarcimento del danno, su specifica richiesta del proprietario¹⁹;

2) all'art. 2378 c.c. concernente l'impugnazione delle delibere societarie. In base a quanto previsto dal 2° comma dell'art. 2378 c.c. se nel corso del processo, a seguito di trasferimenti per atto tra vivi, viene meno il numero delle azioni richiesto dal legislatore per la proposizione dell'impugnazione, il giudice non può pronunciare l'annullamento potendo invece provvedere sul risarcimento del danno “ove richiesto”. Benché si riscontri la mancanza di precedenti giurisprudenziali a riguardo²⁰, e benché la dottrina sia prevalentemente orientata in senso contrario²¹, le Sezioni Unite hanno ritenuto che la domanda risarcitoria possa essere proposta durante il giudizio;

3) all'art. 345, 1° comma, c.p.c., il quale consente di proporre per la prima volta in appello la domanda di risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza di primo grado (sopravvenienza in fatto). La disposizione *de qua* viene interpretata dalla giurisprudenza in maniera estensiva nel senso che si ritiene possibile domandare anche i danni per lesioni riconducibili ad eventi verificatisi nel corso del giudizio di primo grado, allorché il danno, tuttavia, si sia manifestato solo dopo la chiusura del giudizio di prime cure. Parimenti, si ritiene possibile chiedere il risarcimento di danni la cui esistenza, il danneggiato, pur usando

l'ordinaria diligenza, non sia stato in grado di rilevare, anteriormente alla definizione del giudizio di primo grado e alla data in cui ha proposto il gravame²².

Quest'ultima fattispecie, però, a ben vedere differisce da quella presa in esame dalle Sezioni Unite in quanto si tratta di un ampliamento del *quantum* (una “attualizzazione”) del danno originariamente richiesto in primo grado. In quest'ottica il disposto di cui all'art. 345 c.p.c. serve ad evitare un innaturale frazionamento della liquidazione di un unico danno²³. Nel caso dell'art. 1453 c.c., invece, le Sezioni Unite muovono dall'assunto per cui è irrilevante che la domanda risarcitoria fosse o meno stata proposta *ab origine*.

Accantonato per le ragioni appena esposte il riferimento al n. 3, resta allora da verificare se, effettivamente, le fattispecie di cui *supra sub* nn. 1 e 2, siano assimilabili a quella sottoposta all'attenzione della Corte di cassazione.

Poiché ambedue le disposizioni si riferiscono a sopravvenienze in fatto verificatesi in pendenza del giudizio, una equiparazione pare possibile soltanto valorizzando la circostanza per cui, in caso di esercizio dello *jus variandi* e di passaggio dalla domanda di adempimento a quella di risoluzione (e di risarcimento del danno), si ha il passaggio da un diritto ad un altro che è nato dal “medesimo episodio della vita”. Tuttavia – questo l'ulteriore elemento da valorizzare (come già abbiamo cercato di fare nel contesto di questo breve commento) – contestualmente accade che “l'inattività del debitore, per ogni momento che passa, aggrava il divario fra il momento della scadenza e il momento dell'esecuzione, e trasforma il precedente inadempimento in un inadempimento novello e più grave”²⁴.

In questo senso si potrebbe parlare di una “soprav-

¹⁹ Per un'applicazione giurisprudenziale cfr. Cass., 31 maggio 1988, n. 3705, in *Mass. Giur. It.*, 1988.

²⁰ Lo osserva anche Bertolotti, *Assemblea e amministratori*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale fondata da Walter Bigiavi*, Torino, 2013, 366.

²¹ Ossia nel senso che il socio impugnante possa ottenere la tutela risarcitoria solo quando abbia proposto tempestivamente la relativa domanda, invia subordinata rispetto a quella di annullamento: così Ferri, *Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2005, suppl. 1, 51 e segg., spec. 58; Maffei Alberti, *Commentario del diritto delle società*, Padova, 2007, 458; Lener, *Procedimento d'impugnazione*, in Niccolini-Stagno D'Alcontres, *Società di capitali*, Napoli, 2004, 562; Sanzo, in *Il nuovo diritto societario. Commentario diretto da Cottino-Bonfante-Cagnasso-Montalenti*, Bologna, 2004, 638.

Nella medesima direzione delle Sezioni Unite, argomentando dalla circostanza per cui il trasferimento delle azioni intervenuto nel corso del processo costituisce un *factum superveniens* che giustifica la predisposizione di tutte le attività difensive che ne derivano, indipendentemente dalle intervenute preclusioni, a quanto consta unicamente Scala, *Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide*, in *Il nuovo diritto delle società*. Liber amicorum Gian Franco Campobasso diretto da Abbadessa e Portale, 2, Torino-Milano, 2007, 291-292.

²² Cass., 31 marzo 2008, n. 8292, in *Guida Dir.*, 2008, fasc. 25, 64; Cass., 15 marzo 2006, n. 5678; Cass., 29 gennaio 2003, n. 1281, in *Foro It.*, 2003, I, 2798.

²³ Lo notano Cass., 13 aprile 2013, n. 9453, in *Guida Dir.*, 2013, fasc. 31, 67 e Cass., 10 novembre 2003, n. 16819, in *Giur. It.*, 2004, 724 ambedue citate dalle Sezioni Unite nella pronuncia in epigrafe, la quali, infatti, giungono alla conclusione per cui non costituisce domanda nuova la modificazione quantitativa del risarcimento del danno in origine richiesto, intesa non solo come modifica della valutazione economica del danno costituito dalla perdita o dalla diminuzione di valore di una cosa determinata, ma anche come richiesta dai danni provocati dallo stesso fatto che ha dato origine alla causa, i quali si manifestano solo nel corso del giudizio.

In riferimento all'art. 345, 1° comma, c.p.c. ed, in particolare, alla possibilità di domandare il risarcimento dei danni sofferti dopo la sentenza v. Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, II, 3^a ed., Napoli, 1956, 457 e segg. Nel senso che, in linea con il principio del doppio grado di giudizio, non sono ammesse nuove domande risarcitorie in appello differenti da quelle che costituiscono svolgimento logico o cronologico di domande già proposte Sassani-Giordano, *Art. 345*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da Comoglio, Consolo, Sassani, Vaccarella*, Torino-Milano, 2013, 350.

²⁴ Sacco-De Nova, *op. cit.*, 650.

venienza” idonea a giustificare la proposizione della domanda di risoluzione, di quella consequenziale di restituzione ed anche di quella risarcitoria, indipendentemente da eventuali barriere preclusive di tipo processuale. Con particolare riferimento alla domanda risarcitoria si noti infatti che il danno di cui si chiede il ristoro riguarda le spese che siano state eventualmente necessarie al fine di preparare l’adempimento, nonché il vantaggio patrimoniale che sarebbe derivato dall’esecuzione del contratto, a cui è, ormai, venuto meno l’interesse; evento, quest’ultimo, “sopravvenuto” rispetto all’instaurazione del giudizio.

Chi scrive è persuaso che valga la pena di effettuare un simile sforzo interpretativo per conseguire l’obiettivo della economia dei giudizi, la cui utilità pratica pare indubbia.

Conseguenze processuali

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite è certamente foriero di conseguenze processuali.

Invero, poiché l’art. 1453, 2° comma, c.c. consente di introdurre nel corso del processo nuove domande (risoluzione, restituzioni e risarcimento del danno), occorrerà che con riferimento a queste ultime sia consentito alle parti di esercitare il diritto di difesa, in condizioni di parità. Lo ribadisce anche la Suprema Corte²⁵. Ci spieghiamo meglio: così come, fino a oggi, si è permesso alla parte che propone la domanda di risoluzione e la richiesta delle restituzioni nel corso del giudizio di primo grado, dopo il maturarsi della barriera preclusiva di cui all’art. 183 c.p.c., di allegare comunque in giudizio i fatti (costitutivi) finalizzati a dimostrare che l’inadempimento non è stato di scarsa importanza e, quanto alle restituzioni, di allegare eventualmente in giudizio il fatto che si tratta di cosa ormai deteriorata e che, perciò, ha perduto parte del suo originario valore e così come si è consentito alla controparte di difendersi facendo “contro-allegazioni” in attuazione del principio del contraddittorio, parimenti dovrà essere concesso alla parte non inadempiente di allegare gli ulteriori fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno, ed alla controparte

di allegare eventuali fatti impeditivi, modificativi, estintivi.

Oltre alle allegazioni, ovviamente, dovrà essere altresì possibile, per le parti, effettuare deduzioni e controdeduzioni istruttorie.

Lo stesso dovrà dirsi con riferimento al giudizio d’appello, fermo restando che, pur perdendosi per scelta della parte interessata un grado di giudizio con riferimento alla domanda risarcitoria (ma anche a quella di risoluzione e alla richiesta di restituzioni), dovranno essere consentite, in tale sede, nuove allegazioni e nuove richieste istruttorie posto che, riguardando a queste ultime, la parte interessata, per fatto riconducibile alla controparte, non avrebbe potuto porre in essere tale attività in primo grado. Ciò che, del resto, ad oggi già accade con riferimento alla domanda di risoluzione e a quella concernente le restituzioni.

Ebbene, poiché, come si è visto, la Sezioni Unite giustificano la possibilità di proposizione di tali domande nel corso del giudizio, in deroga al divieto dei *nova*, facendo leva sul fatto che si tratta di “sopravvenienze” allora, per tale ragione, come non a caso precisato dalla sentenza in epigrafe, per un verso non sarà a ciò di ostacolo l’operatività del regime delle preclusioni e, per altro verso, non si porrà alcun problema di rimessione in termini²⁶.

lus variandi e risarcimento dei danni: la tutela unitaria del contraente fedele

Il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite della Corte di cassazione è di sicuro interesse e rappresenta una novità nel panorama della giurisprudenza di legittimità.

La Corte, infatti, sulla scorta di una ampia ed articolata motivazione afferma l’ammissibilità della proposizione della domanda di risarcimento dei danni contestualmente al mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto *ex art. 1453, 2° comma, c.c.*, aderendo così all’orientamento più permissivo dei due in contrasto. E lo fa, ancorché tale domanda risarcitoria non sia stata pro-

²⁵ In arg. v. altresì G. Gabrielli, *Proponibilità delle domande risarcitoria e restitutoria in corso di giudizio purchè congiuntamente con quella di risoluzione del contratto inadempito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2012, 597 e segg., spec. 605: “se esiste un diritto sostanziale alla risoluzione del contratto e agli effetti che dalla risoluzione conseguono e se tale diritto può esercitarsi a nche nel giudizio promosso per l’adempimento, le regole processuali devono piegarsi al fine di rendere possibile l’esercizio del diritto in sede giurisdizionale, purchè nel rispetto del vincolo posto dalla norma dell’art. 24 Cost.”.

²⁶ Nel senso che in caso di sopravvenienze (in fatto o in diritto) non opera né il regime delle preclusioni né (perché sarebbe superflua) la rimessione in termini di cui all’art. 153, 2° comma, c.p.c. Luiso, *Diritto processuale civile*, II, 7ª ed., Milano, 2013, 44-45. Id., *Art. 183*, in Consolo-Luiso-Sassani, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 156 e segg. Precisa che il

presupposto dell’operatività dell’istituto della rimessione in termini consiste nel fatto che la parte dimostri di non aver potuto esercitare tempestivamente un potere processuale per causa a lei non imputabile per caso fortuito o forza maggiore e che l’impedimento sia costituito da eventi sopravvenuti ed impedienti l’esercizio del potere processuale Caponi, *Art. 153*, in Balena-Caponi-Chizzini-Menchini, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino-Milano, 2009, 51 e segg.

Contra, nel senso che l’art. 153, 2° comma, c.p.c. trova applicazione in caso di fatti sopravvenuti o nell’ipotesi in cui la necessità di nuove allegazioni trovi causa nel comportamento processuale dell’avversario che, nel corso di causa, abbia legittimamente modificato la propria domanda Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, Bari, 2012, 74.

posta fin dall'originario instaurarsi del contenzioso bensì *ex novo* in corso di causa: e in ciò è la novità.

Come è noto, infatti, la risoluzione del contratto può essere domandata anche quando il giudizio sia stato promosso per ottenere l'adempimento, ed il mutamento di domanda può avvenire in ogni grado di giudizio (cfr. Cass., 12 febbraio 2014, n. 3207; Cass., 6 aprile 2009, n. 8234 e Cass., 5 maggio 1998, n. 4521), posto che l'interesse del creditore all'adempimento può sempre venire meno con il tempo, cosicché egli deve sempre potersi avvalere della risoluzione (cfr. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in *Trattato dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, 1735). Per converso, non è possibile domandare l'adempimento quando è stata già chiesta la risoluzione, perché ciò condurrebbe ad un aggravamento eccessivo ed iniquo della posizione del contraente inadempiente che dovrebbe tenersi pronto ad adempiere per un tempo indefinito (Luminoso, *Della risoluzione per inadempimento*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna, I, 1, 80).

Il mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione, dunque, consente una vera e propria *mutatio libelli* nel corso del processo, limitatamente al *petitum* e non anche alla *causa petendi*, e quindi presuppone che l'inadempimento posto a fondamento della domanda di risoluzione sia lo stesso fatto valere per ottenere l'adempimento perché altrimenti l'introduzione di un nuovo tema di indagine sarebbe preclusa dagli artt. 183, 184 e 345 c.p.c. (Cass., 6 aprile 2009, n. 8234 analogamente a Cass., Sez. un., 18 febbraio 1989, n. 962).

Piuttosto discussa, allora, è la possibilità di chiedere, contestualmente alla *mutatio libelli* ed in qualsiasi momento essa avvenga, oltre alla risoluzione del contratto anche il risarcimento dei danni inizialmente non richiesto.

Secondo una certa parte della giurisprudenza di legittimità ciò, infatti, non sarebbe possibile.

La richiesta risarcitoria, integrando una domanda del tutto diversa per *petitum* e *causa petendi* rispetto a quella originaria, comporterebbe l'introduzione di un ulteriore tema di indagine, per cui la sua proposizione *ex novo* in corso di causa sarebbe preclusa dalle stesse regole del diritto processuale, che consentono di modificare la originaria domanda fino all'udienza di trattazione della causa o, al massimo, fino al termine concesso dal giudice per il deposito delle memorie di cui all'ultimo comma dell'art. 183 c.p.c. (a tale ultimo proposito cfr. Tamponi, *op. cit.*, 1746 e la giurisprudenza ivi citata). Oltre tale momento, dunque, qualsiasi mutamento sarebbe precluso, né sarebbe possibile ravvisare nello stesso art. 1453, 2° comma, c.c. un valido appiglio normativo. È vero, infatti, che tale norma sicuramente rappresenta una deroga alle norme processuali che precludono il mutamento della domanda nel corso del giudizio e la proposizione di domande nuove in appello. Ma poiché si tratta di una norma eccezionale, essa non può trovare applicazione

al di fuori del caso espressamente previsto dal legislatore, e dunque non può consentire alcuna nuova domanda che non sia quella di risoluzione del contratto, una volta che si sia inizialmente agito per l'adempimento (cfr. Cass., 23 gennaio 2012, n. 870).

Alla parte adempiente, allora, non resterebbe altra possibilità se non quella di iniziare un nuovo giudizio, una volta ottenuta, a seguito della *mutatio*, la risoluzione giudiziale del contratto, al fine di vedersi riconosciuto anche l'eventuale diritto al risarcimento dei danni (cfr. in dottrina Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2007, 237).

Secondo un altro e diverso orientamento, invece, il risarcimento dei danni potrebbe essere domandato anche *ex novo* contestualmente all'esercizio, in corso di causa, dello *ius variandi*. La deroga alle generali regole processuali di cui al 2° comma dell'art. 1453 c.c., infatti, non potrebbe non valere anche per la domanda risarcitoria, perché anche questa rappresenta una domanda accessoria tanto a quella di adempimento quanto a quella di risoluzione. Il che sembra essere confermato dal 1° comma del citato articolo, a mente del quale il risarcimento del danno è salvo in ogni caso (cfr. Cass., 31 maggio 2008, n. 26325).

Del resto, le medesime preclusioni non sembrano operare laddove, in occasione della *mutatio*, venga avanzata anziché la domanda risarcitoria, quella di restituzione del *praestatum*, pur essendo indubbio che anche quest'ultima domanda rappresenti una domanda nuova, ma accessoria (cfr. Cass., 27 maggio 2010, n. 13003 e Cass., 27 novembre 1996, n. 10506).

Le Sezioni unite aderiscono a tale ultimo orientamento e pongono a conforto della conclusione raggiunta gli argomenti tratti dalla interpretazione letterale, teleologica ed infine sistematica della norma.

Quanto alla lettera della norma, viene sottolineato come l'art. 1453 c.c. debba essere letto nel suo complesso, essendo la tutela apprestata dal legislatore una tutela unitaria.

Il risarcimento dei danni, infatti, può accompagnarsi tanto alla domanda di adempimento quanto a quella di risoluzione del contratto. E se è possibile mutare anche in corso di causa l'adempimento in risoluzione (1453, 2° comma, c.c.), deve essere sempre possibile chiedere contestualmente anche la riparazione del pregiudizio economico sopportato dal creditore rimasto insoddisfatto, anche se per la prima volta nel corso del processo, perché altrimenti il risarcimento dei danni non sarebbe salvo in ogni caso (1453, 1° comma, c.c.).

Vero è che la tutela risarcitoria non rappresenta il logico corollario della risoluzione del contratto, a differenza della tutela restitutoria (cfr. ancora Sicchiero, *op. cit.*, 313), ma è pur vero che essa, ancorché non legata da un rapporto di consequenzialità logico giuridica, concorre nondimeno a completare le difese del contraente fedele, la cui tutela è garantita proprio dall'azione combinata di più domande.

Diversamente opinando, dunque, verrebbe frustata la stessa finalità di concentrazione che il nostro codice ha inteso perseguire e che costituisce la *ratio* sottesa alla disciplina della *mutatio libelli*.

Il contraente adempiente, infatti, non potrebbe ottenere in una unica sede la riparazione del pregiudizio eventualmente sofferto a causa dello scioglimento del rapporto ma sarebbe costretto ad iniziare un nuovo e separato giudizio al fine di ottenere l'integrale soddisfazione delle sue ragioni, con una frammentazione delle istanze giurisdizionali ed un complessivo allungamento dei tempi processuali del tutto irragionevole.

Quanto, infine, alla coerenza sistematica di tale interpretazione, viene ricordato come il nostro stesso ordinamento conosca anche altre ipotesi nelle quali il divieto di proporre nuove domande (c.d. divieto di *nova*) è derogato al fine di evitare una moltiplicazione di giudizi in relazione ad una medesima fattispecie.

Basti pensare, ad esempio, alla possibilità per il proprietario che agisca in rivendica di "trasformare", su

sua specifica richiesta, la *rei vindicatio* in una "diversa" causa, eventualmente mirante anche al risarcimento dei danni (art. 948, 1° comma, c.c.). O, ancora, alla eventualità che gli stessi soci di una società per azioni domandino il risarcimento dei danni nel corso dello stesso giudizio volto ad ottenere l'annullamento di una delibera assembleare, laddove tale ultima richiesta non possa essere soddisfatta per il venire meno, nel corso del processo, della quota azionaria minima che legittima l'impugnazione (art. 2378, 2° comma, c.c.).

Pertanto il regime delle preclusioni non è di ostacolo né alla possibilità di introdurre un nuovo tema di indagine né al pieno dispiegarsi, su di esso, del diritto di difesa e del diritto di contraddittorio delle parti, perché è lo stesso codice civile che consente, per ragioni di effettività e di tutela, di far valere la pretesa risarcitoria contestualmente al mutamento della domanda di adempimento in quella di risoluzione del contratto inadempito.

Matteo Brugnoli

Legge Pinto

Cassazione civile, Sez. un., 19 marzo 2014, n. 6312 – Pres. Adamo – Rel. Di Palma – A.S. – Ministero dell'economia e delle finanze.

Conferma App. Firenze, 14 gennaio 2010.

Processo civile - Equa riparazione – Ritardo della P.A. nel pagamento dell'indennizzo riconosciuto nel decreto Pinto esecutivo – Esecuzione forzata – Ulteriore indennizzo – Configurabilità – Ricorso forme e termini ex L. n. 89/2001 – Esclusione – Ricorso diretto alla Corte EDU – Necessità – Mancato esperimento dell'azione esecutiva – Irrilevanza.

In tema di equa riparazione per violazione della durata ragionevole del processo, in caso di ritardo della P.A. nel pagamento delle somme riconosciute in un decreto "Pinto" esecutivo, l'interessato ha diritto – sia che abbia esperito azione esecutiva per il conseguimento delle somme riconosciute gli sia che si sia limitato ad "attendere" l'adempimento dell'Amministrazione – ad un autonomo indennizzo per il ritardo nel soddisfacimento della sua pretesa, che, tuttavia, può essere fatto valere solo con il ricorso diretto alla CEDU e non con le forme e i termini previsti dalla L. n. 89/2001.

Omissis. – Con ordinanza interlocutoria n. 16826/12 del 3 ottobre 2012, la Sesta Sezione Civile, Sottosezione Prima, ha rimesso gli atti al Primo Presidente perché valutasse l'opportunità di disporre che le Sezioni Unite si pronuncino sulla questione esposta in motivazione.

Con tale ordinanza interlocutoria, la Sezione rimettente ha osservato testualmente: "che la fattispecie sottostante al ricorso in esame concerne la domanda di equa riparazione, di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89, avente ad oggetto il ritardo dell'Amministrazione convenuta nel pagamento

dell'indennizzo – dovuto al ricorrente in forza del titolo esecutivo costituito dal decreto di condanna pronunciato dalla corte d'appello ai sensi dell'art. 3 della stessa legge n. 89 del 2001 ed azionato esecutivamente nella forma dell'espropriazione presso terzi – per il periodo dalla data della pubblicazione di detto decreto alla data di assegnazione del credito nel processo esecutivo;

che la *ratio decidendi* della dichiarata inammissibilità del ricorso per equa riparazione sta in ciò, che "l'eventuale risarcimento per la mora debendi è fattispecie che fuoriesce dalla presente procedura e che deve trovare soddisfazione in un ordinario giudizio di danno", cioè che il ritardo dell'Amministrazione nel pagamento dell'indennizzo stabilito all'esito di un processo promosso ai sensi della legge n. 89 del 2001, anche nel caso in cui il titolo relativo sia stato azionato esecutivamente nelle forme dell'espropriazione forzata, è tutelabile – non già mediante una (nuova) domanda di equa riparazione, ma – mediante un ordinario giudizio di cognizione avente ad oggetto il risarcimento del danno da detto ritardo, il che val quanto dire che la tutela giurisdizionale di ritardi siffatti, anche se fatti valere nelle forme del processo esecutivo, è estranea all'ambito di applicazione della stessa legge n. 89 del 2001;

che, com'è noto, le Sezioni Unite di questa Corte, con la sentenza n. 27365 del 2009, hanno enunciato il principio di diritto secondo cui *...omissis...* il processo di cognizione e quello di esecuzione regolati dal codice di procedura civile, nonché il processo di cognizione del giudice amministrativo e quello di ottemperanza teso a far conformare la P.A. a quanto deciso in sede cognitoria, devono considerarsi, sul piano funzionale e strutturale, tra loro autonomi, in relazione appunto alle differenti situazioni soggettive azionate in ciascuno di essi, con l'ulteriore conseguenza che, in dipendenza di siffatta autonomia, le durate dei predetti giudizi non possono sommarsi per rilevarne una complessiva dei due processi (di cognizione, da un lato, e di esecuzione o di ottemperanza, dall'altro) e, perciò, solo dal momento

delle decisioni definitive di ciascuno degli stessi, è possibile, per ognuno di tali giudizi, domandare, nel termine semestrale previsto dall'art. 4 della legge n. 89 del 2001, l'equa riparazione per violazione del citato art. 6 della CEDU, con conseguente inammissibilità delle relative istanze in caso di sua inosservanza (cfr., *ex plurimis*, le successive sentenze conformi nn. 16828 del 2010, 820 e 13739 del 2011);

...*omissis*... che in ogni caso, sia prima che dopo la decisione delle Sezioni Unite, la Corte EDU ha affermato costantemente che, al fine di stabilire se un processo ha avuto durata ragionevole, ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, deve considerarsi globalmente la fase di cognizione e quella di esecuzione, promossa per la realizzazione del diritto fatto valere in giudizio; ...*omissis* ...

che pertanto, alla luce, da un lato, della richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 27365 del 2009 e, dall'altro, della richiamata giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale, la questione – se la durata del processo esecutivo, promosso in ragione del ritardo dell'Amministrazione nel pagamento dell'indennizzo dovuto in forza del titolo esecutivo, costituito dal decreto di condanna pronunciato dalla corte d'appello ai sensi dell'art. 3 della legge n. 89 del 2001 ed azionato appunto nelle forme del processo esecutivo, debba o no essere calcolata ai fini del computo della durata irragionevole del processo per equa riparazione, e, più in generale, se la durata del processo esecutivo, promosso per la realizzazione della situazione giuridica soggettiva di vantaggio fatta valere nel processo presupposto con esito positivo, debba o no essere calcolata ai fini del computo della durata irragionevole dello stesso processo presupposto – merita, ad avviso del Collegio, di essere (nuovamente) sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite, quale questione di massima di particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, secondo comma, c.p.c.”... *omissis*...

Motivi della decisione: Omissis la Corte d'Appello di Firenze, con il decreto impugnato, ha rigettato la domanda, affermando: “Risulta dal ricorso del S. che l'equa riparazione non viene chiesta in relazione alla eccessiva durata del processo esecutivo, bensì al ritardo nel pagamento. [...] la domanda di equa riparazione ex art. 3 L. 89/2001 può essere proposta unicamente in relazione ad una fattispecie dannosa che si concreti in una durata del processo che eccede quella ragionevole (art. 6, par. I, della Convenzione). La parte istante ha escluso che la doglianza sia correlata ad una durata eccessiva del processo esecutivo che è stata costretta ad intraprendere [...] e la domanda non è riconducibile alla L. 89/2001”.

In altri termini, i Giudici *a quibus* – qualificata la domanda siccome domanda di equa riparazione per il ritardo nel pagamento dei già riconosciuti indennizzo ed interessi da irragionevole durata del processo amministrativo presupposto – hanno escluso che una domanda siffatta sia riconducibile nell'ambito di applicazione della legge n. 89 del 2001... *omissis* ...Com'è noto, questa ricostruzione si fonda, sostanzialmente, soprattutto sul principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, secondo cui, in tema di violazione della ragionevole durata del processo ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89, tale processo deve essere individuato – in base all'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali adottata a Roma il 4 novembre 1950 e resa esecutiva in Italia dalla legge 4 agosto 1955, n. 848 – sulla base delle situazioni soggettive controverse ed azionate sulle quali il giudice adito deve decidere, situazioni che, per effetto della

norma convenzionale, sono “diritti e obblighi” cui, avuto riguardo agli artt. 24, 111 e 113 Cost., devono aggiungersi gli interessi legittimi fatti valere dinanzi ai giudici amministrativi, con la conseguenza che, in rapporto a tale criterio distintivo, il processo di cognizione e quello di esecuzione, regolati dal codice di procedura civile, nonché quello di cognizione del giudice amministrativo e il processo di ottemperanza, volto a far conformare la Pubblica Amministrazione a quanto deciso in sede di cognizione, devono considerarsi, sul piano funzionale e strutturale, tra loro autonomi, in relazione, appunto, alle differenti situazioni soggettive azionate in ciascuno di essi, con l'ulteriore conseguenza che, in ragione di detta autonomia, le durate dei giudizi (di cognizione, da un canto, e di esecuzione o di ottemperanza, dall'altro) non possono sommarsi per rilevarne una complessiva (cfr., *ex plurimis*, la sentenza n. 27365 del 2009, preceduta dalle conformi sentenze delle sezioni semplici nn. 1732 del 2009 e 25529 del 2006).

Alla luce pertanto, da un lato, della su descritta fattispecie e, dall'altro, dei principi enunciati con l'ora richiamata sentenza n. 27365 del 2009, le questioni sottoposte a queste Sezioni Unite possono essere così formulate (in parziale correzione di quelle formulate con la su riprodotta ordinanza di rimessione): a) se il ritardo nella “realizzazione” del diritto all'indennizzo ed agli interessi, di cui alla legge 24 marzo 2001, n. 89, già fatto valere e riconosciuto nel processo di cognizione promosso ai sensi della stessa legge n. 89 del 2001 – realizzazione che include anche il tempo trascorso per ottenerla (ritardo nel pagamento dell'indennizzo, appunto) – possa o no esser fatto valere mediante lo strumento della medesima legge n. 89 del 2001, vale a dire mediante domanda di (ulteriore) equa riparazione per il ritardo nella realizzazione, e se, in particolare, il processo di esecuzione forzata, eventualmente promosso per ottenere la realizzazione medesima, possa qualificarsi o no del tutto autonomo rispetto al precedente processo di cognizione di formazione del titolo; b) se il rimedio al ritardo nell'adempimento della Pubblica Amministrazione – per il tempo trascorso tra il definitivo riconoscimento del diritto all'indennizzo e la realizzazione di tale diritto (pagamento) – debba necessariamente consistere in un ulteriore indennizzo liquidato al titolare del diritto ai sensi della legge n. 89 del 2001, ovvero possa consistere anche nel riconoscimento degli interessi moratori.

3. – Come correttamente osservato nella su riprodotta ordinanza di rimessione a queste Sezioni Unite, occorre prender le mosse dal principio costituzionale di “effettività” della tutela giurisdizionale, ... *omissis*... Il rispetto di tale principio esige che la “tutela giurisdizionale” non si esaurisca nel diritto di accesso al giudice, a tutti garantito, ma comprenda qualsiasi attività processuale prevista dall'ordinamento, anche successiva alla proposizione della domanda, volta a rendere effettiva e concreta, appunto, la tutela giurisdizionale dei diritti e, più in generale, delle situazioni giuridiche soggettive sostanziali, individuali o collettive, di vantaggio, ed esige perciò che tali situazioni giuridiche soggettive, fatte valere e definitivamente riconosciute in sede giurisdizionale, siano “realizzate” in favore del suo titolare, secondo adeguati strumenti predisposti dall'ordinamento, con l'ottenimento del “bene della vita” che ne costituisce l'oggetto, ovviamente fin dove giuridicamente possibile.

Al riguardo, sono inequivocabili in tal senso le affermazioni della Corte costituzionale:

“[...] proprio in base al [...] principio di effettività della

tutela deve ritenersi connotato intrinseco della stessa funzione giurisdizionale, nonché dell'imprescindibile esigenza di credibilità collegata al suo esercizio, il potere di imporre, anche coattivamente in caso di necessità, il rispetto della statuizione contenuta nel giudicato e, quindi, in definitiva, il rispetto della legge stessa. Una decisione di giustizia che non possa essere portata ad effettiva esecuzione (eccezioni i casi di impossibilità dell'esecuzione in forma specifica) altro non sarebbe che un'inutile enunciazione di principi, con conseguente violazione degli artt. 24 e 113 della Costituzione, i quali garantiscono il soddisfacimento effettivo dei diritti e degli interessi accertati in giudizio nei confronti di qualsiasi soggetto [...] In questi termini la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria" (così, la sentenza n. 419 del 1995, n. 6 del Considerato in diritto, e, nei medesimi termini, la sentenza n. 435 del 1995, n. 7 del Considerato in diritto). Ed il "principio secondo cui la garanzia della tutela giurisdizionale posta dall'articolo 24, primo comma, Cost. comprende anche la fase dell'esecuzione forzata, la quale è diretta a rendere effettiva l'attuazione del provvedimento giurisdizionale", è stato successivamente più volte ribadito dalla stessa Corte costituzionale (cfr., *ex plurimis*, le sentenze nn. 321 del 1998 e 198 del 2010).

Principi sostanzialmente analoghi... *omissis*... sono stati costantemente affermati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, fino alle numerose decisioni più recenti, in sede di interpretazione dell'art. 6, prf. 1, della CEDU... *omissis*

Se, dunque, "la previsione di una fase di esecuzione coattiva delle decisioni di giustizia, in quanto connotato intrinseco ed essenziale della stessa funzione giurisdizionale, deve ritenersi costituzionalmente necessaria" nel sistema delineato dagli artt. 24, primo comma, 111, primo e secondo comma, e 113, primo e secondo comma, Cost. per l'affermazione del principio di "effettività" della tutela giurisdizionale; se "l'esecuzione della sentenza resa dal giudice deve [...] essere considerata come parte integrante del 'processo' ai fini dell'articolo 6" della CEDU e se, perciò, "il procedimento di esecuzione costituisce la seconda fase del procedimento e il diritto rivendicato diventa realmente effettivo solo al momento dell'esecuzione", ne consegue necessariamente, sia pure in linea di principio, che – secondo una ricostruzione costituzionalmente e "convenzionalmente" orientata, rispettosa cioè sia delle citate norme costituzionali sia dell'art. 6, prf. 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo – per processo "giusto" (art. 111, primo comma, Cost.) ed "equo" (rubrica dell'art. 6 della CEDU) deve anche intendersi il procedimento giurisdizionale considerato come procedimento unico che, cioè, ha inizio con l'accesso al giudice e fine con l'esecuzione della decisione, definitiva ed obbligatoria, dallo stesso pronunciata in favore del soggetto riconosciuto titolare della situazione giuridica soggettiva sostanziale di vantaggio fatta valere nel processo medesimo.

Da tale ricostruzione, in particolare, consegue ulteriormente che – allorché, nel processo civile o amministrativo, sia stata fatta valere dinanzi al giudice una situazione giuridica soggettiva sostanziale di vantaggio e questa sia stata riconosciuta al suo titolare con decisione definitiva ed obbligatoria ("fase" processuale della cognizione) e, tuttavia, tale decisione non sia stata spontaneamente ottemperata dall'obbligato ed il titolare abbia scelto di promuovere l'esecuzione

del titolo così ottenuto ("fase" processuale dell'esecuzione forzata o dell'ottemperanza) – la garanzia costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale e l'art. 6, prf. 1, della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, impongono di considerare tale articolato e complesso procedimento come un "unico processo" scandito, appunto, da "fasi" consequenziali e complementari *omissis*

In tale prospettiva, di attuazione della predetta garanzia costituzionale e, al contempo, dell'art. 6, prf. 1, della CEDU – che, quale "norma interposta", "integra il parametro" costituito dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui dispone che "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali" (cfr., *ex plurimis*, le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, 80 del 2011) –, si attenuano, fino a scomparire, le "differenze funzionali e strutturali" (richiamate dalla menzionata sentenza delle Sezioni Unite n. 27365 del 2009) tra processo di cognizione e processo di esecuzione forzata – peraltro certamente esistenti e rilevanti ad altri fini, vale a dire sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione della disciplina processuale dettata dalla legislazione ordinaria –. *Omissis*

L'interpretazione dell'art. 6, prf. 1, della CEDU, operata dalla Corte di Strasburgo comporta perciò – tra le altre possibili – la necessaria distinzione fra il diritto ad un processo di durata ragionevole e l'"autonomo" diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive, ancorché tali diritti siano entrambi compresi nella garanzia del "processo equo" ed idonei a generare, se violati, il diritto ad un'"equa soddisfazione" ai sensi dell'art. 41 della Convenzione.

4.1. – Tenuto conto delle considerazioni che precedono, gli affermati principi di effettività della tutela giurisdizionale e di conseguente unicità anche del processo Pinto, scandito dalle due predette "fasi", non comportano tuttavia, di per sé soli, che l'art. 2, comma 1, della legge n. 89 del 2001 (il cui testo non ha subito modificazioni ad opera del citato art. 55, comma 1, del d.l. n. 83 del 2012) – laddove prevede che "Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetti di violazione della Convenzione [...], sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, [...] ha diritto ad un'equa riparazione" – sia, nell'ordinamento italiano, la norma sostanziale astrattamente idonea ad assicurare la tutela di entrambi i predetti diritti, non comportano cioè che, oltre al diritto ad un processo di durata ragionevole, anche l'"autonomo" diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive possa esser fatto valere utilizzando lo strumento dello stesso processo Pinto. Anzi, sia la genesi della legge Pinto – sollecitata insistentemente in sede europea ed introdotta proprio per porre rimedio all'irragionevole durata dei processi nell'ordinamento processuale italiano –, sia la "lettera" dell'ora menzionato art. 2, comma 1, inducono a ritenere, invece, che l'"autonomo" diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive, individuato dalla Corte di Strasburgo come fonte, autonoma appunto, della tutela contro i ritardi della Pubblica Amministrazione nel pagamento delle somme portate dai decreti Pinto esecutivi, non è riconducibile alla previsione dello stesso art. 2, comma 1, ed alle fattispecie ivi prefigurate.

Tale conclusione, tuttavia, potrebbe ingenerare seri dubbi di conformità alla Convenzione – e, conseguentemente, di conformità alla Costituzione, ai sensi dell'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 6, prf. 1, della CEDU – del-

l'affermata non riconducibilità alla menzionata disposizione interna anche del diritto "all'esecuzione delle decisioni interne esecutive". Ma tali dubbi – tenuto conto delle ricordate genesi e "lettera" di tale disposizione interna – non possono essere superati sul piano ermeneutico né alla luce dell'interpretazione dell'art. 6, prf. 1, della Convenzione operata dalla Corte di Strasburgo... *omissis*...

Né detti dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, della legge Pinto – nella parte in cui non prevede, e quindi preclude, la tutela, mediante il processo Pinto, anche delle fattispecie di ritardo nel pagamento delle somme riconosciute dal decreto Pinto esecutivo – possono, ad avviso del Collegio, essere sottoposti allo scrutinio del Giudice delle leggi: ciò, proprio alla luce della sua recente e specifica giurisprudenza.

Infatti, la Corte costituzionale – investita dalla Corte d'Appello di Bari della questione di legittimità costituzionale dell'art. 4 della legge n. 89 del 2001, nel testo sostituito dall'art. 55, comma 1, lettera d), del decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 7 agosto 2012, n. 134, in riferimento agli artt. 3, 111, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6, paragrafo 1, della CEDU, nella parte in cui preclude(rebbe) la proposizione della domanda di equa riparazione durante la pendenza del procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata –, con la recente sentenza n. 30 del 25 febbraio 2014, ha dichiarato inammissibile tale questione...*omissis*... E, nella prospettiva in questa sede indicata, debbono essere sottolineate anche le osservazioni conclusive della Corte: *omissis* Il vulnus riscontrato e la necessità che l'ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo, se non inficiano – per le ragioni già esposte – la ritenuta inammissibilità della questione e se non pregiudicano la "priorità di valutazione da parte del legislatore sulla congruità dei mezzi per raggiungere un fine costituzionalmente necessario" (sentenza n. 23 del 2013), impongono tuttavia di evidenziare che non sarebbe tollerabile l'eccessivo protrarsi dell'inerzia legislativa in ordine al problema individuato nella presente pronuncia (sentenza n. 279 del 2013)" (n. 4.1. del Considerato in diritto).

Sono, queste ora richiamate, le medesime ragioni per le quali il Collegio non ritiene di sollevare d'ufficio il suo prospettato dubbio di legittimità costituzionale dell'affermata non riconducibilità alla disposizione, di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 89 del 2001, anche della tutela del diritto "all'esecuzione delle decisioni interne esecutive" e, quindi, delle fattispecie di ritardo della Pubblica Amministrazione nel pagamento delle somme riconosciute dal decreto Pinto esecutivo: infatti, non v'è alcun dubbio che la scelta – tra le molteplici possibili – del rimedio effettivo a tale ritardo è attribuita anche dalla stessa Convenzione europea all'"ampia discrezionalità" del legislatore... *omissis*...

Il caso in cui il ricorrente abbia fatto valere il diritto ad un processo Pinto di durata ragionevole può essere ulteriormente suddiviso, a seconda che sia stata dedotta in giudizio la durata irragionevole della sola "fase" di cognizione ovvero anche della promossa ed esaurita "fase" di esecuzione forzata del titolo definitivo ottenuto nella prima fase.

A1) (Il caso in cui la fase della cognizione del processo Pinto si sia conclusa ..*omissis*.. non comporta particolari difficoltà interpretative od applicative della legge n. 89 del 2001 ed è agevolmente riconducibile ai consolidati

principi e criteri elaborati dalla giurisprudenza di questa Corte in materia di equa riparazione in ... *omissis*...

B) Il caso – in cui il ricorrente abbia fatto valere, invece, il diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive, cioè del decreto di condanna Pinto definitivo, dolendosi del ritardo dell'Amministrazione nel pagamento delle somme relative – può essere a sua volta suddiviso, a seconda che sia stata promossa o no l'esecuzione forzata del titolo così ottenuto, circostanze queste, come più volte sottolineato, da dedurre nel giudizio in modo adeguato e specifico. B1) Nel primo caso (decreto di condanna Pinto seguito dalla promozione dell'esecuzione forzata) – ribadito che la somma corrispondente (indennizzo ed interessi) deve essere pagata dall'Amministrazione al titolare entro il termine dilatorio di sei mesi e cinque giorni dalla data in cui il provvedimento che la accorda è divenuto esecutivo –, il ricorrente ha il diritto – fondato appunto, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, sulla violazione dell'art. 6, prf. 1, della CEDU, sotto il richiamato profilo del "diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive" – ad un ulteriore indennizzo (ed agli interessi) commisurato sia all'entità del ritardo, eccedente i sei mesi e cinque giorni, nella "realizzazione" dell'indennizzo e degli interessi (già riconosciuti per l'irragionevole durata del processo "presupposto"), vale a dire nel pagamento effettivo di tali somme, sia alla circostanza della intervenuta promozione del processo di esecuzione forzata.

Tale diritto, tuttavia – per le anzidette ragioni (cfr., supra, n. 4.1.) –, non può esser fatto valere nelle forme e nei termini di cui alla legge n. 89 del 2001, ma, allo stato attuale della legislazione interna, soltanto mediante ricorso diretto alla Corte di Strasburgo, come del resto accaduto numerosissime volte.

B2) Nel secondo caso (decreto di condanna Pinto non seguito dalla promozione dell'esecuzione forzata) –, in cui cioè il titolare del diritto all'indennizzo ed agli interessi per l'irragionevole durata del processo presupposto abbia scelto di tenere un comportamento di "attesa" della realizzazione del suo credito senza svolgere ulteriori attività, facendo implicitamente valere soltanto il "mero ritardo", per così dire, nel pagamento delle somme corrispondenti –, potrebbero astrattamente prospettarsi le seguenti soluzioni alternative: o il rimedio a tale ritardo dell'Amministrazione è costituito dal titolo della già pronunciata condanna al pagamento degli interessi "corrispettivi" dalla domanda di equa riparazione al saldo, interessi che, dal giorno della mora debendi della stessa Amministrazione (successivo alla scadenza di sei mesi e cinque giorni), si convertono in interessi "moratori", dovuti appunto fino alla data dell'effettivo pagamento; ovvero il rimedio al ritardo – ed è questa la soluzione seguita dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo – è costituito, anche in questo caso, da un ulteriore indennizzo, dovuto dall'Amministrazione in forza dell'art. 41 della Convenzione, per la violazione dell'art. 6, prf. 1, sotto il più volte richiamato profilo del "diritto all'esecuzione delle decisioni interne esecutive", e commisurato al periodo eccedente il predetto termine dilatorio concesso all'Amministrazione medesima per il pagamento.

Anche in questo caso, tuttavia, tale diritto – per le anzidette ragioni (cfr., supra, n. 4.1.) –, non può esser fatto valere nelle forme e nei termini di cui alla legge n. 89 del 2001, ma, allo stato attuale della legislazione interna, soltanto mediante ricorso diretto alla Corte EDU. – *Omissis*

Equo indennizzo per irragionevole durata del processo: un faticoso dialogo tra Corti

Cristina Vanz

La Cassazione segna un riavvicinamento ai criteri ermeneutici della Corte EDU in tema di equo indennizzo da irragionevole durata del processo, non privo peraltro di aspetti problematici prodotti dalla recente modifica della L. n. 89/2001.

Il riavvicinamento del sistema interno alla CEDU

Nella decisione in commento le Sezioni unite hanno stabilito che il ritardo della P.A. nel pagamento delle somme riconosciute in un decreto “Pinto” esecutivo consente all’interessato, che abbia esperito oppure no l’azione esecutiva, di richiedere un autonomo indennizzo per il ritardo nel soddisfacimento della sua pretesa, peraltro promuovendo ricorso diretto alla Corte di Strasburgo e non, invece, con le forme dalla L. n. 89/2001.

L’apparato argomentativo della sentenza è per qualche verso sfuggente, in tutta probabilità per l’oggettiva difficoltà a coniugare armonicamente consolidati orientamenti della Corte europea, principio di effettività della tutela giurisdizionale, lacune dell’ordinamento interno e “ragion pratica”.

Da un primo punto di vista, la pronuncia pare segnare il superamento dell’orientamento espresso dalle Sezioni unite nella precedente sentenza n. 27365/2009, con la quale i giudici di legittimità avevano affermato l’autonomia funzionale e sostanziale intercorrente tra la cognizione innanzi al giudice amministrativo e il processo di ottemperanza e, parimenti, tra il processo di cognizione e quello di esecuzione regolati dal codice di procedura civile. Da siffatta impostazione discendeva che solo dal momento delle decisioni definitive di ciascuno di tali procedimenti diveniva possibile domandare, nel termine semestrale previsto dall’art. 4, L. n. 89/2001, l’equa riparazione per violazione del citato art. 6 CEDU, con conseguente inammissibilità delle relative istanze in caso di sua inosservanza¹. Questa scelta, pur riaffermando in astratto il vincolo della giurisprudenza nazionale a quella della Corte di Strasburgo, era apparsa nella sostanza in decisa antitesi con lo spirito di tutela offerto dall’art. 6, § 1, CEDU². Infatti, dal *leading case Hornsby c. Grecia*³ la Corte di Strasburgo ha sempre sottolineato che, ai fini dell’art. 6 CEDU, per stabilire la proponibilità della domanda nella prospettiva della convenzione occorre valutare il momento dal quale

può dirsi negato il diritto reclamato, coincidente con la mancata esecuzione della pretesa riconosciuta dal giudice di merito, indipendentemente dalle dispute in seno agli ordinamenti interni sul rapporto sussistente tra fase esecutiva e precedente giudizio di merito. La decisione delle Sezioni unite del 2009, quindi, non si poneva in linea rispetto al consolidato principio ermeneutico espresso dalla Corte di Strasburgo⁴.

Il nuovo orientamento in esame segna, viceversa, un riavvicinamento del sistema interno alla Convenzione. Tuttavia, questa riconciliazione sembra essere più formale che sostanziale, e non certo in ragione dell’angolarità, per certi versi sfuggente, della decisione in esame. La Corte dà atto, infatti, che, conformando sotto questo profilo l’interpretazione interna dell’art. 6, § 1, CEDU a quella operata dalla Corte di Strasburgo nelle sue varie pronunce, si pone in evidenza un ulteriore elemento di contrasto, posto che l’ordinamento interno, allo stato, non offre un rimedio adeguato per garantire l’effettività della tutela dei soggetti che patiscono il ritardo nel pagamento, pur a fronte di un decreto “Pinto esecutivo”. Tale aspetto ingenera quindi, da un altro versante, ancora seri dubbi di conformità alla Convenzione⁵ della nuova legge Pinto, che le Sezioni unite peraltro non sottopongono al vaglio della Consulta, prendendo atto della recentissima decisione di quest’ultima (sent. n. 30/2014), che ha dichiarato l’inammissibilità della questione⁶.

La coperta è dunque decisamente troppo corta: ci si conforma alla Convenzione, da un lato, e, nel contempo, ci si discosta da essa. Uno sguardo d’insieme pare confermare quest’osservazione.

I continui rimpalli tra l’ordinamento interno e la Corte di Strasburgo

Il sistema da tempo evidenzia un dialogo imperfetto tra Roma e Strasburgo.

La legge Pinto è nata con lo scopo di nazionalizzare il contenzioso da “equa riparazione”⁷ riconoscendo al

¹ Cass. civ., Sez. un. 24 dicembre 2009, n. 27365, in *Corriere giur.*, 2010, 335 e seg., con nota di Carrato, *Ai fini dell’azione di equa riparazione il giudizio di cognizione e quello di ottemperanza devono considerarsi autonomi*.

² Si vedano in proposito le chiare osservazioni di Conti, *La ragionevole durata del processo fra giudizio di merito, esecuzione e ottemperanza*, in *Danno e Resp.*, 2010, 709 e segg.

³ *Hornsby c. Grecia*, 19 marzo 1997, n. 18357, vedila in De Salvia-Zagrebsky, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, II, Milano, 2006, 595.

⁴ Il contrasto appare chiarissimo dal raffronto con la pronuncia della Corte EDU *Simaldone c. Italia*, n. 22644/03, 31 marzo 2009, in <http://www.osservatoriocedu.eu>, in particolare al § 44 “*enfin, la Cour considère que la thèse du Gouvernement selon laquelle l’intéressé*

aurait dû exercer un nouveau recours “Pinto” pour faire valoir ses griefs relatifs à la durée d’exécution de la décision “Pinto” revient à enfermer le requérant dans un cercle vicieux où le dysfonctionnement d’un recours l’obligerait à en engager un autre. Une telle conclusion serait déraisonnable et constituerait un obstacle disproportionné à l’exercice efficace par le requérant de son droit de recours individuel, tel que défini à l’article 34 de la Convention (voir en ce sens Vaney c. France, no 53946/00, § 53, 30 novembre 2004 et, mutatis mutandis, Kaic c. Croatie, no 22014/04, § 32, 17 juillet 2008)”.

⁵ Ai sensi dell’art. 117 Cost. Sul punto *infra*.

⁶ Con riferimento all’art. 55, 1° comma, lett. d), D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (Misure urgenti per la crescita del Paese), convertito, con modificazioni, dall’art. 1, 1° comma, L. 7 agosto 2012.

⁷ Gli stessi lavori preparatori della legge Pinto (spec. Atto Senato

ricorso alla Corte di Strasburgo il *carattere sussidiario* che gli è proprio⁸. Le disfunzioni che la legge si riproponeva di riequilibrare hanno purtroppo, col tempo, trovato un fertile terreno d'implementazione proprio nel rimedio stesso e ciò ha cagionato soventi rimbalzi tra il sistema giudiziario interno e quello europeo. Si rammenterà, ad esempio, che poco dopo l'entrata in vigore della legge Pinto l'insufficienza degli indennizzi liquidati aveva alimentato nuovi contenziosi presso la Corte di Strasburgo, ricomposti nell'alveo nazionale solo dopo il *revirement* delle Sezioni unite, 26 gennaio 2004, n. 1340⁹ e la decisione Di Sante¹⁰. Col primo si stabilì che il mancato rispetto dei criteri di riparazione applicati dalla Corte europea per i diritti dell'uomo dava luogo a un vizio di violazione di legge censurabile in cassazione. La seconda ribadì l'onere di esaurire anche il ricorso per cassazione prima di potersi dolere davanti alla Corte di Strasburgo della mancanza o dell'insufficienza dell'indennizzo.

Il caso ora citato ha rappresentato la prima breccia al muro che la legge Pinto avrebbe dovuto ergere per garantire appieno il ruolo sussidiario della Corte EDU. Purtroppo, non l'unica. Il ritardato pagamento degli indennizzi Pinto, pur liquidati con decisioni immediatamente esecutive¹¹, ha riversato ancora una volta su Strasburgo una gran mole di ricorsi. Il rimedio, quindi, ha finito con l'essere produttivo di nuove violazioni della Convenzione, sia per i ritardi nei pagamenti, ma anche, paradossalmente, per l'eccessiva durata dello stesso processo Pinto¹².

Non si può negare che questa normativa, nata con

un pur nobile intento correttivo, sia divenuta essa stessa l'emblema delle incontenibili disfunzioni giudiziarie del nostro Paese. E, al pari del mitico serpente che Odino aveva gettato nell'oceano per renderlo innocuo, ma che proprio in quelle acque aveva trovato il nutrimento per crescere e stringere tra le sue spire la terra intera, così il baluardo contro la durata irragionevole dei processi è divenuto uno degli strumenti per affossare quel poco di funzionalità residuale che il nostro processo civile è ancora in grado di erogare. La recente riforma della L. n. 89/2001 per effetto del D.L. n. 83/2012 sembrerebbe confermare il *trend* di crescita *usque ad coelum*¹³ dei malfunzionamenti correlati al rimedio Pinto.

Nuove disarmonie nel difficile percorso della tutela multilivello dei diritti

Da un lato, la novella ha cercato di stringere le maglie della L. n. 89/2001, escludendo la possibilità di richiedere l'equo indennizzo nel caso di lite temeraria, di provvedimento di condanna sostanzialmente equivalente alla proposta di mediazione o a quella conciliativa¹⁴. Nel contempo ha posto però nuove condizioni per una riespansione del contenzioso davanti alla Corte di Strasburgo, proprio per il tramite di alcune di queste modifiche, segnatamente quella che ha riguardato l'art. 4.

Nella versione primigenia, la norma consentiva alla parte di proporre la domanda di equo indennizzo sia durante la pendenza del procedimento che avesse comunque già ecceduto la durata ragionevole sia, a pena

3813) ponevano in evidenza lo scopo di nazionalizzare il contenzioso da "equa riparazione", offrendo in sede nazionale uno strumento per pronunciare l'"equa soddisfazione" attribuita dalla Corte di Strasburgo. Sugli obiettivi e le caratteristiche della legge Pinto, prima della recente riforma, v. Dalmotto, *Diritto all'equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi*, in *Misure acceleratorie e riparatorie contro l'irragionevole durata dei processi*, a cura di Chiarloni, Torino, 2002, 67 e segg.; Didone, *Equa riparazione e ragionevole durata del giusto processo*, Milano, 2002, *passim*; Tarzia, *Sul procedimento di equa riparazione per violazione del termine ragionevole del processo*, in *Giur. It.*, 2001, 2430; Martino, *Sul diritto all'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo* (L. 24 marzo 2001 n. 89), in *Riv. Dir. Proc.*, 2001, 1068; De Marzo-Fabbrizzi-De Francesca, *Irragionevole durata del processo e responsabilità dello stato*, Padova, 2008, *passim*.

⁸ Sussidiarietà che si esprime negli artt. 13 e 35 § 1 della Convenzione. Si veda a tal proposito Pisillo Mazzeschi, *Art. 35. Condizioni di ricevibilità (I)*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, a cura di Bartole-Conforti-Raimondi, 579 e segg.; Di Stefano, *Art. 13, Commentario alla Convenzione europea cit.*, 377 e segg.; Pitea, *Art. 35 (Condizioni di ricevibilità)*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di Bartole-De Sena-Zagrebelsky, Padova, 2012, 660 e seg. Il principio di sussidiarietà è stato ribadito anche nel preambolo del recente Protocollo n.16/2013.

⁹ Vedila in *Giur. it.*, 2004, 944, con nota di Didone, *La cassazione, la legge Pinto e la corte europea dei diritti dell'uomo: sepolti i contrasti*.

¹⁰ Di Sante c. Italia, n. 56079/00, 24 giugno 2004, con cui la Corte di Strasburgo ribadì che l'onere di esaurire anche il ricorso

per cassazione prima di potersi dolere in sede europea della mancanza o dell'insufficienza dell'indennizzo non poteva essere più ignorato dai ricorrenti trascorsi sei mesi dal *revirement* compiuto dalle Sez. un. n. 1340/2004.

¹¹ Simaldone c. Italia, cit.; *Gaglione e altri c. Italia*, n. 45867/07, 21 dicembre 2010, in <http://www.giustizia.it/giustizia/it> pongono in evidenza come un numero decisamente cospicuo dei ricorsi diretti contro l'Italia abbia riguardato precipuamente il ritardo nei pagamenti degli indennizzi Pinto. Nella sentenza *Gaglione*, in specie, la Corte ha sottolineato come i 475 casi da essa esaminati erano parte di un gruppo di oltre 3.900 ricorsi concernenti, principalmente od unicamente, il ritardo nel pagamento degli indennizzi.

¹² Sul punto v. Gasparrino, *Illegittimo anche il "giudizio Pinto" se ha durata irragionevole* (nota a Cass., 18 gennaio 2013 n. 261), in *Resp. Civ. e Prev.*, 2013, 1155 e segg.; Salvato, *Profili controversi dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corriere Giur.*, 2010, 881 e seg.

¹³ A tal proposito si vedano le osservazioni di Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto, la nuova mediazione ex d.leg. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il consiglio d'Europa sul rapporto fra repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corriere giur.*, 2010, 425 e seg.

¹⁴ Furnari, *La nuova legge Pinto*, Torino, 2012, *passim*; De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo e rimedio effettivo*, Napoli, 2013, 235 e segg.; Piombo, *Equa riparazione per irragionevole durata del processo: appunti sulla disciplina della c.d. legge Pinto dopo le modifiche introdotte dall'art. 55 d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012 n. 134*, in *Foro It.*, 2013, 25 e segg.; Azzalini, *L'eccessiva durata del processo e il risarcimento del danno: la legge Pinto tra stalli applicativi e interventi riformatori*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2012, 1702 e seg.

di decadenza, entro sei mesi dal momento in cui il provvedimento conclusivo veniva definito. Attualmente, la domanda può essere invece proposta, sempre a pena di decadenza, solo quando la decisione che conclude il procedimento è divenuta definitiva¹⁵. In verità, la norma non esclude espressamente la precedente soluzione, tuttavia le altre modifiche introdotte alla legge e poc' anzi accennate coerentemente lasciano intendere che siffatta domanda postuli la conclusione del procedimento.

L'attuale diversa impostazione ha dato prontamente luogo a un'eccezione d'incostituzionalità¹⁶. Secondo il giudice remittente¹⁷ la proponibilità della domanda di equa riparaazione all'esito definitivo del giudizio determinerebbe un'ingiustificata discriminazione di colui che stia tuttora subendo l'eccessiva durata di un processo non ancora concluso. La Corte costituzionale¹⁸, che proprio nelle scorse settimane ha deciso tale questione, ha peraltro escluso di poter dar luogo a un intervento additivo che possa correggere siffatta disfunzione, proprio in ragione delle predette caratteristiche della nuova versione della legge Pinto¹⁹. I giudici della Consulta, tuttavia, hanno messo in chiara evidenza la carenza di effettività dello strumento, così come oggi disciplinato, ed hanno rivolto un monito al legislatore affinché l'ordinamento si doti di un rimedio effettivo a fronte della violazione della ragionevole durata del processo.

Se guardiamo alla decisione delle Sezioni unite in esame e, contemporaneamente, a siffatta pronuncia dei giudici costituzionali abbiamo un'ulteriore confer-

ma di questo continuo gioco di rimpallo. In ossequio all'ermeneutica europea si torna a Strasburgo, con la perfetta consapevolezza delle carenze interne, da riequilibrare quanto prima *intra moenia* alla luce del principio di sussidiarietà.

Un tira e molla imperituro, dunque, destinato a permanere qualunque sia il punto d'osservazione. Si prenda, ad esempio, l'art. 3, 7° comma, della legge Pinto, che stabilisce, in caso di condanna all'equo indennizzo, che l'erogazione del medesimo debba avvenire "nei limiti delle risorse disponibili". La quarta sezione del Consiglio di Stato²⁰ ha sollevato una nuova censura di costituzionalità, pochi giorni prima del deposito della summenzionata sentenza Corte cost. n. 30/2014, ritenendo la disposizione in contrasto con l'art. 6, § 1, della CEDU.

Nel tormentato dialogo Roma-Strasburgo viene ricompreso, dunque, anche il vincolo costituzionale del pareggio di bilancio²¹. L'Europa ci impone di tenere ben saldi i cordoni della borsa della spesa, ma la legge Pinto, laddove tenta di dare ossequio a quel principio, entra in rotta di collisione con altri aspetti dell'ordinamento comunitario. Queste antitesi, inevitabilmente, rendono meno stabile anche il colloquio tra le Corti. La Corte di Strasburgo ha sovente precisato che la mancanza di risorse finanziarie non può costituire idonea giustificazione all'inadempimento degli obblighi indennitari discendenti da condanne giurisdizionali per violazione della ragionevole durata del processo²². Da par suo, la Corte costituzionale non ha peraltro

¹⁵ L'originaria formulazione art. 4 della L. n. 89/2001, che consentiva la proponibilità della domanda di equa riparaazione in pendenza del processo presupposto, pur essendo in linea con i criteri della Convenzione, comportava la difficoltà pratica di determinare la maturazione del diritto ed il frazionamento della pretesa, con onerose conseguenze per il bilancio dello Stato. Rispetto alla norma così come modificata, si è sottolineato (Iannello, *Le modifiche alla legge Pinto tra esigenze di deflazione del contenzioso e contenimento della spesa pubblica e giurisprudenza di Strasburgo*, in *Giur. di Merito*, 2013, 31) che il "raffronto con il testo previgente rende innegabile che l'intenzione del legislatore con null'altro possa plausibilmente identificarsi se non con la volontà di escludere la proponibilità della domanda durante la pendenza della lite (intenzione resa plasticamente evidente proprio dall'eliminazione dell'inciso che quella possibilità in precedenza contemplava)". Intenzione palesata anche dal testo del novellato art. 3, 3° comma, lett. c), che impone al ricorrente di depositare contestualmente copia autentica del "provvedimento che ha definito il giudizio, ove questo si sia concluso con sentenza od ordinanza irrevocabili".

¹⁶ Tra l'altro, non unica. Infatti, lo scrutinio della Corte si è ulteriormente esteso, dopo la questione sollevata dalla Corte d'Appello di Reggio Calabria l'8.4.2013, anche all'art. 2 *bis* della legge Pinto – a tenore del quale "la misura dell'indennizzo, anche in deroga al 1° comma, non può in ogni caso essere superiore al valore della causa o, se inferiore, a quello del diritto accertato dal giudice" – ritenendo peraltro manifestamente infondata la questione sollevata. Sui recenti provvedimenti dei giudici della Consulta v. Sorrenti, *Gli emendamenti alla legge Pinto al primo vaglio di legittimità costituzionale, ovvero di convenzionalità: un contrasto inesploso ma sussistente*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2014

¹⁷ App. Bari, I civile, ordinanza 18 marzo 2013.

¹⁸ Corte cost. (sentenza), 24 febbraio 2014, n. 30, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

¹⁹ La Corte ha avuto cura di precisare che il nuovo testo normativo, pur non escludendo sul piano puramente letterale la proponibilità della domanda di equa riparaazione durante la pendenza del processo presupposto, comporta un tale esito alla luce di un'esegesi sistematica. Deporrebbero in tal senso diversi elementi. Innanzitutto, la nuova versione differisce dalla previgente unicamente per l'espunzione dell'inciso che consentiva la proponibilità "durante la pendenza". Inoltre, l'art. 3, 1° comma, della citata legge stabilisce che la domanda di equa riparaazione si propone al presidente della corte d'appello ... nel cui distretto è concluso o estinto ...il procedimento nel cui ambito la violazione si assume verificata. Il 3° comma, lett. c), dispone altresì che col ricorso vada depositata anche copia autentica del provvedimento che ha definito il giudizio, ove questo si sia concluso con sentenza od ordinanza irrevocabili. Il condizionamento di *an* e *quantum* del diritto, che si evince dagli artt. 2 e 2 *bis* – conforma poi in modo peculiare il diritto all'equa riparaazione, riconoscendolo solo all'esito, e non anche in pendenza, del processo presupposto. Infine, anche i lavori preparatori della legge di conversione convergerebbero in questa direzione. La Corte ha perciò sottolineato che l'intervento additivo richiesto, a fronte di tali caratteristiche, sarebbe precluso e, in ogni caso, esso non sarebbe "a rime obbligate" in ragione della pluralità di soluzioni normative configurabili a tutela del principio della ragionevole durata del processo.

²⁰ Cons. di Stato, Sez. IV, ordinanza 17 febbraio 2014, n. 754, in *Foro Amm.*, 2014, 2, 448.

²¹ Cfr. art. 81 Cost., così come modificato dalla L. cost. 20 aprile 2012, n. 1, che ha introdotto al 1° comma la regola dell'equilibrio di bilancio, onde assicurare il rispetto dei vincoli di appartenenza all'Unione Europea.

²² Oltre alla già citata *Gaglione c. Italia* si veda anche *Cocchiarella c. Italia*, 64886/01/2006, 29 marzo 2006, in <http://www.anp-tes.org/cedu/repertorio>.

mancato di rilevare che la finalità di far quadrare i conti dà corpo ad uno di quegli interessi pubblici “imperiosi” che, secondo la stessa giurisprudenza EDU, può giustificare il sacrificio delle posizioni soggettive²³.

Trovare un punto d’equilibrio in questo complicato intreccio di “ragion pratica”, alla cui base stanno deficienze strutturali ed economiche interne, equilibri costituzionali e diritti dell’uomo visti attraverso la lente della Corte europea è tutt’altro che semplice, ponendosi la questione sul piano dei rapporti interordinamentali, in cui per forza di cose s’incontrano e scontrano le diversità delle prospettive, nazionale ed europea²⁴.

La riforma del Titolo V della Costituzione ha evidenziato le difficoltà che la tutela multilivello dei diritti implica, rendendo difficile e non sempre armonico il dialogo tra le Corti. Il modificato art. 117 Cost., in particolare, dopo le sentenze “gemelle” n. 348 e 349 del 2007 della Consulta²⁵, ha dato conferma alla tesi in base alla quale la CEDU e le altre Carte dei diritti possono essere considerate norme interposte nei giudizi di costituzionalità delle leggi. La Consulta ha quindi riconosciuto, in omaggio alla testé citata norma, un ancoraggio costituzionale alla CEDU, peraltro necessariamente delimitato. E tali limiti sono rappresentati dalla conformità a tutto il testo costitu-

zionale e dal ragionevole bilanciamento. La tutela multilivello dei diritti è, cioè, “frutto di una combinazione virtuosa”²⁶, in cui, ferma l’osservanza all’interpretazione della Corte di Strasburgo delle disposizioni CEDU, permane in capo ai giudici costituzionali un margine di apprezzamento, che consente loro di tener conto delle peculiarità dell’ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a innestarsi²⁷. Si cerca così un punto di avvicinamento tra i diversi ruoli delle Corti: Strasburgo analizza la sussistenza o meno della violazione del singolo diritto in gioco, mentre a Roma la verifica verte sull’intero sistema dei diritti costituzionalmente protetti²⁸, nel rispetto delle norme CEDU, ma anche delle peculiarità dell’ordinamento interno. Le pronunce dei giudici costituzionali, s’è detto, offrono eloquenti testimonianze del fatto che la base dei diritti fondamentali non sta oggi tanto nella Costituzione o in altre Carte, che pure ne danno l’astratto riconoscimento, bensì nel *contesto*, pressato dal prioritario bisogno di far salvi i vincoli di ordine economico-finanziario imposti dall’Unione e della stessa Carta costituzionale²⁹. I continui rimpalli che la legge Pinto alimenta sono, quindi, espressione del rapporto che si sta costruendo tra l’ordinamento nazionale (nel dialogo tra Corte costituzionale e giu-

²³ Cfr. Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Giur. Cost.* 2012, 6, 4216, con note di Bilancia, *Leggi retroattive ed interferenza nei processi in corso: la difficile sintesi di un confronto dialettico tra Corte costituzionale e Corte europea fondata sulla complessità dei reciproci rapporti*; Caponi, *Retroattività delle leggi: limiti sostanziali v. limiti processuali nel dialogo tra le corti*; Pinelli, *“Valutazione sistematica” versus “valutazione parcellizzata”: un paragone con la Corte di Strasburgo*. Già con la sentenza n. 317/2009 la Consulta aveva sostenuto che “alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell’art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea” (sul punto, ampiamente, Tega, *I diritti in crisi. Tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012, spec. 88 ss.).

²⁴ Rileva Partisani, *La irragionevole durata del processo nel pluralismo delle fonti e dei sistemi di tutele*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2011, pag. 215 ss., che “l’elemento di novità che, in una ottica di più largo respiro europeo, caratterizza il diritto di questo nuovo millennio è nel pluralismo delle fonti che ne ha profondamente mutato la tradizionale struttura e le secolari gerarchie. I diritti statuali divengono parte di un più complesso sistema sovranazionale che, diversamente dal passato, non tende più a svilupparsi in senso verticale o piramidale, articolandosi piuttosto ‘a rete’, secondo la nitida conformazione delineata dall’art. 117 Cost. che ora impone al legislatore, statale o regionale, il rispetto dei vincoli che derivano non soltanto dall’ordinamento comunitario, ma anche dagli obblighi internazionali, tra i quali quelli assunti proprio con la ratifica della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo che per prima ha espressamente riconosciuto il diritto al giusto processo”.

²⁵ Cartabia, *Le sentenze “gemelle”: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. Cost.*, 2007, 3564 e seg. La Cassazione nel 2006 aveva sollevato la questione di costituzionalità poiché la misura dell’indennizzo per l’occupazione acquisitiva e l’indennità di esproprio erano valutate in maniera profondamente diversa nella prospettiva dell’ordinamento interno ed europeo. La Corte cost., nel

decidere la questione, ribadì che la CEDU non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e, quindi, non può essere assimilata al diritto comunitario, ma va invece considerata diritto internazionale pattizio capace di vincolare lo Stato e, quindi, non produttivo di effetti diretti nell’ordinamento interno, idonei a legittimare i giudici nazionali a disapplicare le norme interne in contrasto.

²⁶ Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, 1729 e seg.

²⁷ In sostanza, la Corte cost., dal 2007 ad oggi, ha fissato questi capisaldi: il contrasto di una norma nazionale con quella convenzionale CEDU implica una violazione dell’art. 117 Cost.; i giudici comuni devono conformare l’interpretazione delle norme interne, per quanto possibile, alla convenzione, ma non sono abilitati a non applicarle laddove esse siano ritenute incompatibili con la Convenzione; laddove il contrasto non sia componibile in via interpretativa il giudice comune deve sollevare la questione di costituzionalità con riferimento all’art. 117 Cost. o anche dell’art. 10 Cost, ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta; la Corte cost., attraverso la tecnica del bilanciamento, ha libertà di stabilire come ed in che misura il prodotto dell’interpretazione della Corte EDU si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano e risulti con esso compatibile. In sostanza, la Corte cost. pur non potendo prescindere dall’interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, può intenderla con un margine di apprezzamento ed adeguamento consonante alle peculiarità dell’ordinamento interno. Sul punto, anche con riferimento al c.d. margine di apprezzamento all’italiana, si veda la limpida esposizione di D. Tega, *I diritti in crisi*, cit., 52 e segg.

²⁸ Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corriere Giur.*, 2010, 955 e seg., spec. 961; Ruggeri, *La Corte costituzionale “equilibrata”, tra continuità e innovazione, sul filo dei rapporti con la Corte EDU*, in *Consulta On Line*, 2011 (7 novembre 2011).

²⁹ Ruggeri, *La Consulta rimette abilmente a punto la strategia dei suoi rapporti con la Corte EDU e, indossando la maschera della consonanza, cela il volto di un sostanziale, perdurante dissenso nei riguardi della giurisprudenza convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 264 del 2012)*, in *Consulta On Line*, 2012.

dici comuni) e la Corte di Strasburgo. Un *work in progress* che si misura tra molte difficoltà.

Conclusioni

Si deve dunque valutare la questione tenendo in conto i difficili equilibri tra l'ordinamento interno e quello europeo, guardando anche, concretamente, i cordoni della borsa. E allora si aggiunga un altro dato. Se il correttivo della disfunzione della giustizia civile si è misurato, sino ad ora, pesantemente a spese dei contribuenti italiani, il conto generale è ormai in direzione di aperta insostenibilità. La questione affrontata dalla IV sez. del Consiglio di Stato, poc'anzi citata, nasce da una serie di sentenze del T.A.R. capitolino in cui, a fronte di provvedimenti ineseguiti che condannavano l'amministrazione al pagamento di equo indennizzo per irragionevole durata del processo, si è fatta applicazione della penalità di mora di cui all'art. 114 cod. proc. amm.³⁰. Il perdurante inadempimento nell'esecuzione oltre il termine di tolleranza di sei mesi determinato equitativamente dalla giurisprudenza

comunitaria ha dunque comportato l'applicazione dell'*astreinte*, nella misura di 100 euro per ogni mese di ritardo. Quest'orientamento, se confermato, renderà i costi da equa riparazione gravanti sulla collettività ancor più pesanti dal punto di vista economico³¹.

S'è detto che il rimedio Pinto è inefficiente perché in grado di incidere solo sugli effetti e non sulle cause che generano processi temporalmente irragionevoli³². A mio modo di vedere, l'assunto è solo in parte condivisibile. Il meccanismo creato dimostra, certo, di non sapere incidere efficacemente sugli effetti, ma esaspera vieppiù le cause, con conseguenze duplicemente negative. Da un lato, si grava il lavoro delle corti d'appello sottraendole a migliori impieghi e, dall'altro, nel tentativo di contenere la dilatazione dei tempi del processo, lo si trasforma, con filtri e meccanismi vari, in una sorta di gioco a ostacoli e trabocchetti, che elide l'essenza stessa della giustizia. Meglio allora pensare seriamente, come da tempo taluno sostiene, a una definizione stragiudiziale delle domande da "equa riparazione"³³.

▮ Pubblico ministero

Cassazione civile, Sez. VI, 13 febbraio 2014, n. 3419 – Est. Vivaldi – Pres. Segreto – E.D. s.p.a. ed E.S.E. s.p.a. (avv. Szemere) – P.M. (non costituito)

Cassa Trib. Salerno 4 ottobre 2011.

Processo civile – Corte di cassazione – Sezione c.d. filtro – Partecipazione obbligatoria del Pubblico ministero – Pubblico interesse

Nella disciplina introdotta dalla L. 9 agosto 2013, n. 98,

non sussiste un obbligo di partecipazione del Pubblico ministero alle udienze avanti la c.d. sezione filtro di cui all'art. 376 c.p.c. della Corte di cassazione, ferma restando la facoltà dell'ufficio di intervenire ai sensi dell'art. 70, 3° comma, c.p.c. ove sia ravvisabile un pubblico interesse.

Omissis. – Fatto e diritto. Con sentenza depositata in data 4.10.2011, il Tribunale di Salerno – sezione distaccata di Mercato San Severino rigettò l'appello proposto da E. Distribuzione S.p.A. avverso la sentenza del Giudice di Pace che

³⁰ La lett. e), 4° comma, dell'art. 114 cod. proc. amm. stabilisce che il giudice dell'ottemperanza che accoglie il ricorso "salvo che ciò sia manifestamente iniquo, e se non sussistono altre ragioni ostative, fissa, su richiesta di parte, la somma di denaro dovuta dal resistente per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del giudicato; tale statuizione costituisce titolo esecutivo". Il T.A.R. capitolino ha ritenuto di aderire all'orientamento secondo cui tale istituto, a differenza di quello similare disciplinato nel processo civile dall'art. 614 *bis* c.p.c., sia applicabile anche alle ipotesi in cui gli obblighi incombenti alla P.A. in esecuzione del giudicato abbiano carattere pecuniario. Sull'applicazione di questo istituto in ambito amministrativo Viola, *Le astreintes nel nuovo processo amministrativo*, in *Urb. e Appalti*, 2011, 153 e seg.

³¹ L'espansione dei costi è vieppiù tangibile anche alla luce dei più recenti orientamenti. Si consideri, ad esempio, che, secondo la discutibile, decisione delle Sezioni Unite (Cass., Sez. un., 14 gennaio 2014, n. 585, in *Giust. Civ. Mass.*, 2014) in consonanza alle direttive europee non vi è ragione per negare che anche il contumace possa subire quel disagio psicologico, che normalmente risentono le parti a causa del ritardo eccessivo con cui viene definito il processo che le riguarda, sicché la mancata costituzione in giudizio non costituisce di per sé motivo per escludere senz'altro il relativo diritto previsto dal rimedio Pinto. Il diritto all'equa riparazione è stato ritenuto configurabile anche a favore del creditore che abbia svolto intervento nel processo esecutivo, senza che possa avere rilevanza ostativa la circostanza che lo stesso creditore, a distanza di un apprezzabile periodo dal suo intervento, abbia deciso di

rinunciare alla pretesa esecutiva (da ultimo, Cass. civ., 26 giugno 2013, n.16028, in *Giust. Civ. Mass.*, 2013). Ancora, i giudici di legittimità, modificando un precedente orientamento (espresso nella sentenza n. 29000/2005), hanno stabilito che, ai fini della valutazione dell'eccessiva durata del processo, non possono essere imputati alle parti i ritardi dovuti a rinvii delle udienze derivanti dall'astensione degli avvocati, trattandosi dell'esplicazione di un diritto costituzionalmente tutelato dei difensori (così Cass., 19 giugno 2013, n. 15420, *ivi*, 2013). Cass., 18 giugno 2013, n. 15254, *ivi*, 2013, ha ritenuto che i fallimenti di una società in nome collettivo e del socio illimitatamente responsabile sono autonomi e pongono separate aspettative soggettive di definizione delle relative procedure concorsuali in tempi ragionevoli, perciò il relativo danno va integralmente ristorato per ciascuna procedura.

³² Partisani, *La irragionevole durata del processo*, cit., 215 e seg., nota 22, critico con la posizione dei giudici europei, che valutano il rimedio Pinto effettivo ed accessibile agli effetti dell'art. 13 della Convenzione. V. Capone e altro c. Governo it., 16 ottobre 2007, in *Foro it.*, 2008, IV, 65.

³³ Consolo, *La improcrastinabile radicale riforma della legge-Pinto* cit., già fortemente critico sin dagli esordi della legge Pinto (Id., *Disciplina "municipale" della violazione del termine di ragionevole di durata del processo*, in *Corriere giur.*, 2001, 569 segg.); Tamietti, *Irragionevole durata dei processi e diritto ad un rimedio interno: a margine del caso Kudla c. Polonia*, in *I diritti dell'uomo*, 2000, 23 e seg.; De Santis di Nicola, *Ragionevole durata del processo* cit., 338 e seg.

l'aveva condannata a risarcire ad P.M. il danno da inadempimento del contratto di somministrazione di energia elettrica.

L'inadempienza venne ravvisata nel mancato rispetto del provvedimento dell'Autorità Garante per l'Energia Elettrica e il Gas che aveva previsto l'obbligo per il fornitore di predisporre una modalità gratuita di pagamento dell'energia, in tal senso integrando – ex art. 1339 c.c. – il contratto di somministrazione.

Avverso tale sentenza E. Servizio Elettrico s.p.a., nella qualità di procuratore speciale di E. Distribuzione S.p.A. nonché E. Servizio Elettrico s.p.a., quale beneficiaria di ramo di azienda di Enel Distribuzione spa, hanno proposto ricorso per cassazione affidato a sei motivi.

La parte intimata non ha svolto attività difensiva.

Il Collegio rileva preliminarmente che non è di ostacolo alla trattazione del ricorso la mancata presenza, alla odierna udienza, del rappresentante della Procura generale presso questa Corte. Invero, l'art. 70 cod. proc. civ., comma 2, quale risultante dalle modifiche introdotte dal D.L. 21 giugno 2013, n. 69, art. 75, convertito, con modificazioni, nella L. 9 agosto 2013, n. 98, prevede che il pubblico ministero “deve intervenire nelle cause davanti alla Corte di cassazione nei casi stabiliti dalla legge”.

A sua volta, il R.D. 10 gennaio 1941, n. 12, art. 76, come sostituito dal citato D.L. n. 69, art. 81, al comma 1 dispone che “il pubblico ministero presso la Corte di Cassazione interviene e conclude: a) in tutte le udienze penali; b) in tutte le udienze dinanzi alle Sezioni unite civili e nelle udienze pubbliche dinanzi alle sezioni semplici della Corte di Cassazione, ad eccezione di quelle che si svolgono dinanzi alla sezione di cui all'art. 376 cod. proc. civ., comma 1, primo periodo”.

L'art. 376 cod. proc. civ., comma 1, stabilisce che “Il primo presidente, tranne quando ricorrono le condizioni previste dall'art. 374, assegna i ricorsi ad apposita sezione che verifica se sussistono i presupposti per la pronuncia in Camera di consiglio”.

Infine, l'art. 75, del già citato D.L. n. 69 del 2013, quale risultante dalla Legge di Conversione n. 98 del 2013, dopo aver disposto, al comma 1, la sostituzione dell'art. 70 c.p.c., comma 2 e la modificazione dell'art. 380 bis c.p.c., comma 2 e art. 390 c.p.c., comma 1, per adeguare la disciplina del rito camerale alla disposta esclusione della partecipazione del pubblico ministero alle udienze che si tengono dinanzi alla sezione di cui all'art. 376, comma 1, al comma 2 ha stabilito che “Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano ai giudizi dinanzi alla Corte di cassazione nei quali il decreto di fissazione dell'udienza o dell'adunanza in Camera di consiglio sia adottato a partire dal giorno successivo alla data di entrata in vigore della Legge di Conversione del presente decreto”, e cioè a far data dal 22 agosto 2013.

Il Collegio, a tal fine, rileva che l'esplicito riferimento contenuto, sia nel R.D. n. 12 del 1941, art. 76, comma 1, lett. b), (come modificato dal D.L. n. 69 del 2013, art. 81), sia nell'art. 75, comma 2, citato, alle udienze che si tengano presso la Sesta sezione (e cioè quella di cui all'art. 376 cod. proc. civ., comma 1), consenta di ritenere, non solo che la detta sezione è abilitata a tenere, oltre alle adunanze camerale, anche udienze pubbliche, ma anche che alle udienze che si tengono presso la stessa sezione non è più obbligatoria la partecipazione del pubblico ministero.

Rimane impregiudicata, ovviamente, la facoltà dell'ufficio del pubblico ministero di intervenire ai sensi dell'art. 70 cod. proc. civ., comma 3 e cioè ove ravvisi un pubblico interesse.

Nel caso di specie, il decreto di fissazione dell'udienza

odierna è stato emesso in data successiva al 22 agosto 2013, sicché deve concludersi che l'udienza pubblica ben può essere tenuta senza la partecipazione del rappresentante della Procura generale presso questa Corte, non avendo il detto ufficio, al quale pure copia integrale del ruolo di udienza è stata trasmessa, ravvisato un interesse pubblico che giustificasse la propria partecipazione ai sensi dell'art. 70 cod. proc. civ., comma 3. *Omissis*

Il ruolo del P.M. nelle udienze avanti la sezione filtro della Cassazione

Il caso di specie. La Corte di cassazione, applicando per la prima volta la recente regolamentazione introdotta dal D.L. n. 69/2013, fa chiarezza sul ruolo del Pubblico ministero nelle udienze celebrate davanti alla c.d. “sezione filtro” negando la sussistenza, nell'attuale disciplina, di un obbligo di partecipazione, ferma la facoltà per l'ufficio di spiegare l'intervento ex art. 70, 3° comma, c.p.c. nelle cause in cui esso ravvisi un pubblico interesse.

Il ragionamento del giudice di legittimità muove dalla lettura della nuova formulazione del primo capoverso della stessa disposizione, che, alla luce delle modifiche apportate dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, limita l'obbligatorietà dell'intervento davanti alla Corte ai soli casi “stabiliti dalla legge” riprendendo il dichiarato obiettivo del legislatore del 2003 di ridurre gli “spazi di intervento del pubblico ministero, nella prospettiva di una complessiva razionalizzazione delle risorse” (disegno di legge n. 6052/2003, consultabile in http://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/stampati/sk6500/relazion/6052.htm), già oggetto di timori espressi dall'A.N.M. nella preoccupazione per una “innovazione” che avrebbe inciso “radicalmente sulla natura e sulla funzione” nomofilattica della Cassazione e, in particolare, sull’“interesse istituzionale dell'ordinamento, che è strettamente collegato agli interessi privati coinvolti nella contesa, ma al tempo stesso li trascende” (http://www.diritto.it/osservatori/giustizia_costituzione/ver_giustizia/ord_giu22.html).

I “soli casi stabiliti dalla legge” devono essere individuati dal confronto fra due norme: il nuovo art. 76 del R.D. 10 gennaio 1941, n. 12, anch'esso modificato dal D.L. n. 69/2013, che, nell'elencare le ipotesi in cui il P.M. “interviene e conclude” nel giudizio di Cassazione, esclude le udienze “dinanzi alle sezioni semplici [...] che si svolgono dinanzi alla sezione di cui all'art. 376, comma 1, 1° periodo c.p.c.”, ossia proprio la c.d. sezione filtro introdotta dal legislatore del 2009; e l'art. 75 del medesimo decreto legge, che sostanzialmente limita tale esclusione ai giudizi di legittimità abbiano visto fissarsi la prima udienza ovvero l'adunanza in camera di consiglio successivamente al 22 agosto 2013, data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto.

Tale è la scansione cronologica avvenuta nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, come deve dedursi dalla motivazione del provvedimento (che pure non in-

dica la data di emanazione del decreto di fissazione dell'udienza avanti la sezione filtro): alla luce di ciò, la Corte ha concluso per l'insussistenza di vizi procedurali derivanti dall'omessa partecipazione del Pubblico ministero, "non avendo il detto ufficio, al quale pure copia integrale del ruolo di udienza è stata trasmessa, ravvisato un interesse pubblico che giustificasse la propria partecipazione ai sensi dell'art. 70, comma 3 c.p.c."

L'obbligo di "mera informazione" al P.M. In assenza di precedenti della Corte di cassazione sul tema in esame, può essere utile rilevare come la novella del 2013 abbia in realtà confermato la linea di tendenza delle Corti, sia di legittimità che di merito, ad un progressivo ridimensionamento del ruolo del Pubblico ministero nel processo civile, realizzato da un lato attraverso la limitazione della "partecipazione" alla garanzia di meri obblighi informativi circa l'esistenza del procedimento, e, dall'altro, attraverso un'interpretazione restrittiva delle norme in materia volta a limitare il coinvolgimento del Pubblico ministero a sole fasi determinate dei procedimenti in cui la legge prescrive l'obbligatorietà dell'intervento.

Si fa riferimento, a quest'ultimo proposito, alla recente decisione del Tribunale di Torino, 24 febbraio 2014, in pubblicazione su questa stessa *Rivista*, secondo cui "in materia di querela di falso, la presenza del Pubblico ministero è necessaria soltanto nella fase relativa all'accertamento del falso e non anche nelle fasi preliminari del giudizio" (nella fattispecie, il Tribunale ha dichiarato la propria incompetenza a decidere sulla querela proposta limitando l'obbligatorietà della partecipazione del P.M. alla sola fase in cui si "decide" sulla "verità o falsità del documento").

Il primo genere di ipotesi è invece integrato dai casi in cui la giurisprudenza, sempre in materia di querela di falso, interpreta la norma che prevede l'intervento obbligatorio del Pubblico ministero nel senso che essa prescriva la sufficienza della semplice informazione dell'esistenza del procedimento.

Le critiche in dottrina. Le posizioni a più riprese sostenute dalla dottrina dominante, secondo cui la tesi in oggetto "snaturerebbe" sia "la funzione" che "i poteri" del Pubblico ministero, con tacita abrogazione dell'art. 221, 3° comma, c.p.c. (Bianco, *In tema di procedimento per l'inabilitazione*, in *Giust. Civ.*, 1983, 2090; v. nello stesso senso Caristo, *Il pubblico ministero nel processo civile*, in *Rass. Magistr.*, 1977, 322; Rampazzi, voce "Procedimento d'interdizione e di inabilitazione", in *Digesto civ.*, XIV, Torino, 1996, 583 e segg.; Vellani, voce "Pubblico ministero. Diritto processuale civile", in *Noviss. Dig. it.*, App., VI, Torino, 1986, 198), non hanno ad oggi trovato seguito presso la giurisprudenza.

Quest'ultima, mostrando di privilegiare le ragioni di speditezza e di ragionevole durata del procedimento rispetto alle esigenze di tutela di interessi sovraindividuali che astrattamente soltanto l'effettivo intervento del Pubblico ministero ai singoli atti potrebbe garantire,

è infatti pressoché unanimemente orientata nel senso di escludere vizi di nullità del procedimento ovvero della sentenza derivanti dalla mancata partecipazione "attiva" alla querela di falso, qualora il P.M. sia stato ritualmente informato della pendenza del procedimento (Cass., 24 ottobre 2008, n. 25722, in *C.E.D. Cass.*, rv. 605808; Cass., 28 settembre 2006, n. 21065, in *Mass. Giur. It.* 2006; Cass., 23 dicembre 2003, n. 19727, in *Foro It.*, 2004, I, 1318; Cass., 19 gennaio 2000, n. 571, in *Vita Notar.*, 2000, 486; in riferimento all'azione ex art. 274 c.c., prima della dichiarazione di illegittimità ad opera della Corte costituzionale con sent. n. 50/2006, v. Cass., 21 gennaio 2005, n. 1345, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 24 novembre 1998, n. 11915, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Cass., 10 novembre 1999, n. 12456, in *Fam. e Dir.*, 2000, 77; Cass., 27 aprile 1985, n. 2742, in *Mass. Giur. It.*, 1985; Cass., 17.11.1983, n. 6859, in *Mass. Giur. It.*, 1983; con riferimento al procedimento di separazione personale dei coniugi, v. Cass., 24 maggio 2005, n. 10894, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Cass., 4 giugno 1996, n. 5119, *ivi*, 1996, che ammette la validità dell'intervento del Pubblico ministero nella forma del semplice "visto"; Cass., 17 novembre 1983, n. 6859, *ivi*, 1983; Cass., 9 luglio 1982, n. 4093, *ivi*, 1982).

In senso contrario, in tema di procedimento per l'interdizione e l'inabilitazione, v. Cass., 17 luglio 2003, n. 11175, in *Fam. e Dir.*, 2004, 84 (emessa a distanza di pochi giorni dalla già richiamata presa di posizione dell'A.N.M. nei confronti del disegno di legge, proposto nella XIII legislatura, che mirava ad una riduzione del ruolo della Procura generale della Repubblica nei giudizi civili di Cassazione), secondo cui "l'intervento del pubblico ministero all'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando costituisce – in considerazione delle conseguenze che il procedimento è diretto ad avere, a tutela degli interessi dell'interdicendo o dell'inabilitando, con possibile incidenza sullo 'status' della persona e sui suoi diritti fondamentali – un atto dovuto per l'ufficio del pubblico ministero, e nessun margine di discrezionalità gli è attribuito al riguardo, stante la previsione di cui agli artt. 714 e 715 c.p.c.": conseguentemente, "ove la sua partecipazione non abbia luogo, si verifica una nullità insanabile a norma dell'art. 158 c.p.c., il quale, comminando tale nullità in relazione ai vizi relativi all'intervento del pubblico ministero, rende nullo l'esame dell'interdicendo o dell'inabilitando".

Più in generale, sulla funzione del Pubblico ministero nei procedimenti civili, v. Vigoriti, *Il pubblico ministero nel processo civile italiano*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1974, 296; Petrocelli, *Contributo allo studio sulla natura giuridica del pubblico ministero nel processo civile*, in *Temi*, 1969, 529; Siracusa-De Bellis, voce "Pubblico ministero", in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 536; Vellani, *Sulla tipicità dell'azione civile del p.m.*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, 419; Levoni, *Le disposizioni di attuazione del codice di procedura civile*, Milano, 1992, 7 e segg.

Marco Russo

Diritto Commerciale

a cura di Gastone Cottino

con Oreste Cagnasso, Marco Ricolfi, Marcella Sarale e Roberto Weigmann

Procedimento Consob e CEDU

Collegio della Grande Camera, 7 luglio 2014 – Richiesta dell'Italia di rinvio alla Grande Camera dei ricorsi n. 18640/10 e altri – Grande Stevens e altri

Corte Europea dei diritti dell'Uomo, Sez. II, 4 marzo 2014 – Ricorsi n. 18640/10 e altri – Pres. Karakas – Grande Stevens e altri (avv.ti Irti e Bozzi) – Italia (agenti, Spatafora, Accardo)

Cedu - Manipolazione di mercato – Procedimento CONSOB – *Ne bis in idem*

Il procedimento che si svolge avanti la CONSOB per l'accertamento dell'illecito amministrativo di manipola-

zione del mercato viola l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo ove non venga assicurata neppure nel successivo giudizio di opposizione alla sanzione amministrativa la celebrazione di un'udienza pubblica.

La disciplina italiana degli abusi di mercato, contenuta nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, attuazione della direttiva 2003/6/CE viola il principio del ne bis in idem.

Per il testo della sentenza e il rigetto della richiesta di rinvio alla Grande Chambre v. www.hudoc.echr.coe.int

Procedimento CONSOB e *ne bis in idem*: respinta l'istanza di rinvio

Eva Desana

Il collegio di cinque Giudici della Grande Camera della Corte Europea dei diritti dell'uomo, nel corso della seduta del 7 luglio 2014, ha rigettato l'istanza di rinvio presentata dal Governo italiano con riferimento ai ricorsi proposti dall'avv. Franzo Grande Stevens, da Gianluigi Gabetti, da Vincenzo Marrone, dalla Giovanni Agnelli SAPA e dalla Exor accolti in parte, tre mesi prima, dalla Seconda sezione della stessa Corte. È divenuta così definitiva la sentenza del 4 marzo 2014 che ha accertato, nel caso sottoposto al suo vaglio, la violazione del divieto di *bis in idem*, sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 CEDU, nonché dell'art. 6 della stessa Convenzione, che impone lo svolgimento di un equo processo.

La Corte Europea dei diritti dell'Uomo con le statuizioni in commento ha inferto un duro colpo alla regolamentazione italiana in materia di abusi di mercato, contenuta nel D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF), adottato in attuazione della Dir. 2003/6/CE, nonché alle regole che disciplinano il procedimento che si svolge avanti alla CONSOB per l'applicazione delle relative sanzioni amministrative.

Premessa

I fatti che hanno dato origine alla pronuncia della Corte di Strasburgo sono ben noti alla cronaca finanziaria: nel 2005 le società Giovanni Agnelli SAPA e IFIL INVESTMENT S.p.A. (successivamente ride-nominata Exor a seguito della fusione con la controllata IFI S.p.A.) utilizzarono un contratto di *equity swap*¹, previamente stipulato con una banca d'affari (la Merrill Lynch) da una società collegata al gruppo,

per mantenere il controllo di Fiat e contrastare così l'effetto diluitivo dell'aumento di capitale che nel settembre 2005 portò all'ingresso nella sua compagine sociale di otto banche finanziatrici, che in quell'occasione convertirono in azioni i rispettivi crediti, così come consentito dal contratto di finanziamento.

Senonché la CONSOB, il 23 agosto 2005, avendo rilevato un andamento anomalo dei titoli Fiat, chiese alla IFIL e alla Giovanni Agnelli SAPA di comunicare al mercato se fosse allo studio in quel momento una

¹ Si trattava di un contratto di *equity swap*, ossia di un contratto che permetteva lo scambio della *performance* di un'azione contro un tasso di interesse senza anticipo in denaro, concluso il 26 aprile 2005 per circa 90 milioni di azioni Fiat; il contratto originariamente non prevedeva la consegna fisica dei titoli ma venne rine-

goziato il 15 settembre 2005 in modo da procurare a IFIL un quantitativo di azioni Fiat idoneo a contrastare l'effetto diluitivo del citato aumento di capitale sottoscritto dalle banche finanziatrici con la conversione dei propri crediti in capitale. L'aumento di capitale fu deliberato il 20 settembre 2005.

qualche iniziativa per evitare la perdita del controllo di Fiat, che sarebbe stata ineluttabile conseguenza del progettato aumento di capitale, in agenda per il mese successivo; le due società ottemperarono alla richiesta pubblicando il 24 agosto 2005 un comunicato che, ad avviso della CONSOB, non conteneva però le dovute informazioni, in particolare in ordine al possibile utilizzo dell'*equity swap*. La CONSOB contestò quindi alle due società e ad alcuni suoi manager e consulenti (rispettivamente al Presidente di entrambe le società, Gianluigi Gabetti e al procuratore della Giovanni Agnelli SAPA, Virgilio Marrone, nonché all'avv. Grande Stevens) di non aver correttamente informato il pubblico e di aver dunque commesso l'illecito amministrativo di manipolazione del mercato, contemplato dall'art. 187 *ter* TUF. La procedura sanzionatoria si concluse con l'adozione della Delibera CONSOB n. 15760 del 9 febbraio 2007, con cui l'Autorità di vigilanza applicò severe pene pecuniarie, sino a 5 milioni di euro, oltre a pesanti sanzioni accessorie, quali la sospensione dalle cariche societarie.

La sussistenza dell'illecito amministrativo di manipolazione del mercato venne confermata da cinque coeve sentenze del 23 gennaio 2008 della Corte d'Appello di Torino², avanti alla quale furono impugnate le sanzioni irrogate dalla CONSOB; i successivi ricorsi in Cassazione contro le stesse furono rigettati dai Giudici di legittimità, a sezioni unite, con cinque decisioni del 30 settembre 2009³.

Parallelamente venne avviato anche un procedimento penale per le stesse condotte, ai sensi dell'art. 185 TUF, che punisce il corrispondente reato di manipolazione del mercato; il procedimento penale, dopo una sentenza di assoluzione in primo grado del 21 dicembre 2010-18 marzo 2011⁴ (riformata dalla Cassazione il 20 giugno 2012)⁵ e una sentenza di condanna della Corte d'Appello di Torino, si è concluso nel dicembre 2013 con la dichiarazione di estinzione del reato per intervenuta prescrizione da parte della Cassazione⁶.

I ricorsi alla Corte di Strasburgo e le norme CEDU

I soggetti sanzionati, ritenendo che il procedimento

svoltosi avanti alla CONSOB presentasse numerosi vizi e che l'intervenuto passaggio in giudicato della sanzione amministrativa (a seguito della pronuncia della Cassazione del 30 settembre 2009) avrebbe dovuto impedire la prosecuzione del procedimento penale per il corrispondente reato, adirono i giudici della Corte di Strasburgo, eccependo vizi sia di merito che relativi al procedimento sanzionatorio.

In particolare di fronte alla Corte europea dei diritti dell'Uomo fu lamentata la violazione di alcune disposizioni della CEDU per il mancato rispetto nel procedimento svolto avanti all'Autorità di vigilanza delle garanzie del processo equo di cui all'art. 6 della predetta Carta, nonché la conculcazione da parte dell'ordinamento italiano del c.d. principio del *ne bis in idem* contenuto nell'art. 4 del Protocollo 7, firmato il 22 novembre 1984.

Quanto all'art. 6 della CEDU, esso dispone che "1. ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole, da un Tribunale indipendente e imparziale costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile e sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti [...]. 2) Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quanto la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata".

L'art. 4 del Protocollo 7, a sua volta, statuisce che "1. nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato [...] Non è autorizzata alcuna deroga al presente articolo ai sensi dell'art. 15 della Convenzione".

Le statuizioni della Corte di Strasburgo

La sentenza del 4 marzo 2014⁷, seppur con limitato riferimento al caso sottoposto alla sua attenzione, ha messo qualche punto fermo in ordine alla non conformità del nostro ordinamento alle regole convenzionali internazionali⁸. I Giudici di Strasburgo hanno

² Si tratta di cinque coeve sentenze di App. Torino 23 gennaio 2008, una delle quali pubblicata in *Società*, 2008, 1103.

³ Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, nn. 20935-20939 (la sentenza n. 20935 è pubblicata in *Foro It.*, 2010, 1, 3128).

⁴ Trib. Torino, 18 marzo 2011, in *Società*, 823.

⁵ Cass., 20 giugno-15 ottobre 2012, n. 40393, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 1435.

⁶ La lettura del dispositivo è avvenuta il 17 dicembre 2013.

⁷ Divenuta definitiva a seguito del rigetto dell'istanza di rinvio presentata dal Governo italiano ai sensi dell'art. 43 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo del 4 novembre 1950, in forza del quale ogni parte del giudizio svolto di fronte ad una Camera può, entro tre mesi dalla data della relativa sentenza e ove ricorrano situazioni eccezionali, chiedere che il caso sia rinviato alla Grande Camera. Ai sensi dell'art. 73, par. 2 del Regolamento della Corte, il collegio accoglie l'istanza di rinvio alla Grande

Camera soltanto se valuta che il caso sollevi davvero una questione grave relativa all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione e la decisione di rigetto dell'istanza non ha bisogno di essere motivata (al riguardo nell'ottobre 2011 la Corte ha pubblicato un documento intitolato "*La pratique suivie par le college de la Grande Chambre pour statuer sur les demandes de renvoi formulées au titre de l'article 43 de la Convention*", utile ad orientare le parti intenzionate a presentare richieste di rinvio alla Grande Camera).

⁸ Un primo approfondito commento di Vladimiro Zagrebelsky alla sentenza del 4 marzo 2014, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, è stato pubblicato nel fascicolo di maggio di questa *Rivista*, 2014, 1196, a cui si rinvia in particolare per gli aspetti di diritto internazionale e per i profili penali. Sui risvolti penali della decisione della Corte v. anche Flick-Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in corso di pubblicazione in *Riv. Soc.*

infatti riconosciuto che il sistema del c.d. doppio binario sanzionatorio vigente in Italia in materia di abusi di mercato (abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato) è in contrasto con il principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 del Protocollo 7 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo e, al contempo, che il procedimento che si svolge di fronte alla CONSOB non garantisce il contraddittorio, non assicura la separazione fra funzioni istruttorie e decisorie e non prevede la celebrazione di un'udienza pubblica, alla cui presenza, però, la CEDU ancora la nozione di processo equo e di Giudice ai sensi dell'art. 6 della medesima.

La violazione del principio del ne bis in idem

La prima statuizione dirompente contenuta nella sentenza della Corte riguarda il contrasto fra il sistema del c.d. doppio binario sanzionatorio vigente nel nostro ordinamento in materia di abusi di mercato e il principio del *ne bis in idem*, sancito dal citato art. 4 del Protocollo 7 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo.

Al riguardo occorre ricordare che la regolamentazione italiana in materia di abusi di mercati, adottata in attuazione della direttiva 2003/6/CE, ammette espressamente che uno stesso fatto illecito sia perseguito e punito sia in sede amministrativa, dalla CONSOB, sia in sede penale e ciò sia per l'illecito di manipolazione del mercato, che rileva nel caso sottoposto all'attenzione della Corte internazionale, sia per quello di abuso di informazioni privilegiate.

Il nostro sistema sanzionatorio degli abusi di mercato deroga, infatti, al principio di specialità sancito in generale dall'art. 9 della L. n. 689/1981⁹. L'art. 187 *ter* TUF, che commina sanzioni amministrative per l'illecito di manipolazione del mercato (così come il corrispondente art. 187 *bis* con riferimento all'abuso di informazioni privilegiate), esordisce con l'inciso "salve le sanzioni penali ove il fatto costituisca reato", così manifestando chiaramente l'opzione legislativa in favore del concorso di reato e illecito, in deroga appunto al menzionato principio di specialità. D'altro canto il concorso tra le due fattispecie penale ed amministrativa è confermato anche dalla previsione con-

tenuta nell'art. 187 *terdecies* TUF, che per il caso di applicazione di una sanzione amministrativa e di una sanzione pecuniaria penale per il medesimo abuso di mercato statuisce che la seconda venga esatta soltanto per la parte eccedente la prima, nonché dall'art. 187 *duodecies*, a mente del quale "il procedimento amministrativo di accertamento e il procedimento di opposizione di cui all'art. 187 *septies* non possono essere sospesi per la pendenza del procedimento penale avente ad oggetto i medesimi fatti o fatti dal cui accertamento dipende la relativa definizione".

Per effetto del concorso di tali norme, pacificamente voluto dal legislatore italiano, pertanto, il comunicato del 24 agosto 2005, ritenuto *misleading* dalla CONSOB e dalla Procura di Torino, era stato così contestato alla IFIL, alla Giovanni Agnelli Sapa e ai loro esponenti aziendali e consulenti sia con riferimento all'art. 187 *ter* TUF (illecito amministrativo di manipolazione del mercato), sia con riguardo all'art. 185 TUF, che vieta il correlativo reato.

Che il cumulo fra le due sanzioni fosse stato voluto dal legislatore è stato rilevato sia dal Tribunale di Torino, sia dalla Corte di Appello di Torino, che si sono occupati in sede penale della vicenda giunta poi avanti ai Giudici di Strasburgo, che hanno appunto sottolineato come la duplicazione di sanzioni (amministrativa e penale) per lo stesso fatto materiale riposasse sulle norme del TUF n. 58/1998. Né il Tribunale né la Corte d'Appello hanno invece affrontato la spinosa questione della compatibilità di tale deroga con la normativa internazionale e, in particolare con l'art. 4 del Protocollo 7 della CEDU, affrontata e decisa dalla Corte con la sentenza in commento.

Come ormai noto, la Corte internazionale ha ritenuto che il doppio binario sanzionatorio fosse in contrasto con la normativa internazionale, e in particolare con il citato art. 4 del Protocollo 7; richiamando la propria giurisprudenza in materia, a partire dal noto caso Engel¹⁰, i Giudici di Strasburgo con sentenza ormai divenuta definitiva, hanno affermato che le sanzioni amministrative in materia di *market abuse* previste dal TUF (per quanto riguarda la manipolazione di mercato dall'art. 187 *ter*), benché formalmente amministrative, devono ritenersi sostanzialmente penali¹¹.

Conseguentemente la Corte, prendendo atto che le

⁹ Il 1° comma dell'art. 9 della L. n. 689/1981 stabilisce che "Quando uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, ovvero da una pluralità di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative, si applica la disposizione speciale".

¹⁰ Corte, sentenza *Engel ed altri c. Paesi Bassi*, dell'8 giugno 1976, serie A, n. 22, par. 80-82. Cfr, in argomento, V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, cit., spec. 1197 e 1199.

¹¹ In termini analoghi si è già espressa la Corte di cassazione francese, con la decisione del 31 marzo 2004, con cui si è ritenuto che la COB (Commission des opérations de bourse, oggi sostituita dall'Autorité de marchés financiers), omologo della nostra CONSOB, "*décide du bien fondé d'accusations en matière pénale au sens des dispositions de l'art. 6 de la Convention européenne de sauve-*

garde des droits de l'homme" (Riportata da Ohl, *Droit des sociétés cotées*, Paris, 2008, 357). Si tratta infatti di misure che, per tipologia ed entità, hanno un contenuto afflittivo pari a quello delle sanzioni penali, tanto che la scelta del legislatore di assegnarne l'irrogazione ad un'autorità amministrativa è stata fortemente criticata. Emblematiche le critiche di Mucciarelli con riferimento al nostro ordinamento, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito di market abuse*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2006, 140 secondo cui "la sostanziale unitarietà degli illeciti, la non disomogeneità del trattamento punitivo, la gravità delle sanzioni amministrative sembrano di per sé motivi bastevoli per concentrare la fase dell'accertamento [...] e della determinazione del trattamento punitivo nel luogo al quale l'ordinamento assegna tale funzione".

sanzioni amministrative irrogate dalla CONSOB erano divenute definitive a seguito della pronuncia della Cassazione del 30 settembre 2009, ha dichiarato che nel caso di specie era stato violato l'art. 4 del protocollo 7 e ha imposto allo Stato italiano di vigilare affinché fosse posta fine al procedimento penale contro i ricorrenti nel più breve tempo possibile, condannando l'Italia a risarcire i danni patiti dai medesimi e a rifondere le spese sopportate.

La violazione dell'art. 6 della CEDU

La Corte europea dei diritti dell'Uomo, oltre ad aver accertato la violazione del c.d. principio del *ne bis in idem*, ha affermato che il procedimento che si snoda avanti alla CONSOB non garantisce il rispetto del principio del contraddittorio, in particolare della parità di armi fra difesa e accusa e che la CONSOB non può considerarsi un Giudice imparziale e indipendente ai sensi dell'art. 6 della Carta internazionale, che a tal fine impone altresì lo svolgimento di un'udienza pubblica.

Per meglio comprendere la questione, occorre ricordare che l'articolazione del procedimento in corso all'epoca dei fatti era scandita dall'art. 187 *septies* TUF e dalla normativa di rango secondario adottata dalla CONSOB con la delibera n. 15086/2005, recentemente sostituita dalla delibera n. 18750 del 28 dicembre 2013, che non ha però emendato i vizi rilevati dalla Corte internazionale¹².

Dispone il 2° comma dell'art. 187 *septies* che "il procedimento sanzionatorio è retto dai principi del contraddittorio, della conoscenza degli atti istruttori, (...) nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e decisorie". I principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie sono altresì sanciti dall'art. 24, comma 1° della l. 262/2005, che così dispone: "(...) i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, (...) nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione delle sanzioni (...)".

Quanto alla normativa secondaria, contenuta nella

delibera n. 15086/2005, essa disponeva lo sdoppiamento del procedimento amministrativo in due fasi¹³: (i) la "fase istruttoria", nella quale venivano contestati gli addebiti agli interessati e questi potevano svolgere le proprie difese in parziale contraddittorio con alcuni degli organi "inquirenti", ovvero la Divisione procedente¹⁴ e l'Ufficio Sanzioni Amministrative, "U.S.A.", entrambi Uffici della CONSOB e (ii) la "fase decisoria", di fronte ai Commissari, Giudici del procedimento, che assumevano la delibera a definizione del procedimento sanzionatorio, senza sentire i destinatari delle sanzioni. La "fase istruttoria", a sua volta, era costituita da due sottofasi: (i) la "parte istruttoria di valutazione delle deduzioni", che si svolgeva avanti alla Divisione CONSOB competente per materia¹⁵ e (ii) la "parte istruttoria della decisione", che si svolgeva avanti all'U.S.A. di Roma; tale seconda sottofase si concludeva con la trasmissione alla Commissione di apposita relazione, c.d. relazione conclusiva (contenente, *inter alia*, la proposta di decisione e la proposta di determinazione della sanzione) che non veniva tuttavia trasmessa all'interessato ma direttamente inviata alla Commissione¹⁶.

In base al sistema delineato dalla delibera n. 15086 del 2005, quindi, la Commissione decideva (i) sulla base di una relazione conclusiva proveniente dall'U.S.A. che l'incolpato non aveva il diritto di conoscere prima dell'irrogazione della sanzione, relazione che per la prima volta indicava la misura della sanzione proposta e (ii) senza che l'interessato fosse ammesso a difendersi dalle accuse mosse al cospetto dei suoi giudici, ovvero i Commissari, non essendo previsto e consentito lo svolgimento di una pubblica udienza, né un'audizione di fronte ai medesimi.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto che il procedimento così articolato non offriva le garanzie dell'equo processo di cui all'art. 6 della CEDU avanti la CONSOB, anche se ha introdotto il temperamento di cui si darà conto fra breve.

In ordine al rispetto del principio del contraddittorio, in particolare della parità di armi fra difesa e accusa, la Corte ha infatti affermato, al paragrafo 123, con particolare riferimento al mancato invio al destinatario della relazione conclusiva dell'U.S.A. e all'assenza di un'udienza di fronte ai commissari, che "*la procédure devant la CONSOB ne satisfaisait pas à toutes les exigences de l'article 6 de la Convention, notamment en ce qui concerne l'égalité des armes*

¹² Neppure la normativa recentemente adottata, infatti, prevede il contraddittorio e la celebrazione di un'udienza pubblica avanti alla Commissione.

¹³ Procedimento che non poteva protrarsi per oltre 360 giorni dalla data della contestazione.

¹⁴ Nel caso giunto all'esame della Corte Europa si trattava della Divisione Abusi di Mercato, nei confronti della quale pare essere stato assicurato il contraddittorio, che era invece mancato nella fase decisoria svoltasi di fronte ai commissari, non essendosi tenuta di fronte ai medesimi un'udienza pubblica.

¹⁵ Fase che a) iniziava con la contestazione della violazione agli

interessati, b) proseguiva con la presentazione da parte degli interessati di memorie difensive e c) terminava con la trasmissione all'U.S.A. della relazione istruttoria della Divisione competente per materia.

¹⁶ Tale sottofase a) iniziava con il ricevimento da parte dell'U.S.A. della relazione istruttoria formulata dalla Divisione competente per materia, b) proseguiva con la presentazione da parte degli interessati di ulteriori memorie difensive (relative a quanto dedotto nella relazione istruttoria) e c) terminava con la trasmissione alla Commissione della relazione per la decisione formulata dall'U.S.A.

entra l'accusation et la défense et la tenue d'une audience publique permettant une confrontation orale".

Analoghe conclusioni sono state espresse con riferimento all'imparzialità e indipendenza della CONSOB: i Giudici di Strasburgo hanno infatti affermato che, benché la normativa prevedesse una certa separazione fra gli organi incaricati dell'inchiesta (Divisione competente e U.S.A.) e l'organo competente a decidere sull'esistenza dell'infrazione (la Commissione), nondimeno si trattasse di divisioni di una stessa Autorità amministrativa, che agisce sotto l'autorità e la vigilanza di uno stesso presidente ("*il n'en demeure pas moins que le bureau IT [la Divisione procedente], la direction [l'USA] et la commission ne sont que des branches du même organe administratif, agissant sous l'autorité et la supervision d'un même président*").

I Giudici hanno tuttavia mitigato la portata della statuizione, affermando che ai fini della sussistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU era necessario verificare che le garanzie dell'equo processo non fossero state assicurate neppure nel successivo procedimento giurisdizionale di opposizione alle sanzioni irrogate dalla CONSOB. Verifica che ha avuto esito negativo, essendo risultata la carenza del requisito della pubblica udienza imposto dal citato articolo: i Giudici hanno infatti rilevato che l'udienza celebratasi innanzi alla Corte d'Appello di Torino non rivestiva tale requisito dal momento che il processo di impugnazione si era svolto in camera di Consiglio; ad avviso della Corte, inoltre, tanto meno poteva ritenersi pubblica ai sensi dell'art. 6 della CEDU l'udienza avanti alla Cassazione, data la natura di giudice di sola legittimità e non di merito della Suprema Corte.

Il rilievo dell'art. 187 septies

Vi è ancora un punto su cui occorre soffermarsi, rimasto ai margini della sentenza della Corte europea, e concernente il rapporto tra normativa secondaria CONSOB e fonti primarie che regolano il procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative.

La norma di rango primario che disciplina il procedimento CONSOB è costituita dall'art. 187 septies TUF che, come si è visto, impone il rispetto del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie. L'art. 187 septies TUF è stato riscritto ad opera della L. n. 62/2005, di attuazione di alcune

direttive comunitarie (tra cui la Dir. 2003/6/CE in materia di abusi di mercato), che ha introdotto accanto ai reati di *insider trading* e di manipolazione del mercato (artt. 184 e 185 TUF) le corrispondenti fattispecie di illeciti amministrativi (artt. 187 bis e 187 ter TUF) e ha attribuito penetranti poteri alla CONSOB, poteri che necessitavano di un bilanciamento, a garanzia della posizione dei soggetti ritenuti responsabili degli illeciti amministrativi¹⁷.

Nello stesso periodo è stata adottata la L. n. 262/2005, cosiddetta legge sulla tutela del risparmio, il cui art. 24 dispone che: "1. Ai procedimenti della Banca d'Italia, della CONSOB, dell'ISVAP e della COVIP volti all'emanazione di provvedimenti individuali si applicano, in quanto compatibili, i principi sull'individuazione e sulle funzioni del responsabile del procedimento, sulla partecipazione al procedimento e sull'accesso agli atti amministrativi recati dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni. I procedimenti di controllo a carattere contenzioso e i procedimenti sanzionatori sono svolti nel rispetto dei principi della piena conoscenza degli atti istruttori, del contraddittorio, della verbalizzazione nonché della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione. Le notizie sottoposte per iscritto da soggetti interessati possono essere valutate nell'istruzione del procedimento. Le Autorità di cui al presente comma disciplinano le modalità organizzative per dare attuazione al principio della distinzione tra funzioni istruttorie e funzioni decisorie rispetto all'irrogazione della sanzione". La L. n. 262/2005 è stata adottata all'indomani di alcuni scandali che hanno colpito il mercato finanziario italiano: con essa è stato rafforzato il sistema dei controlli interni ed esterni alle società quotate, ampliandosi i poteri delle Autorità di Vigilanza (tra cui *in primis* quelli della CONSOB) e inasprendosi le sanzioni amministrative e penali per le violazioni delle norme dettate a tutela del mercato; in particolare con le relative disposizioni sono state quintuplicate le sanzioni previste per gli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato; a loro temperamento è stato introdotto l'art. 24, volto ad assicurare, appunto, che tali poteri venissero esercitati nel rispetto dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie¹⁸.

¹⁷ Dispone l'art. 9, 2° comma, L. n. 62/2005 che "Al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche recanti nuove disposizioni in materia di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato: a) nella parte V, titolo I, la partizione «Capo IV – Abusi di informazioni privilegiate e aggrottaggio su strumenti finanziari» comprendente gli articoli da 180 a 187-bis è sostituita dal seguente titolo: «TITOLO I-bis Abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato»".

¹⁸ Il citato bilanciamento fra inasprimento delle sanzioni e garanzie dei destinatari delle contestazioni è stato efficacemente illustrato da autorevole dottrina, che ha osservato, al riguardo,

come "[...] si debba senz'altro salutare con favore la scelta compiuta pochi anni fa dal legislatore, con la L. n. 262/2005, di disciplinare meglio il procedimento sanzionatorio di competenza della CONSOB [...]. Ed è certamente positivo l'intento di fornire maggiori garanzie ai soggetti nei cui confronti il procedimento si svolge, in concomitanza con un rilevante ampliamento dei poteri istruttori e decisorie della CONSOB e con un inasprimento dell'entità delle sanzioni che detta autorità può irrogare" Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, in *Società*, 2010, 981 e segg. La circostanza che l'osservanza di tali principi fosse prescritta dalla normativa primaria pareva anche troncato il dibattito relativo all'applicabilità, nei procedimenti avanti alle Autorità di vigilanza, dei sovraordinati principi costi-

La nozione di contraddittorio e quella di separazione fra funzioni istruttorie e decisorie presupposte dall'art. 187 *septies* TUF, anche per la loro genesi, legata all'esigenza di rafforzare le garanzie difensive degli incolpati a fronte di un'Autorità dotata di poteri amplissimi, dovrebbero essere interpretate alla luce di quella accolta dalla CEDU, cosicché i relativi contorni non potrebbero che essere quelli indicati dalla Corte di Strasburgo e non quelli, minimalisti, adottati dalla normativa secondaria CONSOB, di cui alla delibera n. 15086/2005. Pare quindi che il contrasto con la normativa CEDU riguardi non tanto le norme primarie presenti nell'ordinamento italiano (art. 187 *septies* TUF e art. 24, L. n. 262/2005), quanto la normativa di attuazione adottata dalla CONSOB.

La posizione della dottrina e della giurisprudenza

Va peraltro dato atto che le statuizioni della Corte europea hanno trovato terreno fertile, quanto meno in dottrina, posto che, seppure naturalmente con diverse sfumature, la maggior parte degli Autori che si erano occupati dell'argomento, aveva messo in dubbio l'effettivo rispetto dei principi del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie all'interno del procedimento CONSOB. Senza voler indugiare sull'argomento, è sufficiente riportare quanto affermato recentemente in tema di contraddittorio: "Il contraddittorio costituisce una fonte succedanea di legittimazione (la cosiddetta democrazia procedurale) atta a bilanciare, sia pure in modo imperfetto, la mancanza di un collegamento diretto delle Autorità al circuito Parlamento-Governo (la democrazia rappresentativa) e dunque a compensare, sotto forma di garanzie del contraddittorio (legalità procedurale) la caduta di legalità sostanziale"¹⁹; occorrerebbe quindi che vi fosse "un rapporto direttamente proporzionale tra ampiezza dei poteri delle autorità e ampiezza delle garanzie del contraddittorio, soprattutto di quello verticale. In uno Stato di diritto, infatti, il potere amministrativo richiede contrappesi adeguati e proporzionati [...]. Da auspicare infine è una prassi operativa delle autorità che consideri le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori, non già come un appesantimento da ridurre al minimo, bensì come il metodo migliore per raggiungere una decisione corretta con un grado di 'accettabilità' da parte degli interessati"²⁰. In termini analoghi è stato affermato

che "Garantire il contraddittorio e la partecipazione del privato alla fase procedimentale che precede l'eventuale irrogazione della sanzione significa altresì favorire una più precoce emersione delle possibili ragioni difensive, mettendo così la stessa autorità in condizione di tenerne conto ai fini della propria decisione [...]"²¹. Quanto alla mancata comunicazione ai destinatari della relazione conclusiva redatta dall'Ufficio Sanzioni Amministrative è stato affermato che ciò "appare, innegabilmente, un punto debole del procedimento, come disegnato nel regolamento, ed ha fatto dubitare della sua effettiva conformità al rispetto sostanziale del principio del contraddittorio voluto dal legislatore, dal momento che in un procedimento improntato a tale principio il contraddittorio dovrebbe esplicarsi prima, durante e dopo il compimento dell'attività processuale preordinata alla decisione"²².

Al contrario, i Giudici italiani, come si evince dalla sentenza in commento, avevano ritenuto che i vizi lamentati non sussistessero; il precedente più rilevante in argomento era costituito proprio dalle cinque decisioni a sezioni unite della Cassazione del 30 settembre 2009, pronunciate in sede civile nella vicenda giunta infine avanti i Giudici di Strasburgo. In particolare, quanto al rispetto del contraddittorio, la Suprema Corte ne aveva escluso la violazione, stabilendo come "l'intero procedimento sanzionatorio disciplinato dalla Delib. CONSOB n. 15086, risultasse pienamente idoneo ad assicurare l'invocato contraddittorio, proprio in conseguenza della distinzione in due parti della fase istruttoria e dello svolgimento di una seconda fase 'di confronto' dinanzi all'Ufficio sanzioni dell'autorità di vigilanza, ove all'interessato venne riconosciuta piena facoltà di difesa in merito ai fatti contestati, specie sotto il già ricordato profilo della piena disponibilità delle nuove acquisizioni probatorie, a lui rimesse integralmente a seguito di comunicazione da parte dello stesso Ufficio sanzioni. La pronuncia impugnata si pone, pertanto, rigorosamente in asse con principi, più volte espressi da questa stessa corte di legittimità, a mente dei quali il contraddittorio – e il diritto di difesa – nella fase amministrativa prodromica all'emanazione dell'ordinanza-ingiunzione resta incentrata sul fatto, individuato in tutte le circostanze concrete che valgano a caratterizzarlo e siano rilevanti ai fini della pronuncia del provvedimento finale (così Cass. 6408/96; 6838/95; in particolare, Cass. 7262/90 analiticamente ricostruisce, nei termini che precedo-

tuzionali del giusto processo (art. 111 Cost.) o di quelli internazionali dell'equo processo sanciti, tra le altre, dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo ("CEDU") e, in particolare, dal suo art. 6 In altre parole, posto che il legislatore primario aveva imposto *expressis verbis* il rispetto delle garanzie suddette in tali procedimenti amministrativi (*lato sensu* giurisdizionali), non sembrava più necessario dibattere sull'invocabilità delle garanzie costituzionali o internazionali sancite dalla Carta costituzionale o dalla Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo a garanzia dei cittadini nei processi.

¹⁹ Clarich-Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedi-*

menti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti, in *Giur. Comm.*, 2013, I, 358 (sul punto 359). Per analoghe conclusioni, in dottrina, v. Tonetti, *Il nuovo procedimento sanzionatorio della CONSOB*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 1227, sul punto, 1231.

²⁰ Clarich-Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori dinanzi alle Autorità indipendenti*, cit., 358 e 359.

²¹ Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 981 e segg., sul punto 987.

²² Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 991.

no, gli aspetti procedurali afferenti al contenuto della contestazione, specificando come, a base del provvedimento, l'autorità procedente abbia l'obbligo di porre il nucleo del fatto contestato inteso nella sua fenomenologia obbiettiva e subbiettiva e non anche nella definizione giuridica ivi conferitagli”.

Conclusioni (minimaliste) che, come si è visto, sono state disattese dalla Corte di Strasburgo, adita proprio contro le determinazioni in essa contenute²³.

Conclusioni

La decisione della Corte di Strasburgo è stata efficacemente paragonata da Guido Rossi al Giudice di Berlino a cui intendeva rivolgersi il mugnaio di Potsdam per ottenere ragione del suo buon diritto: “[...] la sentenza assesta dunque un duro colpo sia alla legittimità dei procedimenti sanzionatori della CONSOB, sia alla disciplina degli abusi di mercato. Sia ben chiaro: l'efficace repressione dell'insider trading e delle manipolazioni di mercato sono un irrinunciabile pilastro della tutela degli investitori, e non si può che auspicare che CONSOB e magistratura possano svolgere al meglio i propri compiti di controllo, ma altrettanto sacri sono il diritto alla difesa e ad un equo processo, purtroppo sovente negletti dai vari poteri dello Stato italiano. Nel XVIII secolo un mugnaio di Potsdam, vistosi espropriato del proprio mulino, riuscì a ottenere giustizia solo in sede di appello ad una corte della non lontana Berlino: a lui è attribuita la celebre frase ‘ci sarà pure un giudice a Berlino’. Oggi forse dovrebbe fare un po' più di strada, e arrivare sino a Strasburgo. Pare ancora che vi sia un foro

europeo in cui i cittadini possono vedere tutelati i propri diritti fondamentali, anche nei confronti dello Stato-nazione e delle sue autorità”²⁴.

Quanto alla violazione del principio del *ne bis in idem*, occorrerà quindi un ripensamento del quadro normativo italiano in materia di abusi di mercato, con l'adozione di disposizioni che non confliggano con i principi internazionali al cui rispetto l'Italia è vincolata in forza dell'art. 117 Cost.²⁵. Appare infatti necessario quanto meno ridisegnare i rapporti fra illecito amministrativo e corrispondente reato in modo da assicurare il rispetto del principio del *ne bis in idem* imposto dalla CEDU, introducendo anche in questo campo il principio di specialità e distinguendo fra comportamenti che integrano il solo illecito amministrativo e fatti più gravi, ai quali riservare la sanzione penale²⁶. I necessari interventi riformatori dovranno naturalmente tenere conto del nuovo quadro comunitario conseguente all'entrata in vigore della Dir. 2014/57/UE del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato e al coevo Reg. n. 596/2014 che abroga, a far data dal 3 luglio 2016, la Dir. 2003/6/CE²⁷.

Con riferimento al procedimento CONSOB, sembra ineludibile una modifica della normativa secondaria in modo che avanti all'Autorità di vigilanza sia assicurato il pieno rispetto del principio del contraddittorio e della separazione fra funzioni istruttorie e decisorie, come peraltro imposto dall'art. 187 *septies* TUF, interpretato alla luce degli insegnamenti della Corte di Strasburgo.

²³ Merita comunque osservare che, anche prima della pronuncia della Corte di Strasburgo, l'orientamento piuttosto riduttivo delle nostre Corti sul principio del contraddittorio era già stato stigmatizzato da Renato Rordorf, che aveva persuasivamente sostenuto che l'“opinione che sembra si stia consolidando in giurisprudenza, secondo cui il rispetto del principio del contraddittorio nel procedimento in esame è adeguatamente assicurato dalla previa contestazione dell'addebito all'interessato e dalla possibilità che costui ha di far valere le proprie difese nei successivi trenta giorni, appare frutto di un approccio piuttosto riduttivo” (Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 991). Quanto alla garanzia del contraddittorio, il medesimo Autore ha ribadito che non pare possa limitarsi – come vorrebbe la riduttiva opinione della giurisprudenza citata – a porre l'interessato in condizione di difendersi attraverso la contestazione della violazione di cui è accusato e la possibilità di conoscere le prove alla base dell'accusa; tale tutela pare infatti già garantita dal principio di trasparenza e dal principio di accesso e conoscenza degli atti istruttori. L'instaurazione del contraddittorio sembra, invece, implicare il diritto dell'interessato di interagire con l'accusa secondo una particolare modalità, conforme ad un principio generale dei procedimenti accusatori per cui spetta all'accusato l'ultima parola prima che il procedimento si concluda (Rordorf, *Sanzioni amministrative e tutela dei diritti nei mercati finanziari*, cit., 981).

²⁴ G. Rossi, *Ci sarà pure un Giudice a Berlino*, articolo del 30 marzo 2014, in *Il Sole 24 Ore*.

²⁵ L'art. 46 della Convenzione impone alle Alte Parti contraenti di conformarsi alle sentenze definitive della Corte sulle controversie nelle quali sono parti e dispone che la sentenza definitiva della Corte è trasmessa al Comitato dei Ministri che ne sorveglia l'esecuzione: quindi “occorrono misure legislative o giurisprudenziali di carattere generale, idonee a evitare che violazioni simili abbiano a ripetersi” (V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, cit., 1200).

²⁶ Si segnala che il 22 novembre 2013 è stato presentato alla Camera dei Deputati un disegno di legge che prevede la delega al Governo per la riforma della disciplina sanzionatoria di alcuni settori, in attuazione di alcune Direttive comunitarie.

²⁷ L'art. 3 della Dir. 2014/57, a cui gli Stati dovranno conformarsi entro il 3 luglio 2016, prevede all'art. 3, par. 1 che “Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'abuso di informazioni privilegiate, la raccomandazione o l'induzione di altri alla commissione di un abuso di informazioni privilegiate costituiscono reati, almeno nei casi gravi e allorquando siano commessi con dolo”; l'art. 30 del Regolamento n. 596/2014 (anch'esso applicabile, salvo alcune disposizioni, a partire dal 3 luglio 2016) detta alcune regole in ordine ai rapporti fra sanzioni amministrative e penali che andrebbero vagliate anche alla luce delle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Crediti prededucibili

Cassazione civile, Sez. I, 17 aprile 2014, n. 8958 – Pres. Salmé – Rel. Mercolino – P.M. Pratis (conf.) – Rebesani e altro (avv. Manzi) – Fallimento Alberghi del Sole s.r.l.

Riforma Trib. Verona, 10 febbraio 2012.

Procedure concorsuali – Fallimento – Accertamento del passivo – Prededuzione – *Par condicio creditorum* – Eccezione

In caso di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto della L. fall., art. 111, 2° comma, nell'indicare come prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge", detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della par condicio creditorum.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Credito sorto in funzione del concordato preventivo – Credito per l'assistenza relativa all'ammissione alla procedura – Prededuzione – Sussistenza

La prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Credito sorto in funzione del concordato preventivo – Credito per la difesa in giudizio – Prededuzione – Insussistenza

Il rapporto di strumentalità tra l'attività da cui sorge l'obbligazione e la realizzazione delle finalità proprie della procedura concorsuale, svincolata la prededucibilità dal mero dato cronologico della contestualità tra la prestazione da cui trae origine il credito e la pendenza della procedura concorsuale, ne giustifica il riconoscimento oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini della redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio, non consentendo l'esclusione dal beneficio dei crediti derivanti da attività svolte in giudizi già pendenti alla data apertura della procedura, in virtù d'incarichi precedentemente conferiti dall'imprenditore, a condizione che dalla relativa verifica ne emerga l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa.

(Massime non ufficiali)

Omissis. - 3. - I due motivi devono essere esaminati congiuntamente, avendo entrambi ad oggetto la questione riguardante la prededucibilità dei crediti derivanti dallo svolgimento di attività professionale collegata alla procedura di

concordato preventivo svoltasi anteriormente alla dichiarazione di fallimento.

La questione in esame è stata già affrontata da questa Corte in riferimento al credito derivante dall'attività svolta ai fini della redazione della domanda di ammissione al concordato preventivo ed alla relativa assistenza, ed è stata risolta nel senso che anche questi crediti rientrano tra quelli da soddisfarsi in prededuzione ai sensi della L. Fall., art. 111, comma 2, come modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 99: si è infatti affermato che tale disposizione, nell'indicare come prededucibili i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge", detta un precetto di carattere generale che, per favorire il ricorso a forme di soluzione concordata della crisi d'impresa, introduce un'eccezione al principio della *par condicio creditorum*, estendendo, in caso di fallimento, la prededucibilità a tutti i crediti sorti in funzione di precedenti procedure concorsuali (cfr. Cass., Sez. I, 18 aprile 2013, n. 9489; 8 aprile 2013, n. 8533).

Tale conclusione trova conforto nelle innovazioni apportate dall'art. 99 cit., le quali hanno indotto questa Corte a modificare il proprio orientamento, formatosi sulla base della precedente formulazione dell'art. 111, per effetto del quale, in caso di fallimento, i crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso di una precedente procedura di concordato preventivo non potevano essere soddisfatti in prededuzione, e ciò in considerazione della funzione meramente liquidatoria del concordato, alla quale doveva ritenersi estranea la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore, salvo che tale continuazione non avesse costituito elemento essenziale della proposta di concordato (cfr. Cass., Sez. I, 14 febbraio 2011, n. 3581; 14 luglio 1997, n. 6352; 27 ottobre 1995, n. 11216). Il collegamento dei crediti prededucibili con le procedure concorsuali, espressamente previsto dal nuovo testo della norma in esame, ha consentito di affermare che la prededuzione attua un meccanismo soddisfacente destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte all'interno della procedura, ma tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono per l'effetto sugli interessi dell'intero ceto creditorio: in tal senso depone il duplice criterio cui è subordinato il riconoscimento della prededucibilità al di fuori dei casi in cui essa costituisca il risultato di un'espressa qualificazione di legge, dovendosi ritenere che, attraverso la limitazione del beneficio ai crediti sorti "in occasione o in funzione" di procedure concorsuali, il legislatore abbia inteso riferirsi in via alternativa ad obbligazioni derivanti da attività svolte nell'ambito della procedura o comunque strumentali alle finalità della stessa. E' stato infatti precisato che, al di fuori dell'ipotesi in cui il credito si riferisca ad obbligazioni contratte direttamente dagli organi della procedura per gli scopi della procedura stessa, il collegamento occasionale ovvero funzionale posto dal dettato normativo deve intendersi riferito al nesso, non tanto cronologico né solo teleologico, tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, strumentale in quanto tale a garantire la sola stabilità del rapporto tra il terzo e l'organo fallimentare, ma altresì nel senso che il pagamento di quel credito, ancorché avente natura concorsuale, rientra negli interessi della massa, e dunque risponde allo scopo della procedura, in quanto inerisce alla gestione fallimenta-

re (cfr. Cass., Sez. I, 7 marzo 2013, n. 5705; 5 marzo 2012, n. 3402). In tal senso depone anche la L. Fall., art. 67, comma 3, lett. g), il quale, sottraendo alla revocatoria fallimentare i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo, conferma ulteriormente il regime di favore introdotto al fine d'incentivare il ricorso a procedure concorsuali diverse da quella liquidatoria del fallimento.

Non meritano dunque consenso le conclusioni cui è pervenuto il decreto impugnato, il quale, pur avendo affermato la riconducibilità dei crediti fatti valere dai ricorrenti all'attività dagli stessi prestata ai fini dell'instaurazione della procedura di concordato preventivo, ne ha negato l'ammissione in prededuzione, in virtù del carattere non essenziale della predetta attività, posta a confronto con quella svolta dal professionista incaricato di predisporre la relazione di cui alla L. Fall., art. 161, comma 3, e art. 182 bis, comma 1.

Inappropriato, al riguardo, deve ritenersi il richiamo della L. Fall., art. 182 *quater*, comma 4, (introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, art. 48, comma 1, convertito con modificazioni dalla L. 30 luglio 2010, n. 122), che, nel riconoscere la prededucibilità del compenso spettante al predetto professionista, la subordinava ad un'espressa disposizione del provvedimento di ammissione al concordato preventivo: tale disposizione, infatti, oltre ad essere stata abrogata dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. e-bis), n. 4, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, non era comunque applicabile alla fattispecie in esame, riferendosi esclusivamente alla prededucibilità dei crediti nell'ambito della procedura di concordato preventivo.

3.1. - Non può d'altronde non rilevarsi l'insufficienza della motivazione del decreto impugnato nella parte in cui, procedendo all'accertamento della causa dei crediti, ha individuato l'oggetto dell'attività professionale nella redazione della domanda di ammissione al concordato preventivo e nella relativa assistenza, senza fare alcun cenno alle diverse indicazioni fornite dai ricorrenti; questi ultimi hanno infatti riportato testualmente nel ricorso il contenuto delle deduzioni da loro svolte a verbale, dal quale si evince che si trattava in realtà di prestazioni difensive rese in favore della società fallita in giudizi aventi ad oggetto l'accertamento di crediti fatti valere nei confronti della stessa. È pur vero che la negazione del carattere essenziale delle prestazioni professionali rese ai fini dell'ammissione al concordato preventivo comportava, a fortiori, l'esclusione del nesso funzionale tra la procedura e le attività difensive svolte al di fuori del suo ambito; tale conclusione dev'essere tuttavia rimeditata alla luce della diversa ricostruzione della *ratio* della L. Fall., art. 111, risultante dalla riferita giurisprudenza di questa Corte. Il rilievo conferito al rapporto di strumentalità tra l'attività da cui sorge l'obbligazione e la realizzazione delle finalità proprie della procedura concorsuale, svincolando la prededucibilità dal mero dato cronologico della contestualità tra la prestazione da cui trae origine il credito e la pendenza della procedura concorsuale, consente infatti di estenderne il riconoscimento oltre l'ambito specifico dell'attività professionale prestata ai fini della redazione della domanda di concordato e della correlata assistenza in giudizio; non può quindi escludersi l'ammissione al beneficio dei crediti derivanti da attività svolte in giudizi già pendenti alla data apertura della procedura, in virtù d'incarichi precedentemente conferiti dall'imprendi-

tore, a condizione ovviamente che dalla relativa verifica ne emerga l'adeguatezza funzionale agli interessi della massa. Non può d'altronde contestarsi, in linea di principio, il beneficio che quest'ultima può trarre da azioni giudiziarie eventualmente intraprese per il recupero di beni o di crediti dell'imprenditore o dalla difesa in giudizio nei confronti di azioni intentate da terzi, i cui vantaggi, in termini di accrescimento dell'attivo o di salvaguardia della sua integrità, possono ben costituire oggetto di valutazione, nell'ambito dell'accertamento previsto dalla L. Fall., art. 111 *bis*, indipendentemente dalla mancanza di una preventiva autorizzazione degli organi della procedura. Tale conclusione trova indirettamente conferma nella L. Fall., art. 161, comma 7, (introdotto dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 33, comma 1, lett. b), n. 4, e non riferibile alla fattispecie in esame, in quanto applicabile ai soli procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della Legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134), il quale, nel consentire al debitore il compimento di atti di amministrazione del proprio patrimonio a decorrere dalla proposizione della domanda di concordato e fino all'emissione del decreto di ammissione alla procedura, subordina all'autorizzazione del tribunale soltanto quelli di straordinaria amministrazione, riconoscendo in ogni caso la prededucibilità dei crediti sorti in favore di terzi per effetto degli atti legalmente compiuti. - *Omissis*.

Cassazione civile, Sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098 – Pres. Rordorf – Rel. Scaldaferrì – P.M. Celentano (conf.) – Nosedà (avv. Zoppis, Martinelli) – Fallimento Balestrini s.r.l. in liquidazione (avv. Vasi, Nahmias)

Riforma Trib. Como, 20 luglio 2009.

Procedure concorsuali – Fallimento – Accertamento del passivo – Credito sorto in funzione dell'ammissione al concordato preventivo – Prededuzione – Sussistenza

In caso di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto della L. fall., art. 111, 2° comma, consente di riconoscere, con le modalità previste dalla L. fall., art. 111 bis, la prededuzione non soltanto ai crediti sorti in occasione, cioè durante il corso, delle procedure stesse, bensì anche a quelli sorti anteriormente, ma funzionali alla procedura.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Credito sorto in funzione del concordato preventivo – Credito per l'assistenza relativa all'ammissione alla procedura – Prededuzione – Sussistenza

È prededucibile, in quanto "sorto in funzione" della procedura, il credito dell'avvocato per l'attività di assistenza per l'ammissione al concordato preventivo.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Credito sorto in funzione del concordato preventivo – Credito per la difesa in giudizio – Prededuzione – Insussistenza

Non è prededucibile, in quanto non "sorto in funzione"

della procedura, il credito dell'avvocato per l'attività di difesa in giudizi già pendenti alla data di deposito del ricorso per l'ammissione al concordato preventivo.

(Massime non ufficiali)

Omissis. - 5. Avendo il giudice di merito accertato - senza che sul punto siano state formulate censure specifiche - che i crediti in questione hanno avuto origine prima dell'inizio della procedura di concordato preventivo, la controversia in esame si incentra sulla interpretazione della nuova norma della L. Fall., art. 111, comma 2, introdotta dalla riforma del 2006, con specifico riferimento alla prededucibilità, in sede di formazione dello stato passivo del fallimento conseguente alla procedura di concordato preventivo, di crediti sorti prima dell'inizio della procedura stessa.

Su tale questione questa Corte (cfr. Sez. 1 n. 8533/13; n. 8534/13; n. 9489/13), sviluppando peraltro orientamenti generali già espressi (cfr. Sez. 1 n. 5705/13; n. 3402/12; n. 18340/10), ha recentemente avuto modo di pronunciarsi ammettendo la prededucibilità di crediti relativi ad attività professionali svolte per l'ammissione alla precedente procedura minore. In tali pronunce - alle cui conclusioni il Collegio aderisce - non si è mancato di cogliere gli elementi di rilevante novità rispetto alla previgente disposizione dell'art. 111, comma 1, n. 1, (che faceva riferimento al solo pagamento delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se autorizzato) introdotti dalla riforma del 2006. Con la quale il legislatore, accostando ai casi nei quali la prededucibilità è attribuita a determinati crediti da specifiche disposizioni di legge la determinazione dei criteri generali in base ai quali essa può essere riconosciuta dal giudice della procedura fallimentare, ha a tal fine richiesto la verifica - da compiersi secondo le modalità delineate dalla L. Fall., art. 111 bis - che si tratti di crediti sorti "in occasione o in funzione" delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. Risulta in tal modo esteso l'ambito della prededuzione nel fallimento, da un lato, ai crediti sorti non solo nell'ambito della stessa procedura fallimentare ma più in generale "in occasione" delle altre procedure concorsuali - quindi anche del concordato preventivo cui sia seguito il fallimento -, dall'altro ai crediti sorti "in funzione" delle stesse. Ove i due criteri, quello cronologico ("in occasione") e quello teleologico ("in funzione"), risultano chiaramente considerati dalla norma come autonomi ed alternativi, in tal senso dovendo interpretarsi la disgiuntiva "o".

Ne deriva che anche ai crediti sorti anteriormente all'inizio della procedura di concordato preventivo - quindi non occasionati dallo svolgimento della procedura stessa - può riconoscersi la prededucibilità ove sia applicabile il secondo criterio, quello cioè della funzionalità, o strumentalità, di tali crediti (cioè delle attività dalle quali essi originano) rispetto alla procedura concorsuale.

In tale interpretazione - già di per sé inequivoca - del testo normativo converge del resto la ricerca della sua ratio, all'evidenza individuabile nel favorire il ricorso alla procedura di concordato preventivo, nel quadro della riforma, iniziata nel 2005, di tale procedura, diretta a predisporre un possibile strumento di composizione della crisi idonea a favorire la conservazione dei valori aziendali (cfr. S.U. n. 1521/13). *Ratio* che peraltro la norma in esame condivide anche con altre norme introdotte con la medesima riforma del 2005 (oltre che - va osservato per completezza - con

norme successive, pur se inapplicabili nella specie, come la L. Fall., art. 161, comma 7, introdotto con il D.L. n. 83 del 1912, conv. in L. n. 134 del 1912), tra le quali viene in evidenza, con riferimento al tema specifico in esame, la L. Fall., art. 67, lett. g), che sottrae alla revocatoria fallimentare i pagamenti dei debiti liquidi ed esigibili eseguiti dall'imprenditore alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alla procedura di concordato preventivo. Nella statuita non revocabilità, in astratto, di ogni atto di pagamento di tali crediti è invero agevole ravvisare l'intenzione del legislatore di perseguire il già evidenziato obiettivo di incentivare l'accesso dell'imprenditore in crisi al concordato preventivo - accesso che può richiedere la disponibilità di un ausilio tecnico e/o giuridico - rimuovendo anche l'incertezza che deriverebbe dalla soggezione al rischio della revocatoria del pagamento dei relativi corrispettivi. La comunanza di *ratio* tra tale norma e quella dell'art. 111, comma 2, induce dunque a ritenere che nella strumentante di tali prestazioni rispetto all'accesso alla procedura il legislatore ravvisa quel nesso funzionale che, in caso di mancato pagamento, giustifica la prededucibilità dei crediti derivanti dalle prestazioni stesse, pur se sorti prima dell'inizio della procedura. Ciò che, peraltro, non può dirsi per i crediti, parimenti anteriori all'inizio della procedura, relativi alla difesa giudiziale dell'imprenditore, la cui funzionalità rispetto alla procedura appare priva di riscontri altrettanto significativi sul piano normativo. - *Omissis.*

6. In netto contrasto con le considerazioni, sin qui ripercorse, delle precedenti sentenze sopra richiamate, il Tribunale di Como, argomentando dal disposto dell'art. 167 (che prevede, nel corso della procedura di concordato preventivo, il controllo del giudice sulla amministrazione dell'impresa da parte del titolare) e della L. Fall., art. 168 (che reca l'implicito divieto, nel corso della procedura stessa, di pagamento di crediti anteriori), ritiene necessario, ai fini del riconoscimento della prededucibilità del credito, che esso sia sorto nell'ambito di una procedura concorsuale aperta, e che quindi sia stato sottoposto ad un controllo del giudice sulla congruità ed utilità dell'obbligazione. Ma, a prescindere dal fatto che l'art. 167, non prevede la necessità del controllo preventivo del giudice delegato su tutti gli atti costitutivi di obbligazioni assunti dall'imprenditore nel corso della procedura di concordato preventivo (bensì solo sugli atti di straordinaria amministrazione, tra i quali sarebbe arduo ricomprendere il conferimento degli incarichi di cui qui si controverte), la tesi interpretativa espressa nel provvedimento impugnato finisce per disconoscere l'inequivoco tenore testuale della norma generale dell'art. 111, che come detto considera quale autonomo e alternativo criterio in base al quale riconoscere la prededucibilità la sussistenza di un nesso funzionale, rispetto alla procedura, di taluni crediti, pur se sorti prima del suo inizio, nesso in presenza del quale la natura concorsuale di tali crediti, in quanto anteriori, si mostra priva di rilevanza (cfr. Cass. n. 3402/12 cit.). A ciò aggiungasi che tale nesso funzionale non sfugge al controllo del giudice, dovendo invece essere accertato - come specificato dalla L. Fall., art. 111 bis - dal giudice delegato nella sede propria del riconoscimento della prededuzione, che è quella concorsuale dell'accertamento del passivo. - *Omissis.*

8. La causa deve essere pertanto rinviata al Tribunale di Como, in diversa composizione, perché proceda ad un nuovo esame - regolando infine anche le spese di questo

giudizio di legittimità - alla luce del seguente principio di diritto: in caso di consecuzione tra la procedura di concordato preventivo e quella di fallimento, il disposto della L. Fall., art. 111, comma 2, come modificato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, consente di riconoscere, con le modalità previste dalla L. Fall., art. 111 bis, la prededuzione non soltanto ai crediti sorti in occasione, cioè durante il corso, delle procedure stesse, bensì anche a quelli sorti anteriormente, ma funzionali alla procedura.- *Omissis*.

Cassazione civile, Sez. I, 24 gennaio 2014, n. 1513 – Pres. Salmé – Rel. Di Amato – P.M. Capasso (diff.) – Gestecos s.r.l. (avv. Buzzelli, Barabino) – Fallimento Nord Matic s.r.l. in liquidazione (avv.ti Palaia, Cozzani).

Riforma Trib. La Spezia, 23 febbraio 2012.

Procedure concorsuali – Fallimento – Accertamento del passivo – Credito sorto in occasione del concordato preventivo – Riferibilità agli organi della procedura – Prededuzione – Sussistenza

La L. fall., art. 111, 2° comma, nella attuale formulazione individua i crediti prededucibili nella successiva procedura fallimentare alternativamente nei crediti sorti in occasione ovvero in quelli sorti in funzione del concordato preventivo ed il primo criterio, che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione"), deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura.

Procedure concorsuali – Concordato preventivo – Esecuzione – Credito sorto in occasione del concordato preventivo – Credito per indennità da occupazione senza titolo – Prededuzione – Sussistenza

È prededucibile il credito per l'indennità da occupazione senza titolo con beni ceduti in esecuzione del concordato da parte di chi dovrebbe provvedere alla liquidazione dei beni stessi.

(Massime non ufficiali)

Omissis. - La L. Fall., art. 111, comma 2, nel testo successivo alla riforma ed applicabile nella fattispecie *ratione temporis*, considera crediti prededucibili quelli sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo che ha preceduto il fallimento. L'attuale formulazione della norma segna il superamento della precedente disciplina nella parte in cui, secondo il diritto vivente elaborato dall'interpretazione di questa Corte (*e plurimis* Cass. nn. 3581/2001; 6352/1997; 11216/1995), prevedeva che i crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, in caso di successivo fallimento, non potevano essere soddisfatti in prededuzione stante la funzione meramente liquidatoria del concordato, rispetto alla quale era estranea la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore, salvo che tale continuazione non avesse costituito elemento essenziale della proposta di concordato (Cass. nn. 2192/1999; 7140/1996).

La L. Fall., art. 111, comma 2, nella attuale formulazione

individua i crediti prededucibili nella successiva procedura fallimentare alternativamente nei crediti sorti in occasione ovvero in quelli sorti in funzione del concordato preventivo. Il primo criterio, che fa riferimento all'elemento cronologico ("in occasione"), deve essere integrato, per avere un senso compiuto, con un implicito elemento soggettivo e cioè quello della riferibilità del credito alla attività degli organi della procedura; in difetto di una tale integrazione il criterio in questione sarebbe palesemente irragionevole in quanto porterebbe a considerare come prededucibili, per il solo fatto di essere sorti in occasione della procedura, i crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa. D'altro canto, la funzionalità alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico, poiché tale funzionalità è autonomamente considerata come causa della prededucibilità dei crediti. In conclusione, in virtù del primo criterio l'attività degli organi della procedura da luogo a crediti prededucibili indipendentemente dalla verifica in concreto della funzionalità rispetto alle esigenze della procedura mentre, in virtù del secondo criterio, l'attività del debitore, ammesso alla procedura di concordato preventivo, da luogo alla prededuzione quando sia funzionale alle predette esigenze.

Nel concordato con cessione dei beni, ove non sia previsto diversamente, le attività di liquidazione dei beni competono, dopo l'omologazione, al liquidatore, nominato ai sensi della L. Fall., art. 182, al quale viene trasferito il potere di amministrazione e disposizione dei beni ceduti; il liquidatore, inoltre, nello svolgimento della sua attività, è responsabile a titolo contrattuale o aquiliano, secondo i casi, nei confronti dei terzi che siano con lui venuti in contatto.

Pertanto, venendo a considerare il credito del proprietario di locali occupati senza titolo da beni ceduti dal debitore ai creditori nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, contrariamente a quanto affermato dal Tribunale, si deve ritenere che si tratti di un credito riferibile a fatti anteriori all'inizio della procedura solo per il periodo ad essa anteriore; per il periodo successivo, invero, il credito non discende dal fatto che i beni siano stati a suo tempo collocati nei locali (o, come nella specie, dal fatto che al momento dell'acquisto dei locali questi erano occupati dai beni), ma dal fatto che sono stati mantenuti senza titolo nei locali da chi doveva provvedere alla loro liquidazione. In questa prospettiva la presenza dei beni nei locali cessa di generare ulteriori obbligazioni soltanto dopo che gli stessi sono stati rimossi ovvero, senza essere rimossi, sono stati consegnati a terzi che abbiano assunto i relativi oneri con effetto liberatorio nei rapporti tra il proprietario dei beni ed il proprietario dei locali. Erroneamente, pertanto, il Tribunale ha ritenuto irrilevanti le contestazioni dell'opponente "circa l'idoneità dei verbali di consegna delle macchinette al trasferimento della proprietà o del possesso delle stesse" e di conseguenza erroneamente non ha proceduto alla relativa verifica, che tuttavia nella specie è ormai preclusa dal giudicato interno di ammissione della odierna ricorrente al passivo fallimentare. Tale ammissione, infatti, indipendentemente dalla contraddittoria esclusione della prededuzione, trova il suo presupposto logico nel fatto che gli oneri relativi alla rimozione dei beni non erano transitati su altro soggetto, a seguito della consegna ad un terzo che fosse opponibile al proprietario dei locali.- *Omissis*.

I “tormenti” della prededuzione nel fallimento consecutivo dei crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (anche alla luce del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e del D.L. 24 giugno 2014, n. 91)

Luca Boggio*

Dopo la “riforma organica” del 2006 la giurisprudenza di merito ha più volte frapposto ostacoli al riconoscimento della prededuzione nel fallimento consecutivo ai crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo. Ciò ha dato la possibilità alla Cassazione di pronunciarsi ripetutamente sul tema, adottando decisioni non sempre adeguatamente motivate ed in linea con le previsioni del diritto positivo. Delle tre decisioni in commento le più recenti meritano sostanziale condivisione, mentre la terza sollecita qualche rilievo critico. Il tema della prededucibilità, con la norma di interpretazione autentica contenuta nella legge di conversione del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 e la “frettolosa” successiva abrogazione di quest’ultima per effetto del D.L. 24 giugno 2014, n. 91, merita di essere ulteriormente - e, ancora una volta, criticamente - rivisitato per comprendere la portata del precetto interpretativo anche in considerazione dei dubbi di costituzionalità, che ha immediatamente sollevato soprattutto per la retroattività della soluzione (temporaneamente) preferita dal legislatore.

I casi decisi

La netta previsione dell’art. 111, 2° comma, l. fall. che sancisce la prededucibilità nel fallimento consecutivo dei crediti “sorti in occasione o in funzione” del concordato preventivo è al centro di un significativo contenzioso provocato dalle curatele fallimentari davanti a giudici di merito che, forse troppo “vicini” agli organi da essi stessi nominati, tendono a frapporre ostacoli non giustificati dal dettato normativo al riconoscimento della prededuzione. Ormai numerose sono, infatti, le sentenze di merito che - in sede di opposizione allo stato passivo fallimentare - accolgono posizioni in contrasto con la chiara svolta impressa dal legislatore della riforma del 2006 nel qualificare come prededucibili anche crediti sorti senza un preventivo controllo degli organi della procedura concordataria ed, addirittura, in pregiudizio per la massa dei creditori.

La Cassazione, nei primi casi giunti al giudizio di legittimità, sembra aver scelto di seguire - non senza qualche tentennamento - la linea di discontinuità tracciata dal legislatore della riforma c.d. organica della legge fallimentare. Esempio della condivisione di quella linea di discontinuità sono, in particolare, le prime due sentenze in commento che si pongono espressamente nel solco di altri precedenti di legittimità¹, mentre la terza fa emergere qualche indecisione - discutibilmente argomentata - nel dare applicazione piena alla svolta legislativa.

Con le prime due sentenze in commento la Cassazione ritorna a pochi mesi di distanza, innanzi tutto, sulla questione della prededucibilità dei crediti maturati da un avvocato che aveva assistito la società poi fallita per la predisposizione della domanda di concordato preventivo, in quanto “crediti sorti in funzione” delle procedure concordatarie. Il legale in questione aveva proposto opposizione allo stato passivo

dei fallimenti consecutivi nella parte in cui il suo credito era stato ammesso, solo in via privilegiata *ex art. 2751 bis c.c.*, n. 2, con esclusione della prededuzione per il fatto che le attività non fossero state svolte nel corso delle due procedure concordatarie. La Corte di legittimità ha ribadito - correttamente - la non necessità ai fini della prededucibilità dell’elemento “cronologico”, cioè dell’insorgenza del credito pendente la procedura, se le prestazioni alle quali il credito si riferisce siano “funzionali” alla procedura stessa. Una funzionalità riconosciuta in entrambe le sentenze per l’attività di assistenza per l’ammissione al concordato ed, invece, sancita solo nella più recente (n. 8958/14) - quindi, negata in quella depositata a marzo (n. 5098/14) - con riferimento all’attività di difesa in giudizi instaurati da o contro il debitore prima del deposito del ricorso concordatario.

La terza sentenza, sebbene condivida parte delle premesse ricostruttive esposte nelle prime due, giunge ad affermare una posizione interpretativa inaccettabile non tanto nel caso di specie, perché non s’è concretizzata nell’esclusione della prededucibilità del credito risarcitorio azionato, quanto piuttosto per le ricadute che potrebbe avere in altre e diverse situazioni. Il Tribunale aveva rigettato ingiustamente - secondo la Cassazione - l’opposizione proposta dall’acquirente dell’azienda della società concordataria (poi fallita a seguito di risoluzione del concordato) contro il provvedimento con cui il giudice delegato aveva ammesso in via solo chirografaria, escludendo la richiesta prededuzione, il credito per indennità di occupazione dell’immobile aziendale non liberato dalla venditrice neppure nel corso della fase di esecuzione del concordato preventivo omologato. La Suprema Corte ha statuito - correttamente - che l’insorgere del credito in pendenza di procedura impone il riconoscimento della prededuzione, comprendendosi nel “corso della procedura” anche la fase della esecuzione del concor-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ V. Cass., 18 aprile 2013, n. 9489; Id., 8 aprile 2013, n. 8533, in *Giur. It.*, 2013, 1821 e segg. con nota di Boggio, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e prededuzione: crediti pro-*

fessionali e oltre, nonché in *Fall.*, 2014, 69 e segg. con note di Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo* e di Salvato, *Prededucibilità del credito del professionista per l’assistenza nella fase di ammissione al concordato preventivo*.

dato omologato; ma - non divisibilmente - la condiziona anche alla riconducibilità del titolo fondante all'attività degli organi della procedura (segnatamente il liquidatore giudiziale *ex art. 182 L. fall.*).

Crediti prededucibili “così qualificati da una specifica disposizione di legge”, crediti “sorti in funzione” e crediti “sorti in occasione” del concordato preventivo: fattispecie autonome

Nella prima sentenza (n. 8958/14) è messo espressamente in luce che l'art. 111, 2° comma, stabilisce tre ipotesi di prededucibilità: a) i crediti “così qualificati da una specifica disposizione di legge”; b) crediti “sorti in occasione” delle “procedure concorsuali di cui alla presente legge”; c) crediti “sorti in funzione” delle “procedure concorsuali di cui alla presente legge”². Tutte e tre le decisioni precisano poi che, con la riforma cd. organica, l'area della prededucazione nel fallimento è venuta a comprendere anche - da un lato - i crediti sorti, oltre che nell'ambito della stessa procedura fallimentare, più in generale “in occasione” di tutte le procedure concorsuali (e, quindi, anche del concordato preventivo cui sia seguito il fallimento) e - dall'altro - i crediti sorti “in funzione” delle stesse, sottolineando che i due criteri, quello cronologico (“in occasione”) e quello teleologico (“in funzione”), risultano chiaramente considerati dalla norma come autonomi ed alternativi, in tal senso dovendo interpretarsi la disgiuntiva “o”. In altre parole, perché un credito sia qualificato come prededucibile, se già non definito tale per legge, sarebbe sufficiente che presenti

il carattere di strumentalità oppure quello di occasionalità rispetto ad una procedura concorsuale regolata dalla legge fallimentare.

Alla luce di questa distinzione, le prime due decisioni - come accennato - concernono crediti di cui era controversa la “funzionalità”; la terza stabilisce le condizioni alle quali un credito “occasionato” dal concordato dovrebbe qualificarsi come prededucibile.

In termini generali, si può osservare che la dizione di legge è assai ampia e sembrerebbe includere ogni credito sorto “al tempo” della procedura e, cioè, dal deposito del decreto di ammissione quantomeno al deposito del decreto di omologazione³, con la conseguenza che il momento iniziale del lasso temporale per il quale possa ravvisarsi il requisito di “occasionalità” dovrebbe essere individuato nella data di iscrizione nel registro delle imprese del deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo⁴. Il dettato legale, privo di ogni riferimento alla necessità di verifiche o autorizzazioni (preventive o successive) degli organi della procedura concordataria, sembrerebbe escluderne la necessità, pur affermata in via interpretativa da una parte della giurisprudenza di merito⁵, con la conseguenza di determinare un superamento dell'orientamento invalso prima della riforma cd. organica. Nelle sentenze nn. 8958 e 5098 ciò è chiaramente affermato e congruente applicato; nella precedente n. 1513, invece, si giunge ad un'applicazione solo parziale, poiché la Corte richiede anche la “riferibilità del credito all'attività degli organi della procedura”. Cioè, corretto che il credito “occa-

² Disconosce, invece, questa tripartizione, riconducendo ad unità le ipotesi *sub b)* e *c)* Nardecchia, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, 389.

³ Boggio, *Il compenso del liquidatore (e dell'amministratore) della società nel concordato preventivo e nel fallimento consecutivo*, in *Riv. Dir. Impr.*, 2009, II, 681 testo e nt. 18.

⁴ Così, già prima del d.l. 22 giugno 2012, n. 83 (conv. in legge con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134), Ambrosini(-Cavalli-Jorio), *Il fallimento*, in *Tratt. dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, 2, Padova, 2008, 662, posizione rispetto alla quale chi scrive aveva dissentito alla luce del (previgente) dettato degli artt. 168 e 184 l. fall., i quali “cristallizzavano” la massa passiva al momento - successivo - corrispondente alla data di deposito del decreto di “apertura” del concordato (v. Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino, 2009, 868 nota 55). Oggi, a fronte dell'intervenuta modifica di entrambe le disposizioni citate - per effetto del D.L. poco sopra menzionato - sostituendo il riferimento al “decreto di apertura della procedura di concordato” con quello alla “pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'articolo 161”, è d'uopo retrodatare l'inizio della procedura ai fini del requisito di “occasionalità” al tempo di quella “pubblicazione”. E ciò a prescindere dal fatto che il ricorso concordatario contenga anche il piano e la proposta, visto il generico riferimento “all'articolo 161”.

Va, infine, aggiunto che ulteriore sostegno per l'individuazione nel momento iniziale della procedura ai fini dell'applicazione dell'art. 111, 2° comma, può essere rinvenuto nell'art. 69 *bis*, 2° comma, posto che stabilisce il *dies a quo* per la decorrenza - a

ritroso - del periodo sospetto, appunto, dalla data della pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese. La coincidenza del *dies a quo* con quella data ha senso nella misura in cui da quel momento, a pena di inefficacia, gli atti straordinari “urgenti” debbano essere autorizzati dal giudice e per contro, se ordinari, siano stabili nell'ottica di protezione dell'affidamento di chi contratti con il debitore concordatario, con il quale diversamente non compirebbe nessuna operazione determinando in molti casi l'impossibilità di dar corso alla procedura concordataria appena iniziata. Va ricordato che, a seguito del citato d.l. 22 giugno 2012, n. 83, sono irrevocabili tutti gli atti, i pagamenti e le garanzie “legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161” (cfr. art. 67, 3° comma, lett. e).

⁵ Trib. Vicenza, 11 marzo 2014, in *IlCaso.it*, I, 10188; Trib. Rovigo, 2 dicembre 2013, *ivi*, I, 9948; Trib. Roma, 2 aprile 2013, in *Fall.*, 2014, 69 e segg. con nota di Nardecchia, *I crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo*; Trib. Padova, 26 marzo 2013, in *IlCaso.it*, I, 8794; Trib. Terni, 13 giugno 2011, in *Dir. Fall.*, 2012, II, 49 e segg. con nota di Falini, *Sulla prededucibilità dei crediti del professionista nelle procedure concorsuali*; Trib. Milano, 26 maggio 2011, in *Fall.*, 2011, 1340 e segg. con nota di Patti, *La prededucazione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*; Trib. Ascoli Piceno, 5 novembre 2010, in *Giur. di Merito*, 2012, 890 e segg. con nota di D'Orazio, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo e la verifica ex post della prededucazione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo*; Trib. Milano, 20 agosto 2009 e Trib. Udine, 15 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 1413 e segg. con nota di Boggio, *Crediti per la prestazioni di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo: prededucazione ... ma non troppo*.

sionale” rispetto alla procedura concordataria non debba anche essere “funzionale” alla stessa⁶, tuttavia esso dovrebbe essere frutto dell’azione degli organi della procedura medesima.

L’assistenza per la redazione della domanda dà origine a crediti “sorti in funzione” del concordato

La Cassazione, ribadendo espressamente - come anticipato - l’impostazione fatta propria in precedenza⁷, riconosce la prededucibilità del credito degli avvocati che abbiano assistito il debitore nella predisposizione della domanda di concordato preventivo; ciò perché maturerebbero un credito in funzione di consentire a quest’ultimo l’accesso alla procedura concordataria.

Correttamente, la Corte evidenzia anche il parallelismo insito nel sistema concorsuale tra la regolamentazione della prededuzione per tali crediti e l’esenzione da revocatoria riconosciuta nel caso di loro pagamento in data anteriore alla pubblicazione nel registro delle imprese dell’avvenuto deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo⁸. Trae da questo parallelismo argomento per sostenere che ciò che costituisce “servizio strumentale all’accesso” al concordato preventivo sia anche “funzionale” al concordato stesso, giudicando maggiormente coerente il sistema concorsuale se alla sottrazione alla revocatoria del pagamento del credito si accompagni, ove non compiuto il pagamento, la sua prededucibilità.

La conclusione è, senza dubbio, convincente e favorisce - sul piano pratico - le imprese in crisi, sgravandole almeno in parte dalla altrimenti probabile pressione del prestatore di servizi finalizzata ad ottenere il pagamento della prestazione prima della pubblicazione della domanda, così da evitarsi i maggiori rischi di incasso dipendenti dall’assenza della prededuzione⁹.

Altrettanto convincente è il richiamo argomentativo al contenuto della previsione dell’art. 167 operato dalla Corte, poiché mette in luce come la disposizione limiti la sola attività di amministrazione straordinaria da parte del debitore, senza imporre un generalizzato controllo autorizzativo preventivo sul compimento di questa. Un controllo sulla “funzionalità” dell’atto alle esigenze della procedura concordataria, sottolinea la Cassazione, è d’altronde previsto *ex post* ai sensi dell’art. 111 *bis*; dunque, il debitore non finisce per es-

sere arbitro delle spese che dovrebbero essere poste a carico della massa.

... e la difesa in giudizio del debitore in altre procedure?

Il problema è intendersi su ciò che sia funzionale oppure no. A tale proposito va sottolineato che la legge correla la “funzionalità” alle “procedure” in sé, non a specifici risultati di queste. La procedura di concordato ha tra i suoi scopi quello di offrire al debitore una soluzione della crisi diversa dal fallimento, anche se questa non sia oggettivamente più vantaggiosa per i creditori, che sono i soli arbitri della convenienza di quanto proposto loro dal debitore. In quest’ottica la valutazione di “funzionalità” del tribunale non ha come elemento necessitato l’utilità per la massa; il ricorso al concordato può essere di oggettivo vantaggio per la massa, ma potrebbe anche essere di oggettivo vantaggio solo per il debitore, scegliendo, ciò nonostante, la maggioranza dei creditori di non rifiutare la proposta per ragioni di ordine morale, di “scommessa” su possibili utilità future o per altre ragioni insindacabili da parte del giudice. Proprio l’accostamento operato dalla Suprema Corte in motivazione tra la disciplina della prededuzione e quella dell’esenzione da revocatoria dei pagamenti dei corrispettivi per prestazioni “strumentali” all’accesso al concordato preventivo dimostra il superamento dell’idea che la spesa onerosa per la massa debba anche corrispondere ad un’utilità per questa. Il concordato potrebbe, infatti, sfociare anche in una proposta non conveniente per i creditori, ma dalla maggioranza di questi non rifiutata e, quindi, accolta ai sensi di legge; una proposta che il tribunale non potrebbe rifiutarsi di omologare per ragioni di non convenienza.

Su questo terreno emerge, però, il contrasto tra la sentenza n. 8958 e la precedente n. 5098 quanto alla prededucibilità dei crediti dell’avvocato in virtù dell’attività difensiva svolta a tutela dei diritti patrimoniali del debitore in procedimenti giudiziali diversi da quello concordatario. La decisione più recente qualifica come prededucibile il credito sorto per l’esercizio di “azioni giudiziarie intraprese per il recupero di beni o di crediti dell’imprenditore o dalla difesa in giudizio nei confronti di azioni intentate da terzi” idonee a procurare “vantaggi in termini di accrescimento dell’attivo o di salva-

⁶ Abbandonando così la posizione sostenuta con altra precedente decisione - v. Cass., 28 febbraio 2013, n. 5015, in *Fall.*, 2013, 1402 - nella quale aveva statuito che il credito sorto in occasione del concordato preventivo potesse essere ammesso al passivo del fallimento consecutivo in prededuzione per il fatto di avere prodotto un’utilità per la procedura.

⁷ V., in particolare, la già ricordata Cass., 8 aprile 2013, n. 8533, cit., 1821 e segg. A riguardo, tra i contributi recenti, v. anche Vella, *Le nuove prededuzioni nel concordato con riserva e in continuità. I crediti dei professionisti*, in *Fall.*, 2013, 1141; Didone, *La prededuzione dei crediti tra nuovo art. 111 e nuovo art. 182 quater prima e dopo la L. n. 134 del 2012*, in *Giust. Civ.*, 2013, I, 63; D’Orazio, *Il vaglio giurisdizionale in sede di ammissione al passivo*

e la verifica ex post della prededuzione del compenso del professionista non attestatore in sede di ammissione al passivo, cit., 891; Patti, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182 quater l.fall.*, cit., 1340.

⁸ A riguardo si consenta il rinvio anche a Boggio, *Crediti per la prestazione di servizi strumentali all’accesso al concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, cit., 1424 e seg.

⁹ È, quindi, giustamente superata l’idea - priva di fondamento nel testo normativo e di coerenza sistematica proprio con il disposto dell’art. 67, 3° comma, lett. g) - che l’insorgere del credito dovesse non solo essere stato strumentale alla procedura concordataria, ma anche di utilità per la massa dei creditori (così, invece, la precedente Cass., 5 marzo 2012, n. 3402, in *Fall.*, 2013, 123).

guardia della sua integrità". L'altra, per contro, la esclude poiché, mentre per le attività strumentali all'accesso al concordato vi sarebbe un "riscontro normativo" nella previsione che esenta i relativi pagamenti dall'azione revocatoria, per la difesa giudiziale dell'imprenditore analogo "riscontro" difetterebbe.

L'idea della necessità di simili "riscontri", pur comprensibile per evitare un'impropria estensione dell'area della prededuzione, sarebbe priva di un idoneo supporto nel dettato legale, se s'intendesse con quell'espressione limitare i casi di "funzionalità" dei crediti ad ipotesi specificamente individuate dalla legge come nel caso delle prestazioni strumentali all'accesso a procedure concorsuali per il pagamento delle quali è sancita l'esenzione da revocatoria ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. g). Sebbene la motivazione della sentenza n. 5098 sia estremamente sintetica sul punto, difettando una compiuta esposizione dell'*iter* logico-argomentativo seguito dai giudici di legittimità, probabilmente è possibile trarre dalla decisione un principio di necessità di un legame legislativamente qualificato tra procedura concordataria e credito affinché quest'ultimo possa essere qualificato come prededucibile.

La più recente sentenza in commento, che giunge - come accennato - ad una soluzione opposta quanto al riconoscimento della prededuzione, trascura la necessità di legame specificamente valorizzato dal legislatore, limitandosi a richiedere genericamente un'utilità in termini di "accrescimento dell'attivo" o di "salvaguardia della sua integrità", senza necessità che quell'utilità debba essere "mediata" attraverso la procedura concordataria.

In altre parole, emergono due concezioni: per la prima, è prededucibile ciò che compensa un'attività utile a far iniziare/progredire la procedura in sé; per l'altra, invece, tale è ciò che assicura la conservazione o l'incremento dell'attivo del debitore funzionale ad un miglior esito della procedura in termini di soddisfacimento. Per la prima, si tratta di un'utilità per il concordato in senso lato, che potrebbe definirsi "procedurale"; per l'altra, di un'utilità per il patrimonio del debitore, che, per distinguerla dall'altra, potrebbe denominarsi "patrimoniale".

Se si ragiona utilizzando i riferimenti indicati dalla stessa Cassazione in entrambe le sentenze, ossia la previsione dell'esenzione da revocatoria dei pagamenti per le prestazioni strumentali all'accesso e la norma sulla prededucibilità dei crediti derivanti da atti legalmente posti in essere in corso di procedura, solo la prima alternativa - quella dell'utilità "procedurale" - risulta avere un chiaro fondamento positivo, posto che ambedue le disposizioni normative subordinano, rispettivamente, esenzione e prededuzione non ad un beneficio in termini patrimoniali, ma alla sola esisten-

za di un legame tale per cui la prestazione si ponga in rapporto di causa ad effetto rispetto alla procedura di concordato. Nulla più, ma neppure nulla di meno. In altre parole, la seconda delle due alternative delineate - cioè della prededuzione solo in caso di utilità "patrimoniale" - appare ispirarsi ancora una volta a quell'orientamento, affermatosi prima delle modifiche introdotte con la riforma organica del 2006, in virtù del quale la prededuzione era riconoscibile a condizione che il credito fosse sorto per effetto di un atto utile per la massa dei creditori¹⁰. Un orientamento dal quale anche la stessa Suprema Corte - e ne è esempio chiaro la terza decisione in commento sulla quale ci si soffermerà più oltre - sembra staccarsi con difficoltà e tentennamenti. Ma il legislatore della riforma organica del 2006 ha impresso una svolta chiara, segnando una direzione nuova verso la quale alcune sentenze - e la più recente in commento ne è chiara dimostrazione - si sono con decisione indirizzate.

L'(incerta) prededuzione del credito per l'assistenza tra il D.L. n. 145/13 ed il D.L. 91/14 (e dopo)

Per completezza, va segnalato che il quadro interpretativo descritto nei paragrafi che precedono poteva apparire di primo acchito confermato, quando il debitore avesse richiesto l'ammissione al concordato "senza riserva", dalla sopravvenuta (ulteriore) modifica della disciplina della prededuzione dei crediti sorti in funzione dell'ammissione al concordato preventivo "con riserva", ossia del procedimento iniziato - ai sensi dell'art. 161, 6° comma - senza contestuale deposito del piano e della proposta concordataria. L'art. 11, comma 3 *quater*, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 (conv. in L. 21 febbraio 2014 n. 9 ed entrato in vigore il 22 febbraio 2014) aveva infatti stabilito che "la disposizione di cui all'articolo 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma". Ma la disposizione è rimasta in vigore soltanto fino al 25 giugno 2014, quando è entrata in vigore la disposizione abrogativa contenuta nel D.L. 91/14¹¹.

¹⁰ V. in termini Cass., 3 ottobre 1983, n. 5753, in *Giur. It.*, 1984, I,1, 806; App. Torino, 20 marzo 1985, in *Fall.*, 1985, 1155; Trib. Roma, 19 giugno 2002, in *Dir. Prat. Soc.*, 2003, 8, 88; Trib. Catania, 7 luglio 1988, in *Dir. Fall.*, 1989, II, 246.

¹¹ Alla data in cui sono state licenziate le bozze di questo commento non era ancora scaduto il termine per la conversione in legge del D.L.

Il predetto art. 11, oggi non più in vigore, volendo sancire l'interpretazione autentica della disciplina della prededuzione in relazione al concordato "con riserva", aveva efficacia retroattiva¹² e mirava a risolvere in senso affermativo il dubbio - a dire il vero, postosi più spesso in materia di concordato "senza riserva" - se il riconoscimento della prededuzione nel fallimento consecutivo sia subordinato al vaglio, anche indiretto, degli organi della procedura di concordato. Infatti, la norma intendeva sancire che l'ammissione al passivo fallimentare in via prededucibile fosse dovuta soltanto se la procedura di concordato fosse stata "aperta" con il deposito del decreto di cui all'art. 163.

Per un problema apparentemente risolto, se ne aprivano altri sia sul piano pratico che di diritto. Sotto il primo profilo, diveniva più difficile per il debitore ottenere credito - e, quindi, prestazioni "funzionali" all'accesso alla procedura - perché i terzi, fino all'apertura del concordato, non avevano la garanzia del pagamento in prededuzione in caso di fallimento¹³. Perciò, poteva profilarsi il rischio di pressioni sul debitore per pagamenti anteriori alla pubblicazione del ricorso concordatario per incassare il dovuto e godere poi dell'esenzione da revocatoria ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. g).

Sul piano del diritto, venendo all'altro profilo critico, si prospettava una situazione di questo genere: in caso di perfezionamento del contratto prima della data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese con prestazioni da svolgersi successivamente ad essa (quindi di rapporto pendente), se non sciolto *ex art. 169 bis*¹⁴, il debitore è tenuto ad adempiere l'obbligazione di pagamento di eventuali "nuovi" crediti, come tali non oggetto di "cristallizzazione", ed il creditore ha diritto, a fronte dell'eventuale ritardo di pagamento, di sospendere la propria prestazione in virtù dell'art. 1460 c.c.; ma, se pagato, il creditore è legittimato ad opporre, in sede fallimentare, l'esenzione da revocatoria in virtù dell'art. 67, 3° comma, lett.

e). Ancora una volta, poteva profilarsi il rischio di pressioni sul debitore per ottenere pagamenti in misura integrale anteriori all'apertura della procedura fallimentare, onde evitare che un credito sorto dopo il ricorso di preconcordato sia falciato per effetto del disconoscimento della prededuzione.

Sempre sul piano di diritto, il fatto che il legislatore avesse limitato l'interpretazione autentica al caso del concordato "con riserva" induce a ritenere che la soluzione debba essere opposta quando il debitore deposita piano e proposta contestualmente al ricorso per l'ammissione. Il noto brocardo che esplicita l'idea *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* dovrebbe spingerci a concludere in questo senso, soprattutto in un quadro nel quale da più parti s'è evidenziato il rischio di uso strumentale soprattutto del concordato "con riserva" allo scopo di ritardare la dichiarazione di fallimento senza compiere attività adeguate alla presentazione di un piano e di una proposta ammissibili¹⁵. Peraltro, la scelta di introdurre, sostanzialmente, una deroga con effetti retroattivi alla previsione dell'art. 111, che non subordinava esplicitamente il riconoscimento della prededuzione all'apertura della procedura di concordato, per il solo caso in questione ne imponeva comunque un'interpretazione restrittiva ed ostava all'estensione anche alle ipotesi di concordato "senza riserva". Dunque, la disposizione era difficilmente spiegabile in una logica diversa dalla repressione degli abusi¹⁶ e solo in quest'ottica non pone problemi di disuguaglianza ingiustificata tra creditori a seconda che il concordato sia con o senza "riserva". Di fatto, ma sul punto si ritornerà più oltre illustrando la disciplina dei crediti sorti in occasione del concordato, l'interpretazione autentica in discorso cercava di porre un rimedio alle conseguenze in termini d'incremento della massa passiva prededucibile riconducibile al ritardo dell'eventuale dichiarazione di fallimento determinato dalla concessione del termine di cui all'art. 161, 6° comma¹⁷. Con l'abrogazione, *a fortiori*, la so-

¹² Questa è una delle ragioni, stando alla relazione governativa, che hanno giustificato la tanto sollecitata abrogazione.

¹³ Proprio il maggior rischio di (non) pagamento del credito per il contraente *in bonis* che sia chiamato a compiere prestazioni a favore del debitore "in procedura", aveva giustificato la scelta della Consulta di concludere per la costituzionalità della prededucibilità dei crediti maturati quando il debitore era in amministrazione controllata, osservando che "la prededucibilità dei crediti di gestione maturati nel corso di pregressa procedura di a.c. va all'evidenza a riequilibrare la condizione di maggior rischio contrattuale in cui tali crediti sono concessi e ad incentivarne così l'erogazione in funzione del positivo esito della procedura, nell'interesse di tutti i creditori" (Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 32).

¹⁴ È peraltro assai discusso se nella fase di preconcordato sia ammissibile lo scioglimento dei contratti *ex art. 169 bis* oppure se, per l'adozione di un tal provvedimento, sia necessaria l'avvenuta apertura della procedura di concordato con il deposito del decreto di cui all'art. 163.

¹⁵ Il rischio era stato segnalato da vari giudici del merito (v., tra gli altri, Trib. Milano, 24 ottobre 2012 e Trib. Tortona, 8 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 77 e segg. con nota di Vella, *Il controllo*

giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"; Trib. Prato, 24 aprile 2013, *ibidem*, 1002), tanto che il legislatore ha tentato di porvi rimedio (cfr. art. 161, 8° comma), esplicitando la previsione di una costante verifica da parte del Tribunale, eventualmente mediante la nomina "anticipata" del commissario giudiziale, dell'effettivo compimento delle attività necessarie per addivenire al tempestivo deposito del piano e della proposta concordataria. Sul tema v. De Matteis-Graziano, *Manuale del concordato preventivo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, 68 e seg.; Salvato, *Nuove regole per la domanda di concordato preventivo con riserva*, in *Fall.*, 2013, 1218 e segg.). V. per recenti casi di "abuso" nella presentazione di ricorsi concordatari "con riserva" Trib. Cuneo, 22 novembre 2013, in *IlCaso.it.*, I, 9931; Trib. Nocera Inferiore, 21 novembre 2013, *ivi*, I, 9773.

¹⁶ Analoga valutazione è compiuta da Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in *IlCaso.it.*, II, 18.3.2014, 3.

¹⁷ La preoccupazione del legislatore in ordine al possibile (e pregiudizievole) ritardo della dichiarazione di fallimento per effetto della concessione di un termine per il deposito di piano e proposta che non sia utilizzato a questo fine dal debitore, è evidente nella previsione - contenuta nell'art. 161, 8° comma, penul-

luzione del riconoscimento della prededuzione è confermata, quando il concordato sia “senza riserva”.

Crediti sorti in occasione del concordato: incoerenza della motivazione esposta dalla Cassazione

Relativamente ai crediti sorti in occasione del concordato, il punto critico - è evidente - è rappresentato dal subordinare la prededuzione di un credito sorto in corso di procedura alla circostanza che sia riferibile ad un comportamento degli organi di questa, in difetto di ogni indizio in tal senso nell'art. 111 L. fall.

In questo quadro, la terza decisione della Cassazione pone un limite diverso (di ordine “soggettivo”) consistente nella riconducibilità dell'insorgenza del credito ad un atto degli organi della procedura¹⁸, semplicemente perché, altrimenti, “sarebbe palesemente irragionevole” gravare la massa di “crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della [procedura]”. Ciò senza rendersi conto della contraddizione a cui così finisce di pervenire rispetto all'affermazione di principio - esposta poche righe dopo nella motivazione - secondo la quale la “funzionalità alle esigenze della procedura non può costituire un criterio integrativo di quello cronologico”. Ciò, la Cassazione, in linea anche con precedenti decisioni, afferma in astratto che la congiunzione “o” propria dell'espressione “in occasione o in funzione” deporrebbe nel senso che “la funzionalità alle esigenze della procedura non p[ossa] costituire un criterio integrativo di quello cronologico”, ma in concreto “recupera” poi quell'elemento funzionale per selezionare tra i crediti sorti in occasione del concordato preventivo quelli da riconoscersi effettivamente come prededucibili. Il contrasto tra affermazione di principio ed applicazione pratica di quello stesso principio pare evidente.

Ma ancora un aspetto va sottolineato. La Cassazione utilizza un criterio soggettivo per individuare i crediti prededucibili sorti in occasione della procedura, ponendo a fondamento di detto criterio la necessità di non gravare la massa dei creditori di oneri dipendenti da attività del debitore non strumentali ad essa. Al di là del fatto che non necessariamente siano “funzionali” solo le sole attività degli organi della procedura e che è postulato indimostrato che le attività compiute

nel corso della procedura - come sembrerebbe pretendere la Cassazione - debbano essere necessariamente utili per la massa dei creditori, la disposizione contenuta nell'art. 111, 2° comma, per com'è scritta, parrebbe piuttosto volta a salvaguardare l'affidamento di chi contratta o, comunque, entra in relazione non solo con gli organi della procedura¹⁹, ma anche con lo stesso debitore in procedura che abbia svolto attività - e, cioè, compiuto atti - nei limiti dei quanto consentitogli per legge²⁰. Solo letta così, la disposizione appare coerente con l'introduzione dell'esenzione da revocatoria per gli atti “legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161”, che assicura stabilità a tutti gli atti compiuti nel corso della procedura di concordato preventivo alla sola condizione che ne sia rispettata la disciplina di legge quanto all'adozione²¹. La lettura della disciplina offerta dalla meno recente tra le tre decisioni in commento (n. 1513/14) sembra trascurare le sue ricadute pratiche nonché una corretta ricostruzione del quadro legale.

Posto che, nel caso di specie, la Corte giunge comunque a riconoscere la prededucibilità del credito, è forse da ritenere che i giudici di legittimità abbiano voluto introdurre una limitazione atta a contenere il campo del prededucibile allo scopo di evitare che condotte scorrette del debitore comportino gravosi effetti per la massa dei creditori. Se l'intenzione è meritevole, il rimedio non appare fondato nel dettato legale e, come anticipato, è suscettibile di conseguenze pratiche non accettabili per le disegualianze ingiustificate che finisce per determinare.

Ricadute del principio (criticato) fatto proprio dalla Cassazione

Le conseguenze - sul piano pratico - della selezione dei crediti prededucibili “occasionalmente” in virtù del criterio della riconducibilità all'attività degli organi della procedura possono essere esemplificativamente così tracciate anche alla luce dell'applicazione fattane dalla Cassazione nella sentenza n. 1513/14.

Senza dubbio prededucibili sono i crediti che sorgano in corso di procedura per le attività demandate agli organi stessi come la stima del patrimonio del debitore (quindi, per ipotesi, i crediti dei periti estimatori nominati dal tribunale). Qualificandosi come

timo periodo - in virtù della quale, “quando risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano, il tribunale, anche d'ufficio, sentito il debitore e il commissario giudiziale se nominato, abbrevia il termine fissato con il decreto di cui al sesto comma, primo periodo”.

¹⁸ Si tratta di un elemento però privo di fondamento nel dettato letterale legislativo, della cui mancanza la Cassazione è perfettamente consapevole. Che difetti un appiglio letterale è reso infatti palese - per un verso - proprio dal richiamo operato nel testo, ma avulso dal dettato normativo, alla pretesa “irragionevolezza” di una disciplina che considerasse prededucibili “crediti conseguenti ad attività del debitore non funzionali ad esigenze della stessa” per il solo fatto di essere sorti in pendenza della medesima e - per altro verso - dall'affermazione della Corte che l’“elemento soggettivo”

citato come scriminante per la prededucibilità sarebbe soltanto “implicito”.

¹⁹ Nel senso che la norma statuente la prededuzione realizza la tutela del terzo, v. Trib. Terni, 17 gennaio 2014, in *ILcaso.it*, I, 9917; Trib. Parma, 31 dicembre 2013, *ivi*, I, 9923. Prima della riforma del 2006 una tal *ratio* per la prededuzione era stata con chiarezza affermata dalla già citata Corte Cost., 27 gennaio 1995, n. 32.

²⁰ Sulla *ratio* dell'esenzione da revocatoria di cui all'art. 67, 3° comma, lett. e), L. fall. si consenta di rinviare, anche per ulteriori riferimenti, a Boggio, *L'esenzione da revocatoria per “corrispettivi per prestazioni di lavoro”: una previsione eccezionale per la conservazione dell'impresa?*, in corso di pubblicazione in *Giur. It.*, 2014.

²¹ V., ancora, Trib. Terni, 17 gennaio 2014, cit., 9917.

organo della procedura anche il liquidatore giudiziale nominato ai sensi dell'art. 182 L. fall., prededucibili sono anche i corrispettivi dovuti in virtù di attività che costui commissioni a terzi (avvocati per il recupero dei crediti, intermediari per la vendita dei beni, custodi del patrimonio ceduto nel concordato, ecc.), nonché - come nel caso deciso dalla Cassazione - gli indennizzi ed i risarcimenti dipendenti da attività compiute o omesse dal liquidatore giudiziale in corso di esecuzione del concordato.

Stando strettamente all'interpretazione accolta dalla Cassazione, ci si dovrebbe fermare qui. Resterebbero esclusi, perché non riconducibili all'attività degli organi della procedura, i crediti sorti per effetto della continuazione dell'attività d'impresa da parte del debitore o, anche solo, di pura conservazione e manutenzione dei beni destinati ad assicurare il soddisfacimento dei creditori.

Parimenti, sarebbero esclusi i crediti che terzi maturassero, dopo la pubblicazione del deposito del ricorso concordatario nel registro delle imprese, per atti illeciti compiuti dal debitore: si pensi all'inquinamento provocato dall'attività produttiva, alle sanzioni per il mancato pagamento di imposte maturate in corso di procedura, agli infortuni sul lavoro, alla violazione di disposizioni sull'informativa al mercato da parte di società quotate, ecc. Le ipotesi possono essere le più disparate ed è chiaro che si pongono in stretta correlazione con l'insieme di beni e rapporti costituenti l'attivo dell'imprenditore. Però, alla luce della posizione della Cassazione, quell'insieme di beni e rapporti finirebbe per sfuggire alla responsabilità per quelle obbligazioni, determinando così un trattamento disomogeneo per situazioni che presentano differenze di scarso rilievo nella prospettiva della procedura.

Se l'atto è compiuto prima dell'omologazione, costituisca esso parte dell'attività di amministrazione ordinaria piuttosto che straordinaria dell'impresa, è il debitore che si pone in rapporto con i terzi. È vero che può compiere attività straordinaria solo se autorizzato; ma l'atto non è, comunque, qualificabile come atto degli organi della procedura. Strettamente intesa, la lettura adottata dalla Cassazione dovrebbe condurre alla non prededucibilità anche di quelli espressamente autorizzati dagli organi della procedura, soluzione certamente impraticabile.

Se l'atto è compiuto dopo l'omologazione, la situazione appena descritta si riproporrebbe identica, quando l'esecuzione del concordato sia rimessa - com'è ben possibile - al debitore per il fatto che il tribunale non abbia nominato il liquidatore giudiziale ai sensi dell'art. 182 l. fall. Nell'ipotesi che, per contro, l'attività di liquidazione concordataria sia affidata al liquidatore giudiziale, la prededuzione sarebbe - per la Cassazione²² - giustificata dalla riconducibilità degli

atti di gestione all'attività di un organo della procedura. Francamente, la disparità di trattamento tra esecuzione affidata al liquidatore giudiziale ed al debitore non appare giustificabile in ragione della diversa qualifica - pubblicistica o privatistica - di chi è chiamato a dare attuazione al concordato omologato. Ma neppure un trattamento deteriore dei creditori occasionati dal concordato tra la data di pubblicazione del ricorso e l'omologazione del concordato approvato rispetto a quelli della fase della sua attuazione è priva di idonea giustificazione, se comunque l'attività sia stata compiuta nell'osservanza della legge.

Né, si aggiunga, appare una soluzione corretta la mera esclusione della prededuzione, senza esclusione dal concorso. Infatti, ammesso e non concesso che la prededuzione possa essere negata per la ragione indicata dalla Suprema Corte nella sentenza n. 1513/14, la cesura determinata dalla pubblicazione del ricorso concordatario nel registro delle imprese tra crediti concorsuali e non è tale da precludere l'aggravamento del passivo concordatario per effetto di atti successivi a quel momento. Ciò che matura prima della pubblicazione è concorsuale, eventualmente prededucibile se "funzionale" al concordato; quanto sorge è inopponibile alla massa, salvo che non si tratti di atto "legalmente posto in essere" come tale prededucibile²³. *Tertium non datur*.

Crediti sorti in occasione del concordato e spossamento del debitore

La soluzione scelta dalla Cassazione, nella misura in cui possa essere ricondotta all'idea della prededucibilità - oltre a quelli sorti in capo agli organi della procedura - dei soli crediti "sorti per effetto della continuazione dell'attività d'impresa, quando la stessa ne abbia costituito modalità essenziale, perché sia stata parte della proposta di concordato, sia stata oggetto dell'ammissione da parte del tribunale nonché dell'approvazione da parte dei creditori e sia stata oggetto dell'omologazione finale"²⁴, potrebbe apparire come un indebito ritorno al passato. È certamente così nell'impostazione sposata dalla Suprema Corte, ma, ad un più attento esame della disciplina legale, è anche vero che il solo fatto dell'insorgenza del credito "in corso" di procedura non giustifica la prededuzione. Il sistema va ricostruito in modo attento e senza "scorciatoie", soltanto limitandosi ad invocare una generica "palese irragionevolezza" della (contestata) prededucibilità di tutti i crediti sorti per effetto di atti del debitore a prescindere dalla loro funzionalità alla procedura concordataria.

Si deve, infatti, considerare che il debitore concordatario prosegue nella gestione dell'impresa, ma non in totale libertà. Egli è assoggettato al c.d. spossa-

²² Tale è proprio il caso deciso con la sentenza n. 1513/14.

²³ Arg. ex art. 161, 7° comma, ultimo periodo.

²⁴ Sul punto, per brevità e per ulteriori riferimenti, si rinvia a

Boggio, *Crediti per la prestazioni di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, cit., 1417.

mento attenuato. Ossia, soggiace alle limitazioni per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione stabilite - a seconda della fase in cui si trova - dagli artt. 161 e 167 L. fall.

L'art. 161 preclude al debitore nella fase preconcordanaria - ossia nel lasso di tempo che inizia con il deposito del ricorso concordatario e termina con quello del decreto di apertura della procedura²⁵ - il compimento di qualunque atto di amministrazione straordinaria, che non abbia carattere urgente e non sia preventivamente autorizzato dal Tribunale ai sensi del 7° comma.

L'art. 167 nella fase concordataria - ossia nel periodo che intercorre tra il deposito del decreto di apertura della procedura ed il passaggio in giudicato del provvedimento omologatorio - richiede, semplicemente, la preventiva autorizzazione degli atti di amministrazione straordinaria.

Al di là della non scontata coincidenza dei concetti di straordinarietà presupposti dalle due norme²⁶, il punto è che il debitore concordatario può liberamente compiere una parte degli atti di amministrazione, dovendo soggiacere a limitazioni del potere di disporre - e, quindi, ricorrere all'autorizzazione giudiziale - esclusivamente per la gestione straordinaria. Dunque, la libertà di costui nell'amministrazione del suo patrimonio è solo parzialmente compressa.

Attribuire al debitore libertà nella gestione dell'impresa e, poi, subordinare a qualche speciale condizione la prededucibilità dei crediti eventualmente sorti in capo a terzi in conseguenza dell'attività della predetta impresa significa - da un lato - porre i terzi in una situazione di totale incertezza in ordine al ricorrere di

quella condizione e quindi all'effettività dei loro crediti²⁷ e - dall'altro - negare di fatto il potere svolgere liberamente l'attività di amministrazione ordinaria dell'impresa da parte del debitore²⁸.

Il quadro va, quindi, ricostruito in modo differente da quello presupposto dalla Cassazione.

Posto che - in ragione dello spossessamento solo "attenuato" provocato dal preconcordato - il debitore ha il potere di disporre del suo patrimonio, il rapporto giuridico, a carattere "ordinario", che s'instaura con il terzo risulta escluso per legge dal regime concordatario; insomma, si qualifica come atto "legalmente posto in essere" dopo il deposito del ricorso previsto dall'art. 161 L. fall.²⁹. Si tratta di un atto senza dubbio compiuto in occasione di una "procedura" di cui alla legge fallimentare, che tuttavia è qualificato anche ed espressamente come prededucibile dall'ultimo periodo del 7° comma dell'art. 161. Come tale, esso è prededucibile perché "così qualificato da una specifica disposizione di legge" secondo quanto previsto dal 2° comma dell'art. 111³⁰. Lo stesso vale anche per gli atti straordinari urgenti autorizzati dal Tribunale a norma di quel medesimo comma dell'art. 161, poiché la disposizione non distingue tra atti a carattere ordinario o straordinario. In altre parole, a prescindere dal carattere, quegli atti sono tutti qualificabili sia come compiuti "in occasione" concordato che come "legalmente posti in essere" nel corso di questo.

Quando, per contro, il credito sorga dopo il deposito del decreto di apertura del concordato, manca l'espressa disposizione che lo qualifichi come prededucibile; tuttavia, atteso che lo spossessamento solo "attenuato" non priva il debitore del potere di dispor-

²⁵ Ciò a prescindere dal fatto che il ricorso per l'ammissione al concordato sia "con riserva" o "senza riserva", dal momento che il settimo comma non fa distinzioni in proposito e le necessità di protezione sono del tutto omogenee, nonostante il lasso temporale sia generalmente assai più breve nella seconda ipotesi ("con riserva") rispetto alla prima ("senza riserva").

²⁶ Ai fini della qualificazione di "straordinarietà" di un atto non è irrilevante l'avvenuto deposito del piano e della proposta di concordato, posto che la prospettiva - di continuazione o di cessazione dell'attività - dell'impresa prevista dal piano può incidere sulla riconducibilità di un atto dispositivo nell'alveo dell'ordinarietà o meno dell'attività programmata dal debitore. Diversamente orientato, affermando una "continuità" tra le previsioni degli artt. 161 e 167, Leozappa, *Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione alla luce del redigendo piano concordatario*, in *www.ilfallimentarista.it*.

La possibilità di prosecuzione dell'esercizio dell'impresa in funzione del suo risanamento successivamente alla presentazione della domanda di concordato ed anche in corso della sua esecuzione comporta l'ampliamento - quantomeno in linea astratta - dell'ambito degli atti "ordinari" oltre il confine di quelli meramente conservativi del valore del patrimonio legittimamente opponibili alla massa. A riguardo si segnalano Censoni, *Gli effetti sostanziali del concordato preventivo dopo la riforma del diritto fallimentare*, in *Giur. Comm.*, 2006, I, 771 e Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, cit., 869. V. però Fimmanò, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti in corso di esecuzione*, in *Fall.*, 2006, 1054, il quale sottolinea che, per gli atti straordinari, la soggezione

all'autorizzazione sarebbe incompatibile con l'indisponibilità del piano (di concordato) da parte del giudice, quando il compimento di un atto - appunto - straordinario sia previsto come elemento del piano stesso.

²⁷ Peraltro, in contrasto - come accennato precedentemente nel testo - con l'affidamento del terzo invece protetto dall'esenzione da revocatoria prevista dall'art. 67, 3° comma, lett. e), L. fall. per gli atti "legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161" e con l'ovvia conseguenza di "suggerire" ai terzi di svolgere prestazioni solo a seguito di pagamenti integrale ed anticipato da parte del debitore in procedura, pena il rischio di non vedersi mai pagati. Sul fatto che la disposizione contenuta nell'art. 111, 2° comma, che prevede la prededucibilità dei crediti sorti in occasione del concordato costituisca una norma di protezione dei terzi che entrino in contatto con l'imprenditore in concordato già Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, cit., 868.

²⁸ Il debitore sarebbe, in sostanza, costretto a ricorrere stabilmente all'autorizzazione giudiziale - ammesso e non concesso che, forzando il disposto del secondo comma dell'art. 167, il tribunale poi effettivamente autorizzi - per sperare di ricevere dai terzi le prestazioni necessarie alla prosecuzione dell'attività d'impresa o anche solo alla conservazione del suo patrimonio.

²⁹ Così anche Galletti, *Su un curioso tentativo di riforma "retroattiva" della disciplina del concordato "in bianco"*, in *www.ilfallimentarista.it*.

³⁰ Conf. Galletti, *Su un curioso tentativo di riforma "retroattiva" della disciplina del concordato "in bianco"*, cit.

re del suo patrimonio in ragione dell'assenza di condizionamenti dall'art. 111, L. fall. i creditori "occasionalmente" non sono e non possono essere esposti al rischio di vedersi opporre dagli organi del concordato o in sede di insinuazione nel successivo fallimento né l'inefficacia del titolo che giustifica il loro credito, né l'insussistenza dei presupposti per il riconoscimento della prededuzione³¹. Diversamente, si troverebbero a patire un trattamento deteriore rispetto ai creditori preconcordatari, pur avendo negoziato in un contesto di procedura, addirittura, "aperta" e, dunque, suscettibile di maggiore affidamento.

Viepiù deve essere riconosciuta la prededuzione se il credito abbia titolo in un atto qualificabile come "straordinario" ai sensi dell'art. 167 L. fall., poiché esso è opponibile alla massa dei creditori solo se il titolo costitutivo sia stato autorizzato dal giudice delegato della procedura di concordato³². Si tratta, dunque, di un credito fondato su un atto anche "verificato" dagli organi della procedura, per il quale la compatibilità con essa è pertanto già stata vagliata giudizialmente, fatto che ingenera un ancor maggiore affidamento nel contraente *in bonis* riguardo al diritto a percepire il pagamento integrale.

In definitiva, la Cassazione, nell'evidente ricerca di un correttivo "ragionevole" che consenta un rimedio dinanzi a condotte del debitore pregiudizievoli per la massa dei creditori, batte una strada erronea, sebbene per ragioni giuste. La soluzione accolta dalla Corte non sembra, dunque, accettabile. Piuttosto, nella fase anteriore all'omologazione, le condotte *contra legem* del debitore possono trovare adeguata reazione piuttosto nella revoca dell'ammissione al concordato in applicazione dell'art. 173 L. fall.³³; successivamente all'omologazione, se si tratti di atti del debitore suscettibili di qualificarsi quali inadempimenti del concordato, ciascun creditore può ricorrere per la risoluzione del concordato, sussistendone i presupposti temporali e di gravità della condotta. Ma la tutela del terzo, quando l'atto si configuri come "legalmente posto in essere" anche e non solo a norma del settimo comma dell'art. 161, deve prevalere su quella della massa.

Crediti sorti "in occasione" del concordato tra il D.L. n. 145/13 ed il D.L. 91/14 (e dopo)

S'è più sopra fatto cenno all'interpretazione autentica dell'art. 111 compiuta con l'introduzione dell'art. 11, comma 3 *quater*, D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 – poi abrogato per effetto del D.L. 24 giugno 2014, n. 91 – per cui i crediti sorti in occasione della procedura di concordato preventivo "aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma" L. fall. possono essere qualificati come prededucibili solo "alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma". Dunque, in virtù della norma introdotta e poi abrogata, non solo i crediti sorti in funzione del concordato "con riserva", ma anche quelli sorti in occasione dello stesso godevano della prededuzione nel fallimento consecutivo, esclusivamente se si fosse giunti quantomeno all'apertura della procedura; dunque, il "preconcordato" fosse diventato "concordato". La ragione del trattamento deteriore rispetto al concordato "senza riserva" poteva essere individuata nel tentativo di porre un argine a certi abusi dello strumento disciplinato dall'art. 161, 6° comma, con un rimedio idoneo ad evitare che l'esperimento della procedura "con riserva" si rivelasse uno percorso non solo inutile per il raggiungimento dello scopo di superamento della crisi che dovrebbe essergli proprio, ma anche dannoso in termini di incremento dei crediti verso la massa.

Orbene, la finalità era certamente meritevole, ma, alla luce di quanto esposto nelle pagine che precedono, la protezione della massa concordataria avrebbe potuto finire per estrinsecarsi in un pericoloso incremento di incertezza per i terzi che si ponessero in relazione con il debitore in procedura³⁴. Costoro, se non pagati prima o contestualmente all'esecuzione delle loro prestazioni, era prevedibile che rifiutassero di contrarre con l'imprenditore in crisi, aggravando la stessa e vanificando le possibilità di continuità dell'at-

³¹ Così già in Boggio, *op. ult. cit.*, 868; Id., *Il compenso del liquidatore (e dell'amministratore) della società nel concordato preventivo e nel fallimento consecutivo*, cit., 681 nota 18. Sul tema v. anche Censoni, *Art. 167*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da Jorio, coordinato da Fabiani, II, Bologna, 2007, 2413.

³² Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, cit., 868; Id., *Il compenso del liquidatore (e dell'amministratore) della società nel concordato preventivo e nel fallimento consecutivo*, cit., 682.

³³ Così già in Boggio, *Crediti per la prestazioni di servizi strumentali all'accesso al concordato preventivo: prededuzione ... ma non troppo*, cit., 1426.

³⁴ Oltre tutto, l'incertezza potrebbe derivare non solo da un provvedimento negativo del tribunale che dichiara inammissibile

la proposta concordataria, ma anche da una rinuncia al ricorso - esplicita o implicita (cioè non depositando piano, proposta e documenti nel termine assegnato) - da parte del debitore stesso. Quest'ultimo potrebbe approfittare della fase di preconcordato per acquisire utilità da ripagare in moneta fallimentare con tradimento dell'affidamento ed evidente pregiudizio per il terzo *in bonis*. Dunque, per reprimere un abuso (in danno dei creditori antecedenti la pubblicazione del ricorso), si creano le condizioni perché possano essere realizzati altri (in danno dei creditori successivi alla pubblicazione stessa). Riguardo alla necessità di tutelare i creditori "successivi", v. Trib. Terni, 17 gennaio 2014, cit., 9917; il decreto è commentato in modo parzialmente critico da Leuzzi, *Preconcordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, in www.ilfallimentarista.it.

tività d'impresa³⁵ e, talora, anche la mera conservazione del suo patrimonio³⁶.

Di fatto emergeva un forte disfavore³⁷ per il concordato "con riserva", prima introdotto da legislatore per proteggere l'imprenditore nella fase di predisposizione del piano, sopperendo all'assenza di procedure di allerta sul modello francese, ed poi considerato *ex lege* fino a prova contraria - cioè, ad "apertura" del concordato *ex art. 163* - un mezzo per perder tempo in danno della massa dei creditori.

L'interpretazione autentica così imposta rappresentava senza dubbio una soluzione estrema, che, priva di temperamenti, rischiava nondimeno di mettere fuori gioco il concordato "con riserva" quale mezzo di conservazione dei valori produttivi e patrimoniali nell'interesse della stessa massa dei creditori. Per questo, in chiave critica, ne era stata da subito proposta una lettura assai limitativa³⁸, che si confrontava con l'evidente volontà legislativa senza raggiungere un equilibrio apparente³⁹. In sostanza, è stato messo in luce come la disposizione sopravvenuta avesse sancito l'interpretazione autentica solo di quella parte dell'art. 111 L. fall. che prevede la prededucibilità per i crediti sorti in funzione o in occasione del concordato preventivo con riserva, senza incidere sulla portata precettiva della residua parte della disposizione in ordine alla qualifica di prededucibili per i crediti "così qualificati da una specifica disposizione di legge". E, posto che - ai sensi dell'art. 161, 7° comma - "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111", la prededucibilità per i crediti maturati per effetto dell'esercizio di attività "ordinaria" o "straordinaria ma urgente ed autorizzata" da parte del debitore poteva comunque essere ricondotta - come evidenziato nel paragrafo precedente - anche ad un'espressa qualificazione legislativa in tal senso; perciò, in tal caso, si sarebbe trattato di una prededuzione estranea all'ambito di applicazione della parte di disposizione oggetto di interpretazione autentica "limitativa".

Siffatta ricostruzione del quadro di disciplina finiva per mettere fuori gioco l'intervento interpretativo del legislatore con riferimento ai crediti "sorti in occasione" del concordato "con riserva", se il riferimento a

quest'ultima categoria voleva essere strumentale a precludere un indiscriminato incremento della massa passiva prededucibile fuori da ogni forma di controllo da parte dell'autorità giudiziaria. L'utilità della norma di interpretazione autentica si sarebbe rivelata effettiva solo con riferimento ai crediti "sorti in funzione" del concordato preventivo "con riserva". Infatti, laddove i crediti derivassero da atti qualificabili come "legalmente posti in essere" in occasione del concordato, il dubbio sulla prededucibilità neppure si sarebbe potuto porre, dovendo gli stessi ritenersi neppure opponibili alla massa dei creditori.

In realtà, il legislatore-interprete aveva scelto una formulazione equivoca⁴⁰, poiché, se - da un lato - aveva senza dubbio incluso i crediti maturati in corso di preconcordato con il riferimento testuale a quelli "sorti in occasione della procedura", aveva ommesso - dall'altro - di includere anche quei crediti preconcordati qualificati come prededucibili - in quanto "legalmente posti in essere dopo il ricorso di cui all'articolo 161" - per effetto della "specifica disposizione di legge" contenuta nell'art. 161, 7° comma, subordinandone così la prededucibilità al deposito del decreto d'apertura del concordato. L'equivoco discendeva dall'impossibilità di individuare atti leciti ed opponibili compiuti in corso di preconcordato che non fossero anche qualificabili come "legalmente posti in essere" in quella stessa fase.

Oltre l'equivoco, v'era poi da rilevare che, se la subordinazione della prededucibilità dei crediti sorti nel corso del preconcordato all'apertura della procedura fosse anche effettivamente stata voluta dal legislatore-interprete, l'utilizzo di una norma interpretativa - in vece di una sostitutiva o derogativa - non avrebbe potuto attendere correttamente l'obiettivo divisato. Ciò perché, facendo corretta applicazione della disciplina delle fonti, una disposizione d'interpretazione autentica di una norma "generale" (cioè l'art. 111, 2° comma) non avrebbe potuto incidere sulla portata precettiva di una norma "speciale" (ossia l'art. 161, 7° comma). L'eccezionalità della retroattività delle norme interpretative lo imponeva viepiù.

Gran parte delle considerazioni appena esposte hanno condotto il legislatore di giugno 2014 ad abrogare una norma tanto problematica, raggiungendo - si

³⁵ Galletti, *Su un curioso tentativo di riforma "retroattiva" della disciplina del concordato "in bianco"*, cit.; Vella, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 3.

³⁶ Perché, ad esempio, una società di vigilanza dovrebbe assicurare il servizio di custodia, se il suo futuro credito - forse non prededucibile - avesse la prospettiva di essere ammesso in via solo chirografaria nell'eventuale fallimento consecutivo?

³⁷ Si limita, invece, a definirla una "correzione di rotta" Nardecchia, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, cit., 389.

³⁸ Il riferimento è a Galletti, *Su un curioso tentativo di riforma "retroattiva" della disciplina del concordato "in bianco"*, cit.

³⁹ Forse, l'equilibrio non può essere raggiunto proprio perché

l'intervento compiuto in sede di conversione in legge del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 è ispirato ad una finalità inconciliabilmente confliggente con quella propria del cd. Decreto Sviluppo (ossia il D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134).

⁴⁰ Diversamente, Nardecchia, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, cit., 390, secondo il quale "l'intento del legislatore (...) è chiaramente quello di limitare la prededuzione in caso di negativo esito della domanda con riserva". Tuttavia, si può replicare che quell'intento è palese per le ipotesi di crediti "sorti in funzione o in occasione" della procedura concordataria, ma non per quelli derivanti da atti "legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso", posto che manca - a differenza di quelle altre due ipotesi - un esplicito riferimento a questi ultimi.

crede – peraltro un risultato di chiarimento in senso opposto a quello voluto a febbraio 2014 in sede di conversione del D.L. 145/13 (e, cioè, di riconoscimento della prededuzione per il credito sorti “in occasione” del concordato).

Le considerazioni più sopra esposte in ordine alla definizione dell’ambito di applicazione della norma interpretativa poi abrogata, di primo acchito, avrebbe potuto far pensare ad un’interpretazione già sostanzialmente abrogante della disciplina contenuta nel D.L. in questione relativamente ai crediti sorti in occasione del concordato preventivo “con riserva”⁴¹. In realtà, non era così, perché non tutti i crediti così qualificabili erano anche crediti derivanti da atti “legalmente posti in essere” dopo il ricorso concordatario. Escludendo gli atti di per sé inopponibili⁴², non possono essere qualificabili come “legalmente posti in essere” gli atti illeciti compiuti dal debitore: inquinamenti ambientali, inadempimenti di contratti in corso di esecuzione, violazione di norme fiscali o antifortunistiche, ecc. Insomma, atti forieri di crediti risarcitori, sanzionatori, ecc.

Orbene, mancando una correlazione tra il sorgere di quei crediti e prestazioni funzionali alla prosecuzione dell’attività d’impresa - o, comunque, alla conservazione del patrimonio di questa - non poteva dirsi che l’interpretazione autentica confliggesse con gli scopi perseguiti con l’introduzione della disciplina del concordato. Non poteva, d’altronde, riscontrarsi la lesione di un affidamento in capo a soggetti chiamati a “sostenere” l’impresa con prestazioni ad essa necessarie per procedura circa la possibilità di percepire effettivamente i corrispettivi convenuti.

Quell’interpretazione autentica che subordinava la

prededucibilità ad un concordato “non inutile”, però, evitava un trattamento di favore in confronto a chi avesse maturato crediti per titoli pur analoghi a quelli da ultimo ipotizzati con la sola differenza dell’ anteriorità temporale rispetto alla pubblicazione del ricorso “con riserva” nel registro delle imprese. Un trattamento di favore che avrebbe più senso se la procedura si “apra” e, quindi, lo iato temporale corrispondesse ad un’effettiva cristallizzazione della massa alla data di quella pubblicazione; per converso, non trova un’idonea giustificazione equitativa, se la procedura si risolve in nulla per mancanza di una proposta di soluzione della crisi o di dichiarazione di inammissibilità della soluzione proposta. Sotto questo profilo, la norma abrogata si faceva, quindi, apprezzare.

Va, tuttavia, condiviso il rilievo – contenuto nella relazione alla disposizione abrogativa – che, prima del D.L. 23 dicembre 2013, n. 145 non era emersa la necessità di un intervento legislativo modificativo/interpretativo in ordine alla spettanza della prededuzione nei casi da ultimo indicati. È noto che, affinché l’interpretazione autentica sia legittima, essa va limitata alle ipotesi in cui vi fosse una oggettiva incertezza sulla portata del dettato normativo⁴³ e quell’incertezza per quei crediti obiettivamente difettava⁴⁴. Peraltro, la disposizione di interpretazione autentica generava anche più di qualche dubbio di costituzionalità⁴⁵ per l’incerta individuazione dell’interesse generale di rilievo costituzionale che dovrebbe essere prevalente retroattivamente sugli altri in gioco⁴⁶. Se una disposizione volta al futuro avesse previsto quanto poc’anzi commentato, poco vi sarebbe stato da discutere sul piano della correttezza costituzionale. Così, invece, potrà ben darsi

⁴¹ Tale è, infatti, l’idea di, Nardecchia, *Le correzioni alla disciplina del concordato preventivo*, cit., 391, a detta del quale solo gli atti autorizzati dal giudice - quindi quelli di amministrazione straordinaria nonché i finanziamenti erogati a norma dell’art. 182 *quinquies* - sarebbero senza dubbio prededucibili nel fallimento consecutivo, essendo invece la prededucibilità dei crediti sorti in virtù di quelli di amministrazione ordinaria rimessa alla valutazione discrezionale postuma del giudice delegato in sede di ammissione al passivo in ordine al ricorrere dei necessari requisiti di funzionalità o di occasionalità. La tesi, in contrasto con quanto esposto *supra* nel testo, non è accettabile anche perché, sul presupposto - condiviso dall’A. in questione - che il creditore per titolo successivo al deposito del ricorso concordatario possa essere pagato alla scadenza pattuita nell’ambito del concordato e sfugga all’azione revocatoria per effetto dell’esenzione di cui all’art. 67, 3° comma, lett. e), determina una frattura sistematica tra il trattamento (prededuttivo) riservato al creditore nel concordato e quello (deteriore) che egli stesso patirebbe nel fallimento solo per il fatto che il pagamento del suo credito sia per contratto o per inadempimento ritardato oltre il termine finale del procedimento concordatario; il tutto esponendo creditori di pari rango a condotte anche abusive del debitore.

⁴² Si pensi alla vendita di un ramo aziendale senza l’autorizzazione ex art. 161, 7° comma.

⁴³ Ha chiarito, infatti, la Consulta che la legge interpretativa ha sì “lo scopo di chiarire situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto o

di ristabilire un’interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore, a tutela della certezza del diritto e dell’egualianza dei cittadini, cioè di principi di preminente interesse costituzionale” ma - quanto alla retroattività - incontra limitazioni nella “salvaguardia, oltre che dei principi costituzionali, di altri fondamentali valori di civiltà giuridica, posti a tutela dei destinatari della norma e dello stesso ordinamento, tra i quali vanno ricompresi il rispetto del principio generale di ragionevolezza, che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento; la tutela dell’affidamento legittimamente sorto nei soggetti quale principio connaturato allo Stato di diritto; la coerenza e la certezza dell’ordinamento giuridico; il rispetto delle funzioni costituzionalmente riservate al potere giudiziario” (Corte Cost., 29 maggio 2013, n. 103, in *Giur. It.*, 2014, 25 con nota di Del Prato, *Ragionevolezza, retroattività, sopravvenienza: la legge attraverso le categorie del contratto*; cui *adde* Corte Cost., 11 giugno 2010, n. 209; Corte Cost., 15 luglio 2005, n. 282)

⁴⁴ Così anche Vella, *L’interpretazione autentica dell’art. 111, co. 2, l.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 10.

⁴⁵ Sul punto Vella, *L’interpretazione autentica dell’art. 111, co. 2, l.fall. e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, cit., 12 e segg.

⁴⁶ V. in proposito Corte Cost., 5 aprile 2012, n. 78, in *Nuova Giur. Comm.*, 2012, 1051 con nota di Aiello G.F., *La Consulta boccia la novella legislativa sulla prescrizione della ripetizione degli interessi anatocistici*.

che la questione della costituzionalità sia in futuro sottoposta al giudizio della Consulta⁴⁷ con riferimento a casi di crediti sorti nel periodo di vigenza

della norma interpretativa introdotta nel D.L. 145/13, se non prevarrà l'idea che la norma abrogativa spieghi effetti retroattivi⁴⁸.

■ Fondi comuni di investimento

Tribunale Milano, 3 ottobre 2013 – Sezione Specializzata in Materia di Impresa B – Pres. Rel. Riva Crugnola – IGI Investimenti Due Fondo Comune di Investimento Mobiliare Chiuso (avv.ti Fossati, Corsini, Brambilla) – Mazars SpA (avv.ti Longo, Grosso, Paveri) – Burani (avv.ti Uckmar, De' Capitani di Vimerate) e altri.

Società – Società di capitali – Fondo comune di investimento – Soggetto legittimato a intervenire in giudizio

La società promotrice o di gestione di un fondo comune di investimento è la sola legittimata ad intervenire in giudizio per l'accertamento dei diritti di pertinenza del patrimonio in cui il fondo stesso si sostanzia, non essendo riconosciuta a quest'ultimo autonoma soggettività giuridica.

Società – Società di capitali – Danno da investimento disinformato – Soci della società veicolo e legittimazione ad agire

I soci di una società veicolo che, attraverso di essa, partecipino al lancio di un'OPA su azioni di una società target essendovi stati indotti da rappresentazioni di bilanci poi rivelatesi false, non sono legittimati ad esperire azioni individuali per danno da investimento disinformato contro gli amministratori, i sindaci e la società di revisione della società target, dal momento che il danno dagli stessi subito, consistente nella diminuzione del patrimonio della società veicolo cui partecipano, è per sua natura "indiretto" o "riflesso" e, quindi, ristorable solo una volta che la società veicolo direttamente danneggiata abbia a sua volta ottenuto il risarcimento, con conseguente reintegrazione del proprio patrimonio e riequilibrio del valore della partecipazione dei soci. La natura di "mero veicolo" della società partecipata, infatti, non vale di per sé ad escludere la sua propria soggettività giuridica quale soggettività distinta da quella dei suoi stessi soci.

Omissis. – Il Fondo attore, in citazione agendo tramite la

dichiarata rappresentante Iniziativa Gestione Investimenti Sgr Spa quale suo gestore, ha svolto azione risarcitoria per essere stato indotto, sulla base della falsa rappresentazione patrimoniale, economica, contabile e finanziaria di Mb Fashion Group Spa (d'ora in avanti anche solo MBFG) emergente dal bilancio d'esercizio e consolidato al 31 dicembre 2007 e dagli altri documenti contabili relativi al primo semestre 2008, nonché della perizia predisposta dal dr. F.F., tramite il veicolo Mb Family Holding Spa (d'ora in avanti anche solo MBFH), al lancio dell'OPA su azioni di Mb Fashion Group Spa al prezzo di euro 17,50 per azione, prezzo a dire dell'attore "palesamente e dolosamente gonfiato", considerato lo stato di dissesto di MBFG già verificatosi alla data di lancio dell'OPA nell'agosto 2008. – *Omissis.*

Il Fondo attore al riguardo ha esposto quindi che: nel 2008 la situazione di MBFG è stata rappresentata come solida e promettente, sia dal bilancio d'esercizio e consolidato al 31.12.2007 approvato il 29.4.2008, sia dalla relazione trimestrale al 31.3.2008 approvata dal cda, sia dai report di analisti finanziari redatti nel periodo maggio/settembre 2008 sulla scorta di informazioni fornite dal cda; tale promettente contesto patrimoniale e finanziario di MBFG è stato esaltato nei contatti intercorsi, a partire dal luglio 2008, tra i Burani ed il Fondo attore (nonché i fondi JH Investment Partners e ABS Alternative Fund pure coinvolti nelle trattative), contatti relativi alla partecipazione dei fondi ad un'offerta pubblica di acquisto del 15% del capitale di MBFG al prezzo unitario per azione di euro 17,50, operazione da realizzarsi attraverso la società veicolo MBFH, fino ad allora del tutto vuota e totalmente partecipata dai Burani, la quale avrebbe dovuto essere capitalizzata onde dotare la società delle risorse necessarie al pagamento del prezzo delle azioni oggetto dell'OPA e, quindi, lanciare l'OPA; nello stesso periodo di inizio delle trattative con i fondi, sulla stampa specializzata sono trapelate notizie sul possibile lancio dell'OPA e MBFG ha divulgato comunicati relativi a rettifiche al bilancio consolidato 2007, a dire dell'attore anch'esse fuorvianti in quanto destinate a ingenerare una impressione di massima trasparenza attraverso la evidenziazione di rettifiche al consolidato presentate come non incidenti sui risultati in particolare del bilancio di MBFG; in tale contesto, "sviato dai dati patrimoniali e finanziari" pubblici, il Fondo attore (insieme agli altri fondi già citati) ha deciso di prendere parte all'OPA su MBFG in

⁴⁷ Dubbi di costituzionalità sono sollevati anche da Galletti, *Su un curioso tentativo di riforma "retroattiva" della disciplina del concordato "in bianco"*, cit.

⁴⁸ La norma abrogativa è entrata in vigore il 25 giugno 2014, giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del D.L. 91/14, ma non prevede espressamente un'applicazione retroattiva. Tuttavia, la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo il quale alla norma abrogatrice di una disposizione di carattere interpretativo dovrebbe essere riconosciuta la medesima natura con conseguente retroattività anche dell'ef-

fetto abrogativo (così, recentemente, Cass., 19 aprile 2013, n. 9561).

Diversamente, la norma d'interpretazione autentica avrebbe continuato a spiegare effetti per il periodo anteriore al 24 giugno 2014. Trattandosi, quella in materia di prededuzione, di una norma "sostanziale" – e non "processuale" – avrebbe potuto avere ulteriore applicazione con riferimento ai crediti sorti fino all'esaurirsi del periodo di sua vigenza, salva però la possibilità di una dichiarazione di incostituzionalità – almeno per la sua retroattività – in virtù di quanto esposto nel testo e nelle note che precedono.

qualità di investitore e (futuro) socio della stessa tramite MBFH [*Omissis.*]. Ha quindi sostenuto che il precipitare in un solo anno (dall'agosto 2008 all'agosto 2009) della situazione patrimoniale di MBFG e del valore del relativo titolo azionario, o in assenza di eventi straordinari nel periodo successivo al proprio investimento, va ricondotto necessariamente ad una situazione di crisi di MBFG risalente nel tempo e certamente anteriore all'agosto 2008, situazione dunque del tutto diversa da quella falsamente descritta dal bilancio al 31.12.2007, come del resto verificato dall'analisi di tale bilancio commissionata dal Fondo attore al dr. G.D.M., analisi comportanti rettifiche determinanti un risultato di bilancio di MBFG negativo per euro 25.830.000,00; che la responsabilità dei convenuti deriva, rispettivamente in ragione dei diversi ruoli ricoperti, ex artt. 2395 cc, 2407 cc, 164 TUF, 154 bis TUF e/o, per tutti, ex art.2043 cc: dalla dimostrata falsità del bilancio di MBFG al 31.12.2007, che i convenuti sopra elencati da 1 a 11 erano -in ragione dei rispettivi ruoli societari- tenuti a redigere e verificare secondo i criteri legali ai sensi degli articoli 2932 cc (per gli amministratori), 2403 cc (per i sindaci), 155, primo comma TUF (per la società di revisione contabile), 154bis TUF (per il dirigente G.) nonché, per il F., in particolare dalla redazione della perizia di stima del valore unitario del titolo MBFG utilizzando il metodo dell'andamento delle quotazioni di borsa e accantonando altri metodi che gli avrebbero imposto verifiche dei dati reddituali e patrimoniali; che il danno subito da esso FONDO è pari all'importo di euro 4.998.409,20 (oltre interessi e rivalutazione), corrispondente alle somme versate a MBFH "andate irrimediabilmente perdute". - *Omissis.*

I convenuti si sono tutti costituiti contestando le prospettazioni sia del Fondo attore (nelle comparse di risposta) sia delle società intervenute [*Omissis.*]. In particolare, tra le difese dei convenuti e della terza chiamata [*Omissis.*] vanno qui segnalate quelle attinenti alla non configurabilità di danno diretto ex art.2395 cc in capo all'attore ed alle intervenute, la condotta degli amministratori di MBFG non risultando idonea a produrre un danno diretto in capo ai soci di MBFH, quali l'attore, le prime tre intervenute, poi, nemmeno risultando essere divenute socie di MBFH e l'ultima intervenuta risultandone socia senza aver effettuato alcun esborso [*Omissis.*]. Taluni convenuti hanno svolto eccezioni preliminari relative all'azione svolta dal Fondo attore quale autonomo soggetto rappresentato in giudizio dalla SGR, richiamando l'orientamento di cui a Cass. n.16605/2010 quanto alla carenza, in capo ai fondi comuni d'investimento, di un'autonoma soggettività giuridica, con conseguente legittimazione della sola società promotrice o di gestione, in proprio e non quale rappresentante del Fondo, a far accertare i diritti di pertinenza del patrimonio separato in cui il fondo si sostanzia, patrimonio la cui titolarità formale va riferita appunto alla SGR.

Omissis. - A seguito della regolarizzazione della procura alle liti documentata da parte attrice con il deposito del 12.7.2012, va ritenuta risolta ogni questione attinente al soggetto attore, dovendosi qui confermare la interpretazione di cui all'ordinanza collegiale del 21.6.2012 per la quale in sostanza la domanda di parte attrice deve essere qualificata -alla luce del condivisibile e già sopra citato orientamento di cui a Cass. n.16605/2010- come azione direttamente pertinente alla SGR oggi correttamente rappresentata in giudizio, ogni diversa lettura dell'atto di citazione risolvendosi in un formalismo che non tiene conto del

complessivo tenore di tale atto, volto comunque a reintegrare il patrimonio separato riferibile al Fondo tramite una iniziativa della SGR.

Quanto al merito della domanda risarcitoria, va poi considerato che nel presente giudizio, in sostanza, la parte attrice e le intervenute affermano di essere state danneggiate dalla condotta decettiva dei convenuti -ricoprenti incarichi gestori, di controllo, di revisione e contabili relativi a MBFG - consistita nella redazione di documenti contabili e di informazioni al pubblico non corrispondenti alla reale situazione della società, condotta che ha quindi indotto le parti attrici a dotare MBFH di provvista per partecipare all'OPA su azioni di MBFG ad un prezzo "gonfiato", con successiva perdita dell'investimento, nel patrimonio di MBFH, poi fallita, rinvenendosi solo rilevanti debiti verso la finanziatrice CENTROBANCA e, quale unico attivo, titoli azionari di MBFG conferiti in pegno a Centrobanca e di valore senz'altro inferiore ai crediti di Centrobanca. La parte attrice e le intervenute hanno quindi illustrato, in particolare nelle difese conclusionali, che la fattispecie coincide con quelle già oggetto di precedenti giurisprudenziali, i quali hanno riconosciuto la risarcibilità del c.d. danno da investimento disinformato che venga fatto valere dall'acquirente di partecipazioni sociali nei confronti degli amministratori e dei sindaci della società le cui partecipazioni sono state oggetto dell'acquisto, quali responsabili della redazione di documenti contabili inattendibili e come tali influenzanti in senso decettivo (quanto al valore delle partecipazioni) la decisione appunto di acquistare la partecipazione, poi risultata di entità non corrispondente alle risultanze contabili con conseguente danno pari al prezzo sborsato per una partecipazione di minore (o di nessun) valore. A tale illustrazione è stato peraltro contrapposto dalla difesa di vari convenuti che nel caso di specie il c.d. danno da investimento disinformato si sarebbe prodotto (non direttamente in capo alla parte attrice e alle intervenute ma) in capo a MBFH, società la quale sola ha partecipato all'OPA su MBFG utilizzando (tra l'altro) la provvista fornita dai propri soci, il danno subito dai quali, dunque, sarebbe di per sé un danno "riflesso" di quello subito dal patrimonio di MBFH e come tale non risarcibile secondo la disciplina di cui all'art. 2395 cc, legittimante i soci e i terzi (quali nel caso di specie la parte attrice e le intervenute rispetto agli amministratori ed ai sindaci di MBFG) ad azioni risarcitorie individuali nei confronti degli amministratori solo in riferimento a pregiudizi subiti "direttamente" in dipendenza degli "atti colposi o dolosi degli amministratori". Tale prospettiva dei convenuti risulta condivisibile, ad avviso del Tribunale, apparendo corrispondente alla concatenazione societaria configurabile nelle vicende in discussione, nelle quali, in sostanza, l'investimento -a dire della parte attrice e delle intervenute deciso sulla scorta di dati contabili del tutto inattendibili confezionati con il contributo causale dei convenuti quali amministratori, sindaci e revisore della società oggetto dell'OPA- è stato realizzato non direttamente dalla parte attrice e dalle intervenute ma da MB Family Holding Spa, società in favore della quale la parte attrice e le intervenute, come socie, hanno eseguito i versamenti necessari. Né, ad avviso del Tribunale, tale dato di fatto può essere superato, come pretendono la parte attrice e le intervenute, dalla natura di "mero veicolo" di MBFH, natura che, se pur può corrispondere alle linee dell'Accordo Quadro sotteso all'intera operazione, non vale di per sé ad escludere la soggettività giuridica di MBFH quale soggettività distinta da quella dei propri soci.

Soggettività giuridica la quale comporta appunto: che il

preteso danno, o in sostanza consistente in un acquisto di partecipazioni in MBFG ad un prezzo inadeguato nella errata convinzione di un loro valore corrispondente alla decettiva rappresentazione contabile della situazione patrimoniale di MBFG, si è verificato in capo alla diretta acquirente (MBFH) in termini di utilizzo del proprio patrimonio per un acquisto privo del valore (in tesi falsamente) rappresentato dalla documentazione ufficiale, e che solo tale diretta acquirente sia dunque legittimata a chiederne il risarcimento, mentre i soci della diretta acquirente (la parte attrice e le intervenute) vengono in definitiva a subire un danno per sua natura “indiretto” o “riflesso”, consistente nella diminuzione del patrimonio della società cui partecipano, danno questo in realtà ristorabile in via indiretta, una volta che la società direttamente danneggiata abbia a sua volta ottenuto il risarcimento, così riequilibrando il proprio patrimonio e quindi anche i suoi soci vedendo riequilibrare il valore delle loro partecipazioni, e ciò secondo una condivisibile lettura della disciplina ex art.2395 cc, rappresentante una specificazione e non una eccezione della disciplina generale ex art.2043 cc in quanto volta ad evitare duplicazioni risarcitorie relative al medesimo illecito, come ben precisato da ultimo dalle sezioni unite della Cassazione nella pronuncia n. 27346 del 2009 citata dai convenuti, secondo la cui motivazione: “Infine, se si ammettesse che i soci di una società di capitali possano agire per ottenere il risarcimento dei danni procurati da terzi alla società, in quanto incidenti sui diritti derivantigli dalla partecipazione sociale, non potendosi negare lo stesso diritto alla società, si finirebbe con il configurare un duplice risarcimento per lo stesso danno” [Questo il principio di diritto enunciato nella sentenza: “Qualora una società di capitali subisca, per effetto dell’illecito commesso da un terzo, un danno, ancorché esso possa incidere negativamente sui diritti attribuiti al socio dalla partecipazione sociale, nonché sulla consistenza di questa, il diritto al risarcimento compete solo alla società e non anche a ciascuno dei soci, in quanto l’illecito colpisce direttamente la società e il suo patrimonio, obbligando il responsabile al relativo risarcimento, mentre l’incidenza negativa sui diritti del socio, nascenti dalla partecipazione sociale, costituisce soltanto un effetto indiretto di detto pregiudizio e non conseguenza immediata e diretta dell’illecito.” La massima ufficiale precisa poi che “Nella specie, le S.U., nell’enunciare l’anzidetto principio, hanno confermato la sentenza di merito che aveva respinto la domanda con cui una società per azioni, socia di una compagnia di assicurazioni s.p.a., aveva dedotto la responsabilità della società di revisione, incaricata della certificazione del bilancio della società partecipata, per il danno patito

dalla quota di partecipazione, a seguito delle condotte illecite ascritte alla società di revisione.”].

La duplicazione risarcitoria che discenderebbe dalla legittimazione (anche) dei soci di MBFH ad azione di responsabilità nei confronti degli attuali convenuti non è dunque (come invece sostenuto dalla difesa della parte attrice e delle intervenute) un “dato di mero fatto” ovvero un inconveniente irrilevante, ma una riconferma delle linee generali del sistema, nel quale la distinzione tra patrimonio della società e patrimonio dei soci comporta, “sul versante della titolarità dei diritti, che la società è l’unica titolare dei diritti, reali come di credito, ad essa spettanti, nascono questi ultimi da contratto o da altra fonte prevista dall’art. 1173 cod. civ., ivi compresi i fatti illeciti, di qualunque genere e comportanti qualsiasi tipo di danno, compiuti nei suoi confronti. Con la conseguente esclusiva legittimazione della società all’azione diretta al conseguimento del risarcimento nei confronti del terzo che con la propria condotta illecita abbia prodotto effetti negativi sullo svolgimento dell’attività dell’ente e sul suo patrimonio. Una siffatta lesione tenderà a ripercuotersi, in qualche misura, sugli interessi economici del socio, derivanti dalla sua partecipazione sociale, anche come possibile diminuzione del valore della sua quota e compromissione della redditività. Ma tale effetto costituisce un mero riflesso del danno subito dalla società, non configurandosi come conseguenza diretta ed immediata dell’illecito, bensì come conseguenza di fatto, non rilevante sul piano giuridico. Il risarcimento ottenuto dalla società, infatti, elimina automaticamente ogni danno per il socio. Il che pone in evidenza che questo non è direttamente danneggiato dall’illecito subito dalla società, mentre può esserlo dal comportamento degli organi di questa, ove non si attivino per ottenere il risarcimento ad essa dovuto” (così, ancora, la motivazione della citata Cass. n. 27346/2009). – *Omissis*.

I rilievi fin qui svolti in tema di non configurabilità di danno risarcibile in capo alla parte attrice e alle intervenute risultano quindi assorbenti rispetto ad ogni altra questione discussa (anche in via istruttoria) tra le parti e impongono il rigetto di tutte le domande risarcitorie svolte dalla parte attrice e dalle intervenute nei confronti di tutti i convenuti, in particolare tali rilievi, come si è detto, essendo fondati sulla distinzione tra patrimonio sociale e patrimonio dei soci e prescindendo quindi dal titolo della pretesa risarcitoria, permanendo validi, come specificato dalla citata sentenza delle sezioni unite, sia in quanto la pretesa risarcitoria sia ricondotta alla disciplina generale ex art.2043 cc sia in quanto tale pretesa sia inquadrata nell’ambito delle discipline specifiche ex artt. 2395 cc, 2407 cc, 164 TUF, 154 *bis* TUF. – *Omissis*.

Precisazioni in tema di responsabilità ex art. 2395 c.c. e di personalità giuridica

Maria Clara Rosso

In linea con la recente e consolidata dottrina e giurisprudenza, il Tribunale di Milano nega sia il riconoscimento della soggettività giuridica ad un fondo comune di investimento, sia la legittimazione ad esperire azione individuale di responsabilità ai soci di una società veicolo, in quanto solo indirettamente lesi per un danno subito *in primis* dalla società cui partecipano.

Premessa

La pronuncia del Tribunale di Milano esamina il complesso e sempre attuale tema della soggettività

giuridica e le conseguenze che il riconoscimento della stessa comporta: in via preliminare, essa viene negata ai fondi comuni di investimento, con la conseguente legittimazione ad agire in giudizio della sola società di

gestione, mentre, nel merito della controversia, i giudici milanesi ne affermano non solo l'esistenza, ma addirittura la sua insuperabilità in capo ad una società nonostante la natura di "mero veicolo" della stessa, precludendo conseguentemente ai soci di quest'ultima ogni possibilità di autonoma iniziativa giudiziaria per il risarcimento di danni inferti al patrimonio sociale da illeciti di terzi.

SGR e Fondi comuni di investimento

Quanto all'eccezione preliminare sollevata da alcuni convenuti circa la legittimazione del fondo attore ad intervenire in giudizio il Tribunale di Milano, uniformandosi alla dottrina e giurisprudenza maggioritarie¹, l'ha negata al fondo, sulla base del principio per cui ai fondi comuni di investimento non può esser riconosciuta tale autonoma soggettività giuridica. Sul tema, la Corte di Cassazione si è in realtà espressa per la prima volta solo molto recentemente, con la nota sentenza 15 luglio 2010 n. 16605², citata dai convenuti e riportata in motivazione: con detta pronuncia, i giudici di legittimità statuirono che i fondi di investimento non godono di autonoma soggettività giuridica, poiché privi di una struttura organizzativa minima, di rilevanza anche esterna: con una così chiara ed inequivocabile presa di posizione della giurisprudenza di legittimità, gli orientamenti che hanno esplorato strade alternative, già peraltro minoritari, dovrebbero quindi ormai considerarsi superati³. A conferma di tale orientamento, si noti, proprio pochi mesi prima della sentenza del Tribunale milanese qui in esame, la Suprema Corte, con sentenza 20 maggio 2013, n. 12187⁴, ha nuovamente negato il riconoscimento della soggettività giuridica ad un fondo comune in occasione di un regolamento necessario di competenza in cui era coinvolta la relativa società di gestione (anche se per inciso va rilevato che, nel caso in esame, la mancanza di legittimazione del fondo comune ad agi-

re non ha comportato l'improcedibilità dell'azione, essendo intervenuta la regolarizzazione della procura alle liti della società di gestione del fondo attore ai sensi dell'art. 182 c.p.c., affinché la stessa agisse in proprio e non quale rappresentante del fondo di investimento)⁵.

Azione individuale di responsabilità ex art. 2395 c.c.

Per ciò che concerne la legittimazione dei soci della società veicolo ad esperire azione individuale di responsabilità ex art. 2395 c.c., è opportuno in primo luogo distinguere i due nodi concettuali affrontati dalla sentenza che, seppur intrinsecamente connessi, meritano un esame separato, al fine di poter meglio dipanare il filo concettuale che li lega e individuare la logica argomentativa seguita dal Tribunale milanese. Da un lato, infatti, si colloca la configurabilità del danno da investimento disinformato quale danno risarcibile ex art. 2395 c.c. mentre, dall'altro, va posta la legittimazione ad agire per il suo ristoro da parte del fondo comune – o meglio, della SGR che lo gestisce –, alla luce del fatto che il lancio dell'OPA è stato concretamente effettuato non dal detto fondo comune, ma bensì dalla società veicolo (MBFH) dallo stesso finanziata. Per evitare quindi confusioni, a cui una lettura veloce e superficiale della sentenza potrebbe facilmente portare, si cercherà quindi di fornire prima un quadro dei peculiari aspetti interpretativi dell'azione individuale di responsabilità ex art. 2395 c.c.⁶, per passare poi all'analisi della soggettività giuridica delle società veicolo.

Questioni interpretative concernenti l'art. 2395 c.c.

L'art. 2395 c.c. è stato – ed è in parte tuttora – protagonista di accesi dibattiti cui solo recentemente dottrina e giurisprudenza sembrano giunte a soluzioni condivise, grazie ad un lento ma costruttivo percorso interpretativo – ed applicativo – dell'articolo, rimasto

¹ Tra gli altri, Gentile, *Il contratto di investimento in fondi comuni e la tutela del partecipante*, Padova, 1991, 116 e segg.; Costi-Enriques, *Il mercato mobiliare*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, Padova, 2004, VIII, 437 e segg.; Campobasso, *Diritto commerciale. 3. Contratti. Titoli di credito. Procedure concorsuali*, Torino, 2008, 185.

² Cass., Sez. I, 15 luglio 2010, n. 16605, in *Riv. Notar.*, 2011, 421; Id., in *Società*, 2011, 46; Id., in *Foro It.*, 2011, 1853. Si vedano anche Ghigi, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. Comm.*, 2011, V, 1143; Gentiloni Silveri, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento*, in *Banca Borsa*, 2011, IV, 432; Ferro-Luzzi, *Un problema di metodo: la "natura giuridica" dei fondi comuni di investimento (a proposito di Cass. 15 luglio 2010, n. 16605)*, in *Riv. Soc.*, 2012, IV, 751 e segg.; Paolini, *Fondi comuni immobiliari, SGR e trascrizione*, in *Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 90-2012/I*; Id., in *Studi e materiali. Quaderni trimestrali. CNN*, 2013, I, 137 e segg.

³ Per l'orientamento secondo cui il fondo sarebbe un autonomo centro di interesse con una sua propria soggettività, cfr. Cons. di Stato, Parere n. 108/1999 e Pino, *Il patrimonio separato*, 1960, 4, 86; Baralis, *Fondi immobiliari e SGR: problemi di pubblicità immobiliare*, in *Riv. Notar.*, VI, 2012, 1249 e segg.; per la teoria del

fondo come insieme di beni in comproprietà tra i partecipanti cfr. Libonati, *Holding e investment trust*, Milano, 1959, 541 e segg. e Foschini, *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, 86 e segg. Per ulteriori linee interpretative cfr. ancora Costi, in *La struttura dei fondi comuni d'investimento nell'ordinamento giuridico italiano e nello schema di riforma delle società commerciali*, in *Riv. Soc.*, 1968, 299 e segg.; Colombo, *L'introduzione dell'investment trust in Italia*, in *Aa.Vv., L'investment trust nelle esperienze e nei progetti europei*, Padova, 1967, 286 e segg.; Ferri jr., *Patrimonio e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni d'investimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, 41 e segg.

⁴ Cass., Sez. VI, 20 maggio 2013, n. 12187, in *Società*, 2013, VII, 880.

⁵ Per ulteriori spunti di riflessione, cfr. Ascarelli, *Investment trust*, in *Banca Borsa*, 1951, I, 178; Cottino, *Diritto commerciale*, 2, I, Padova, 1992, 153; Ferri, *Patrimoni e gestione. Spunti per la ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1992, I, 25 e segg.; nonché Spada, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, I, 837.

⁶ E per esso, in via analogica, l'art. 2407 c.c. sui sindaci, l'art. 164 TUF e 154 bis TUF e, per tutti, l'art. 2043 c.c.

peraltro immutato nella sua formulazione anche dopo la riforma del diritto societario⁷: sulla questione della natura della responsabilità, il Tribunale milanese si conforma all'opinione ormai largamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza⁸ che attribuisce a tale responsabilità natura extracontrattuale, definendo in motivazione la disciplina *ex art.* 2395 c.c. “una specificazione e non una eccezione della disciplina generale *ex art.* 2043 cc”. Per ciò che concerne invece l'esperibilità dell'azione per i danni arrecati dagli amministratori al di fuori dell'esercizio del proprio ufficio⁹, sebbene la questione nel caso qui in esame non rilevi, poiché l'illecito era riconducibile ad un'attività gestoria e, quindi, unanimemente ascrivibile all'azione *ex art.* 2395 c.c., è interessante notare come il Tribunale milanese prenda in realtà posizione sul punto, affermando, come poco sopra riportato, che essendo l'azione *ex art.* 2395 c.c. da considerarsi una semplice applicazione dell'ipotesi disciplinata all'art. 2043 c.c., l'esercizio dell'azione gestoria, considerabile quale mero fatto, non assurgerebbe a presupposto giuridico dell'azione stessa e, quindi, vista l'identità dei presupposti delle azioni, non avrebbe rilevanza agire ai sensi degli artt. 2395 c.c. o 2043 c.c.¹⁰.

Passando, quindi, alla determinazione dei confini entro i quali i soci ed i terzi possono dirsi “direttamente danneggiati”, è unanimemente riconosciuto che, per soddisfare tale requisito, la lesione lamentata debba colpire il patrimonio del socio o del terzo, indipendentemente dal patrimonio della società¹¹. Fermo questo chiaro e condiviso criterio interpretativo, i

veri problemi sorgono nel momento in cui lo stesso viene applicato al caso concreto, data la difficoltà di accertare se il pregiudizio danneggi “direttamente”, appunto, il patrimonio dei soci – o dei terzi – o se, piuttosto, vada a ledere *in primis* il patrimonio della società e solo di riflesso quello di questi ultimi (con conseguente sola esperibilità le azioni *ex artt.* 2393, 2393 *bis* et 2394 c.c.)¹².

Orbene, tra l'esiguo numero di pronunce in cui è stata riconosciuta la risarcibilità *ex art.* 2395 c.c.¹³, una delle ipotesi più ricorrenti è proprio quella del danno da investimento disinformato¹⁴, quale quello qui in esame. Molti autori, si noti, riportano proprio questa tipologia di danno come esempio tipico di lesione diretta del patrimonio dei soci o dei terzi che decidano di investire, disinvestire o di esimersi dal farlo, proprio sulla base di documenti falsamente predisposti¹⁵. In merito, la sentenza del Tribunale di Milano del 1999¹⁶, citata dalla parte attrice a sostegno del proprio diritto ad agire, precisava, infatti, come il danno subito dalla ricorrente si qualificasse come “diretto” poiché “consistito nella lesione del diritto soggettivo di essere informata sull'oggetto del proprio investimento e dunque ad autodeterminarsi nella sua attività negoziale”, specificando, in merito al *quantum*, che il pregiudizio fosse da considerarsi pari al valore dell'investimento che la stessa avrebbe evitato se correttamente informata¹⁷. Alla luce di tali considerazioni, risulta dunque chiaro come tale danno si differenzi dalla mera lesione derivante da un generico depauperamento del patrimonio sociale piuttosto che dalla

⁷ La riforma operata con il D.Lgs. n. 6/2003 non ha modificato il primo comma, mentre ne ha introdotto un secondo, riducendo a cinque anni il termine di prescrizione.

⁸ Cass., Sez. I, 1° aprile 1994, n. 3216, in *Foro it.*, 1995, I, 1302; Id., Sez. II, 13 maggio 1988, n. 4817, in *Giust. Civ. Mass.*, 8/9; Id., Sez. I, 3 aprile 2007 n. 8359, in *Giur. It.*, 2007, 2761; Id., Sez. I, 5 agosto 2008, n. 21130, in *Giur. It.*, 2009, IV, 875 e *Giur. Comm.*, 2010, II, 243; Id., Sez. I, 22 marzo 2010 n. 6870, in *Giur. It.*, 2010, 1845; Id., Sez. I, 23 giugno 2010, n. 15220, in *Giur. Comm.*, 2012, II, 269. Cfr. anche Trib. Roma, 27 agosto 2004, in *Società*, 2005, 883. Per la dottrina, senza pretese di esaustività, Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, 1956, 363 e segg.; De Nicola, *Commento all'art. 2395*, in *Comm. riforma. Società*, a cura di Marchetti-Bianchi-Ghezzi-Notari, Milano, 2005, 657 e segg.; Pinto, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto agli azionisti*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum G.F. Campobasso, a cura di Abbadessa e Portale, Torino, 2006, 893 segg.; Ruperto, *Commento all'art. 2395*, in *La giurisprudenza del codice civile. Coordinata con la dottrina. Del Lavoro (artt. 2247-2461)*, a cura di Delli Priscioli e Rorforf, Milano, 2012, 667 e segg. *Contra* Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1985, 303; Frè, *Società per azioni*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1997, 530 e segg.; Adiutori, *Funzione amministrativa e azione individuale di responsabilità*, Milano, 2000, 57 e segg.; ancora Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, 213 e segg. Particolare, infine, Borgioli, *I direttori generali di società per azioni*, Milano, 1974, 350 e segg.; Id., *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 703, secondo il quale la determinazione di natura contrattuale o extracontrattuale andrebbe operata caso per caso.

⁹ A favore della limitazione agli atti compiuti nell'esercizio della

funzione gestoria cfr. App. Milano, 23 giugno 2004, in *Giur. Comm.*, 2006, II, 1049. *Contra*, Cass., Sez. II, 21 maggio 1991, n. 5723; Id., Sez. I, 28 febbraio 1998, n. 2251.

¹⁰ Cfr. Cass., Sez. I, 3 aprile 2007, n. 8359, in *Giur. It.*, 2007, 2761.

¹¹ Tra gli altri, Bonelli, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a.*, Milano, 1992, 198 e segg.; Conforti, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, Milano, 2003, 850; Zamperetti, *Il nuovo diritto societario*, in *Commentario* a cura di Cottino, Cagnasso, Bonfante e Montalenti, Bologna, 2004, 829.

¹² Bonelli, *Amministratori*, in *Tratt. SPA*, a cura di Colombo, Portale, Torino, IV, 1991, 446; cfr. anche Borgioli, *La responsabilità degli amministratori per danno diretto ex art. 2395 c.c.*, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 699 e segg.

¹³ Ancora Bonelli, *Amministratori*, cit., 446.

¹⁴ Cass. Roma, 21 maggio 1912, in *Foro It.*, 1912, I, 1059; Cass., 28 marzo 1960, n. 669, in *Giust. Civ.*, 1960, I, 887; Cass., 2 giugno 1989, n. 2685, in *Giur. It.*, 1989, 1686; Cass., 12 giugno 2007, n. 13766, in *Giur. It.*, 2007, 2766 e segg.; App. Milano, 8 luglio 1997, in *Giur. Comm.*, 1998, II, 532; Trib. Milano, 22 luglio 2010, in *Giur. It.*, 2010, 1079.

¹⁵ Si veda Ruperto, *Commento all'art. 2395*, cit., 671; De Nicola, *Commento all'art. 2395*, cit., 658; Minervini, *op. cit.*, 329 e Ferrarini, *La responsabilità da prospetto*, in *Quaderni di Giur. Comm. n. 79*, 1986. Per gli illeciti dei revisori legali, in particolare, cfr. Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato: il caso dei revisori legali dei conti*, 2005, 338.

¹⁶ Trib. Milano, 21 ottobre 1999, in *Giur. It.*, 2000, 554 e segg.

¹⁷ Cfr. Buta, *La responsabilità nella revisione obbligatoria delle s.p.a.*, Torino, 2005, 281 e segg.; Barcellona, *Responsabilità da informazione al mercato*, cit., 294, 317 e segg.

mancata distribuzione degli utili¹⁸, ipotesi in cui, invece, il socio subisce un danno pacificamente riconosciuto come “riflesso”¹⁹.

La pronuncia qui in commento, pur negando il risarcimento alla parte attrice, non si pone tuttavia in contrasto con la sopracitata sentenza: a ben vedere, infatti, mentre con la sentenza del Tribunale di Milano del 1999 la società che aveva acquistato azioni sulla base di informazioni fuorvianti e che, quindi, poteva qualificarsi quale “terza direttamente danneggiata”, otteneva ristoro del danno subito *ex art. 2395 c.c.*, nella controversia qui in esame, il fondo comune, essendo solo socio della società indotta slealmente all’OPA, è solo “socio di un terzo direttamente danneggiato” e, proprio per tal motivo, non legittimato, ad avviso dei giudici milanesi, ad agire *ex art. 2395 c.c.* Ad opposta soluzione si sarebbe giunti se il fondo stesso avesse investito direttamente sulle azioni di MBFG, ma dal momento che ad effettuare l’investimento è stata la società veicolo MBFH, la legittimazione ad agire rimane a tutti gli effetti configurabile solo in capo a quest’ultima.

Personalità giuridica delle società veicolo

Proprio a tal proposito si inserisce, dunque, il tema della personalità giuridica delle società come ostacolo alle iniziative giudiziarie dei soci, argomentato dal Tribunale di Milano con ampi riferimenti alla sentenza delle Sez. un. n. 27246/2009²⁰. Con tale pronuncia, i giudici di legittimità hanno inteso confermare l’esiguo ambito di operatività dell’art. 2395 c.c. ed evitare che l’ampliamento da essa stessa operato rispetto agli illeciti dei terzi e le novità introdotte dal legislatore della riforma con il nuovo art. 2497 c.c.²¹, portassero a propendere per una più rilassata interpretazione anche dell’avverbio “direttamente”: ribadendo, quindi, la necessità di una lettura restrittiva dell’art. 2395 c.c., le Sezioni Unite si sono concentrate in particolare sul principio per cui dalla personalità giuridica riconosciuta in capo ad una società deriva non solo una perfetta autonomia patrimoniale ma anche – e conseguentemente – la sua esclusiva legittimazione ad ottenere ristoro dei danni inferti al patrimonio sociale dagli illeciti dei terzi. Nella controversia esaminata dalla Suprema Corte, è tuttavia bene notare, non vie-

ne lamentato un danno da investimento disinformato per l’illecito del revisore dei conti, quanto una mera diminuzione del valore della partecipazione sociale: in una nota a commento di tale pronuncia delle Sezioni Unite, si precisa come sarebbe doveroso pervenire all’opposta soluzione nel caso in cui un “giudizio erroneamente positivo del revisore (...) crea(ss) un falso affidamento ovvero interferis(s) sull’attività negoziale del terzo, inducendolo a concludere un contratto che altrimenti non avrebbe stipulato”²², circostanza, questa, che legittimerebbe il socio indotto all’investimento ad esperire azione individuale di responsabilità. Nonostante, quindi, la fattispecie in esame fosse parzialmente differente, i giudici milanesi si sono fatti scudo di tale sentenza delle Sezioni unite per negare il risarcimento al fondo attore, focalizzandosi sul rapporto tra società formalmente vittima dell’illecito ed il fondo comune socio della stessa, senza tuttavia dare particolare peso né alla tipologia di illecito in questione, né alla natura di società veicolo di MBFH, ed applicando, quindi, senza esitazioni il principio per cui per illeciti subiti dalla società, solo quest’ultima può agire per chiederne risarcimento. Sui detti elementi di peculiarità del caso di specie, tuttavia, è opportuno aprire una breve riflessione.

Quanto alla natura dell’illecito, quello oggetto della pronuncia della Cassazione, come anticipato, consistendo nella violazione di un rapporto contrattuale della società e ripercuotendosi solo sul valore della sua partecipazione dei soci, comportava in capo a questi ultimi, come già sopra più volte precisato, un danno meramente riflesso. Nel caso di specie, invece, si parla di danno da investimento disinformato, rispetto al quale può esperire azione individuale di responsabilità chi è stato indotto ad effettuare un investimento che altrimenti non avrebbe concluso. Ora, i soggetti che sulla base di informazioni decettive e documenti contabili falsi, hanno deciso di dotare la società veicolo delle risorse necessarie per partecipare all’OPA su azioni di MBFG ad un prezzo gonfiato, sono proprio i fondi che hanno promosso l’azione (quali attori ed intervenuti) ma che, per essere soci di MBFH, si sono visti negare il risarcimento. Per ciò che concerne la società MBFH, è certo formalmente ineccepibile il discorso per cui, essendo quest’ultima

¹⁸ Per un’ampia casistica di ipotesi in cui l’azione individuale di responsabilità è incontrovertibilmente da escludersi, cfr. commento a Cass., Sez. I, 3 aprile 2007, n. 8359 e Id., Sez. I, 12 giugno 2007, n. 13766, in *Giur. It.*, 2007, 2761 e segg.

¹⁹ Si veda Barcellona, *Responsabilità da informazione*, cit., 294 e Minervini, *Gli amministratori*, cit., 363; Carnevali, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori*, in *Contratto e Impresa*, 1988, 83 e segg. e Facci, *Il danno da informazione finanziaria inesatta*, Bologna, 2009.

²⁰ Cass., Sez. un., 24 dicembre 2009, n. 27246, in *Giur. It.*, 2010, 1081; in *Giur. Comm.*, 2011, II, 359 ed in *Banca Borsa*, 2011, II, 138. Conformi le successive Cass., Sez. I, 19 aprile 2010, n. 9295 e Id., Sez. III, 14 febbraio 2012, n. 2087.

²¹ Per un approfondito esame del nuovo art. 2397 c.c. si veda,

ex multis, Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., 214, nota 290; nonché P. Abbadessa, *La responsabilità della società capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca Borsa*, 2008, I, 280. Per la teoria dei “vantaggi operativi” si veda Weigmann, *I gruppi di società*, in *Il nuovo diritto societario* a cura di Ambrosini, Torino, 2005, II, in linea con la teoria elaborata già precedentemente alla riforma da Montalenti, *Conflitto di interessi nei gruppi di società e teoria dei vantaggi compensativi*, in *Giur. comm.*, 1995, I, 710 e segg. *Contra* Enriques, *Vaghezza e furore. Ancora sul conflitto di interessi nei gruppi di società in vista dell’attuazione della delega per la riforma del diritto societario*, in Associazione Disiano Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, Bologna, 2002, 247 e segg.

²² Cfr. nota di Spiotta, in *Giur. It.*, 2010, 1090.

ad aver concretamente proceduto al lancio dell'OPA ed essendole riconosciuta autonoma personalità giuridica, è essa stessa ad aver formalmente subito la perdita dell'investimento, così come è incontestabile che, se la società MBFH agisse in giudizio ed ottenesse il risarcimento, i soci della stessa si troverebbero indistintamente ristorati del danno subito.

Tuttavia, l'applicabilità di tali considerazioni al caso di specie potrebbe suonare, almeno ad una prima lettura, discutibile da un punto di vista sostanziale e funzionale. Posto che il tentativo di superamento della barriera costituita dalla soggettività giuridica²³ già "dichiaratamente fallito"²⁴, sembra ormai una battaglia persa²⁵, per cui è incontestabile la titolarità dell'azione di risarcimento in capo alla società anche se mero veicolo, richiedere che per la stessa somma già contestata dai fondi comuni davanti al Tribunale, agisca *ex novo* una società fallita, capitalizzata appositamente per la detta operazione da quegli stessi fondi che sono stati fraudolentemente sviati nelle loro decisioni di investimento e che solo al termine di tutto il procedimento si troverebbero indirettamente ristorati, appare tanto funzionalmente contestabile quanto, in realtà, formalmente ineccepibile.

A ben vedere, infatti, se i soci "menti ed attuatori dell'investimento" hanno deciso di procedervi attraverso una società, quando potevano anche operare direttamente, pare coerente che accettino che quella stessa barriera che da un lato li protegge, dall'altro li limita. Parallelamente, amministratori, sindaci e revisori autori dell'illecito non possono nascondersi dietro al "muro" della società cui appartengono per i danni direttamente causati ai terzi, ma se "terzo" viene considerata solo la

società che ha lanciato l'OPA e non anche i fondi che l'hanno finanziata, questi ultimi è come se procedessero uniti a falange senza poter alzare gli scudi: protetti dalla struttura societaria di cui fanno parte e attraverso cui agiscono, potranno sì vantare pretese direttamente contro amministratori e sindaci della società *target* dell'offerta pubblica di acquisto ma solo attraverso il "veicolo" da loro stessi costituito, ovvero dalla società MBFH cui appartengono.

Proprio a tal proposito è infine bene precisare che il fondo comune qui protagonista, come qualsiasi altro investitore che operi attraverso una società veicolo, non rimarrebbe in ogni caso privo di tutele. In primo luogo, come sottolineato dagli stessi giudici milanesi, essendo la società veicolo pienamente legittimata ad esercitare l'azione *ex art. 2395 c.c.* contro amministratori e sindaci della società *target* responsabili della redazione di documenti contabili falsi, una volta ottenuto il risarcimento e così ricostituito il capitale andato perduto, il fondo di investimento vedrebbe riequilibrato il valore della propria quota di partecipazione. Qualora poi gli amministratori della società veicolo non agissero in tal senso, il fondo – o meglio, la relativa SGR – potrebbe attivarsi per promuovere un'azione sociale di responsabilità contro questi ultimi *ex artt. 2393 o 2393 bis c.c.* Infine, in caso di intervenuto fallimento della società veicolo, la legittimazione a chiamare in responsabilità i detti amministratori passerebbe al curatore fallimentare ai sensi dell'art. 146 L. fall.²⁶, cosicché, anche in tal caso, il fondo di investimento e gli altri soci della società veicolo fallita verrebbero indirettamente ristorati del danno subito per la perdita dell'investimento.

Marchio decettivo

Cassazione civile, Sez. I, 13 settembre 2013, n. 21023 – Pres. Salmè – Rel. Ragonesi – P.M. Patrone (parz. diff.) – Budweiser Budvar Inc. (avv.ti Vaccarella, Nodari, Briguglio, Saletti, De Bosio) – Anheuser-Busch Inc. (avv.ti Biamonti, Roncaglia, Vanzetti, Consolo, Sironi).

Cassa App. Roma, 5 marzo 2007

Marchi – Decettività del marchio – Segno idoneo ad ingannare il pubblico sulla provenienza geografica – Toponimi non ufficiali

Una denominazione geografica non più ufficialmente usata ma di perdurante notorietà continua a rivestire piena validità ed efficacia ai fini della valutazione dell'ingannevolezza di un marchio che la riproduca.

(Massima non ufficiale)

Omissis. – Con atto notificato il 17 maggio 2002, ANHEUSER BUSCH INC. (A.N.), società americana produttrice di birra, conveniva in giudizio innanzi al Tribunale di Roma la BUDEJOVJCKY BUDVAR (B.B.), ente pubblico della Repubblica Ceca, anch'esso produttore di birra, espo-

²³ Cass., 20 febbraio 2004, n. 3370, in *Giur. Comm.*, 2005, II, 130: la Cassazione, muovendo dalla concezione ascarelliana secondo cui che le azioni e le quote della società costituirebbero beni "di secondo grado", ha definito le società come "centri di imputazione meramente transitori e strumentali". Per un approfondito commento in merito si veda anche Cottino, *Nota sulla tutela re-dibitoria (o per difetti di qualità o aliud pro alio) di acquirenti di quote, od azioni, di società di capitali*, in *Giur. It.*, 2004, 999; F. Galgano, *Cessioni di partecipazioni sociali e superamento della alterità soggettiva tra socio e società*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 537 e segg.

²⁴ Così in Spiotta, *Non si placa il dibattito intorno alla tutela dell'acquirente di quote sociali*, in *Giur. It.*, 2005, 749.

²⁵ Per una critica alle tesi di superamento della personalità giuridica, si veda Montalenti, *Riflessioni in tema di persona giuridica*, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance, Scritti in tema di società per azioni*, Padova, 1999, 27. Sull'autonomia soggettività delle persone giuridiche si veda anche *ex multis*, Cottino, *Le società. Diritto commerciale*, Padova, 1999, 7 segg.

²⁶ Cfr. App. Milano, 24 aprile 1959, in *Giur. It.*, 1960, I, 2, 703; nonché Trib. Padova, 18 giugno 1987, in *Giur. Comm.*, 1989, II, 839.

nendo: che, di recente, aveva rilevato che sul mercato italiano erano in commercio birre prodotte dalla società convenuta recanti il marchio "BUDWEISER"; (...) che i marchi dovevano ritenersi nulli per difetto di novità, dato che la parola in questione era usata da molti decenni da essa società attrice quale marchio della birra da essa prodotta in America; che il preuso era già stato accertato in altra causa incardinata tra le stesse parti innanzi al Tribunale di Milano, promossa da essa società per far dichiarare la nullità di altri nove marchi registrati dalla B. B. per le birre di sua produzione contenenti la medesima parola, causa conclusasi, sia in primo grado che in appello, con sentenze ad essa favorevoli (sentenza del Tribunale in data 26 novembre 1998 e sentenza della Corte d'Appello in data 10 dicembre 2000); che la nullità derivava anche, ai sensi del R.D. n. 919 del 1942, art. 22, dal fatto che le domande di registrazione dei tre marchi erano state depositate in mala fede, ben sapendo all'epoca la B.B. che, in base a quanto era emerso dal giudizio milanese, esisteva un preuso del marchio da parte di essa A.B.. Chiedeva, pertanto, la declaratoria di nullità dei tre marchi internazionali per la frazione italiana.

La B.B., nel costituirsi, contestava la domanda e ne chiedeva il rigetto. In particolare, deduceva: che (...) il marchio usato dalla A.B. sarebbe stato nullo "siccome" ingannevole perché avrebbe fatto apparire la provenienza da una città ceca di una birra che, invece, era prodotta in America con diverse materie prime e diversi processi di lavorazione – *Omissis*.

Con sentenza in data 17 maggio 2005, il Tribunale: (...) dichiarava la nullità dei tre brevetti registrati dalla B.B. per la frazione italiana – *Omissis*.

La Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 1082/07, rigettava l'appello principale della BUDWEISER BUDVAR e quelli incidentali della ANHEUSER BUSCH INC. (...). Avverso la detta sentenza ricorre per cassazione l'ente ceko con otto motivi – *Omissis*.

Con il primo motivo del ricorso principale si deduce che il giudicato formatosi per effetto della sentenza della Corte d'appello di Milano, che ha ritenuto che la parola Budweiser non fosse proteggibile come IGP perché la birra boema sarebbe producibile ovunque non essendo le sue caratteristiche legate al territorio, contrasterebbe dal diritto comunitario (trattato di Atene) che ha invece disposto che la birra in questione ha caratteristiche irripetibili altrove e prescrive la protezione di tre indicazioni di provenienza relative alla città di Budejovice. Da ciò conseguirebbe che il giudicato non esplicherebbe nel caso di specie effetti conformativi – *Omissis*.

Con il quarto motivo si denuncia l'illiceità della registrazione di marchio della resistente in quanto idoneo ad ingannare il pubblico circa l'ambiente di origine o i pregi del prodotto per il quale il marchio è stato depositato – *Omissis*.

Ritiene la Corte che riveste carattere dirimente l'esame del quarto motivo del ricorso principale. Il motivo è fondato. La motivazione della sentenza sul punto è basata sull'unica affermazione che la parola Budweiser non ha nulla a che fare con la denominazione protetta Budejovice, che corrisponde al nome di una attuale città ceca, in quanto, pur se ricavata dalla denominazione tedesca della città ceca di Budweis, non corrisponde ad alcuna attuale località geografica. Tale motivazione non appare corretta. L'elemento fondamentale su cui essa si basa è la considerazione che i nomi geografici usati in passato e non più attuali non possono continuare a costituire indicazioni di provenienza geografica. Invero nessuna norma prevede che le denominazioni geografiche ov-

vero i nomi geografici siano solo quelli attualmente previsti secondo la legislazione e le disposizioni amministrative vigenti. A tale proposito, tralasciando le definizioni poste dai vari accordi internazionali in materia (Parigi, Madrid, Lisbona, GATT) cui il legislatore italiano si è conformato, basta rammentare che l'art. 29 del codice della proprietà industriale stabilisce che "sono protette le indicazioni geografiche e le denominazioni di origine che identificano un paese, una regione o una località..." mentre l'art. 14 dello stesso codice prevede l'illiceità di quei segni che sono idonei ad ingannare il pubblico "in particolare sulla provenienza geografica". Tale ultimo articolo, applicabile al caso di specie, non fa neppure riferimento a nomi o a denominazioni geografiche ma semplicemente alla ancora più generica "provenienza geografica" termine di per sé in grado di comprendere qualunque designazione idonea ad indicare la provenienza di un prodotto da un certo ambito geografico. Da questa considerazione inevitabilmente discende che la denominazione geografica continua a rivestire piena validità ed efficacia, ai fini che qui interessano, quando la sua notorietà perdura ancorché essa non sia più ufficialmente usata. È del tutto frequente il caso in cui in un passato, a volte molto antico, località o intere regioni avevano un nome diverso dall'attuale, in alcuni casi espresso in una diversa lingua non più in uso, ma che dette denominazioni sono rimaste nell'uso comune del linguaggio e continuano ad essere note alle popolazioni. In tal caso non è dubbio che i detti nomi debbano, agli effetti che qui interessano, essere considerati come denominazioni geografiche atte di conseguenza ad indicare presso i consumatori la provenienza di un dato prodotto.

Va ulteriormente osservato che la questione in esame non è coperta dal giudicato formatosi a seguito della sentenza del 2002 di questa Corte che, nel pronunciarsi sul motivo di ricorso, con cui ci si doleva che la sentenza della Corte d'appello di Milano del 2000 aveva escluso con motivazione carente la protezione prevista dall'Accordo di Lisbona per le indicazioni geografiche "in considerazione del fatto che la denominazione in questione era espressa in lingua tedesca anziché in lingua ceca", ha ritenuto che, avendo il giudice del merito preso in esame la allegata questione della mancanza del milieu ed avendola ritenuta fondata poiché le caratteristiche della birra in questione non dipendevano da fattori naturali o comunque collegabili all'ambito geografico, ed avendo quindi escluso la proteggibilità della stessa ai sensi dell'Accordo di Lisbona, "la predetta esclusione assorte la questione relativa all'uso della lingua nella registrazione di cui si tratta essendo comunque essenziale la sussistenza del milieu". A tale proposito questa Corte ha già in diverse occasioni affermato che la declaratoria di assorbimento di una questione non dà luogo ad una decisione sul merito, ma di rito e, pertanto, non può formarsi alcun giudicato sulla questione assorbita. (Cass. 11798/11; Cass. 10545/08). Il motivo va pertanto accolto. Da detto accoglimento discende l'assorbimento di tutti gli altri motivi del ricorso principale. In particolare la Corte di rinvio dovrà tenere conto del principio dianzi affermato nel rivalutare la questione posta con il primo motivo del presente ricorso relativo alla protezione accordata come indicazioni geografiche dal trattato di Atene del 2003 a tre denominazioni in lingua ceca della birra prodotta dall'ente ricorrente. – *Omissis*.

La sentenza impugnata va cassata quanto al motivo accolto con rinvio alla Corte d'appello di Roma in diversa composizione – *Omissis*.

Marchio geografico e toponimi non più ufficiali

Riccardo Russo

La decisione della Corte di Cassazione contribuisce a risolvere il contrasto che oppone da tempo una società americana ed un ente pubblico ceco in ordine al diritto di utilizzo della dizione “Budweiser” come marchio per indicare le loro birre. Il Giudice di legittimità ha affermato che il segno che riproduce un toponimo non più ufficiale risulta ingannevole se esso è ancora percepito dai consumatori come identificativo di una determinata provenienza geografica.

Premessa

La sentenza qui pubblicata segue numerosi provvedimenti giurisprudenziali che a livello italiano¹ ed europeo² hanno tentato di comporre la controversia fra la società americana Anheuser-Busch Inc. (d’ora in poi, per brevità, A.B.) e l’ente pubblico ceco Budweiser Budvar (B.B.), che si contendono da tempo il diritto di utilizzare l’espressione “Budweiser” come marchio per contrassegnare le loro birre³.

Limitando l’analisi ai precedenti nazionali, converrà ricordare che A.B. si è vista riconoscere dal tribunale di Milano, con sentenza poi confermata nei gradi successivi di giudizio, il diritto all’uso esclusivo del segno in quanto preutente. Per conseguenza, nove marchi registrati da B.B., contenenti le parole “Budweiser” e “Bud”, sono stati dichiarati invalidi⁴.

Nel giudizio romano all’origine della decisione qui pubblicata, A.B. ha citato in giudizio B.B., chiedendo che fosse accertata la nullità per difetto di novità anche dei marchi “Budweiser Budvar” e “Budweiser Budbrau”. In primo e secondo grado le domande di A.B. sono state accolte, anche sul presupposto dell’intangibilità del giudicato formatosi nell’ambito del procedimento milanese sulla tutelabilità del preuso fatto valere dalla società americana⁵. Tale valutazione non ha retto al vaglio della Suprema Corte, che si è invece ritenuta sciolta dal giudicato ed ha rimesso al giudice di rinvio la valutazione del caso di specie sulla base del principio richiamato in massima, tenuto anche conto che, *medio tempore*, segni simili a quelli oggetto della

causa hanno ricevuto protezione a livello comunitario in quanto denominazioni di origine protetta, come si evince dalla ricostruzione dei precedenti gradi di giudizio operata dalla Cassazione.

Appena pochi giorni dopo la sentenza, la Suprema Corte è tornata a pronunciarsi sulla questione in un procedimento parallelo, decidendo nuovamente a favore di B.B., sulla base di argomentazioni in massima parte simili⁶.

Decettività del toponimo non ufficiale: profili innovativi della decisione

La decisione desta anzitutto interesse per l’interpretazione del divieto di registrazione *ex art. 14, 1° comma, lett. b)*, c.p.i. de “i segni idonei ad ingannare il pubblico, in particolare sulla provenienza geografica”⁷. Secondo la Cassazione, la disposizione si applica anche quando il segno riprenda un toponimo non più ufficiale, all’unica condizione che esso sia ancora avvertito come descrittivo dell’origine geografica dei prodotti dalle “popolazioni” interessate⁸.

Per questa via, la Corte sembra aver preso anzitutto le distanze da una serie di decisioni di merito che in passato hanno negato la capacità di identificare concretamente una località a denominazioni non più ufficiali ed espunte, come diretta conseguenza, dalle mappe catastali⁹.

In secondo luogo, la Corte ha apparentemente¹⁰ fatto propria l’idea, diffusa in giurisprudenza e criticata da una parte della dottrina¹¹, che la decettività

¹ Fra le altre v. Trib. Milano, 26 novembre 1998, in *Giur. Dir. Ind.*, 1998, 3843; App. Milano, 1° dicembre 2000, in *Riv. Dir. Ind.*, 2001, II, 120 ss., con nota di Sena; Cass., 10 settembre 2002, n. 13168, *ivi*, 2004, II, 77 ss., con nota critica di C. Heath.

² V. fra le altre Corte eur. dir. uomo, 1° gennaio 2007, *Anheuser-Busch Inc. v. Portugal*, Appl. 73049/01, consultabile su *budoc.eabr.coe.int*; Trib. UE, 12 giugno 2007, T-57/04, *Budejovický Budvar*, su *curia.eu*.

³ Il contenzioso è stato di recente definito da autorevole dottrina come una sorta di guerra “infinita”: così, testualmente, B. Ubetazzi-Muñiz Espada, *Le indicazioni di qualità degli alimenti: diritto internazionale ed europeo*, Milano, 2009, 52.

⁴ Per i riferimenti, si rimanda *supra*, alla prima nota.

⁵ V. Trib. Roma, 17 maggio 2005, in *Giur. Dir. Ind.*, 2005, 4877, 902 e segg. e App. Roma, 5 marzo 2007, consultabile sul portale *leggiditaliaonline.it*.

⁶ Cass., 19 settembre 2013, n. 21427, consultabile su *www.leggiditalia.it*

⁷ Per un’interpretazione restrittiva della norma, v. Sironi, *Commento sub art. 14*, in *Aa.Vv., Codice della proprietà industriale* a cura di A. Vanzetti, Milano, 2013, 259, secondo il quale la fatti-

specie sanzionata dalla stessa si verifica nel caso in cui la provenienza geografica assuma “un peso nelle scelte del consumatore”.

⁸ Conf. Cass., 19 settembre 2013, n. 21427, cit.. La Suprema Corte, nel definire un giudizio promosso da A.B. nei confronti di alcune società distributrici in Italia della birra prodotta da A.B., ha rilevato che risulta “non controverso” il fatto che “in passato il nome *Budweiser* fosse attribuito alla città boema” sede di B.B.. Inoltre, secondo il giudice di legittimità, “anche nomi geografici usati in passato e non più attuali possono continuare a costituire indicazioni di provenienza geografica quando la loro notorietà perdura ancorché gli stessi non siano più ufficialmente usati”.

⁹ Cfr. App. Roma, 7 febbraio 1994, in *Giur. Dir. Ind.*, 1994, n. 3104; Trib. Vercelli, 16 luglio 1979, *ivi*, 1979, n. 1207. La decisione del Trib. Torino, 30 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 815, di considerare decettivo il termine “*Bavaria*” impiegato per designare una birra olandese è solo parzialmente accostabile al caso della sentenza in commento. L’espressione giudicata decettiva, infatti, designa la regione tedesca della Baviera non soltanto nella lingua latina, e, quindi, in un idioma non più utilizzato, ma anche in inglese.

¹⁰ Così sembra doversi intendere il riferimento al giudizio delle “popolazioni”.

del marchio (così come la capacità distintiva) debba essere apprezzata dal punto di vista del consumatore medio dei prodotti o servizi rilevanti¹². Se quest'ultimo percepisce il segno che riproduce un'indicazione geografica come nome di fantasia, allora la decettività è esclusa in principio¹³; viceversa, se tale figura di consumatore ricava dal marchio una precisa determinazione spaziale ed associa ai prodotti provenienti da quel luogo caratteristiche rilevanti nel proprio apprezzamento, il marchio potrà risultare (privo di capacità distintiva, siccome descrittivo, e comunque) ingannevole qualora sia destinato a contrassegnare prodotti di diversa provenienza e qualità¹⁴.

Peraltro, la Cassazione nella sentenza che si annota ha assunto quale termine di riferimento per operare il giudizio di decettività le "popolazioni", lasciando così il lettore in dubbio se si tratti della popolazione italiana, di quella ceca o, in ipotesi, di quella europea. Tenuto conto però che nel caso di specie si discuteva della proteggibilità del marchio *Budweiser* in Italia, nel termine, oggettivamente vago, va probabilmente letto un riferimento al consumatore medio residente in Italia, in aderenza al principio di territorialità al quale è informato il diritto della proprietà industriale¹⁵. In particolare, sembrerebbe oggi necessario interrogarsi sulla percezione dei segni da parte di chi "risiede" nel nostro paese, considerato che – da tempo – la popolazione italiana non è monolitica. Parte rilevante del pubblico dei consumatori è costituito, infatti, da minoranze etniche e linguistiche, così che si dovrà eventualmente tenere conto del fatto che il segno litigioso sia avvertito da una parte minoritaria ma rilevante del pubblico di riferimento come descrittivo dell'origine geografica dei prodotti e pertanto potenzialmente decettivo se utilizzato per prodotti che provengono da un luogo diverso.

In un'altra occasione, la Suprema Corte ha ritenuto il termine "*Budweiser*" noto in tutto il mondo per indicare la città di provenienza della birra, e conosciuto anche dal consumatore italiano¹⁶.

Nel medesimo giudizio il giudice di legittimità ha operato una differenza fra i presupposti dell'ingannevolezza del marchio, ex art. 14 c.p.i., ed i requisiti di tutela delle indicazioni di origine nel diritto interno, internazionale e comunitario. In particolare, relativamente al primo aspetto, la Cassazione ha osservato che "l'unico elemento che viene in considerazione è quello di un segno idoneo ad ingannare il pubblico sulla provenienza geografica del prodotto o dei servizi". Nel secondo, invece, sono proteggibili le indicazioni riferite ad un prodotto che presenti caratteristiche e qualità dovute, ai sensi dell'Accordo di Lisbona così come secondo l'art. 29 c.p.i., "esclusivamente o essenzialmente" ad un determinato ambiente geografico.

Osservazioni conclusive

La decisione qui pubblicata appare d'altra parte interessante perché il marchio azionato in giudizio non era registrato ma soltanto preusato. Apparentemente, la Cassazione ha così dato per scontata l'applicazione *mutatis mutandis* dell'art. 14, 1° comma, lett. b), c.p.i. anche al marchio di fatto. Tale operazione interpretativa appare in linea sia con la tesi di quanti hanno enfatizzato l'inclusione dei segni distintivi diversi dal marchio registrato nel catalogo dei diritti di proprietà industriale protetti dal c.p.i. per argomentare la progressiva assimilazione del marchio di fatto al marchio registrato¹⁷, sia con l'opinione favorevole a tenere ben distinte le due figure¹⁸, salva l'applicazione di alcuni principi comuni tra cui rientra anche il divieto di accordare tutela ai segni decettivi¹⁹.

¹¹ Cfr. Giudici, *Il marchio decettivo*, Milano, 2012, 26 e 29 e segg. e A. Vanzetti-Di Cataldo, *Manuale di diritto industriale*, Milano, 2012, 181, secondo i quali l'adozione del parametro del "consumatore medio" nazionale mal si concilia con la prospettiva comunitaria, dato che i produttori di ciascun Paese aderente all'Unione europea "dovrebbero essere liberi di esportare i loro prodotti contrassegnati dalla rispettiva denominazione generica nella loro lingua in tutti gli altri Paesi dell'Unione, senza incontrare l'ostacolo di una registrazione di quella denominazione come marchio da parte di terzi in uno o più di quei Paesi".

¹² Cfr. G. Bonelli, *Marchio decettivo e consumatore medio*, commento ad App. Bologna, 26 ottobre 2000, in *Riv. Dir. Ind.*, 2001, II, 259. Secondo il Trib. Parma, 15 gennaio 1999, in *Giur. Dir. Ind.*, 1999, 856, un marchio è ingannevole se si registra uno scarto sensibile, nella percezione di una parte non irrilevante del pubblico, fra l'obiettivo provenienza del prodotto ed il messaggio evocato dal marchio. In argomento, fra le altre, Cass., 26 marzo 2004, n. 6080, in *Giur. Dir. Ind.*, 2004, 4630 e segg.; Cass., 9 aprile 1996, n. 3276, in *Foro It.*, 1996, I, 1606 e segg.; Trib. Milano, 27 gennaio 2004, in *Giur. Dir. Ind.*, 2004, 4712 e segg. In generale, sulla figura del consumatore medio v. Trib. Milano, 18 gennaio 2012, in *Giur. It.*, 2012, 10 e segg. ove ulteriori riferimenti anche alla giurisprudenza comunitaria.

¹³ Cfr. Trib. Milano, 26 settembre 1977, in *Giur. Dir. Ind., Rep. sist. 1972-1987*, 29 secondo cui "una denominazione geografica assunta come marchio riveste il carattere di denominazione di

fantasia quando non sia ravvisabile alcun rapporto concettuale fra il prodotto contraddistinto e la località corrispondente alla denominazione del prodotto stesso".

¹⁴ Sul punto v. da ultimo Sarti, *Segni distintivi e denominazioni d'origine*, in L.C. Ubetazzi, *La proprietà intellettuale*, Torino, 2011, 52 s., ove anche indicazione dei problemi di coordinamento tra la disciplina della nullità del marchio (originariamente) decettivo e quella della decadenza del marchio divenuto decettivo in conseguenza dell'uso fattone dal titolare.

¹⁵ In tema v. Ricolfi, *I marchi. Nozione. Fonti. Funzione*, in Auteri-Floridia-Mangini-Olivieri-Ricolfi-Spada, *Diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2012, 68 e segg.

¹⁶ V. Cass., 19 giugno 2013, n. 21472, cit.

¹⁷ Floridia, *Dal codice del 2005 al codice del 2010: le ragioni di continuità*, in *Riv. Dir. Ind.*, 2011, I, 5 e segg.

¹⁸ A. Vanzetti-Di Cataldo, *op. cit.*, 318.

¹⁹ Cfr., relativamente al profilo dei presupposti di validità del marchio, con particolare riferimento alla liceità, Venturello, *Il requisito di liceità nei marchi*, in *Giur. It.*, 2008, 662 e segg., nota a Trib. Torino, 8 settembre 2007, con *post scriptum* di Cottino; Spolidoro, *Il preuso del marchio*, in Marasà-Masi-Olivieri-Spada-Spolidoro-Stella Richter, *Commento tematico alla legge marchi*, Milano, 1998, 133 e Cartella, *Il marchio di fatto nel Codice della Proprietà Industriale*, Milano, 2006, 46 e segg.; Saraceno, *Nota in tema di liceità del marchio*, in *Giur. It.*, 2013, 2563 e segg.

Diritto del Lavoro

a cura di Mattia Persiani

con Emilio Balletti, Marina Brolo, Franco Carinci, Fiorella Lunardon,
Sandro Mainardi, Michel Martone e Roberto Pessi

Licenziamento collettivo

Cassazione civile, Sez. lav., 3 febbraio 2014, n. 2298 – Pres. Stile – Rel. Mammone – P.M. Matera (conf.).

Rigetta App. Bologna, 15 dicembre 2010

Lavoro (Rapporto) – Licenziamenti collettivi – Procedura – Individuazione dei lavoratori da licenziare – Indicazione puntuale dei criteri di scelta – Necessità – Ratio

La comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, L. n. 223/1991, nella parte in cui fa obbligo al datore di lavoro di indicare puntualmente le modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, intende consentire ai lavoratori interessati, alle organizzazioni sindacali e agli organi amministrativi di controllare la correttezza dell'operazione di collocamento in mobilità e la rispondenza agli accordi raggiunti. A tal fine, dunque, non è sufficiente la trasmissione dell'elenco dei lavoratori licenziati e la comunicazione dei criteri di scelta concordati con le organizzazioni sindacali, né la predisposizione di un meccanismo di applicazione in via successiva dei vari criteri, in quanto necessario controllare se tutti i dipendenti in possesso dei requisiti previsti siano stati inseriti nella categoria da scrutinare, nonché, qualora i dipendenti siano in numero superiore ai previsti licenziamenti, se siano stati correttamente applicati i criteri di valutazione comparativa per la individuazione dei dipendenti da licenziare.

Omissis. – 1. – La L. 23 luglio 1991, n. 223, art. 4, comma 9, prevede che, all'esito dell'esame congiunto tra datore ed oo.ss. delle cause che hanno determinato l'eccedenza di personale, raggiunto l'accordo sindacale circa il numero dei lavoratori da licenziare, il datore può recedere dal rapporto di lavoro intrattenuto con i dipendenti ritenuti in eccedenza. Contestualmente alla comunicazione dei recessi (secondo il testo della norma applicabile ratione temporis), il datore deve comunicare per iscritto l'elenco dei lavoratori licenziati (recante l'analitica descrizione della posizione soggettiva di ognuno e le modalità con cui sono applicati i criteri di scelta) all'Ufficio regionale LMO, alla Commissione regionale per l'impiego ed alle organizzazioni sindacali che hanno ricevuto la comunicazione di apertura della procedura di mobilità ed hanno partecipato all'incontro per l'esame congiunto.

Nella pratica la comunicazione è accompagnata da una modulistica elaborata dai competenti uffici regionali (mo-

delli mob/1, mob/2, mob/3), su cui il datore annota tutte le indicazioni previste dalla norma di legge.

2. – La giurisprudenza di legittimità ritiene che la comunicazione di cui all'art. 4, comma 9, nel momento in cui fa obbligo al datore di indicare puntualmente le modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, intende consentire ai lavoratori interessati, alle organizzazioni sindacali e agli organi amministrativi di controllare la correttezza dell'operazione di collocamento in mobilità e la rispondenza agli accordi raggiunti.

A tal fine non è, dunque, sufficiente la trasmissione dell'elenco dei lavoratori licenziati e la comunicazione dei criteri di scelta concordati con le organizzazioni sindacali, né la predisposizione di un meccanismo di applicazione in via successiva dei vari criteri, mentre è necessario controllare se tutti i dipendenti in possesso dei requisiti previsti siano stati inseriti nella categoria da scrutinare e, in secondo luogo, nel caso in cui i dipendenti siano in numero superiore ai previsti licenziamenti, se siano stati correttamente applicati i criteri di valutazione comparativa per l'individuazione dei dipendenti da licenziare (v., da ultimo, Cass. 10.07.13 n. 17119, nonché Cass. 6.06.11 n. 12196, Cass. 16.02.10 n. 3603, Cass. 19.12.08 n. 29831).

3. – L'applicazione di tale principio di diritto, cui aderisce l'odierno Collegio giudicante, comporta che il giudice proceda ad analitico riscontro del contenuto della comunicazione scritta e delle indicazioni richieste dalla norma di legge, verificando se esiste la puntuale indicazione (secondo l'esplicita formulazione dell'art. 4, comma 9) dei criteri di scelta, così come indicati dal successivo art. 5, comma 1, della stessa L. n. 223 (che richiama i criteri delineati dai contratti collettivi, oppure, in mancanza, i criteri dei carichi di famiglia, dell'anzianità, delle esigenze tecnico-produttive ed organizzative). In altre parole, il giudice deve verificare se le indicazioni contenute nella comunicazione abbiano effettiva rispondenza con il modello indicato dalla normativa collettiva o con il modello indicato dalla legge e se i meccanismi operativi indicati portino effettivamente all'individuazione concreta dei licenziati, sulla base dei parametri assegnati ai vari criteri e dell'ordine di priorità fra i criteri stessi, in modo da pervenire ad una graduatoria dei lavoratori interessati sulla base di punteggi assegnati.

Il giudice di merito si è sottratto a questo compito, effettuando una verifica solo parziale quanto formale delle modalità di selezione, limitandosi ad un esame esterno del modello Mob/2, recante le modalità di selezione dei lavoratori, ma senza verificare se le indicazioni ivi contenute consentano effettivamente la redazione di una graduatoria.

– *Omissis.*

L'illegittimità del licenziamento collettivo derivante dalla violazione della comunicazione finale

Silvia Verde*

L'art. 4, comma 9, della legge n. 223 del 1991 impone al datore di lavoro, nell'individuazione dei lavoratori da licenziare, l'obbligo della analitica indicazione dei criteri di scelta seguiti affinché sia immediatamente possibile una verifica da parte dei lavoratori stessi sul rispetto di quanto pattuito nell'accordo sindacale che caratterizza l'intera procedura.

L'importanza della "puntuale" indicazione dei criteri di scelte e delle modalità applicative

La pronuncia che si annota trae origine da un ricorso al Giudice del lavoro con cui un lavoratore ha chiesto la dichiarazione di inefficacia del licenziamento intimatogli dal datore di lavoro nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo per vizi della comunicazione di cui all'art. 4, 9° comma, L. n. 223/1991. Il Giudice del merito ha condannato la società alla reintegra del lavoratore disponendo la prosecuzione del giudizio in merito alle richieste risarcitorie formulate.

La Corte territoriale ha confermato la sentenza di primo grado dopo aver rilevato che nella comunicazione trasmessa alle organizzazioni sindacali ed alla Direzione del lavoro la società appellante non aveva indicato le concrete modalità di applicazione dei criteri stabiliti per l'attribuzione dei punteggi dei lavoratori collocati in mobilità, per cui non era stato consentito a questi ultimi di verificare se l'applicazione di quei criteri era avvenuta in conformità alle clausole ed alle condizioni consacrate nell'accordo sindacale, con la conseguenza che tale vizio procedimentale determinava l'inefficacia del licenziamento impugnato.

L'illegittimità del licenziamento è derivata secondo la Corte, anche dalla mancata ponderazione dei criteri selettivi in concorso tra loro che avrebbero dovuto essere verificati nell'ambito del complesso aziendale, in sintonia col criterio di graduazione legale di cui all'art. 5, L. n. 223/1991, con una conseguente lesione dei principi di correttezza e buona fede che presidia-no la procedura del licenziamento collettivo per riduzione del personale.

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione conferma la decisione di secondo grado, in linea con il

costante orientamento della giurisprudenza di legittimità¹.

In tema di procedura di mobilità, la previsione di cui all'art. 4, 9° comma, L. n. 223/1991, secondo cui il datore di lavoro nella comunicazione ivi prevista deve dare una "puntuale indicazione" dei criteri di scelta e delle modalità applicative, comporta che, anche quando il criterio prescelto sia unico, il datore di lavoro debba provvedere a specificare nella detta comunicazione le sue modalità applicative, in modo che la stessa raggiunga quel livello di adeguatezza sufficiente a porre in grado il lavoratore di conoscere il motivo per il quale lo stesso, e non altri dipendenti, sia stato destinatario del collocamento in mobilità o del licenziamento collettivo e, quindi, di poter eventualmente contestare l'illegittimità della misura espulsiva, sostenendo che, sulla base del comunicato criterio di selezione, altri lavoratori avrebbero dovuto essere collocati in mobilità o licenziati².

Molteplici pronunce³ hanno avuto modo di stabilire come la sanzione dell'inefficacia dei licenziamenti collettivi derivi in particolare dalla violazione delle procedure, previste dal 9° comma, art. 4, L. 23 luglio 1991, n. 223, sicché il recesso risulta essere inefficace per l'omessa o inesatta comunicazione che il datore di lavoro deve inoltrare agli organismi pubblici e sindacali indicati nel comma *de quo*.

La giurisprudenza ha affermato l'illegittimità dei licenziamenti intimati nel caso in cui la comunicazione *ex art. 4, 9° comma* abbia riportato i criteri di scelta applicati, limitandosi a ripetere quelli stabiliti dall'art. 5, L. n. 223/1991 (carichi di famiglia; anzianità; esigenze tecnico-produttive ed organizzative) ovvero a riportare astrattamente quelli concordati, ma senza indicare puntualmente le loro modalità di applicazione nei singoli casi⁴, precisando che tale indicazione

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Vedi, per tutte, Cass., 28 gennaio 2009, n. 2166, in *Guida Lav.*, 2009, n. 13, 12.

² Cass., 6 giugno 2011, n. 12196, in *Riv. It. Dir. Lav.*, con nota di Galardi, *Comunicazioni finali nei licenziamenti collettivi: un'ottima sentenza con una cattiva massima*, 2012, 323; Cass., 9 agosto 2004, n. 15377, in *Riv. Dir. Lav.*, 2005, II, 476, con nota di Sitzia, *Licenziamento collettivo, cassa integrazione e vizi procedurali: un significativo contrasto fra sentenze di Cassazione*; Cass., 16 marzo 2009, n. 3603, in *Orient. Giur. Lav.*, 2010, 237; Cass., 16 marzo 2009, n. 6342, in *Foro It.*, 2010, I, 184; in *Notiziario giurisprudenza Lav.*, 2010, 69; in *Riv. Dir. Lav.*, 2010, II, 80, con nota di Vincieri; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29831; Cass., 5 agosto 2008, n. 21138, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2008, 1024; Cass., 8 no-

vembre 2007, n. 23275, in *Riv. Crit. Dir. e Lav.*, 2008, 276, con nota di Perone, *Il licenziamento collettivo non ammette margini di discrezionalità nell'applicazione dei criteri di scelta*.

³ Cass., Sez. un., 11 maggio 2000, n. 302, in *Foro It.*, 2000, 2156; in *Riv. Giur. Lav.*, 2001, 140, con nota di Ogriseq, *Violazione di obblighi procedurali e illegittimità della Cigs e del licenziamento collettivo*; in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, 543; in senso conforme, v. Cass., 1° agosto 2001, n. 10507, pres. Spanò, est. Filadoro, in *Lavoro e Prev. Oggi*, 2001, 1604; Cass., Sez. un., 15 ottobre 2002, n. 14916; Cass., 5 marzo 2008, n. 5929; Cass., 3 luglio 2004, n. 12229; Cass., 20 agosto 2003, n. 12255.

⁴ Cass., 10 luglio 2009, n. 16215, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 7-8, 1080; Cass., 16 marzo 2009, n. 6342, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, 80.

presuppone l'evidenziazione di tutti gli elementi (criteri generali e dati specifici) che hanno portato all'individuazione dei dipendenti prescelti⁵.

È altresì illegittimo il licenziamento quando la comunicazione *ex art. 4, 9° comma* contenga l'indicazione di criteri di scelta differenti da quelli concordati con accordo sindacale⁶, nonché il licenziamento intimato applicando criteri di scelta che avevano portato all'individuazione di un numero di lavoratori superiore a quello esuberante⁷.

Per quanto concerne la selezione dei lavoratori, grava in ogni caso sul datore di lavoro, a fronte della mera contestazione del lavoratore ricorrente, l'onere di provare la puntuale osservanza dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, con la specificazione della valutazioni comparative compiute⁸.

L'intero sistema procedurale, delineato dall'art. 4, contempla un insieme di adempimenti formali posti a carico del datore di lavoro, ai quali corrispondono le singole fasi della complessa procedura.

Tenuto conto di tale articolato sistema, quindi, "si deve ritenere che la menzione, contenuta nella norma di cui al terzo comma, dell'art. 5, delle procedure richiamate all'art. 4, comma 12, faccia evidente riferimento a tutte le procedure, o per meglio dire, a tutte le fasi dell'intera procedura previste dal presente articolo"⁹ e, pertanto, anche delle comunicazioni di cui al 9° comma, dell'art. 4 *de quo*.

La *ratio* della norma in esame è quella di consentire al lavoratore di impugnare con piena cognizione il licenziamento, garantendo una tutela, la più completa possibile, a tutti i soggetti coinvolti nella procedura.

A tal fine la sentenza in commento specifica che le informazioni fornite dall'impresa non possano limitarsi nella prescritta comunicazione ad un mero richiamo ai criteri di scelta seguiti e tanto meno si può far riferimento, in maniera generica, ai criteri legali o a quelli previsti dagli accordi, ma oltre ad indicare i singoli criteri si dovrà indicare quali siano le regole di ponderazione degli stessi, attribuendo a ciascuno di essi uno specifico e predeterminato indice valutativo così da permettere una vera e propria graduatoria tra i lavoratori da licenziare, previa una comparazione tra gli stessi.

Nella comunicazione dovrà essere riportata una specificazione dei criteri di scelta che sono stati utilizzati nonché delle effettive modalità di applicazione degli stessi e, quindi, con specifico riferimento alle caratteristiche di ciascun caso concreto, la spiegazione di

come sono state effettuate le comparazioni con i dipendenti rimasti in forza determinanti di fatto il licenziamento di taluni e non di altri¹⁰.

A questo proposito non è sufficiente la trasmissione dell'elenco dei lavoratori licenziati e la comunicazione dei criteri di scelta concordati con le organizzazioni sindacali, né la predisposizione di un meccanismo di applicazione in via successiva dei vari criteri, poiché vi è la necessità di controllare se tutti i dipendenti in possesso dei requisiti previsti siano stati inseriti nella categoria da scrutinare e, in secondo luogo, nel caso in cui i dipendenti siano in numero superiore ai previsti licenziamenti, se siano stati correttamente applicati i criteri di valutazione comparativa per l'individuazione dei dipendenti da licenziare¹¹.

Le conseguenze derivanti dalla violazione della procedura *ex art. 4, comma 9*

La giurisprudenza, se da una parte ha consolidato il proprio orientamento sul fatto che la violazione dell'obbligo di comunicare le modalità con le quali sono stati applicati i criteri di scelta comporti l'inefficacia del licenziamento, dall'altra non si è pronunciata in modo univoco sulle conseguenze dell'omessa o incompleta comunicazione *ex art. 4, 9° comma*.

Un primo orientamento ha affermato che l'omessa comunicazione agli organismi amministrativi e alle organizzazioni sindacali dell'elenco dei lavoratori licenziati non incide sulla validità ed efficacia del licenziamento ma determina un'azione di risarcimento dei danni per il mancato godimento dei benefici connessi con la mobilità. Il presupposto di tale conclusione si fonda sulla considerazione che la comunicazione dell'elenco dei lavoratori da porre in mobilità, essendo prevista a licenziamento avvenuto, non può incidere sulla validità ed efficacia del recesso¹².

Un altro orientamento, predominante, ha sostenuto, invece, che la sanzione dell'inefficacia deriva anche dalla violazione delle procedure previste dal 9° comma, dell'art. 4, sicché il recesso è inefficace anche nelle ipotesi dell'omessa o dell'inesatta comunicazione¹³.

Sulla questione sono intervenute le Sezioni unite della Cassazione che, aderendo al secondo orientamento, hanno riconosciuto che la violazione delle prescrizioni relative alle comunicazioni finali, investendo un elemento essenziale della complessa fattispecie, è causa di illegittimità e/o inefficacia del provvedimento finale di licenziamento; a tale vizio procedurale, tutta-

⁵ Cass., 13 luglio 2006, n. 15943, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 7-8; Cass., 18 gennaio 2005, n. 80, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, I.

⁶ Trib. Milano, 15 maggio 2000, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2000, 715.

⁷ Trib. Milano, 26 aprile 1997, in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1997, 772.

⁸ Cass., 15 febbraio 2001, n. 2188, in *Foro It.*, 2001, 1566; Cass., 10 luglio 2000, n. 9169, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, 1526; Cass., 9 agosto 2004, n. 15377, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce "Lavoro", n. 455.

⁹ Cass., Sez. un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. nella Giur.*,

2001, 247, con nota di Ferrà, *Omessa comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*.

¹⁰ Cass., 7 dicembre 2007, n. 25668, in *Guida Dir.*, 2008, 363; Cass., 8 novembre 2007, n. 23275, in *Guida Lav.*, 2008, 5, 31.

¹¹ Cass., 16 febbraio 2010, n. 3603, in *Dir. e Giust.*, 2010.

¹² Cass., 8 aprile 1998, n. 3610, in *Foro It.*, 1998, I, 2125.

¹³ Cass., 10 giugno 1999, n. 5718, in *Foro It.*, 1999, I, 2519; Cass., 22 marzo 1999, n. 2701, in *Notiziario giurisprudenza Lav.*, 1999, 532; Cass., 1° luglio 1998, n. 6448, in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, 692.

via può essere dato rimedio mediante il compimento dell'atto mancante o mediante la rinnovazione di quello viziato¹⁴.

A tal proposito, parte della dottrina¹⁵ non condivide l'arresto al quale è pervenuta la Cassazione a Sezioni unite, in quanto reputa che nella fase di comunicazione di cui al 9° comma, dell'art. 4, si è già "oltre" le procedure che la legge ritiene elemento essenziale ed imprescindibile per l'efficacia dell'atto.

La stessa dottrina ricorda che i licenziamenti per riduzione di personale sono soggetti ad un doppio filtro di controllo (uno collettivo procedurale; l'altro individuale causale in base ai criteri di scelta).

Il legislatore differenzia il tipo di sanzione invalidante a seconda che si tratti di violazione delle procedure o di inosservanza dei criteri di scelta: nel primo caso si avrà l'inefficacia del licenziamento, mentre nel secondo la sua annullabilità, con la conseguenza che dovranno essere reintegrati i lavoratori e bisognerà compiere un nuovo licenziamento per lo stesso numero, ma chiaramente, questa volta, con il rispetto dei criteri di scelta.

Nell'osservanza delle procedure è sotteso l'interesse collettivo e diffuso di tutti i lavoratori dell'azienda potenzialmente interessati dall'esubero e che il sindacato è chiamato a rappresentare e tutelare.

Il sindacato avrà quindi il compito di verificare, attraverso l'apposita comunicazione dell'azienda, le modalità di applicazione dei criteri di scelta, in special modo per controllare se le decisioni concordate con l'imprenditore siano state rispettate e nel caso ritenga che le modalità di applicazione dei criteri non siano state puntualmente indicate, potrà ricorrere *ex art. 28 St. lav.*¹⁶.

Il singolo lavoratore, invece, avrà a disposizione un

diverso percorso: potrà, dunque, in sede di impugnazione, denunciare tale inosservanza e chiedere la verifica da parte del giudice¹⁷.

È necessario ricordare che la lettera della legge contribuisce ad una lettura riduttiva circa la rilevanza dei profili individuali in questa fase, nel momento in cui, nello specificare gli adempimenti formali che il datore deve osservare nel licenziare i dipendenti (comunicare il recesso) prevede la necessità della forma scritta e del preavviso, nulla disponendo circa eventuali obblighi accessori relativamente ad ulteriori informazioni e motivazioni da fornire agli stessi dipendenti.

Sulla formulazione letterale del 9° comma, combinata alla valutazione dei penetranti obblighi di comunicazione viceversa imposti nei confronti del sindacato, fonda l'interpretazione, prevalente soprattutto nella giurisprudenza, che esclude la sussistenza di obblighi di motivazione in capo al datore di lavoro¹⁸.

Ma se è vero che l'impianto legislativo è imperniato sulle tutele procedurali sindacali, è pur vero anche che "la procedura (...) non oblitera la dimensione individuale del negozio"¹⁹. Pare cioè più corretto ritenere che la fase collettiva sia parallela ed ulteriore rispetto a quella individuale.

Non dovrebbe pertanto essere esclusa anche la possibilità che il singolo lavoratore, come parte del rapporto individuale, possa autonomamente attivarsi, avendone tutti i mezzi a disposizione, per accertare, quanto all'applicazione dei criteri di scelta, i dettagli della scelta datoriale che ha prodotto la cessazione del suo rapporto di lavoro e la piena legittimità della scelta stessa²⁰.

Diritto sindacale

Cassazione civile, Sez. lav., 20 agosto 2013, n. 19252 – Pres. Vidiri – Rel. Tria – P.M. Sepe (diff.) – Varvarito Lavori s.r.l. (avv. Rolfo, Vitiello) – Fillea CGIL (avv. Penzavalli).

Associazioni e attività sindacali – Repressione della condotta antisindacale – Canoni generali di buona fede e correttezza – Protratta tolleranza sindacale di comportamento datoriale contrastante con norma collettiva – Ricorso *ex art. 28 stat. lav.* – Esclusione

¹⁴ Cass., Sez. un., 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv. Dir. Lav.*, 2001, II, 144, con nota di Papaleoni, *Le sezioni unite tornano su mobilità e obblighi di comunicazione*; Cass., Sez. un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. nella Giur.*, 2001, 247, con nota di Ferrai, *Omessa comunicazione delle modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare*; Cass., Sez. un., 11 maggio 2000, n. 309, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 915, con nota di Liebman, *Garanzie procedurali e legittimità delle scelte dell'imprenditore nei processi di ristrutturazione aziendale*. L'orientamento delle Sezioni unite può oggi ritenersi consolidato: tra le tante, Cass., 28 gennaio 2009, n. 2166, in *Guida Lav.*, 2009, n. 13, 12; Cass., 18 maggio 2006, n. 11660; in senso parzialmente difforme, Cass., 24 marzo 2004, n. 5942, in *Riv. Dir. Lav.*, 2005, II, 657, con nota di Casciano, *Ancora sull'inapplicabilità ai rappresentanti sindacali della tutela contro il licenziamento accordata dallo statuto dei lavoratori a favore dei soli dirigenti sindacali*.

¹⁵ Vedi Natullo, *Il licenziamento collettivo: interesse, procedure, tutele*, Milano, 2004, 211.

¹⁶ In questo senso cfr. Montuschi, *Procedure e forme: comunicare è bello?*, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2000, 667.

¹⁷ Vedi Natullo, *Il licenziamento collettivo: interesse, procedure, tutele*, cit., 212.

¹⁸ Miscione, *I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*, in Carinci (a cura di), *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, Napoli, 1991, 348; Zoli, *La procedura di licenziamento collettivo e il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, in *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro (AIDLASS)*, Milano, 2002, 287.

¹⁹ Del Punta, *I licenziamenti collettivi*, in Papaleoni-Del Punta-Mariani (a cura di), *La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità*, Padova, 1993, 329.

²⁰ Natullo, *Interessi individuali e collettivi nelle "procedure di mobilità"*, in Santucci (a cura di), *I licenziamenti collettivi tra questioni applicative e nuove regole: atti dell'incontro studio di Benevento, 23 novembre 2004*, Milano, 2005, 48 e segg.

Non è conforme ai generali canoni della buona fede e della correttezza, che sono alla base delle corrette relazioni sindacali e, quindi, dell'esecuzione dei contratti collettivi, il ricorso allo strumento di cui all'art. 28 stat. lav. per denunciare l'antisindacalità di un comportamento datoriale, contrastante con una norma collettiva, tollerato dal sindacato per un tempo significativo.

Contratto collettivo – Contratto integrativo provinciale – Mancata applicazione in azienda – Protratta tolleranza sindacale – Abrogazione implicita della norma – Esclusione

La prolungata inerzia delle organizzazioni sindacali di un'azienda alla violazione di una norma contrattuale provinciale non ha di per sé efficacia abrogativa della stessa norma potendo le organizzazioni sindacali in qualsiasi momento far valere la persistente vigenza della norma con modalità conformi ai generali canoni della buona fede e della correttezza.

Omissis. — *Svolgimento:* 1.— La sentenza attualmente impugnata, in riforma della sentenza del Tribunale di Firenze n. 517 del 29 aprile 2009, rigetta l'opposizione proposta in primo grado dalla Varvarito Lavori s.r.l. contro il decreto del 24 ottobre 2008 con il quale il Tribunale di Firenze *ex art. 28 stat. lav.:* 1) ha dichiarato la natura antisindacale della condotta della suindicata società consistente nell'aver stabilito il piano ferie per l'anno 2008 in violazione della procedura prevista dal contratto integrativo provinciale di Firenze vigente tra le parti; 2) ha ordinato alla società stessa di convocare il sindacato ricorrente, FILLEA (Federazione Italiana Lavoratori Legno Edili e Affini) CGIL, al fine di stabilire, nel corso di un apposito incontro a livello aziendale, i periodi di godimento degli istituti previsti contrattualmente, tra i quali le ferie.

La Corte d'appello di Firenze, per quel che qui interessa, precisa che:

a) l'art. 3 del contratto collettivo provinciale 15 luglio 2002 (rinnovato il 29 giugno 2006 e pacificamente vigente nel 2008) — attuativo dell'art. 16 del CCNL Edili — stabilisce che “le parti concordano a livello aziendale che, entro il mese di aprile di ogni anno, siano stabiliti, nel corso di un apposito incontro, i periodi di godimento degli istituti previsti contrattualmente (ferie, permessi individuali retribuiti etc.)”;

b) in base al successivo art. 6, fra l'altro, il godimento delle ferie deve avvenire nella misura di tre settimane consecutive tra giugno, luglio e agosto e, “a fronte di obiettive esigenze produttive o tecnico-organizzative”, può essere previsto “di comune accordo fra le parti” lo scaglionamento dei lavoratori nell'assegnazione delle ferie;

c) il generale principio dell'ordinamento del lavoro secondo cui la fissazione del periodo feriale è una tipica prerogativa datoriale porta agevolmente a ritenere che ogni disposizione pattizia che preveda un “previo incontro” con le OO.SS. o comunque con i rappresentanti dei lavoratori in materia di ferie, non può non essere intesa nel senso che il datore di lavoro, prima di stabilire il piano ferie, deve obbligatoriamente convocare le OO.SS. per intavolare il confronto previsto dal contratto;

d) ne risulta che non è da condividere l'opzione ermeneutica dubitativa — sul soggetto onerato a prendere l'iniziativa dell'incontro in argomento — sostenuta nella sen-

tenza di primo grado, così come appare erroneo “l'inciso per cui la convocazione delle OO.SS. sarebbe un comportamento obbligatorio” (*recte*: “comportamento non obbligatorio” n.d.r.);

e) nella specie, la società Varvarito Lavori, senza preventivamente convocare l'incontro previsto dal contratto provinciale, ha redatto la “programmazione ferie 2008”, fissando anche il periodo di “chiusura aziendale” e il divieto di fruizione delle ferie dopo il 25 agosto 2008;

f) tale comportamento costituisce senz'altro condotta antisindacale repressa dall'art. 28 stat. lav. — senza necessità di indagare sul relativo elemento soggettivo — in quanto ha impedito lo stesso esplicarsi dell'attività sindacale, con la soppressione di uno spazio contrattualmente previsto per la trattativa;

g) né ha alcun rilievo la comunicazione al sindacato — su richiesta dello stesso — del contenuto del documento contenente la suindicata “programmazione ferie”, avvenuta dopo la sua redazione;

h) del pari ininfluenza è la circostanza che, per molti anni, l'indicata convocazione delle OO.SS. non era stata effettuata dalla società, visto che ad essa possono darsi le più diverse spiegazioni e comunque alla prolungata inerzia del sindacato di una singola azienda non può essere attribuita portata abrogatrice del contratto provinciale di categoria, in assenza di altri elementi noti o prospettati in causa; — *Omissis.*

2.— Il ricorso della Varvarito Lavori s.r.l., illustrato da memoria, domanda la cassazione della sentenza per tre motivi; resiste, con controricorso, il sindacato FILLEA CGIL. — *Omissis.*

1.— Con il primo motivo si denuncia, in relazione all'art. 360 c.p.c., n. 3, falsa applicazione dei canoni ermeneutici (artt. 1362, 1363 e 1371 c.c.), in relazione all'art. 3 del contratto collettivo provinciale di Firenze, applicativo dell'art. 16 del CCNL Edili.

Si ricorda che l'art. 3 del contratto integrativo provinciale stabilisce che: “le parti concordano a livello aziendale che, entro il mese di aprile di ogni anno, siano stabiliti, nel corso di un apposito incontro, i periodi di godimento degli istituti previsti contrattualmente”, tra cui rientrano le ferie.

La norma non indica chi debba prendere l'iniziativa dell'effettuazione dell'incontro, quindi lascia aperta la possibilità dell'assunzione dell'iniziativa sia da parte del datore di lavoro sia da parte del sindacato, diversamente da quanto affermato dalla Corte d'appello, la quale ha ritenuto che era il datore di lavoro obbligato a convocare le organizzazioni sindacali per l'incontro previsto dal contratto.

La società ricorrente rileva che — secondo la normativa generale dettata dall'art. 2109 c.c., in materia di determinazione del periodo stabilito per il godimento delle ferie — al datore di lavoro è da riconoscere un potere assoluto cui corrisponde l'obbligo di soggezione del prestatore di lavoro rispetto alle decisioni datoriali.

La clausola contrattuale in esame però deroga a tale disciplina — in favore del lavoratore — e tende ad affievolire il potere del datore di lavoro, riconoscendo alle organizzazioni sindacali il diritto a partecipare ad un incontro al fine di discutere insieme con il datore di lavoro il piano ferie estivo.

Rispetto a tale diritto delle OO.SS. il datore di lavoro “si trova semplicemente in una situazione di obbligo, di soggezione”, sicché era onere delle OO.SS. di attivarsi per potere adeguatamente esercitare il diritto loro riconosciuto

dalla norma contrattuale della predisposizione del piano ferie "partecipata", anziché imposta dal datore di lavoro.

Questa era la comune intenzione delle parti che hanno sottoscritto il suindicato contratto, quale fatta palese dalla relativa interpretazione letterale e logica, desumibile anche dal comportamento del sindacato successivo alla conclusione del contratto in oggetto (sottoscritto nel 2002) e complessivo e, in particolare, dal fatto che il sindacato, nei venti anni antecedenti il 2008, non ha mai chiesto un incontro per la programmazione delle ferie in applicazione dell'art. 3 del contratto integrativo in argomento, con ciò dimostrando di intendere la norma nel senso che la promozione dell'incontro doveva competere al soggetto che ne aveva interesse, cioè al sindacato.

Le suddette considerazioni sarebbero compatibili anche con i criteri ermeneutici previsti dagli artt. 1363 e 1371 c.c. e, in particolare, con la configurazione della norma contrattuale in argomento come norma di favore per il lavoratore, al pari di tutto il contratto integrativo in cui è inserita e nel rispetto dell'art. 2077 c.c., che vieta di prevedere condizioni contrattuali peggiorative per il prestatore di lavoro.

2.— Con il secondo motivo si denuncia, in relazione all'art. 360, n. 5, c.p.c., omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione su un fatto controverso e decisivo per il giudizio.

Si precisa che il fulcro della presente controversia è rappresentato dallo stabilire se l'azienda avesse o meno l'obbligo di convocare l'incontro con le OO.SS. per predisporre in modo concordato il piano delle ferie del 2008 (come previsto dal contratto integrativo provinciale) ovvero se fossero le OO.SS., che ne avevano interesse, ad essere onerate ad assumere l'iniziativa dell'incontro stesso.

Si sostiene che il percorso argomentativo adottato dalla Corte fiorentina per giungere ad affermare la validità della prima delle suddette alternative non sarebbe coerente con l'esito finale del giudizio, in quanto nella sentenza impugnata: 1) non sarebbero esplicitate le ragioni del manifestato dissenso rispetto alla soluzione dubitativa adottata nella sentenza del Tribunale, secondo cui il contratto provinciale non determinerebbe il soggetto obbligato ad assumere l'iniziativa per la convocazione dell'incontro; 2) sarebbe del tutto contraddittoria l'affermazione in base alla quale si considera errato l'inciso della sentenza di primo grado "per cui la convocazione delle OO.SS. sarebbe un comportamento obbligatorio" (*recte*: "comportamento non obbligatorio" n.d.r.), essendo evidente che la qualificazione della condotta dell'azienda come antisindacale presuppone l'obbligatorietà della convocazione delle OO.SS. — *Omissis*.

5.— Il primo e il secondo motivo — da trattare congiuntamente, data la loro intima connessione — sono fondati, nei limiti e per le ragioni di seguito esposti.

5.1.— In base a consolidati e condivisi orientamenti di questa Corte:

a) tra le condizioni di proponibilità della domanda di repressione della condotta antisindacale ai sensi della legge n. 300/1970, art. 28, non va annoverata l'immediatezza della reazione dei soggetti lesi dalla condotta del datore di lavoro denunciata come antisindacale, pertanto l'azione può essere proposta anche dopo lungo tempo dall'inizio della condotta illegittima, purché il comportamento denunciato sia ancora in atto e ancora permangano gli effetti lesivi della libertà e delle attività del sindacato o del diritto di

sciopero (Cass., 16 febbraio 1998, n. 1600; Cass., 8 febbraio 1985 n. 1005; Cass., 4 febbraio 1983 n. 945; Cass., Sez. un., 13 giugno 1977 n. 2443);

b) requisito essenziale dell'azione di repressione della condotta antisindacale, di cui alla legge n. 300/1970, art. 28 è l'attualità di tale condotta o il perdurare dei suoi effetti. Tale requisito — sulla base dell'interpretazione letterale e sistematica della suddetta norma, anche alla luce di quanto previsto in ordine alla legittimazione attiva in capo agli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali, riconosciuta nell'interesse al ripristino nell'azienda dei diritti sindacali, nella completa autonomia rispetto alle azioni proponibili dai singoli lavoratori, e restando invece irrilevante la tendenza del procedimento all'emanazione di pronunce costitutive o di mero accertamento — deve intendersi nel senso che, da un lato, il mero ritardo della proposizione del ricorso non ne determina di per sé l'inammissibilità in presenza della permanenza degli effetti lesivi, e, dall'altro, il solo esaurirsi della singola azione lesiva del datore di lavoro non può precludere l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti tuttora persistente ed idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, suscettibile di determinare in qualche misura una restrizione o un ostacolo al libero esercizio dell'attività sindacale. L'accertamento in ordine alla attualità della condotta antisindacale e alla permanenza dei suoi effetti costituisce un accertamento di fatto, demandato al giudice di merito ed incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione, immune da vizi logici o giuridici (Cass., 6 giugno 2005, n. 11741);

c) in tema di repressione della condotta antisindacale, ai sensi della legge n. 300/1970, art. 18, il solo esaurirsi della singola azione lesiva del datore di lavoro non può precludere l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo ove questo, alla stregua di una valutazione globale non limitata ai singoli episodi, risulti tuttora persistente e idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo, sia per la sua portata intimidatoria, sia per la situazione di incertezza che ne consegue, suscettibile di determinare in qualche misura una restrizione o un ostacolo al libero esercizio dell'attività sindacale. L'accertamento in ordine alla attualità della condotta antisindacale e alla permanenza dei suoi effetti costituisce un accertamento di fatto, demandato al giudice di merito ed incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da adeguata motivazione, immune da vizi logici o giuridici (Cass., 12 novembre 2010, n. 23038);

d) peraltro, non è richiesta dall'art. 28 stat. lav., per la configurabilità della condotta antisindacale, la presenza della volontà di impedire o limitare l'esercizio della libertà e dell'attività sindacale nonché del diritto di sciopero, essendo a tal fine richiesto soltanto che il comportamento datoriale leda oggettivamente, ed anche solo potenzialmente, gli interessi collettivi di cui sono portatrici le organizzazioni sindacali, con la conseguenza che il giudice è chiamato ad accertare unicamente l'idoneità della condotta denunciata a ledere la libertà sindacale o il diritto di sciopero (ved., per tutte: Cass., Sez. un., 12 giugno 1997 n. 5295; Cass., 5 luglio 1997, n. 6080; Cass., 16 febbraio 1998, n. 1600; Cass., 21 luglio 2008, n. 20078).

5.2.— Tali principi hanno la loro base nella natura dello strumento processuale di cui all'art. 28 stat. lav., che è

finalizzato a realizzare in tempi rapidi il ripristino delle situazioni di violazione dei diritti di libertà e di attività sindacale nell'ambito della "politica promozionale perseguita dal legislatore al precipuo fine di favorire l'ordinato svolgimento del conflitto sociale" e quindi attraverso "una selezione dei soggetti collettivi protetti fondata sul principio della loro effettiva rappresentatività" (Corte cost., sentenze n. 30/1990 e n. 89/1995).

Ora è evidente che la suddetta configurazione dell'istituto presuppone che le organizzazioni sindacali ricorrano a tale strumento sulla base di scelte conformi ai generali canoni della buona fede e della correttezza.

5.3.— Nella presente fattispecie non risulta che ciò sia avvenuto.

Infatti — pur muovendosi dal generale principio dell'ordinamento del lavoro secondo cui la fissazione del periodo feriale è una tipica prerogativa datoriale e quindi accedendosi alla tesi secondo cui ogni disposizione pattizia che preveda un "previo incontro" con le OO.SS. o comunque con i rappresentanti dei lavoratori in materia di ferie, non può non essere intesa nel senso che il datore di lavoro, prima di stabilire il piano ferie, deve prendere l'iniziativa di convocare le OO.SS. per intavolare il confronto previsto dal contratto e pur escludendosi la necessità di uno specifico intento antisindacale da parte del datore di lavoro ai fini dell'applicazione dell'art. 28 stat. lav. — non deve essere pretermesso che lo strumento processuale di cui si tratta è attribuito alle associazioni sindacali "selezionate" (nel senso suddetto) a garanzia della corretta ed effettiva applicazione dei diritti di libertà e di attività sindacale e, quindi, per ripristinare in breve tempo la situazione violata a seguito di azioni datoriali che si assumono lesive dei suddetti diritti.

Ciò significa che è contrario alla stessa *ratio* dell'istituto ricorrervi con modalità non conformi alla lealtà e alla buona fede che devono presiedere alle corrette relazioni sindacali, relazioni che proprio l'utilizzazione di questo particolare strumento tende a favorire.

Ne consegue che, nella specie, l'elemento che assume rilievo centrale è la prassi formatasi nell'azienda da un ventennio, nel senso della non effettuazione della convocazione delle OO.SS. per concordare il periodo delle ferie annuali (con conseguente mancata applicazione all'art. 3 del contratto integrativo in argomento, fin dalla sua emanazione del 15 luglio 2002).

5.4.— Ora, è indubbio sia che la fissazione del periodo feriale sia una tipica prerogativa del datore di lavoro (vedi, per tutte: Cass., 19 novembre 1998, n. 11691; Cass., 3 marzo 2009, n. 5078) sia che la suddetta norma contrattuale "limita" in senso favorevole ai lavoratori il suddetto potere datoriale, in quanto prevede una predisposizione del piano ferie "partecipata", anziché imposta unilateralmente dal datore di lavoro, al quale non è irragionevole ritenere che competa l'onere di prendere l'iniziativa della convocazione, visto che la titolarità del suindicato potere resta sua, mentre la norma contrattuale si limita a disciplinarne le modalità applicative.

Peraltro, a questo consegue che, per effetto della norma contrattuale integrativa, il datore di lavoro ha accettato — proprio nel senso di favorire un ordinato svolgimento delle relazioni sindacali — di ridurre l'ampiezza della propria prerogativa nella determinazione, per quel che interessa in questo giudizio, del periodo delle ferie annuali.

Ne consegue che, così come il datore di lavoro medesimo

si è impegnato a dare esecuzione alla suddetta norma contrattuale nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, analogo impegno hanno assunto le organizzazioni sindacali competenti.

5.5.— La suindicata prassi aziendale ventennale dimostra che, per lungo tempo, le organizzazioni sindacali non hanno manifestato interesse in ordine all'applicazione della clausola, non prendendo alcuna iniziativa rispetto alla loro mancata convocazione per la definizione del piano delle ferie annuali.

Ebbene, se da ciò non vi sono elementi per desumere — come sostenuto dalla società ricorrente — che le organizzazioni sindacali abbiano inteso la norma nel senso che la promozione dell'incontro ivi previsto doveva competere al sindacato, può però ricavarsi che le stesse OO.SS. abbiano posto in essere un comportamento concludente per far ritenere al datore di lavoro accettato l'uso della programmazione delle ferie non "partecipata".

In questa situazione l'iniziativa di ricorrere allo strumento di cui all'art. 28 stat. lav. — che ha dato origine al presente giudizio — a fronte di un comportamento datoriale analogo a quello tenuto nei venti anni precedenti — senza alcuna reazione delle OO.SS. — appare essere stata assunta senza il rispetto dei generali canoni della correttezza e della buona fede che governano anche le relazioni sindacali, visto che la stessa idea di diritto sindacale è permeata da un alto senso di civiltà giuridica e trova la sua sintesi proprio nel particolare strumento apprestato dal legislatore ai sindacati per la repressione della condotta antisindacale eventualmente posta in essere dal datore di lavoro.

5.6.— Non va dimenticato, del resto, che il suddetto strumento trova riscontro anche nell'art. 39 Cost. che, come più volte affermato dalla Corte costituzionale (vedi, per tutte: sentenza n. 393/2001), riconosce l'autonomia sindacale — la quale pur non implicando una riserva in suo favore nella materia della disciplina dei rapporti di lavoro (cfr. sentenza n. 419/2000), che rientra pur sempre nella discrezionalità del legislatore — tuttavia implica che il legislatore non possa "comprimere la libertà di azione dei sindacati che certamente comprende anche l'autonomia negoziale" (Corte cost. sentenza n. 697/1988).

In particolare, in varie occasioni, la Corte costituzionale ha precisato che l'art. 39 Cost. (sentenze n. 697/1988, n. 142/1980 e n. 34/1985) "esprime i due principi della libertà sindacale e dell'autonomia collettiva. Garantisce, cioè, ai cittadini la libertà di organizzarsi in sindacati e ai sindacati la libertà di agire nell'interesse dei lavoratori". Esso demanda ai sindacati la regolamentazione dei conflitti di interessi che sorgono tra le contrapposte categorie mediante la stipulazione di contratti collettivi e pur, nella tuttora mancata attuazione degli ultimi tre commi dell'art. 39 stesso, però consente che tra Governo e sindacati possano intervenire accordi su determinate materie e che detti accordi possano costituire, poi, il contenuto di leggi, configurando così i sindacati come soggetti che si trovano ad operare, in concreto, per la realizzazione di fini che sono anche politici e socio-economici.

Nella stessa ottica, di recente, la L. 28 giugno 2012, n. 92, indica, tra le proprie finalità quella della promozione di "modalità partecipative di relazioni industriali in conformità agli indirizzi assunti in sede europea, al fine di migliorare il processo competitivo delle imprese" (art. 1, comma 1).]

E anche in ambito internazionale, molti enti e organizza-

zioni del settore, a partire dall'OIL, attribuiscono un ruolo centrale alle relazioni sindacali, anche per una migliore gestione della attuale crisi.

Ovviamente a ciò è insito un modello di comportamento leale e corretto da parte di tutti i protagonisti.

Ne deriva che l'essenza stessa delle relazioni sindacali è permeata dal rispetto delle parti sociali dei generali obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., nei rapporti reciproci e — per quel che interessa in questa sede — anche nell'esecuzione dei contratti collettivi (arg. ex Cass., 23 dicembre 2002, n. 18296; Cass., 13 settembre 2002, n. 13393; Cass., 8 agosto 2000, n. 10450).

5.7.— La sentenza impugnata si è discostata dai suddetti principi, in particolare ove ha considerato ininfluyente la circostanza che, per molti anni, l'indicata convocazione delle OO.SS. non era stata effettuata dalla società, nel silenzio delle organizzazioni sindacali.

La Corte fiorentina ha anche aggiunto che comunque alla prolungata inerzia del sindacato di una singola azienda “non può essere attribuita portata abrogatrice del contratto provinciale di categoria”, mentre nella specie — riguardando la controversia il comportamento di un solo datore di lavoro e la inattività sindacale verificatasi in una sola azienda — non si vede perché attribuire il giusto rilievo al suddetto comportamento inerte delle OO.SS. dovrebbe produrre effetti “abrogativi” del contratto provinciale di categoria.

Infatti — a prescindere dal fatto che nel presente giudizio si discute delle relazioni sindacali di una sola azienda, come si è detto — è comunque da escludere che l'inattività del sindacato in tale azienda abbia prodotto l'abrogazione (implicita) della norma contrattuale in oggetto, anche solo nella sua applicazione nell'azienda di cui si tratta.

La norma, infatti, è rimasta vigente per tutto il tempo e ne è stato confermato il vigore nel rinnovo contrattuale del 29 giugno 2006, solo che nella Varvarito Lavori s.r.l. essa non ha ricevuto applicazione, in quanto le organizzazioni sindacali non hanno mai contestato che fosse il datore di lavoro a definire il periodo feriale annuale fino all'instaurazione del presente giudizio.

È evidente che le OO.SS. hanno piena facoltà di far valere la persistente vigenza della norma, ma in modo adeguato alla situazione venutasi a creare per effetto del loro prolungato e concludente comportamento di disinteresse.

Ed è questo che rileva in questa sede, cioè che, dopo la suddetta prolungata inerzia, le OO.SS. hanno fatto direttamente ricorso allo strumento di cui all'art. 28 stat. lav. configurando come antisindacale un comportamento del datore di lavoro — cioè la redazione della “programmazione ferie 2008”, senza preventiva convocazione delle OO.SS. — analogo a quello tenuto per molti anni in precedenza, in assenza di reazioni dei sindacati, assumendone il contrasto con l'art. 3 del contratto collettivo provinciale applicabile nella specie e così utilizzando il suddetto strumento in modo non conforme alla sua stessa *ratio*, perché in violazione dei fondamentali canoni della buona fede e

della correttezza, che sono alla base delle relazioni sindacali e, quindi, dell'esecuzione dei contratti collettivi.

4.— Conclusioni.

6.— In sintesi, i primi due motivi del ricorso devono essere accolti, nei suddetti termini, mentre il terzo motivo va rigettato. La sentenza deve, quindi, essere cassata, in relazione alle censure accolte. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con l'accoglimento dell'opposizione proposta in primo grado dalla Varvarito Lavori s.r.l. contro il decreto in data 24 ottobre 2008 emesso dal Tribunale di Firenze legge n. 300/1970, ex art. 28 e la revoca tale ultimo decreto.

Si reputa che sussistano giusti motivi per una integrale compensazione delle spese giudiziali dell'intero processo, in considerazione della natura e della complessità delle questioni trattate.

Ai sensi dell'art. 384, comma 1, c.p.c., si ritiene opportuno enunciare i seguenti principi di diritto:

1) “come più volte affermato anche dalla Corte costituzionale (vedi, per tutte: Corte così, sentenze n. 30/1990 e n. 89/1995) lo strumento processuale di cui all'art. 28 stat. lav. è finalizzato a realizzare in tempi rapidi il ripristino delle situazioni di violazione dei diritti di libertà e di attività sindacale nell'ambito della “politica promozionale perseguita dal legislatore al precipuo fine di favorire l'ordinato svolgimento del conflitto sociale”, il che presuppone che le organizzazioni sindacali ricorrano a tale strumento sulla base di scelte conformi ai generali canoni della buona fede e della correttezza, che sono alla base delle corrette relazioni sindacali e, quindi, dell'esecuzione dei contratti collettivi. Ne consegue che non è conforme ai suddetti canoni il ricorso allo strumento di cui all'art. 28 stat. lav. effettuato in base alla configurazione come antisindacale di un comportamento del datore di lavoro — nella specie predisposizione del periodo delle ferie annuali, senza la preventiva convocazione delle OO.SS. — analogo a quello tenuto per molti anni (circa venti) in precedenza, in assenza di reazioni dei sindacati, assumendone il contrasto con una norma del contratto collettivo provinciale applicabile nella specie, ma mai applicata in precedenza nell'ambito dell'azienda interessata”;

2) “alla prolungata inerzia delle organizzazioni sindacali di una singola azienda nel reagire al mancato rispetto, da parte del datore di lavoro, di una clausola di un contratto integrativo provinciale contenente una normativa di favore per i lavoratori — nella specie in materia di predisposizione del periodo delle ferie annuali “partecipata” con le OO.SS. — non può essere attribuita, di per sé, portata abrogatrice del contratto provinciale stesso, anche solo nella sua applicazione nell'azienda di cui si tratta, ove la norma risulti comunque presente nel contratto da applicare. Ne consegue che alle OO.SS. è da riconoscere piena facoltà di far valere, nell'ambito dell'azienda, la persistente vigenza della norma, ma in modo adeguato alla situazione venutasi a creare per effetto del loro prolungato e concludente comportamento di disinteresse alla relativa applicazione”. — *Omissis*.

La rilevanza dei canoni generali di buona fede e correttezza nel procedimento ex art. 28 stat. lav.

Elisa Puccetti*

La suprema Corte, chiamata a pronunciarsi su una sentenza che aveva ritenuto antisindacale un comportamento datoriale contrastante con una norma collettiva ma tollerato dal sindacato per un significativo periodo di tempo, ha considerato inadeguati alla soluzione del caso concreto i propri consolidati principi nella materia *de qua* (attualità della condotta, irrilevanza dell'elemento soggettivo). La suprema Corte ha quindi affermato che il ricorso allo strumento processuale di cui all'art. 28 stat. lav. da parte delle OO.SS. deve essere conforme ai generali canoni di buona fede e correttezza e, alla stregua di tale principio, ha cassato la sentenza di merito ritenendo che la prolungata inerzia del sindacato nel reagire alla violazione di una norma collettiva pur non avendo efficacia abrogativa della norma non consenta al medesimo di agire ex art. 28 stat. lav. per far valere la persistente vigenza ed applicazione della norma.

I principi consolidati in materia di repressione della condotta sindacale

I presupposti processuali e sostanziali dell'art. 28 stat. lav. sono stati delineati dalla giurisprudenza negli oltre 40 anni di applicazione dell'istituto.

Sul versante processuale, con alcune pronunce degli anni '80 e '90¹ la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il ricorso ex art. 28 stat. lav. non richiede l'immediatezza della reazione sindacale potendo essere proposto anche a notevole distanza temporale dall'inizio della condotta illegittima purché il comportamento denunciato sia ancora in atto o permangano i suoi effetti lesivi.

Pur escludendo la necessità di una immediata reazione sindacale — astrattamente compatibile con la natura sommaria e di urgenza del procedimento — la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che nel prevedere l'ordine giudiziale di «cessazione del comportamento illegittimo» il legislatore intendesse comunque riservare questo strumento processuale alle sole condotte datoriali concretamente lesive dei diritti sindacali al momento della proposizione del ricorso.

Consapevole tuttavia che, nel suo significato letterale, il requisito dell'attualità avrebbe costituito una condizione di proponibilità del ricorso ancor più restrittiva di quella prevista per le procedure di urgenza, la giurisprudenza ha trasferito il requisito stesso dalla condotta antisindacale ai suoi effetti lesivi.

Così, è stato precisato che l'attualità della condotta deve intendersi nel senso che, da un lato, il mero ritar-

do della proposizione del ricorso non ne determina di per sé l'inammissibilità in presenza della permanenza degli effetti lesivi² e, dall'altro lato, l'esaurirsi della singola azione lesiva non preclude l'ordine del giudice di cessazione del comportamento illegittimo laddove questo risulti persistente e idoneo a produrre effetti durevoli nel tempo per la sua portata intimidatoria e per la situazione di incertezza che ne consegue³.

Sul versante sostanziale, a fronte di una definizione teleologica della condotta antisindacale («comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero»), la giurisprudenza ha ritenuto la stessa configurabile sia in caso di azioni tipizzate e consistenti nella violazione di prerogative sindacali (legali o contrattuali) sia in caso di comportamenti non tipizzati ed astrattamente leciti ma concretamente lesivi di diritti sindacali.

Così definita l'antisindacalità della condotta nel suo elemento oggettivo, la giurisprudenza si è a lungo interrogata circa l'elemento soggettivo giungendo a tre diverse soluzioni interpretative: un primo orientamento ha ritenuto antisindacale il comportamento datoriale oggettivamente lesivo dei diritti sindacali ed intenzionalmente diretto a conseguire detto scopo⁴, un secondo orientamento ha ritenuto antisindacale qualunque comportamento oggettivamente lesivo dei diritti sindacali a prescindere da ogni indagine circa la colpa e/o il dolo datoriale⁵ ed un terzo orientamento è giunto ad una soluzione intermedia ritenendo sufficiente l'elemento oggettivo per le condotte antisinda-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Cfr. Cass. civ., 4 febbraio 1983, n. 945, in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 1636; Id., 8 febbraio 1985, n. 1005, in *Mass. Giur. It.*, 1985, e Id., 16 febbraio 1998, n. 1600, *ivi*, 1998.

² Cfr. Cass. civ., 6 giugno 2005, n. 11741, in *Mass. Giur. It.*, 2005.

³ Cfr. Cass. civ., 5 aprile 1991, n. 3568, in *Foro It.*, 1992, I, 183; Id., 2 settembre 1996, n. 8032, in *Mass. Giur. It.*, 1996; Id., 2 giugno 1998, n. 5422, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 512; Id., 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Lavoro nella Giur.*, 2003, 958; Id., 22 febbraio 2003, n. 2770, in *Guida al Diritto*, 2003, 16, 50; Id., 6 giugno 2005, n. 11741, in *Mass. Giur. It.*, 2005; Id., 26 settembre 2007, n. 20164, *ivi*, 2007; Id., 16 dicembre 2009, n. 26368, in *Foro It.*, 2010, 3, 1, 883; Id., 12 novembre 2010, n. 23038; Id., 29 luglio

2011, n. 16788, in *Giur. It.*, 2012, 4, 856; Id., 6 agosto 2012, n. 14157, e Id., 25 novembre 2013, n. 26286.

⁴ Cfr. Cass. civ., 5 giugno 1981, n. 3635, in *Mass. Giur. Lav.*, 1982, 326, con nota di Mazzoni; Id., 20 luglio 1982, n. 4281, in *Giust. Civ.*, 1983, I, 517; Id., 8 febbraio 1985, n. 1005, in *Mass. Giur. It.*, 1985; Id., 17 febbraio 1987, n. 1713, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, 514; Id., 27 luglio 1990, n. 7589, in *Mass. Giur. It.*, 1990; Id., 12 agosto 1993, n. 8673, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1993, 785, e Id., 19 luglio 1995, n. 7833, in *Mass. Giur. It.*, 1995.

⁵ Cfr. Cass. civ., 6 giugno 1984, n. 3409, in *Foro It.*, 1984, I, 2779, con nota di Mazzotta; Id., 3 giugno 1987, n. 4871, in *Giur. It.*, 1988, I, 1, 564, con nota di Berruti; Id., 10 settembre 1990, n. 9306, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1990, 747; Id., 3 luglio 1992, n. 8143, in *Prat. Lavoro*, 2008, 9, 470; Id., 16 luglio 1992, n. 8610, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, II, 841, con nota di Malpeli, e Id., 23 marzo 1994, n. 2808, in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2205.

cali tipizzate e necessario l'elemento soggettivo per le condotte non tipizzate⁶.

Con la sent. n. 5295/1997 le Sezioni unite hanno risolto il contrasto giurisprudenziale adottando il principio della responsabilità oggettiva⁷, al quale si è tendenzialmente uniformata la successiva giurisprudenza⁸ salvo isolate pronunce che hanno seguito l'orientamento intermedio⁹.

Il caso

La società ricorrente per un lungo periodo di tempo (20 anni) ha disapplicato la norma di un contratto collettivo provinciale che imponeva alle parti di concordare a livello aziendale, nel corso di un apposito incontro, i periodi di godimento degli istituti previsti contrattualmente omettendo di effettuare la convocazione delle OO.SS. per concordare il periodo di ferie annuali senza ricevere alcuna contestazione da parte delle OO.SS. medesime.

A fronte di una nuova programmazione delle ferie senza la previa convocazione dell'incontro sindacale le OO.SS. hanno proposto un ricorso *ex art. 28 stat. lav.* lamentando la violazione della propria prerogativa sindacale sancita dal contratto collettivo.

Dopo difformi pronunce in fase sommaria e di opposizione¹⁰, la Corte d'appello di Firenze ha accertato l'antisindacalità della condotta datoriale essenzialmente ritenendo che la mancata convocazione delle OO.SS. prevista da una norma collettiva costituisca di per sé comportamento antisindacale a prescindere da ogni valutazione dell'elemento soggettivo datoriale e dalla prassi osservata dalle parti negli anni precedenti¹¹.

Il nuovo principio sancito dalla suprema Corte

La fedeltà all'orientamento giurisprudenziale dominante ha dunque condotto i giudici di merito, nel caso concreto, a ritenere antisindacale una condotta datoriale pur conforme ad una prassi consolidata e mai contestata dal sindacato ricorrente.

La soluzione deve essere apparsa alla suprema Corte non coerente con la *ratio* dell'art. 28 stat. lav. in ragione del suo formalismo.

Per giungere ad una soluzione diversa i giudici di legittimità avrebbero potuto ritenere insussistenti i requisiti processuali o sostanziali dell'azione di repressione della condotta antisindacale.

Sul versante processuale, avrebbero potuto attribuire rilevanza alla tardività dell'azione sindacale rispetto all'inizio della condotta illegittima.

Considerato però che la condotta, seppur risalente e mai contestata, era persistente nella sua prolungata reiterazione, se avesse ritenuto inammissibile l'azione per tardività della reazione sindacale la Corte avrebbe sostituito il requisito di attualità della condotta e/o degli effetti lesivi con quello di urgenza dell'azione da sempre negato.

Sul versante sostanziale, non potendo attribuire ad una prassi aziendale efficace abrogatrice di un norma contrattuale di fonte diversa (nel caso di specie, un contratto integrativo provinciale)¹², la Corte avrebbe potuto negare l'antisindacalità della condotta solo rilevando la conformità del comportamento tenuto dal datore di lavoro ai criteri di buona fede e correttezza delle relazioni sindacali.

In altri termini, i giudici di legittimità avrebbero potuto affermare che un comportamento conforme a tali criteri non può configurare una condotta antisindacale ritenendo così la lesione della prerogativa sindacale sancita dalla norma contrattuale formale ma non sostanziale.

Una simile soluzione sarebbe stata invero compatibile con l'orientamento giurisprudenziale che esclude la necessità di un intento lesivo per qualificare di antisindacalità la condotta datoriale in quanto non avrebbe considerato la buona fede soggettiva quale convincimento del datore di lavoro di non ledere alcun diritto sindacale bensì la buona fede e correttezza oggettiva quale regola di condotta cui deve improntarsi l'azione del datore di lavoro nelle relazioni sindacali.

Come noto, l'obbligo di buona fede e correttezza costituisce ormai, nel diritto vivente, un autonomo dovere giuridico, espressione del generale principio di solidarietà sancito dall'art. 2 della suprema Carta¹³, applicabile in ambito contrattuale¹⁴ ed extracontrat-

⁶ Cfr. Cass. civ., 13 febbraio 1987, n. 1598, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, 685; Id., 22 luglio 1992, n. 8815, in *Notiz. Giur. Lav.*, 1992, 611; Id., 19 luglio 1995, n. 7833, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 683, con nota di Liebman; Id., 8 settembre 1995, n. 9501, *ivi*, 1996, 14, con nota di Papaleoni; Id., 13 gennaio 1996, n. 232, in *Mass. Giur. It.*, 1996.

⁷ Cfr. Cass. civ., 12 giugno 1997, n. 5295, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, 55, con nota di Martinucci.

⁸ Cfr. Cass. civ., 22 giugno 1998, n. 6193, in *Giur. It.*, 1999, 927, con nota di Lunardon; Id., 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Lavoro nella Giur.*, 2003, 958, con nota di Girardi; Id., 22 febbraio 2003, n. 2770, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 404, con nota di Scimè; Id., 22 aprile 2004, n. 7706, *ivi*, 2004, 474; Id., 18 aprile 2007, n. 9250, in *Argomenti*, 2007, 6, 2, 1428, con nota di Cottone; Id., 20 marzo 2008, n. 7604, in *Argomenti*, 2009, 3, 2, 785, con nota di Torsello; Id., 16 dicembre 2009, n. 26368, in *Foro It.*, 2010, 3, 1, 883, e Id., 25 novembre 2013, n. 26286.

⁹ Cfr. Cass. civ., 7 marzo 2001, n. 3298, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, II, 14, con nota di Di Paola, e Id., 21 luglio 2008, n. 20078, in *Mass. Giur. It.*, 2008.

¹⁰ Il Tribunale di Firenze, in fase sommaria, con decreto del 24 ottobre 2008 ha ritenuto antisindacale il comportamento tenuto dalla società mentre, in sede di opposizione, con la sent. 29 aprile 2009, n. 517, ha escluso detta antisindacalità.

¹¹ Cfr. App. Firenze, 14 maggio 2010, n. 699.

¹² Principio espressamente affermato dalla sentenza in commento.

¹³ Cfr. Cass. civ., 15 febbraio 2007, n. 3462, in *Mass. Giur. It.*, 2007. Conformi: Cass. civ., 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contratti*, 2005, 5, 429; Id., 7 giugno 2006, n. 13345, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. It.*, 2010, 556, e Id., 29-08-2011, n. 17716, in *Contratti*, 2011, 12, 1143.

¹⁴ Cfr. artt. 1175, 1358, 1366, 1375, 1460 c.c.

tuale¹⁵ con funzione integrativa delle fonti contrattuali e/o legali.

Tale funzione integrativa può ampliare o limitare gli obblighi assunti contrattualmente o derivanti da norme di legge¹⁶.

Nel caso di specie, la conformità del comportamento datoriale ad una prassi aziendale mai contestata dalla controparte sindacale è suscettibile di rendere oggettivamente corretta la condotta consentendo, come detto, di superare la formale violazione della norma contrattuale.

Pur potendo per questa via negare sul piano oggettivo l'antisindacalità della condotta datoriale, la suprema Corte ha preferito risolvere il caso concreto senza qualificare il comportamento tenuto dal datore di lavoro.

I giudici di legittimità hanno infatti applicato i criteri generali di buona fede e correttezza delle relazioni sindacali focalizzando la propria attenzione non sul comportamento datoriale, come usualmente avviene nei processi di repressione della condotta antisindacale, ma sul comportamento dell'organizzazione sindacale.

La Corte ha quindi affermato il principio per cui il ricorso allo strumento processuale di cui all'art. 28 stat. lav. da parte delle OO.SS. deve essere conforme ai generali canoni di buona fede e correttezza.

Alla luce di tale principio la Corte ha potuto valorizzare la prassi aziendale — reiterata e tollerata disapplicazione della norma contrattuale — ritenendo che, a fronte del proprio precedente e prolungato disinteresse all'applicazione della norma, per far valere la sua persistente vigenza ed applicazione il sindacato non potesse immediatamente agire ex art. 28 stat. lav.

Nel respingere l'azione promossa dal sindacato in quanto contraria ai canoni di buona fede e correttezza, i giudici di legittimità paiono evocare l'istituto giuridico dell'abuso dello strumento processuale che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto configurabile in caso di frazionamento di pretese derivanti da un unico rapporto contrattuale¹⁷, di parcellizzazione della tutela processuale dell'azione extracontrattuale¹⁸ e di azioni strumentali la cui proposizione prescinde dal diritto sostanziale¹⁹.

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte, che peraltro non ha espressamente qualificato l'azione promossa dal sindacato come abuso del rimedio processuale né ha richiamato l'orientamento giurisprudenziale formatosi al riguardo, evoca in particolare quello afferente alle azioni strumentali.

I giudici di legittimità non hanno infatti valutato il solo comportamento processuale della parte ma han-

no valutato la proposizione dell'azione in rapporto al comportamento tenuto dalla parte nelle relazioni sindacali e proprio in virtù di esso hanno ritenuto l'azione contraria ai canoni di buona fede e correttezza.

L'abuso quindi non attiene alla modalità con cui è attivato il diritto processuale, come ritenuto in caso di frazionamento della domanda, bensì allo stesso esercizio del diritto processuale, come ritenuto in caso di azioni strumentali.

La differenza non è di poco momento.

L'abuso nel *quomodo* non implica alcuna valutazione del diritto sostanziale mentre l'abuso nell'*an* comprende in sé la valutazione del diritto sostanziale tanto da potersi dubitare se l'abuso è del processo o del diritto.

Ciò emerge dallo stesso principio di diritto che la Corte ha enunciato nella sentenza in commento ai sensi dell'art. 384 c.p.c.

Respingere il ricorso ex art. 28 stat. lav. a fronte della prassi aziendale di disapplicazione della norma contrattuale e relativo disinteresse manifestato dal sindacato per la norma medesima in quanto trascendente la finalità di difesa e ripristino dei diritti sindacali violati propria di tale istituto processuale equivale, in buona sostanza, a respingere il ricorso per assenza di lesione della prerogativa sindacale²⁰.

La chiave di lettura data dai giudici di legittimità ai canoni di buona fede e correttezza — incentrata sul comportamento dell'organizzazione sindacale e su un abuso del processo che cela l'abuso del diritto — pare invero l'*escamotage* con cui la Corte ha voluto respingere l'azione senza affermare in maniera esplicita che in materia sindacale i citati criteri possono costituire una fonte integrativa non solo per connotare in termini di antisindacalità comportamenti formalmente conformi alle norme contrattuali ma anche per connotare di "sindacalità" comportamenti formalmente contrari alle norme contrattuali.

I canoni di buona fede e correttezza in sede di qualificazione della condotta antisindacale

Il principio introdotto dalla sentenza in esame è dunque di primaria importanza potendo condurre ad un *revirement* nella stessa qualificazione della condotta antisindacale.

Nell'ambito delle relazioni sindacali, i criteri generali di buona fede e correttezza vincolano reciprocamente le parti condizionando vicendevolmente i rispettivi comportamenti.

¹⁵ Cfr. art. 1337 c.c.

¹⁶ Cfr. Cass. civ., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Contratti*, 2006, 12, 1115.

¹⁷ Cfr. Cass. civ., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Nuova Giur. Civ.*, 2008, 4, 1, 458, con nota di Finessi, Cossignani; Id., 27 maggio 2008, n. 13791, in *Danno e Resp.*, 2009, 5, 518, con nota di Rossi; Id., 11 giugno 2008, n. 15476, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Id., 3 dicembre 2008, n. 28719, *ibid.*; Id., 15 marzo 2013, n. 6664.

¹⁸ Cfr. Cass. civ., 22 dicembre 2011, n. 28286, in *Danno e Resp.*, 2012, 11, 1123, con nota di Rossi.

¹⁹ Cfr. Cass. civ., 30 giugno 2006, n. 15158, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id., 27 settembre 2011, n. 19693, in *Corriere Trib.*, 2011, 43, 3630; Id., 2 ottobre 2013, n. 22502, e Id., Sez. V, 22 gennaio 2014, n. 1271, relative ad azioni finalizzate a creare un contenzioso fittizio per poter usufruire della definizione agevolata delle liti fiscali.

²⁰ Significativo, al riguardo, il passaggio nel quale la Corte rileva che «le stesse OO.SS. abbiano posto in essere un comportamento concludente per far ritenere al datore di lavoro accettato l'uso della programmazione delle ferie non "partecipata"».

Pertanto, la violazione di tali criteri da parte sindacale è il contraltare del loro rispetto dalla parte opposta e viceversa.

Detti criteri, oggi applicati dalla suprema Corte in un'ottica processuale per negare l'esperibilità del ricorso *ex art. 28 stat. lav.*, potrebbero assumere una significativa rilevanza nel merito del procedimento.

In altri termini, posta la regola generale che vede le relazioni sindacali reciprocamente improntate ai canoni di buona fede e correttezza, se la loro violazione da parte del sindacato gli preclude l'esercizio dell'azione *ex art. 28 stat. lav.* allora il loro rispetto da parte datoriale dovrebbe escludere la stessa qualificazione della condotta in termini di antisindacalità.

I canoni *de quibus* potrebbero quindi essere utilizzati per individuare la regola di condotta cui deve improntarsi l'azione del datore di lavoro nelle relazioni sindacali e, in rapporto ad essa, valutare la sussistenza o meno dell'antisindacalità.

Somministrazione di manodopera

Tribunale Milano, Sezione lavoro, 22 novembre 2013 – Est. De Carlo – Br.St. (avv.ti Co. Fr. e Al. Be.) - Ra.It. s.r.l. (avv. An. Fo.).

Lavoro (Rapporto) – Causale giustificatrice del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato – Insufficienza di prova da parte del datore di lavoro delle ragioni dell'assunzione a termine – Mancata dimostrazione della causa giustificatrice indicata nel contratto – Costituzione di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore e condanna all'indennità risarcitoria

In ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo determinato, dall'insufficienza di deduzione e prova delle ragioni dell'assunzione a termine da parte del datore di lavoro discende la mancata dimostrazione della causa giustificatrice indicata nel contratto, con conseguente costituzione di un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato con l'utilizzatore e la condanna all'indennità risarcitoria ex art. 32, comma 5, legge n. 183/2010.

Omissis. — *Motivi:* Le domande sono fondate nei termini e per i motivi che seguono. La ricorrente era stata assunta da Ra.It. s.p.a. con contratto di somministrazione a tempo determinato dal 2.8 al 14.9.12, con mansioni di addetta all'assemblaggio con utilizzo di colle e saldatori, motivato con la necessità di «Inserimento per picco di lavoro legato agli ordini del cliente Ko.»; la ricorrente era stata poi avviata presso Ra.It. s.r.l. Il contratto era stato prima prorogato fino al 31.12.12 per asserita permanenza

Ciò consentirebbe di attribuire alla buona fede e correttezza una duplice rilevanza.

Da un lato, la loro violazione potrebbe essere utilizzata per affermare l'antisindacalità di una condotta non tipizzata ed astrattamente lecita, come già riconosciuto dalla giurisprudenza²¹ e, dall'altro lato, il loro rispetto potrebbe essere utilizzato per escludere l'antisindacalità di condotte tipizzate ma prive di ogni sostanziale efficacia lesiva dei diritti sindacali e perciò non meritevoli di sanzione, come peraltro affermato da un isolato precedente di merito²².

Tale impiego dei criteri generali di buona fede e correttezza costituisce la trasposizione del principio sancito nella sentenza in commento dal piano processuale a quello sostanziale ove, nella materia *de qua*, la suprema Corte ha sempre preferito muoversi al fine di rendere il procedimento in esame effettivamente idoneo a garantire il tempestivo ripristino dei diritti sindacali.

«delle motivazioni che hanno dato origine alla stipulazione del contratto intercorrente».

In diritto, con riguardo alla disciplina applicabile nel caso di specie, deve osservarsi che l'art. 20, comma 4, del D.Lgs. n. 276/2003 stabilisce che «la somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore». L'art. 22, comma 2, del D.Lgs. cit. soggiunge che «in caso di somministrazione a tempo determinato il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile».

A sua volta, l'art. 27 del medesimo decreto legislativo sancisce che «Quando la somministrazione di lavoro avvenga al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli articoli 20 e 21, comma 1, lettere a), b), c), d) ed e), il lavoratore può chiedere, mediante ricorso giudiziale a norma dell'articolo 414 c.p.c., notificato anche soltanto al soggetto che ne ha utilizzato la prestazione, la costituzione di un rapporto di lavoro alle dipendenze di quest'ultimo, con effetto dall'inizio della somministrazione». La somministrazione irregolare non può che condurre dunque all'imputazione del rapporto di lavoro in capo all'utilizzatore del lavoratore somministrato.

Nel merito, con riguardo alla legittimità di contratto di somministrazione a termine stipulato tra la ricorrente e Ra.It. s.p.a. deve osservarsi che Br.St. è stata assunta da tale società con contratto di somministrazione a tempo determinato con il motivo «inserimento per picco di lavoro legato agli ordini del cliente Ko.» è stata poi avviata presso Ra.It. s.r.l., ove aveva svolto la propria attività lavorativa per tutta la durata del rapporto.

Il D.Lgs. n. 368/2001, alla cui luce deve essere letta la

²¹ Cfr. Pret. Roma, 3 febbraio 1998, in *Lavoro nella Giur.*, 1998, 769, con nota di Collia; Trib. Trani, 9 agosto 1999, *ivi*, 2000, 74, e App. L'Aquila, 22 maggio 2003.

²² Cfr. Trib. Trieste, 4 aprile 2002, in *Lavoro nella Giur.*, 2003, 245, con nota di Buratti, che ha respinto nel merito un ricorso con

cui il sindacato lamentava la violazione dell'obbligo di informazione relativamente ad una iniziativa aziendale di cui aveva avuto comunque notizia tramite un proprio rappresentante e rispetto alla quale non aveva per lungo tempo contestato il difetto di informazione.

causale predetta, all'art. 1 sancisce che «è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

Nel caso in esame, si deve rilevare che la causale giustificativa del termine è priva di fondamento.

Infatti, il contratto a termine deve trovare la sua causa nel rapporto esistente tra la causale giustificativa ed il termine: l'assunzione della ricorrente effettuata per un tempo determinato deve trovare una sua precisa spiegazione che non sussiste.

La società convenuta non deduceva elementi che facesse in qualche modo ritenere sussistente l'asserito «picco di lavoro legato agli ordini del cliente Ko.»: la convenuta si limitava a produrre un grafico asseritamente rappresentativo dell'andamento degli ordini Ko., che non venivano invece versati in atti, nemmeno con riguardo alla nuova serie di prodotti Re., dedotti in memoria. L'indicazione di contratto risulta essere quindi del tutto non dimostrata in quanto la società non ha sufficientemente dedotto e provato con la memoria le ragioni dell'assunzione a termine della ricorrente. La stessa convenuta desume da tale grafico l'esistenza di «un iniziale aumento delle commesse nei mesi di settembre e ottobre 2012», mentre la ricorrente iniziava a prestare servizio già nell'agosto 2012, quando gli ordini erano invece inferiori ai mesi precedenti (a partire da marzo 2012). Non emerge inoltre un nesso tra il preteso picco di lavoro e l'attività svolta dalla ricorrente.

La conseguenza di quanto detto non può che essere la nullità dei termini apposti al contratto di lavoro stipulato con la ricorrente e della successiva proroga.

Le domande devono essere accolte nei confronti di Ra.It. s.r.l.

Nel caso di specie, accertata la nullità dei termini apposti al contratto di lavoro somministrato ed alla successiva proroga, va costituito pertanto un ordinario rapporto di lavoro a tempo indeterminato sin dal 2.8.12 tra Br.St. e Ra.It. s.r.l., rapporto di lavoro che deve essere pertanto ripristinato nel posto in precedenza occupato.

Giusta la previsione di cui all'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, applicabile al caso di specie, la società convenuta deve essere condannata a risarcire la ricorrente del danno conseguente l'accertata nullità del termine che si determina nella misura di Euro 6.398, 16 lordi (pari a quattro mensilità della retribuzione globale di fatto pari ad Euro 1.599, 54, come indicato in ricorso), tenuto conto delle pacifiche notevoli dimensioni della società convenuta, oltre interessi di legge e rivalutazione monetaria.

Non sono meritevoli di accoglimento le residue domande proposte da parte ricorrente in quanto trova applicazione nel caso di specie il principio affermato, in analoga situazione, dalla Corte di cassazione, secondo cui «In tema di lavoro interinale, l'indennità prevista dall'art. 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, nel significato chiarito dal comma 13 dell'art. 1 L. 28 giugno 2012, n. 92, trova applicazione con riferimento a qualsiasi ipotesi di ricostituzione del rapporto di lavoro avente in origine termine illegittimo e si applica anche nel caso di condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa dell'illegittimità di un contratto per prestazioni di lavoro temporaneo a tempo determinato, ai sensi della lett. a) del primo comma, dell'art. 3 della legge 24 giugno 1997, n. 196, convertito in contratto a tempo indeterminato tra lavoratore e utilizzatore della prestazione» (Cass., Sez. Lav., sentenza n. 1148 del 17/1/2013).

Deve essere respinta l'istanza di chiamata in causa di

terzo indicato in Ra.It. s.p.a., formulata da parte convenuta, in quanto difetta nel caso della somministrazione irregolare una ipotesi di litisconsorzio necessario, anche alla luce del dettato dell'art. 27 D.Lgs. n. 276/2003 cit., ai sensi del quale il contraddittorio può essere instaurato dal lavoratore nei confronti anche soltanto del «soggetto che ne ha utilizzato la prestazione».

Deve essere altresì confermata l'ordinanza con cui si riteneva la causa matura per la decisione con il rigetto delle istanze istruttorie formulate, in quanto non rilevanti ai fini del decidere o genericamente dedotte.

La convenuta Ra.It. s.r.l. va poi condannata a rimborsare alla ricorrente le spese di lite determinate in complessivi Euro 3.000, 00 (di cui Euro 225, 00 per spese di contributo unificato).

Sentenza esecutiva ex art. 431 c.p.c. — *Omissis*.

Tribunale Milano, Sezione lavoro, 12 novembre 2013 – Est. Martello – Pi.Gr. (avv. Pa.) - Av.Ha. s.p.a. (avv.ti Bo. Ni. D. Lu. Ta. To. Ub.).

Lavoro (Rapporto) – Forma comune dei contratti di lavoro a tempo indeterminato – Contratti di somministrazione di manodopera a tempo determinato soltanto in presenza dei motivi indicati dalla legge – Legittimità – Specifica indicazione delle ragioni giustificatrici della temporaneità del contratto – Onere della prova delle ragioni giustificanti la deroga gravante sul datore di lavoro – Ampiezza ed articolazione delle ragioni giustificatrici non idonea a fornire adeguata motivazione dell'apposizione del termine – Mancata prova della sussistenza del carattere temporaneo delle ragioni – Illegittimità del contratto di fornitura e del contratto individuale – Trasformazione del contratto a tempo indeterminato e alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice con effetto dall'inizio della somministrazione

La previsione della specifica indicazione delle ragioni giustificatrici della temporaneità del contratto, il cui onere della prova grava sul datore di lavoro, non è rispettata nel caso in cui l'ampiezza e l'articolazione di dette ragioni non sia idonea a fornire adeguata motivazione dell'apposizione del termine. Dalla mancata prova della sussistenza del carattere temporaneo delle ragioni discende l'illegittimità del contratto di fornitura e del contratto individuale, con conseguente trasformazione del contratto a tempo indeterminato e alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, con effetto dall'inizio della somministrazione ai sensi dell'art. 27 D.Lgs. n. 276/2003.

Omissis. — *Motivi*: Il ricorso è fondato e deve essere accolto, nei termini di seguito esposti.

Quanto al merito, si osserva che la convenuta fonda la sua difesa in diritto sulla affermazione della piena legittimità del contratto con la parte ricorrente stipulato da Ad.It. s.p.a. affermando che l'indicazione della causale di ciascuno di essi è formulata nel pieno rispetto delle previsioni del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

La tesi della convenuta è infondata; e per più di una ragione.

In proposito, pare opportuno ricordare che l'art. 20

D.Lgs. n. 276/2003 prevede, al comma 4, che «La somministrazione di lavoro a tempo determinato è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore».

L'art. 22, la cui rubrica è «Disciplina dei rapporti di lavoro», prevede la possibilità che il contratto di somministrazione sia stipulato a tempo determinato, ed in tal caso il rapporto di lavoro «tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368, per quanto compatibile, e in ogni caso con esclusione delle disposizioni di cui all'articolo 5, commi 3 e seguenti».

Ciò premesso, osserva, preliminarmente, il giudice che il D.Lgs. n. 276/2003 ult. cit., nell'ammettere (all'art. 20, comma 4) la stipulazione di contratti di somministrazione a tempo determinato in presenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», fa poi riferimento e rinvio (cfr art. 22, comma 2) — per la loro disciplina — alle disposizioni di cui al D.Lgs. 6 settembre 2001, n. 368.

Consegue a ciò che delle prescrizioni di tale legge e della loro interpretazione occorre tener conto per la soluzione della presente controversia.

Osserva il Giudice che tale D.Lgs. n. 368/2001, nella norma fondamentale dell'art. 1, nell'ammettere la possibilità dell'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato, fa riferimento alla necessità della sussistenza di «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo», con una formulazione, quindi, identica in termini letterali lessicali a quella mutuata dall'art. 20 D.Lgs. n. 276 ult. cit.

Ciò posto, va osservato che l'art. 1 ult. cit. presenta una impostazione apparentemente innovativa della materia del contratto a termine. Ma tale novità appare notevolmente, e ragionevolmente, ridimensionata dalla lettura complessiva della norma ult. cit.

Infatti, da una lato, nel comma 1 dell'art. 1, sono indicate in termini generali e generici le «ragioni» che possono legittimare l'apposizione del termine. Ma, dall'altro lato, e contestualmente, nel comma 2 si richiede che nell'«atto scritto» siano «specificate le ragioni di cui al comma 1».

In tal modo e in tali termini non solo si reitera — del tutto comprensibilmente e ragionevolmente — l'impostazione dell'art. 1 legge n. 230/1962, che considerava il contratto a termine come una deroga al principio generale della prevalenza del contratto a tempo indeterminato; ma anche, e soprattutto, si assicura attuazione effettiva alla Direttiva comunitaria del 28 giugno 1999 n. 70, emanata in attuazione dell'Accordo quadro concluso il 18 marzo 1999 fra le organizzazioni intercategoriale e nel quale si considera che «i contratti di lavoro a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro».

L'attuazione del predetto Accordo quadro è esplicitamente indicata fra le finalità della predetta Direttiva nel suo art. 1 («scopo della presente Direttiva è attuare l'accordo quadro»).

Le considerazioni che precedono portano a concludere che, anche nel contesto normativo invocato dalla convenuta, permane il principio della specifica indicazione delle ragioni che possono legittimare l'apposizione del termine.

Non è, infatti, privo di significato che il legislatore abbia adoperato per giustificare una utilizzazione temporanea di lavoratori mediante somministrazione, la medesima formula già adoperata per consentire l'assunzione diretta a tempo determinato, con la sola differenza che nel caso della som-

ministrazione il ricorso a tale forma di lavoro è possibile anche ove le ragioni siano riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore, ricavandosi, quindi, *a contrario*, che nell'ipotesi del contratto a termine *ex* D.Lgs. n. 368/2001 le ragioni dovrebbero riferirsi a situazioni che esulano dalla ordinaria attività.

Unica è, infatti, la *ratio* e cioè quella di tutelare i lavoratori consentendo l'apposizione di un termine soltanto in presenza di motivi particolari, essendo, invece, normalmente il rapporto di lavoro subordinato sempre a tempo indeterminato.

Consentire, infatti, l'utilizzazione senza vincoli di lavoratori a tempo determinato sia in forma diretta sia mediante la somministrazione da parte di un terzo, avrebbe l'effetto di vanificare o quanto meno indebolire tutte le disposizioni di legge poste a garanzia della stabilità del posto di lavoro, in cui modello tipico è, nel sistema della normativa comunitaria e di quella nazionale, quello del rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Occorre, quindi, che — come per le ipotesi in precedenza formulate nell'art. 1 legge n. 230 cit. — anche per il contratto di somministrazione, sia verificata la sussistenza in concreto delle condizioni di fatto e di diritto addotte dal datore di lavoro per legittimare l'apposizione del termine nonché il legame funzionale fra le ragioni addotte e la singola assunzione.

Grava, quindi, sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la ricorrenza in fatto e nello specifico delle particolari esigenze legittimanti la deroga, nonché il nesso eziologico fra tali esigenze e la stipulazione del singolo contratto a termine.

Ciò posto, occorre, preliminarmente, esaminare la questione in fatto relativa all'effettiva esistenza di un allegato al contratto, nel quale sarebbe stata specificata, secondo la convenuta, la causale.

Si tratta del documento 4 di parte convenuta oggetto del rinvio contenuto nella lettera C del contratto in questione.

Il ricorrente dichiara di non aver mai ricevuto detto allegato e, comunque, disconosce la firma apposta in calce allo stesso.

La questione ha richiesto una istruttoria in via di fatto motivata, innanzitutto, dal fatto che appare difficilmente condivisibile la motivazione addotta dalla convenuta per spiegare l'inserimento delle motivazioni in un foglio allegato.

Infatti le ragioni di spazio dedotte dalla convenuta sono alquanto fragili, ove si consideri che nel contratto di somministrazione, fra la lettera C) e la lettera D) è rimasto in bianco non coperto un ampio spazio, certamente sufficiente a contenere, con lo stesso corpo tipografico il testo di cui al richiamato documento 4 di parte convenuta.

Ulteriore motivo di perplessità sorge dal fatto che in detto allegato la firma della parte risulta apposta a notevole distanza dalla fine del testo, con ciò inducendo a ritenere, se non proprio la non genuinità della stessa, che essa fosse stata posta in un foglio in bianco successivamente riempito.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la comparazione fra la predetta firma del ricorrente e quelle da lui apposte nel verbale di causa, nella delega in calce al ricorso e sulla sua carta d'identità, evidenziano delle difformità tali da indurre a non considerare destituito di fondamento il disconoscimento di essa.

L'approfondita istruttoria e le plurime deposizioni testimoniali, inoltre, hanno fatto emergere fatti e circostanze tali da corroborare la tesi della non adeguata stipulazione e sottoscrizione di tale clausola al momento stesso della stipulazione

del contratto; in tal senso pare opportuno ricordare che le testimonianze escusse e che sostengono di avere ricevuto la sottoscrizione sotto tale foglio, confermano che esso non è stato mai fisicamente collegato al contratto di somministrazione.

Il che introduce ulteriori dubbi in ordine alla contestualità di detta sottoscrizione rispetto alla stipula del contratto di somministrazione.

Pare opportuno rilevare, infine e relativamente al ricorso da parte della società convenuta alla pratica di allegare i motivi del termine in un atto diverso da contratto, che analoga pratica risulta adottata anche nel contratto di somministrazione stipulato fra essa convenuta e la società fornitrice Ad.It. s.p.a. (documento 2 di parte convenuta). In tale contratto infatti, nella parte destinata ai motivi del ricorso nulla si dice su di essi ma si scrive soltanto «vedi allegato» senza nemmeno indicare dove tale allegato sarebbe reperibile; né di tale allegato vi è traccia accanto al documento 2 di parte convenuta sopra richiamato.

Alla luce delle considerazioni in fatto che precedono, il contratto di somministrazione, pertanto, risulterebbe privo in assoluto di motivazione.

In tale caso e in tale contesto, pertanto, diventa pienamente operante il vizio di forma di cui alla lettera C) del comma 1 dell'art. 21 D.Lgs. n. 276/2003 con la conseguente applicazione degli effetti previsti successivo articolo 27 dello stesso decreto legislativo.

Ad analoghe conclusioni, per altro, si perviene anche a volere, in ipotesi, ritenere che il suddetto allegato sia stato effettivamente sottoscritto dal ricorrente, che la sottoscrizione sia avvenuta contestualmente alla stipula del contratto di somministrazione e che vi sia una contestualità fra gli stessi atti.

In primo luogo, si deve osservare che la già richiamata assenza di motivazioni nel contratto di somministrazione introduce una non superabile difficoltà e impossibilità di procedere alla valutazione delle ragioni sottostanti al ricorso alla fornitura di lavoro e alla somministrazione.

Ma anche a voler superare tali difficoltà, si deve rilevare che la individuazione dei motivi della sottoscrizione del contratto a termine (asseritamente riportati nel richiamato allegato) viene resa impossibile dalla stessa formulazione della motivazione del contratto individuale.

Va rilevato, infatti, che la motivazione apposta al contratto di lavoro con la parte ricorrente fa riferimento alle «esigenze di carattere organizzativo e per valutare una nuova ripartizione dei carichi di lavoro connessi all'acquisizione del vettore Lu. a far data dall'1 ottobre 2012, nonché in considerazione di un potenziale *turn-over* commerciale avuto riguardo di scadenze contrattuali e/o eventuali riduzioni di attività che potessero presentarsi nel medesimo periodo con clienti attualmente serviti dalla società».

Osserva il giudice che l'ampiezza e l'articolazione di tali motivazioni paiono sufficienti ad escludere la sussistenza del vizio formale di cui alla richiamata lettera C) dell'art. 21 D.Lgs. n. 276/2003 poiché, comunque, ricorrerebbe la richiesta forma scritta.

Tuttavia, deve essere rilevato che la predetta ampiezza ed articolazione appare non idonea a fornire una adeguata ed effettiva motivazione della apposizione del termine.

In tal senso, ritiene il giudice di dover far riferimento a precedenti decisioni di questo Tribunale (sentenza n. 1914 del 2013 e sentenza n. 2372/2013) che vanno condivise tanto nelle premesse quanto nelle conclusioni sul punto.

In particolare, osserva il giudice che — a fronte della contestazione svolta nel ricorso circa l'assenza del conno-

tato della temporaneità delle esigenze poste a base della stipulazione del contratto a termine — la società convenuta non ha offerto una adeguata prova (che su di essa incombeva) circa la sussistenza del richiamato carattere della temporaneità delle ragioni giustificatrici asseritamente addotte, e dell'eventuale collegamento fra tale connotato e la specifica assunzione del ricorrente.

La convenuta, cioè, si limita ad affermare nella predetta causale (cioè ripetendo nella memoria difensiva, paragrafo 2,3, con una perifrasi di detta causale) che l'assunzione del ricorrente sarebbe ricollegata «all'acquisizione del vettore Lu.»; specificando, poi, nella memoria difensiva di aver dovuto svolgere per il predetto cliente attività di *handling* per circa 210 voli al mese.

In proposito occorre rilevare, innanzitutto, che in tale motivazione si fa riferimento a «una nuova ripartizione dei carichi di lavoro» che pare letteralmente e concettualmente diversa e incompatibile con la ipotesi di incremento dei carichi di lavoro che, sola, potrebbe giustificare la stipulazione di un contratto a termine.

A ciò si aggiunga che nulla la Società convenuta dice circa i normali livelli di attività svolta e circa i normali livelli di personale, al fine di valutare l'incremento apportato dalla acquisizione del nuovo vettore; né offre elementi di comparazione fra detto incremento e il decremento determinato dalla cessazione dell'accordo con la compagnia aerea Ib.

Del pari, generico appare il riferimento fatto dalla convenuta al *turn-over* commerciale, da essa stessa definito come potenziale, e, a maggior ragione, evanescente e inesistente appare il nesso fra detto evento potenziale e l'assunzione attuale del ricorrente.

Detta genericità appare reiterata, e confermata, dalla mancata indicazione del numero dei lavoratori assunti con contratto di somministrazione, per modo che anche sotto questo profilo risulta impossibile valutare il predetto nesso di causalità e l'effettività della esigenza posta a fondamento dell'assunzione del ricorrente.

Si deve concludere, pertanto e come rilevato dalle sopra richiamate sentenze, che dalla causale dedotta dalla convenuta e dalle circostanze ivi indicate non è possibile ricavare elementi idonei a dimostrare che il ricorrente sia stato effettivamente assunto ed effettivamente utilizzato per lo svolgimento di attività che non poteva essere esaurita dal personale in forza.

Anche sotto tale profilo si deve rilevare come nulla si dica circa il carattere temporaneo, e non strutturale, di esigenze che giustificano un temporaneo aumento di personale, da assicurare con i contratti di somministrazione, e con quello della parte ricorrente in particolare.

Non vi è modo, quindi, di apprezzare se vi sia e quale sia la relazione fra il contratto di somministrazione a termine e una situazione aziendale idonea a giustificarlo.

Il che, inoltre, finisce anche con il rendere impossibile la verifica e il controllo giudiziale in ordine alla sussistenza o meno delle esigenze dedotte per motivare la stipulazione del contratto di somministrazione.

Se si ritenesse idonea la formulazione del contratto individuale, si finirebbe con l'attribuire alla parte convenuta utilizzatrice una ampia e assoluta discrezionalità nella stipulazione di contratti di somministrazione, il che costituirebbe la negazione della finalità che ispira la Direttiva comunitaria, il D.Lgs. n. 368/2001 e il D.Lgs. n. 276/2003, per i quali tutti, invece, resta necessario un vaglio attento e

puntuale circa le deroghe al principio generale della durata indeterminata del contratto di lavoro.

Le considerazioni che precedono, singolarmente e congiuntamente valutate, portano a ritenere illegittimo sia il contratto di fornitura sia il contratto individuale; detta illegittimità travolge il termine apposto al contratto stipulato con la parte ricorrente, per modo che questo deve essere considerato a tempo indeterminato sin dall'origine.

A tale effetto si perviene in applicazione dell'esplicito disposto dell'art. 27 D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 che, al comma 1, in caso di somministrazione effettuata «al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21» fa seguire la «*sanctio plus quam perfecta*» della trasformazione a tempo indeterminato e alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, «con effetto dall'inizio della somministrazione».

La conclusione che precede in ordine al contratto originario, travolge e rende superflua ogni valutazione sulle proroghe. Peraltro, deve essere rilevato che dette proroghe sono motivate con un mero e sintetico riferimento alle medesime ragioni oggettive che hanno determinato il contratto (si veda la memoria difensiva, pagina 10, 1 capoverso) per modo che la rilevata inesistenza e mancata specificazione della causale nel contratto originario si riverbera anche sul negozio accessorio di proroga.

All'accertata illegittimità del contratto di somministrazione stipulato fra la parte ricorrente e la parte convenuta consegue l'accertamento del rapporto di lavoro con Av.Ha. s.p.a. a far data dal giorno 18.9.2012, data di decorrenza del contratto in esame.

Il regime contrattuale applicabile al rapporto è quello del contratto collettivo nazionale aeroportuali indicato nella stessa lettera di assunzione; ma, con riferimento al rapporto di lavoro del ricorrente, occorre fare riferimento al settore il (*handling*) sia perché esso è quello nel quale effettivamente il ricorrente è stato adibito, sia perché a una specifica deduzione svolta in tal senso dalla convenuta nulla ha replicato il ricorrente.

Quanto all'inquadramento da riconoscere al ricorrente, va rilevato che in ricorso ci si limita, alquanto sinteticamente, a motivare la richiesta di inquadramento nel quinto livello sulla base della titolarità della patente aeroportuale e della adibizione alla conduzione di tutti i mezzi aeroportuali.

In proposito, si deve rilevare innanzitutto l'erroneità del riferimento al settore G dei c.c.n.l. in questione.

A ciò si aggiunga che, comunque, manca in ricorso alcun riferimento alla declaratoria contrattuale del livello richiesto.

Consegue a ciò che al ricorrente deve essere riconosciuto il livello ottavo, dedotto nello stesso contratto di lavoro e, peraltro, corrispondente alla attività di fatto svolta.

Il rapporto di lavoro così costituito deve essere considerato a tempo indeterminato posto che il richiamo dell'art. 27 ult. cit. alla costituzione del rapporto di lavoro, senza alcuna ulteriore specificazione, deve essere inteso come riferimento a un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

Quanto all'orario di lavoro, occorre fare riferimento alle concrete modalità di svolgimento dell'attività resa dal ricorrente. In proposito pare pacifico che (indipendentemente dalla previsione contrattuale) il ricorrente è stato impiegato a tempo pieno, come risulta dal prospetto delle presenze e dalle buste paga (docc. 4 e 5 ric.), documenti non contestati da controparte che, anzi, ammette la corresponsione dello straordinario.

Quanto alla decorrenza dell'obbligazione retributiva, vanno accolte le deduzioni della parte convenuta e, quindi, la retribuzione, nella misura indicata in ricorso e non contestata dalla convenuta e meglio specificata in dispositivo, dovrà essere corrisposta a far data dalla messa in mora del datore di lavoro e, soprattutto, dall'offerta della prestazione lavorativa, avvenuta per la prima volta con la lettera datata 20.11.2012 e pervenuta alla convenuta il 26.11.2012; e quindi dalla data così specificata in dispositivo.

L'accoglimento, nei termini predetti, della domanda principale determina il superamento, e il rigetto, della domanda subordinata, relativa all'indennità risarcitoria.

Sulle somme dovute spettano, inoltre, gli interessi e la rivalutazione come per legge.

La parziale, reciproca soccombenza si riverbera sul regime delle spese di causa che, parzialmente compensate, sono poste per la restante parte a carico della convenuta, come da dispositivo.

La sentenza è, per legge, provvisoriamente esecutiva. — *Omissis*.

Contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato e causali giustificatrici del termine

Alessandro Giuliani*

Nelle sentenze annotate il Tribunale di Milano, constatando che la ratio della norma in materia di apposizione del termine è quella di tutelare i lavoratori da un utilizzo scorretto del termine stesso, afferma che nel caso della stipula del contratto di somministrazione a tempo determinato va verificata la sussistenza delle condizioni di fatto e di diritto addotte e il nesso tra esse e la singola assunzione, con relativo onere della prova a carico del datore di lavoro. Partendo da tale considerazione fa discendere l'illegittimità del contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato dall'ampiezza, dall'insufficiente deduzione e dalla mancata prova delle relative ragioni giustificatrici, con conseguente costituzione del rapporto a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore.

La ratio dell'individuazione delle causali giustificatrici del termine

La decisione del Tribunale milanese del 12 novem-

bre 2013, per giungere all'accoglimento della domanda dichiarativa della illegittimità del termine apposto al contratto di somministrazione a tempo determinato¹, parte dagli artt. 20 e 22 D.Lgs. n. 276/2003 che,

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ In tema di contratto di somministrazione, v. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministra-*

rispettivamente, ammettono tale tipologia contrattuale «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore» ed estendono l'applicabilità al contratto di somministrazione di lavoro a termine della disciplina dettata dal D.Lgs. n. 368/2001, sebbene la somministrazione sarebbe possibile anche qualora le ragioni giustificative dell'apposizione del termine si riferiscano all'ordinaria attività dell'utilizzatore, mentre nell'ipotesi del contratto a tempo determinato ex D.Lgs. n. 368/2001 le causali dovrebbero riferirsi a situazioni estranee dalla ordinaria attività².

Sennonché, quando quest'ultimo all'art. 1 individua le ragioni dell'apposizione del termine, utilizza la stessa formula del D.Lgs. n. 276/2003 e richiede la specificazione di tali causali mediante un atto scritto, da un lato reiterando l'impostazione propria della legge n. 230/1962³, che individuava nel contratto a tempo determinato una deroga al principio generale della prevalenza del contratto a tempo indeterminato, dall'altro recependo la Direttiva comunitaria del 28 giugno 1999, n. 70⁴, a sua volta attuativa dell'Accordo quadro del 18 marzo 1999, che ha confermato il principio secondo

il quale è il rapporto di lavoro a tempo indeterminato la «forma comune dei rapporti di lavoro»⁵.

Essendo quindi la *ratio* della norma limitatrice quella di tutelare i lavoratori dall'apposizione scorretta del termine, anche nel caso della stipula del contratto a tempo determinato andrà verificata la sussistenza delle condizioni di fatto e di diritto addotte e il nesso tra esse e la singola assunzione, il cui *onus probandi* graverà sul datore di lavoro.

L'inidoneità delle causali "ampie" a giustificare l'apposizione del termine

In particolare, nel caso di specie il giudice, a seguito dell'istruttoria espletata, rilevava come le motivazioni fossero state inserite in un foglio allegato, che la firma del lavoratore era stata apposta a notevole distanza dalla fine del testo e che dalla comparazione della sottoscrizione del ricorrente erano emerse difformità tali da farne apparire non infondato il disconoscimento, pertanto egli ha ritenuto che fosse corroborata la tesi della non adeguata stipulazione e sottoscrizione della clausola, oltre che della non contestualità della sottoscrizione rispetto alla stipula del contratto.

zione, appalto, distacco e trasferimento di azienda, Milano, 2006; Falasca, *La somministrazione di manodopera*, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca (a cura di), *Il diritto del lavoro. Costituzione, codice civile e leggi speciali*, 1, Milano, 2007, 1204 e segg.; M.T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui. Commento art. 20*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al D.Lgs. 10 settembre 2003*, n. 276, II, Milano, 2004; Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti labour intensive*, in Curzio, *Lavoro e diritti. A tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, 2006; Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro*, in AA. VV., *Come cambia il mercato del lavoro*, Milano, 2004; Guaglianone, *La somministrazione di lavoro*, in Magnani, Varesi, *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, 2005; P. Ichino, *Somministrazione di lavoro, appalto di servizi, distacco*, in Pedrazzoli (diretto da), *Il nuovo mercato del lavoro*, Bologna, 2004; Ricci, *La somministrazione di lavoro dopo la riforma*, in De Luca Tamajo, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro. Riforma e vincoli di sistema. Dalla legge 14 febbraio 2003, n. 30 al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Napoli, 2004; Zappalà, *Verso un nuovo assetto dei rapporti interpositori. Prime riflessioni sulla "tipizzazione" del contratto di somministrazione di lavoro*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2004, n. 2, 267 e segg.

² Per un'analisi della disciplina relativa al contratto a tempo determinato introdotta dal D.Lgs. n. 368/2001 con particolare riferimento alle cause giustificative del termine, v. Proia, *Brevi note sulle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2002, 187 e segg.; Speciale, *La riforma del contratto a tempo determinato*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2003, 225 e segg.; Vallebona, *Sub art. 1, comma 1. I requisiti sostanziali di ammissibilità del termine: le nuove clausole generali giustificative ed il problema dell'onere della prova*, in Menghini (a cura di), *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, Milano, 2002, 62 e segg.; Zappalà, *Riforma del contratto a termine e obblighi comunitari: come si attua la direttiva travisandola*, in *Dir. Merc. Lav.*, 2001, n. 3, 1 e segg.

³ Per i primi commenti a tale legge, che ne sostenevano il carattere peggiorativo per il lavoratore rispetto alla precedente disciplina di cui all'art. 2097 c.c., v. Buscaino, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a termine nella legge 18 aprile 1962, n. 230*,

in *Riv. Giur. Lav.*, 1962, I, 101 e segg.; Calabrò, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato e contratto di lavoro a termine prestabilito*, in *Dir. Lav.*, 1962, I, 183 e segg.; De Litala, *Osservazioni in merito alla nuova disciplina sul contratto di lavoro a termine*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1962, 331 e segg.; Petraccone, *La nuova legge sulla disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, in *Nuovo Dir.*, 1963, 339 e segg.

⁴ Sulla direttiva e sul suo recepimento nell'ordinamento italiano, v. Garilli, Napoli (a cura di), *Il lavoro a termine in Italia e in Europa*, Torino, 2003; Maresca, *Abrogazioni e disciplina transitoria (Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002, 117 e segg.; Ruggiero, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 1999/70*, in *Giur. Lav.*, 2001, 41 e segg.; Santoro Passarelli, *Note introduttive (Attuazione della direttiva n. 70/1999 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'Unice, dal Ceep e dal Ces)*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2002, 25 e segg.

⁵ La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sent. 11 aprile 2013, causa C-290/2012, ha escluso l'applicabilità dell'Accordo quadro e della Direttiva al rapporto di lavoro a tempo determinato tra lavoratore e agenzia interinale nonché a quello tra tale lavoratore e un'impresa utilizzatrice. In Italia la disciplina relativa al contratto di somministrazione di lavoro è stata da ultimo modificata dal D.Lgs. n. 24/2012, attuativo della Dir. 2008/104/CE, che all'art. 20, comma 4, D.Lgs. n. 276/2003, ha previsto la possibilità di stipulare contratti di somministrazione senza causale, nel caso di utilizzo di lavoratori disoccupati da almeno 6 mesi, di percettori di ammortizzatori sociali, anche in deroga, da almeno 6 mesi, di lavoratori svantaggiati. Tale novità è poi stata generalizzata dalla legge n. 92/2012 che ha introdotto il comma 1 bis all'art. 1 D.Lgs. n. 368/2001, prevedendo l'acausalità del primo rapporto di durata inferiore a 12 mesi sia nel caso del contratto di somministrazione, sia nel caso del contratto a tempo determinato. Cfr. Ferraro, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in AA.VV., *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro. Competizione versus garanzie? Diritto del lavoro e crescita economica in ambito italiano ed europeo*, Torino, 2013, 55.

Da ciò il Tribunale ha dedotto che il contratto sarebbe privo di motivazione, con la conseguente configurazione del vizio di forma di cui all'art. 21, comma 1, lett. c), D.Lgs. n. 276/2003 e la discendente applicazione della sanzione *ex art.* 27 del D.Lgs. ult. cit. È proprio tale passaggio che appare di particolare interesse, dal momento che in tal modo si riconnette l'ipotesi del contratto di somministrazione con termine illegittimo nell'alveo della c.d. somministrazione irregolare, con ciò determinando la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice⁶.

Il percorso argomentativo viene a questo punto rinforzato poiché, secondo il giudice, anche a voler riconoscere la genuinità della sottoscrizione dell'allegato contenente le ragioni ed anche a volerla riconoscere contestuale alla stipula del contratto, l'assenza di motivazioni specifiche ne rende impossibile la valutazione, essendo esse di tali «ampiezza ed articolazione» da risultare inidonee a motivare adeguatamente l'apposizione del termine, a maggior ragione se si considera che, a fronte della contestazione della temporaneità delle esigenze alla base della stipula del contratto a termine, la società non ha offerto adeguata prova della loro sussistenza e del collegamento tra esse e la specifica assunzione del lavoratore⁷.

La sanzione dell'illegittimità del contratto individuale e del contratto di somministrazione di lavoro

L'esito dell'illegittimità del termine a causa dell'individuazione generica delle motivazioni, oltre che discendere dall'impossibilità del sindacato giudiziale sulla sussistenza delle esigenze dedotte per motivare la stipula del contratto di somministrazione, emergerebbe anche da un argomento *a contrario*, cioè dal fatto che se fosse legittima la formulazione generica

da parte del contratto individuale, si attribuirebbe ampia ed assoluta discrezionalità nella stipula dei contratti di somministrazione, frustrando così la finalità sia della Direttiva comunitaria, sia del D.Lgs. n. 368/2001, sia del D.Lgs. n. 276/2003, che nell'ammettere la possibilità di stipulare contratti a termine, richiede un vaglio attento e puntuale delle deroghe al principio di durata indeterminata del contratto di lavoro. Per mezzo di tale *iter* argomentativo il Tribunale giunge a dichiarare l'illegittimità sia del contratto di somministrazione di lavoro, sia del contratto individuale, così che, attraverso la previsione dell'art. 27 D.Lgs. n. 276/2003 relativamente alla somministrazione effettuata al di fuori dei limiti e delle condizioni di cui agli artt. 20 e 21, il rapporto di lavoro deve essere considerato *ab origine* a tempo indeterminato e alle dipendenze dell'impresa utilizzatrice, senza che sia necessario valutare la legittimità delle proroghe, questione assorbita dall'illegittima apposizione del termine al contratto originario.

La sentenza del 12 novembre 2013, infine, dopo aver affrontato altre questioni ancillari⁸, ha stabilito che, a seguito della condanna alla costituzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'utilizzatore, la retribuzione spettante al lavoratore da parte della convenuta deve essere corrisposta a partire dall'offerta della prestazione lavorativa, con una tutela piena ed integrale, e non attraverso l'indennità risarcitoria *ex art.* 32, comma 5, legge n. 183/2010⁹, escludendo implicitamente l'applicabilità di quest'ultima all'ipotesi del contratto di somministrazione di manodopera a tempo determinato¹⁰, come del resto lo stesso dato letterale della disposizione, anche a seguito dell'interpretazione autentica ad opera dell'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012, suggerirebbe.

⁶ Cfr. nello stesso senso Trib. Roma, 15 gennaio 2013, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, 262 e segg., con nota di Mattone; Id. Firenze, 14 febbraio 2012, in *D&L*, 2012, 452 e segg., con nota di Romoli; Id. Bergamo, 27 ottobre 2011, in *Arg. Dir. Lav.*, 2012, 706 e segg., con nota di Bacchini; Id. Padova, 4 febbraio 2011, in *Foro Pad.*, 2012, 1, I, 115, con nota di Cianfrocca; Id. Roma, 18 ottobre 2010, in *Riv. Giur. Lav.*, 2011, n. 3, con nota di Talarico. Nella giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. 3 aprile 2013, n. 8120, in *Foro It.*, 2013, I, c. 1923 e segg.; Id. 8 maggio 2012, n. 6933, in *Mass. Giust. Civ.*, 2012, 5, 572 e segg.

⁷ In particolare il Tribunale sottolinea che la «nuova ripartizione dei carichi di lavoro» ai quali fa riferimento il datore di lavoro è cosa diversa dall'incremento dei carichi di lavoro che potrebbe giustificare l'apposizione del termine e che la convenuta non dice alcunché relativamente ai normali livelli di attività svolta e ai normali livelli di personale per valutare l'incremento apportato dall'acquisizione del nuovo vettore né offre elementi di comparazione tra tale incremento e la diminuzione derivante dalla cessazione dell'accordo con la precedente compagnia, così che dalla causale dedotta dalla convenuta e dalle circostanze indicate non sarebbe possibile ricavare elementi idonei a dimostrare che il ricorrente era stato assunto ed utilizzato per svolgere attività per la cui prestazione non era sufficiente il personale già in forza.

⁸ Quella del settore di riferimento al quale il ricorrente è stato adibito, individuato anche in base alla mancata replica sul punto del lavoratore rispetto alla specifica deduzione della convenuta e

quella del corretto inquadramento del ricorrente; quella dell'orario di lavoro, pacificamente a tempo pieno.

⁹ Nonostante con riferimento a tale disposizione siano sorti ben presto dubbi di illegittimità costituzionale, v. Tosi, *Il contratto a termine nel "collegato lavoro"*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, I, 480 e segg.; Putaturo Donati, *Il risarcimento del danno nel contratto a termine*, in Cinelli, Ferraro, *Il contenzioso del lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro)*, Torino, 2011, 291 e segg.; in giurisprudenza v. Cass., 29 febbraio 2012, n. 3056, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, con nota di Chiaromonte; tuttavia la Corte costituzionale, con sent. 11 novembre 2011, n. 303, in *Giust. Civ.*, 2011, I, 2768 e segg., ha respinto le censure avanzate sostenendo che tale indennità integra la sanzione della conversione del contratto di lavoro a termine in rapporto a tempo indeterminato, anche richiamando la propria giurisprudenza relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 8 legge n. 604/1966 (cfr. Corte cost., n. 46 del 2000; n. 44/1996; n. 194/1970). Aveva escluso profili di illegittimità costituzionale della norma già prima dell'intervento della Corte Vallebona, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il "collegato" 2010*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, 213 e segg.

¹⁰ *Contra*, nel senso dell'applicabilità dell'indennità *ex art.* 32, comma 5, legge n. 183/2010 all'ipotesi del contratto di somministrazione di lavoro a tempo determinato, v. App. Brescia, 13 dicembre 2011, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, II, 536 e segg. con nota di Cannati.

Un caso di applicazione dell'indennità risarcitoria ex art. 32, 5° comma, L. n. 183/10 alla somministrazione a termine

Un percorso argomentativo per molti versi analogo ha seguito il Tribunale anche nella decisione del 22 novembre successivo, ravvisando la sussistenza di un'ipotesi di somministrazione irregolare nel caso dell'infondatezza della causale giustificativa del termine al contratto di lavoro somministrato. Anche in questo caso tale infondatezza è stata fatta discendere dalla mancata deduzione e dalla mancata prova da parte dell'utilizzatore di elementi che facessero ritenere sussistente l'asserito picco di lavoro connesso agli ordini di una determinata cliente, così da non potersi configurare un nesso tra l'incremento produttivo e l'attività svolta dal lavoratore, con la conseguente nullità dei termini apposti al contratto e la discendente costituzione di un ordinario rapporto a tempo indeterminato.

Senonché, diversamente dalla precedente pronuncia, il Tribunale ritiene di applicare al caso di specie l'indennità risarcitoria prevista dall'art. 32, comma 5, legge n. 183/2010, seguendo l'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità che ne ha affermato

l'applicazione¹¹, secondo quanto chiarito all'art. 1, comma 13, legge n. 92/2012, a qualsiasi ipotesi di ricostituzione del rapporto di lavoro con un termine illegittimo, anche nel caso di condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore a causa dell'illegittimità del contratto per prestazioni di lavoro temporaneo a tempo determinato ex art. 3, comma 1, lett. a), legge n. 196/1997¹², sebbene quest'ultima disposizione non si riferisca all'ipotesi del contratto di lavoro somministrato, che non viene espressamente indicata dal legislatore nella norma di interpretazione autentica.

Infine, la questione di carattere processuale della chiamata in giudizio della società di somministrazione da parte della convenuta viene decisa nel senso del rigetto della relativa istanza, difettando nel caso di specie un'ipotesi di litisconsorzio necessario, considerato che l'art. 27 D.Lgs. n. 276/2003 prevede l'instaurazione del contraddittorio nei confronti anche del solo utilizzatore¹³, norma che sarebbe altrimenti privata della propria effettività, anche ai fini di una definizione più celere del procedimento giudiziario, qualora venisse chiamata in giudizio l'agenzia somministratrice.

¹¹ Cfr. Cass., 17 gennaio 2013, n. 1148, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, n. 2, 195 e segg., con nota di Salvagni.

¹² Sul tema v. Perulli, *Commento all'art. 3, commi 1-4*, e Zilio Grandi, *Prestazione di lavoro temporaneo e trattamento retributivo*, in Gentili (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Padova, 1999, 146 e segg. e 226 e segg. Suppici, *L'interposizione brevettata*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1998, 24 e segg. Per un'analisi delle varie questioni sottese al tema del lavoro a termine e della fornitura di lavoro nel contesto normativo precedente l'adozione della legge n. 30/2003, v. Tursi, *Il contributo dei giuslavoristi al dibattito sulla ri-*

forma del mercato del lavoro: note critiche in tema di fornitura di lavoro e lavoro a termine, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, I, 462 e segg.; Lunardon, *Gli obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Napoli (a cura di), *Commentario sistematico, in Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1998, 1235 e segg.; Bortone, *Obblighi dell'impresa utilizzatrice*, in Liso, Carabelli (a cura di), *Il lavoro temporaneo*, Milano, 1999, 323 e segg.

¹³ Tale previsione normativa era già stata precorsa dalla giurisprudenza di legittimità con Cass., Sez. un., 22 ottobre 2002, n. 14897, in *Arch. Civ.*, 2003, 2, 147.

Diritto Amministrativo

a cura di Adolfo Angeletti

con Roberto Caranta e Mariano Protto

■ Motivazione postuma

Consiglio di Stato, Sez. IV, 4 marzo 2014, n. 1018 – Pres. Branca – Est. Taormina – Comune di San Vitale (Avv. Di Lorenzo) c. Ambro Group Immobiliare Srl (n.c.).

Conferma T.A.R. Campania - Napoli, Sez. II, n. 3001 del 2011.

Processo amministrativo – Motivazione postuma – Divieto – Difetto di motivazione – Ragioni chiaramente intuibili – Attività vincolata

Sebbene il divieto di motivazione postuma, costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, meriti di essere confermato, rappresentando l'obbligo di motivazione il presidio essenziale del diritto di difesa, non può ritenersi che l'Amministrazione incorra nel vizio di difetto di motivazione quando le ragioni del provvedimento siano chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata.

Processo amministrativo – Divieto di integrazione postuma – Principio – Attenuazione – Dequotazione del vizio – Condizioni

Alla luce dell'attuale assetto normativo, devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotando il relativo vizio tutte le volte in cui l'omissione di motivazione successivamente esternata: a) non abbia leso il diritto di difesa dell'interessato; b) in fase infraprocedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; c) si tratti di atti vincolati.

Processo amministrativo – Giudicato – Obbligo per l'Amministrazione di esaminare l'affare nella sua interezza – Eccezione – Rilevanti fatti sopravvenuti o non esaminati in precedenza

Dopo il passaggio in giudicato di una sentenza nei confronti della P.A., occorre che la controversia fra l'Amministrazione e l'amministrato trovi ad un certo punto una soluzione definitiva, e dunque occorre impedire che l'Amministrazione proceda più volte all'emanazione di nuovi atti, in tutto conformi alle statuizioni del giudicato, ma egualmente sfavorevoli all'originario ricorrente, in quanto fondati su aspetti sempre nuovi del rapporto, non toccati dal giudicato. A tal fine è necessario affermare il principio secondo cui all'Amministrazione - dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - ha l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l'insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati. Tale regola può soffrire di una limitata eccezione unicamente in relazione a rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione ovvero su una nuova normativa (purché essa non persegua il fine di incidere sull'esercizio della funzione giurisdizionale, ché altrimenti si dovrebbe dubitare della compatibilità costituzionale della stessa.

Per il testo dei provvedimenti v. www.giustizia-amministrativa.it.

Dal Consiglio di Stato un tentativo di canonizzazione della motivazione postuma

Marina Caporale*

L'ammissibilità della motivazione postuma o successiva è oggetto di perdurante confronto di dottrina e giurisprudenza, senza che sia stato possibile addivenire, ancora oggi, a soluzioni pienamente soddisfacenti. D'altra parte il tema è al crocevia di questioni vitali del diritto amministrativo ed incide sul modo di intendere procedimento, provvedimento e processo amministrativo. La sentenza in commento aderisce al filone giurisprudenziale che ammette la motivazione postuma, sia pure in termini di eccezione, e prova a uscire da una certa indeterminatezza e frammentarietà di parametri, "canonizzando" tre criteri attraverso cui questa possa essere riconosciuta, e soffermandosi in particolare sugli obblighi dell'Amministrazione a seguito di un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo.

Premessa

La sentenza in commento conferma quella di un T.A.R. Campania in cui si era dichiarato non ammissibile un ulteriore motivo di diniego, introdotto dall'Amministrazione resistente nella memoria di costituzione in giudizio, adducendo che "tali ulteriori motivazioni, del tutto postume e non espresse attraverso l'organo deputato alla formazione della volontà dell'ente, non possano trovare ingresso nel presente giudizio, il cui oggetto è circoscritto all'esame della legittimità del provvedimento come cristallizzato nella motivazione esplicitata attraverso il gravato provvedimento di diniego". Il Consiglio di Stato conferma in toto il giudizio di primo grado e coglie l'occasione per soffermarsi sulla ammissibilità o meno, e a quali condizioni, della cosiddetta motivazione postuma, riprendendo e confermando le argomentazioni espresse, in un recente arresto, dallo stesso Consesso (Cons. di Stato, Sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194). La sentenza conferma il "principio" di divieto di integrazione della motivazione nel corso del giudizio, ma contestualmente asserisce che ne debbano essere attenuate le conseguenze e prova a stabilire i criteri attraverso cui vagliarne l'ammissibilità: *a)* non deve essere lesiva del diritto di difesa dell'interessato; *b)* in fase infraproce-

dimentale devono risultare comunque percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato; *c)* si deve trattare di atti vincolati.

Il Consiglio di Stato si sofferma poi su alcuni aspetti conseguenti l'annullamento di un provvedimento a carattere discrezionale, che, si afferma, non determina la sicura soddisfazione del bene della vita oggetto dell'istanza del privato, obbligando la P.A. solo a rinnovare il procedimento, potendo essa addurre "motivi nuovi", ma su cui non si sia formato il giudicato, nel rispetto dello stesso. In particolare si afferma il principio secondo cui l'Amministrazione ha l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l'insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati.

Motivazione postuma: alcuni nodi problematici

Con la definizione di motivazione successiva¹ o postuma si fa riferimento alla possibilità di integrare la stessa successivamente e al di fuori del procedimento al termine del quale è stato adottato l'atto e, in particolare, nell'ambito del processo amministrativo².

L'ammissibilità di tale integrazione³ è da lungo tem-

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Così definita principalmente da M.S. Giannini, voce "Motivazione dell'atto amministrativo", in *Enc. Dir.*, XXVII, 257 e segg.

² Nelle incertezze che dominano sull'ammissibilità della motivazione postuma riverberano le distinzioni e le definizioni in cui la dottrina si è cimentata con riferimento alla motivazione. Una definizione appropriata è proposta da quasi tutti gli autori occupatisi del tema, tra cui G. Virga, *Motivazione successiva e tutela della pretesa alla legittimità sostanziale del provvedimento amministrativo*, in *www.gustamm.it*, 1993, all'interno di questa prima definizione individua tre ipotesi diverse: "*a)* la possibilità (o meno) per l'amministrazione di integrare - con autonomo provvedimento adottato nel corso del giudizio - la motivazione del provvedimento impugnato; *b)* la possibilità (o meno) per l'amministrazione di integrare - con gli scritti dei suoi difensori - la motivazione del provvedimento impugnato; *c)* la possibilità (o meno) per il giudice amministrativo di fondare il proprio convincimento circa la esistenza e/o l'esatta estensione della motivazione del provvedimento impugnato sulla base di atti che - quantunque non richiamati nella motivazione del provvedimento impugnato - sono ricavabili dal procedimento di formazione dell'atto e sono stati prodotti dalle parti o comunque acquisiti al processo". Sempre sul piano delle definitorie si veda G. Tropea, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 3,

2003, 531 e segg., che individua tre distinte tipologie di integrazione della motivazione: *a)* l'integrazione della motivazione del contenuto del provvedimento impugnato mediante scritti difensivi; *b)* l'integrazione effettuata dal giudice amministrativo allorché fondi il proprio convincimento utilizzando atti del procedimento, anche se non espressamente indicati in motivazione; *c)* l'integrazione della motivazione (carente o insufficiente) del provvedimento impugnato effettuata da parte dell'amministrazione resistente attraverso un proprio provvedimento. Secondo l'Autore solo la terza possibilità sarebbe da ricondurre propriamente alla definizione di motivazione postuma. V. anche G. Taccogna, *Giusto processo amministrativo e integrazione della motivazione dell'atto impugnato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2005, 696 e segg.; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, 348 e segg. Sul distinguo tra motivazione postuma a convalida vedi V. Cerulli Irelli, *Convalida in corso di giudizio e tutela della pretesa sostanziale*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6, 2002, 641 e segg. e il recente E. Michetti, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, 2011, 97 e segg.

³ La questione dell'ammissibilità dell'integrazione della motivazione si pone con riferimento alla motivazione assente o insufficiente, per i quali si configurerebbe l'eventuale annullabilità; non riguarda invece i casi di altri vizi della motivazione (incongruità,

po dibattuta in dottrina e giurisprudenza. Il dibattito precede e segue l'affermarsi della motivazione come parte integrante del provvedimento amministrativo in virtù dell'art. 3, L. n. 241/1990, e supera la dimensione stessa della legge.

Come è noto la motivazione, prima della legge sul procedimento, era già da tempo ritenuta obbligatoria alla luce dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.) e a tutela di altri diritti costituzionalmente protetti, come quello di difesa verso l'amministrazione (artt. 24 e 113 Cost.)⁴, per determinate categorie di provvedimenti, tra cui in primo luogo i provvedimenti discrezionali e quelli lesivi di una posizione giuridica del privato⁵. L'obiettivo principale della motivazione era, in tali casi, quello di garantire l'eventuale, e successiva, tutela in sede giurisdizionale, secondo l'interpretazione di autorevole dottrina che aveva individuato la funzione di garanzia ai fini della tutela giurisdizionale quale funzione essenziale della motivazione⁶.

Antecedentemente (ma anche successivamente) all'entrata in vigore della L. n. 241/1990 il dibattito si è concentrato principalmente sulla natura obbligatoria o meno della motivazione e sui suoi contenuti ed estensione⁷. I problemi interpretativi sono stati riassumibili prevalentemente attraverso la distinzione tra motivazione formale, intesa come discorso giustificativo, esternazione dei motivi che deve essere contemplata nel provvedimento, e motivazione sostanziale, come complesso dei fattori determinanti la decisione e quindi come giustificabilità della decisione stessa alla luce di quei fattori, in definitiva la legittimità del provvedimento ricavabile dagli atti del procedimento⁸. La tendenza formalistica aveva dunque identificato la motivazione in un discorso, ossia in un complesso organico di segni linguistici dotato di un significato proprio; viceversa la dottrina sostanzialista era portata a dare minore importanza all'elemento

discorsivo per valorizzare "un materiale motivante di carattere eterogeneo"⁹, costituito da discorsi, fatti, norme e quant'altro potesse rappresentare le ragioni della decisione assunta in sede di sindacato giurisdizionale.

Il disposto dell'art. 3, L. n. 241/1990, come è noto, pone un obbligo di motivazione generalizzato per "ogni provvedimento amministrativo", con la sola eccezione degli atti normativi e degli atti generali. La motivazione è definita quale indicazione dei presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, laddove per i primi si intendono eventi, azioni, sequenze di azioni, mentre le seconde sono quelle poste a fondamento della decisione amministrativa, che non si esauriscono nel mero richiamo delle norme che l'Amministrazione ritiene in quel caso applicabili ma che includono tutte le argomentazioni logico-giuridiche necessarie al collegamento dei presupposti al provvedimento finale¹⁰. Se, in questa prima parte, l'art. 3 riprende le definizioni fatte proprie dalla precedente giurisprudenza, ha invece una portata effettivamente innovativa laddove ancora la motivazione alle risultanze dell'istruttoria, evidenziando così il legame fra gli istituti della partecipazione, che hanno nella fase istruttoria il proprio massimo riconoscimento, e la motivazione. Tale dato è stato rafforzato dalla L. n. 15/2005, attraverso l'introduzione dell'art. 10 *bis*, e dall'anticipazione dell'esternazione dei motivi ostativi, da leggere in chiave di valorizzazione degli istituti partecipativi dei privati al procedimento.

L'approccio formale o sostanziale alla motivazione ha caratterizzato il dibattito della dottrina e le interpretazioni della giurisprudenza fino ai nostri giorni, ma tale interpretazione dicotomica non è risolutiva delle complesse questioni che si pongono, anche in relazione al punto qui di interesse. In realtà il disposto dell'art. 3, L. n. 241/1990 sembra considerare entram-

contraddittorietà o palese erroneità), per i quali si configura l'impugnativa per eccesso di potere.

⁴ Richiamati anche dalla Corte costituzionale nella recente sentenza 5 novembre 2010, n. 310.

⁵ Nonché i provvedimenti incidenti negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari; i provvedimenti di secondo grado, - annullamenti, conferme, riforme, revoche -; i provvedimenti restrittivi-disciplinari e ablatori o comunque implicanti un sacrificio per il richiedente; i provvedimenti retroattivi; i provvedimenti assunti in contrasto con pareri di organi consultivi, in considerazione del ruolo riconosciuto alla funzione consultiva; i provvedimenti i cui procedimenti presentassero una istruttoria complessa - atti relativi alla gestione del pubblico impiego - L. Cimellaro, *La motivazione del provvedimento amministrativo una rassegna della dottrina e della giurisprudenza di ieri e di oggi*, in *Dir. Amm.*, 3, 1995, 441 e segg.

⁶ C. Mortati, *Obbligo di motivazione e sufficienza della motivazione degli atti amministrativi (a proposito del procedimento di scrutinio nelle promozioni per merito comparativo)*, in *Giur. It.*, III, 1943, 1 e segg.

⁷ Nell'ambito della motivazione sono state individuate distinte accezioni, diversamente interpretate dalla dottrina, quali la motivazione in senso stretto (esternazione dei motivi) e la giustifica-

zione (esternazione dei presupposti e dei fatti di legittimazione), - distinzione risalente a C.M. Iaccarino, *Studi sulla motivazione, con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Roma, 1933, 43 - e la motivazione in senso largo, come "discorso giustificativo" della decisione racchiusa nel provvedimento, A. Romano Tassone, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 28 e segg. Sul punto la dottrina è copiosa, nell'economia del presente scritto, tra gli altri B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte Generale, Milano, 2003, 868 e segg.; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'Azione amministrativa*, Milano, 2011, 300 e segg.

⁸ Con conseguente "dequotazione" della motivazione, teoria notoriamente affermata da M. Giannini, *La motivazione*, cit.

⁹ L. Cimellaro, *op. cit.*

¹⁰ C. Corso, voce "Motivazione dell'atto amministrativo", in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, 2001, 775 e segg.; F. Cardarelli, *La motivazione del provvedimento*, cit., 315. Sulla motivazione in diritto v. ampiamente M. De Donno, *Riflessioni sulla "motivazione in diritto" dell'atto amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 3, 2013, 629 e segg.

be le prospettive: prevedendo l'obbligatorietà della motivazione risponde alle esigenze formalistiche; ponendo il collegamento tra motivazione e risultanze dell'istruttoria esprime la piena valenza sostanziale della motivazione, in quanto si assume che la decisione presa risulti conforme agli elementi considerati nel procedimento¹¹.

Dall'adesione alla teoria formale della motivazione, anche dopo la L. n. 241/1990, conseguirebbe l'impossibilità di integrazione della stessa in corso di giudizio, in considerazione, in primo luogo, della necessaria contestualità della motivazione rispetto alla formazione del provvedimento adottato. Secondo questa interpretazione la motivazione deve infatti precedere (o, al limite, accompagnare) e non seguire ogni provvedimento amministrativo, a tutela del buon andamento amministrativo e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario¹². E d'altra parte, si nota, l'art. 3, L. n. 241/1990 fa riferimento alle ragioni che "hanno determinato" la decisione dell'Amministrazione, ancorando il dato temporale della motivazione al momento dell'adozione dell'atto. Da tale approccio, congiuntamente ad una lettura in chiave garantista della funzione della motivazione, deriva che il giudice, per valutare la legittimità dell'atto, non può che riferirsi al provvedimento per come adottato in esito al procedimento e, qualora ravvisasse una mancanza o insufficienza della motivazione, non potrebbe che annullare l'atto (dal che conseguirebbe per l'Amministrazione la facoltà di adottare nuovamente il provvedimento annullato con adeguata motivazione)¹³.

Dall'adesione alla teoria sostanziale, viceversa, si trarrebbe la possibilità da parte del giudice di evincere la legittimità del provvedimento valutando gli elementi acquisiti nel procedimento, aprendosi quindi la possibilità di non disporre l'annullamento dell'atto. Il giudice potrebbe così fondare il proprio giudizio anche su elementi non esplicitati nella motivazione e da ciò deriverebbe l'ammissibilità dell'integrazione della motivazione *ex post*. Questa interpretazione è stata valorizzata soprattutto a partire da una sentenza del

Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana del 1993¹⁴, in cui si riteneva di superare l'indirizzo fin lì prevalente, fondato principalmente sull'accezione del giudizio amministrativo come giudizio sull'atto impugnato, del quale doveva essere verificata la legittimità, e sul presupposto che l'integrazione in giudizio della motivazione avrebbe comportato per il ricorrente l'onere di "impugnazioni al buio". Secondo i magistrati siciliani, infatti tale indirizzo non era più rispondente "né al principio di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa né al principio di economicità ed efficacia dell'azione giurisdizionale né al principio di giustizia nell'amministrazione", soprattutto dopo l'asserita, progressiva trasformazione del processo amministrativo in giudizio sulla fondatezza della pretesa, sul "bene della vita" piuttosto che giudizio sull'atto e sulla sua (formale) legittimità¹⁵.

Le riflessioni sul tema sono state ulteriormente alimentate dalle riforme della L. n. 241/1990, in particolare con l'inserimento dell'art. 21 *octies*, 2° comma, nonché dal dibattito sulla natura del procedimento e del provvedimento emergente dal disegno complessivo della legge e dal rapporto con l'eventuale fase processuale¹⁶.

Gioverà in primo luogo ricordare che la prima e significativa novità apportata dalla novella del 2005 alla L. n. 241/1990 consiste nel richiamo ai principi dell'ordinamento comunitario, introdotto nel nuovo art. 1, tra cui sono senz'altro da includere l'obbligo di motivazione e il principio di proporzionalità, il cui rispetto si può apprezzare principalmente attraverso un'adeguata motivazione degli atti¹⁷. L'obbligo per la P.A. di motivare i propri atti è peraltro esplicitamente previsto dall'art. 296 TFUE nonché dall'art. 41, 2° comma, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed è volto "da una parte, a fornire all'interessato le indicazioni necessarie a conoscere se la decisione sia fondata o inficiata da un vizio tale da consentire di contestarne la legittimità e, dall'altra, a permettere al giudice di esercitare il suo controllo sulla

¹¹ B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, cit., 874.

¹² T.A.R. Torino (Piemonte), Sez. I, 9 novembre 2005, n. 3501. In questa giurisprudenza, in generale con riferimento all'inammissibilità della motivazione postuma e in particolare con riferimento agli scritti difensivi: T.A.R. Napoli (Campania), Sez. I, 9 aprile 2014, n. 2027, T.A.R. Trieste (Friuli-Venezia Giulia), Sez. I, 10 dicembre 2013, n. 647, T.A.R. Aosta (Valle d'Aosta), Sez. I, 13 febbraio 2013, n. 7; T.A.R. Torino (Piemonte), Sez. I, 4 novembre 2011, n. 1161; Cons. di Stato, Sez. V, 15 novembre 2010, n. 8040.

¹³ Reiterabilità in realtà non scontata, M. Occhiena, *Il divieto di integrazione in giudizio della motivazione ed il dovere di comunicazione dell'avvio dei procedimenti ad iniziativa di parte: argini a contenimento del sostanzialismo*, in *Foro Amm. TAR*, 2, 2003, 535.

¹⁴ C.G.A., Sez. giurisd., 20 aprile 1993, n. 149, commentata autorevolmente e dialetticamente da G. Virga, *Motivazione successiva...*, cit.; A. Zito, *L'integrazione in giudizio della motivazione del provvedimento: una questione ancora aperta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 1994, 580 e segg.; S. Giachetti, *Fontanazzi giuridici:*

l'integrazione in corso del giudizio del provvedimento impugnato, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 1, 20 e segg.

¹⁵ G. Ferrari, *Integrazione della motivazione del provvedimento amministrativo nel corso del giudizio*, in *Giur. di Merito*, 10, 2012, 2189 e segg.

¹⁶ Nell'economia del presente testo non si può affrontare il tema appena accennato. Almeno N. Longobardi, *La motivazione del provvedimento amministrativo dopo la l. 15 del 2005*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2008, 1023 e segg.; M. Ramajoli, *Lo statuto del provvedimento amministrativo a vent'anni dall'approvazione della legge n. 241/90, ovvero del nesso di strumentalità triangolare tra procedimento, atto e processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2010, 459 e segg.; E.M. Marengi, *Giusto procedimento e processualprocedimento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 4, 2008, 961 e segg.; G. Micari, *L'integrazione della motivazione nel corso del giudizio tra novità legislative e tendenza alla procedimentalizzazione del giudizio amministrativo*, in *Giur. di Merito*, 9, 2005, 1929 e segg.

¹⁷ V. Parisio, *Motivazione postuma, qualità dell'azione amministrativa e vizi formali*, in *Foro Amm. TAR*, 9, 2006, 3087 e segg.

legittimità della decisione”¹⁸. Secondo la giurisprudenza comunitaria un difetto o un’insufficienza di motivazione, fatti sempre rientrare nella violazione delle “forme sostanziali”, costituiscono addirittura motivo di ordine pubblico da sollevarsi d’ufficio ad opera del giudice comunitario¹⁹.

Dottrina e giurisprudenza si sono confrontate intensamente anche sulla novità costituita dall’art. 21 *octies*, 2° comma, primo alinea, che introduce nell’ordinamento la categoria dei vizi non invalidanti. L’articolo pone un limite all’annullabilità degli atti adottati in violazione delle norme sul procedimento o sulla forma, qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, secondo la regola dell’avvenuto raggiungimento dello scopo²⁰ e in ossequio alla tendenza ad evitare la demolizione processuale di provvedimenti solo formalmente eccepibili, anche in applicazione dei principi di effettività della tutela e di economicità del giudizio. L’art. 21 *octies* era parso legittimare *tout court* la motivazione postuma²¹, ma in realtà le posizioni interpretative sul punto sono piuttosto variegiate, dipendendo per lo più dal considerare la motivazione un elemento formale o sostanziale. Ma la complessità della natura e dell’oggetto della motivazione non consente questa operazione con piana semplicità²².

La sentenza in commento, in particolare, sembra collocarsi in quel filone interpretativo che, non aderendo preliminarmente né al modello teorico formalista né a quello sostanzialista (o antiformalista che dire si voglia), lascia valutare al giudice se, nel caso sottoposto al suo esame, il vizio di motivazione si configuri come un vizio sostanziale o formale, come un vizio da assoggettare o meno al disposto dell’art. 21 *octies*, con conseguente eventuale possibilità di integrare la motivazione considerato che, come recita la sentenza “non sempre i chiarimenti resi nel corso del giudizio

valgono quale inammissibile integrazione postuma della motivazione” (massima n. 2).

Dalla sentenza si desume dunque che compete al giudice applicare o meno l’art. 21 *octies*, operando una distinzione tra i singoli contenuti della motivazione²³ per verificare quando si integri il difetto di motivazione in senso proprio (vizio che, se si deve assumere, costituirebbe un vizio invalidante) e quando invece le ragioni del provvedimento siano “chiaramente intuibili sulla base della parte dispositiva del provvedimento impugnato o si verta in ipotesi di attività vincolata” (che, a quanto dato, costituirebbe un vizio non invalidante *ex art. 21 octies* e determinerebbe la possibilità di integrare la motivazione). Ciò in quanto la legislazione più recente in tema di processo amministrativo è orientata verso l’abbandono di impostazioni formalistiche in favore di soluzioni che consentano al giudice di conoscere del merito della controversia²⁴.

Un tentativo di canonizzazione

Alla luce del percorso tratteggiato la sentenza può essere letta principalmente attraverso l’individuazione dei tre criteri attraverso cui valutare quando “devono essere attenuate le conseguenze del principio del divieto di integrazione postuma, dequotingo il relativo vizio”.

La tutela del diritto di difesa dell’interessato

La tutela del diritto di difesa dell’interessato è stata da sempre il primo baluardo posto da chi negava l’ammissibilità della motivazione postuma. I principi costituzionalmente garantiti (artt. 24, 111 e 113 Cost.) di parità delle parti quale presidio del diritto di difesa e giusto processo, sono oggi richiamati anche nell’art. 2 c.p.a. A questi si affianca il riconoscimento, nell’art. 1 c.p.a. di pienezza della tutela secondo il diritto europeo²⁵.

¹⁸ Di recente v. Tribunale I grado UE, Sez. impugnazioni, 21 febbraio 2013 n. 85.

¹⁹ Sul punto di recente CGUE, Sez. VII, 11 aprile 2013 n. 652, causa C-652/11 P; CGUE, Grande sezione, 2 dicembre 2009, causa C-89/08. È bene precisare che l’obbligo di motivazione costituisce una forma sostanziale da tenere distinta dalla questione della motivazione che attiene alla legittimità nel merito dell’atto controverso. G. Greco, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2013, 156.

²⁰ Il vizio di un atto amministrativo, se meramente formale, non può portare all’annullamento dell’atto se l’interesse pubblico sia stato in ogni caso soddisfatto. Lo scopo di cui si garantisce il raggiungimento sarebbe quello generale dell’azione amministrativa complessivamente considerata, si preserva quindi una decisione sostanzialmente legittima, come illustrato da F. Fracchia-M. Occhiena, *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21-octies*, l. 241/1990: *quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2005.

²¹ V. Parisio, *Motivazione postuma...*, cit., 3087 e segg., nota che parte della dottrina e della giurisprudenza, avevano teso ad interpretare, in modo definito un po’ apodittico, il disposto dell’art. 28 *octies* come implicita legittimazione della motivazione postuma.

²² Per una ricostruzione delle diverse prospettive v. F. Cardarelli, *La motivazione*, cit., 346 e segg. Sulla “scomposizione” degli elementi della motivazione al fine della valutazione della effettiva applicazione dell’art. 21 *octies*, 2° comma, A. Bartolini-S. Pieroni, *Il Consiglio di Stato si pronuncia ancora sulla possibilità di “integrazione” della motivazione nel corso del giudizio*, in questa *Rivista*, 2, 2013, 461 e segg.

²³ Così di recente v. A. Bartolini-S. Pieroni, *Il Consiglio di Stato...*, cit. *Contra* M. Occhiena, *Il divieto...*, cit., 530.

²⁴ Cons. di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271.

²⁵ Di recente anche la Corte di Cassazione, Cass., Sez. un., 29 aprile 2009, nn. 9947, 9948, 9949, nonché vedasi Cass., Sez. un., 21 gennaio 2010, n. 969, è tornata sul punto, affermando che la ratio dell’art. 3, L. n. 241/1990, “va ravvisata nell’esigenza di dare ai destinatari dei provvedimenti amministrativi la massima effettività al diritto di difesa nei confronti della pubblica Amministrazione, in adempimento delle prescrizioni degli artt. 24 e 113 Cost., in correlazione con la complessità, nel nostro ordinamento, del sistema di tutela nei confronti degli atti della pubblica Amministrazione, caratterizzato da una pluralità di giurisdizioni, da normative procedurali differenziate, dall’esistenza di brevi termini di decadenza”.

In passato si temeva che la possibilità di integrare *ex post* la motivazione del provvedimento avrebbe posto l'amministrazione in una posizione di ingiustificato privilegio, consentendo a quest'ultima di "aggiustare il tiro" una volta che fossero state proposte le varie censure²⁶. Questo assunto è però mutato a seguito della ammissibilità del risarcimento per lesione di interessi legittimi e dell'introduzione dello strumento dei motivi aggiunti. Si è infatti eccepito che non può essere negato alla P.A., dal momento che è chiamata a risponderne in sede risarcitoria, di intervenire, anche in corso di giudizio, per rimediare una eventuale illegittimità del proprio operato, sul provvedimento da cui si presume derivi una lesione di un interesse legittimo di un terzo²⁷. Inoltre l'eventuale nuovo provvedimento - adottato per emendare il vizio dell'atto originariamente contestato, avente oggetto analogo o connesso al provvedimento già impugnato ed adottato in pendenza del ricorso tra le stesse parti - può essere a sua volta impugnato in seno allo stesso giudizio tramite i motivi aggiunti, istituto introdotto con L. n. 205/2000 e confermato dall'art. 43 c.p.a. Il ricorrente principale e il ricorrente incidentale possono così introdurre nuove ragioni a sostegno delle domande già proposte, ovvero domande nuove purché connesse con quelle già presentate, con salvezza del diritto di difesa dell'interessato, sul piano della posizione strettamente processuale, di quella sostanziale e anche agli effetti del risarcimento del danno.

In fase infraprocedimentale risultino percepibili le ragioni sottese all'emissione del provvedimento gravato

Il requisito richiamato con formulazione identica in altre sentenze aderenti a questo filone giurisprudenziale, che sostiene l'ammissibilità della motivazione postuma allorché le ragioni sottese alla scelta dell'Amministrazione "possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento"²⁸, viene qui precisato con rife-

rimento alla fase infraprocedimentale - in cui occorrerà che le ragioni siano "percepibili" - e al dispositivo del provvedimento - in cui occorrerà, in modo più definito, che le ragioni siano "chiaramente intuibili" -²⁹. È il trionfo dell'interpretazione sostanziale della motivazione, per come esposta *supra*, addirittura con un *quid* in più, costituito dall'elemento delle "percepibilità", termine che sembra alludere a una sorta di intuizione, anche non troppo sostenuta dai riscontri effettuati sull'iter procedimentale.

Si tratti di atti vincolati

Il criterio enunciato rende necessario richiamare, almeno per cenni, le teorie che ancora oggi si confrontano sulla necessità della motivazione per gli atti vincolati. Antecedentemente all'entrata in vigore della L. n. 241/1990 la motivazione era ritenuta generalmente necessaria per gli atti discrezionali, in quanto rappresentava lo strumento principale per il sindacato di eccesso di potere, mentre era limitata ai casi legislativamente previsti per gli atti vincolati. Il dibattito sulla necessità o meno della motivazione per gli atti vincolati permane anche se il disposto dell'art. 3, L. n. 241/1990 prevede un obbligo generalizzato di motivazione per tutti gli atti, salvo le specifiche eccezioni menzionate tra cui non figurano gli atti vincolati.

Per questi, infatti, un orientamento parimenti sostenuto da dottrina e giurisprudenza ritiene non necessaria la motivazione, in quanto si considera che la ponderazione degli interessi sia effettuata dal legislatore, dalle norme e non dal provvedimento, lasciando quindi all'Amministrazione solo il riscontro sulla sussistenza dei presupposti e del proprio obbligo di provvedere. Tale lettura è sostenuta in particolare, in chiave formalista, attraverso il richiamo all'art. 21 *octies*, 2° comma, primo alinea, L. n. 241/1990.

Altro orientamento considera invece obbligatoria la motivazione anche per gli atti vincolati ma il suo contenuto dovrà essere limitato all'indicazione delle norme

²⁶ G. Virga, *Motivazione successiva...*, cit.

²⁷ TAR Lazio, Sez. I, 16 gennaio 2002, n. 398, che rivisita, in questa prospettiva, il principio di parità delle parti: "Una volta ammessa in termini generali, pertanto, la possibilità che anche dall'esercizio delle attività provvedimentali della pubblica amministrazione possano scaturire illeciti ai sensi dell'art. 2043 del c.c., appare conseguente ritenere che l'amministrazione debba essere posta in condizioni tali da poter esercitare un ampio *ius poenitendi* in autotutela. Diversamente, verrebbe violato il principio della parità delle parti del processo (un tempo invocato, sotto ben diverso profilo, a sostegno dell'indirizzo tradizionale), posto che la pendenza del ricorso impedirebbe all'amministrazione, pur assoggettata al principio paritario del *neminem laedere*, di assumere iniziative di diligenza a difesa (oltre che della legalità) dei propri interessi anche patrimoniali". Sul punto A. Bartolini-S. Pieroni, *Il Consiglio di Stato...*, cit.; G. Ferrari, *Integrazione della motivazione*, cit.

²⁸ La massima, ripresa dalla giurisprudenza citata recita "La motivazione del provvedimento amministrativo è finalizzata a consentire al cittadino la ricostruzione dell'iter logico e giuridico mediante il quale l'Amministrazione si è determinata ad adottare

un dato provvedimento, controllando quindi il corretto esercizio del potere ad esso conferito dalla legge e facendo valere, eventualmente nelle opportune sedi, le proprie ragioni; di conseguenza la garanzia di adeguata tutela delle ragioni del privato non viene meno per il fatto che nel provvedimento amministrativo finale non risultino chiaramente e compiutamente rese comprensibili le ragioni sottese alla scelta fatta dalla Pubblica amministrazione, allorché le stesse possano essere agevolmente colte dalla lettura degli atti afferenti alle varie fasi in cui si articola il procedimento, e ciò in omaggio ad una visione non meramente formale dell'obbligo di motivazione, ma coerente con i principi di trasparenza e di lealtà desumibili dall'art. 97 Cost."; così, di recente Cons. di Stato, Sez. III, 3 febbraio 2014, n. 478; Cons. di Stato, Sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 137; T.A.R. Pescara (Abruzzo), Sez. I, 2 ottobre 2013, n. 468; Cons. di Stato, Sez. IV, 10 luglio 2013, n. 3670; Cons. di Stato, Sez. IV, 4 giugno 2013, n. 3070; Cons. di Stato, Sez. IV, 26 marzo 2013.

²⁹ Il termine "ragioni" in entrambe le locuzioni è da intendersi come le ragioni che hanno determinato la scelta dell'amministrazione.

applicate e dei presupposti la cui presenza o la cui mancanza ha reso necessaria l'adozione del provvedimento, alla chiara indicazione delle ragioni giuridiche assunte a fondamento della decisione³⁰. L'integrazione della motivazione sarebbe dunque ammissibile per gli atti vincolati in mancanza dell'esposizione di questi contenuti. Ai fini dell'annullabilità altra dottrina richiede anche qualcosa di più della esplicita previsione normativa per riconoscere gli atti vincolati come tali: occorrerebbe infatti che non vi fosse stata (e comunque non sia possibile) alcuna controversia sull'accertamento del fatto e che il quadro normativo di riferimento non presentasse alcuna apprezzabile incertezza³¹.

Con riferimento all'integrazione della motivazione in realtà, nonostante il richiamo agli atti vincolati *ex art. 21 octies*, si è aperto uno spiraglio allorché si è previsto che "l'Amministrazione dimostri in giudizio che il provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato", con implicito riferimento ad atti, almeno astrattamente, diversi da quelli vincolati, e quindi, discrezionali: "si tratta di innovazione della quale la giurisprudenza non ha ancora adeguatamente approfondito la portata, ma dalla quale sarebbe arduo non far derivare un'attenuazione del divieto di motivazione postuma"³².

Annullamento, integrazione e seconda *chance* dell'Amministrazione

Delineati gli aspetti da riferire, in modo più sostanziale, alla motivazione postuma occorre evidenziare, sia pure brevemente, l'ulteriore passaggio in cui la sentenza si sofferma sulle sorti dell'atto, più esattamente dell'interesse del privato sotteso all'atto, in conseguenza del suo eventuale annullamento, affermando il principio secondo cui l'Amministrazione "dopo un giudicato di annullamento da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo - ha l'obbligo di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, l'insieme delle questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati"³³.

Questa affermazione evidenzia la ricerca di un pun-

to di equilibrio tra obblighi di conformazione al giudicato ed esigenze di tutela del privato da un lato e vizio di violazione o di elusione del giudicato e inesauribilità del potere dell'amministrazione, in particolare la riedizione del potere amministrativo a seguito di giudicato dall'altro.

L'Amministrazione non potrebbe ribadire, eventualmente, il proprio diniego supportandolo con l'affermazione presa in esame dal giudice e giudicata illegittima, ma potrebbe farlo allegando motivi nuovi tra cui anche motivi già adottati, ma su cui non si sia formato il giudicato in quanto "assorbiti" dal Giudice. Aggiunge la sentenza che "tra tali motivi 'nuovi' potrebbe pacificamente rientrare, con più specifico riferimento al procedimento per cui è causa, quello che correttamente è stato ritenuto costituire inammissibile integrazione motivazionale dell'originario provvedimento reiettivo".

È la risposta alla reiterazione dell'atto, già prevista, nel nostro caso, quale conseguenza dell'approccio formalista alla motivazione con conseguente declaratoria di annullamento, per il quale non è possibile prevedere l'integrazione della motivazione (vedi *supra*). Ma, ancora una volta, fissata la regola, viene subito espunta un'eccezione, sia pure limitata, con riferimento a "rilevanti fatti sopravvenuti o che non sono stati esaminati in precedenza per motivi indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione ovvero su una nuova normativa". Il giudice sembra qui prefigurare un'integrazione della motivazione fuori processo nei casi in cui abbia dovuto procedere ad annullamento e l'Amministrazione abbia adottato, in conseguenza al giudicato, un atto su cui siano poi maturati, eccezionalmente, nuovi motivi indipendenti dalla volontà dell'Amministrazione. In questo caso si soprassederebbe dunque alla teoria della seconda *chance* di cui godrebbe l'Amministrazione.

Conclusioni

La sentenza in commento certo non mette la parola fine al dibattito sull'ammissibilità della motivazione postuma, ma rappresenta quanto meno un tentativo di sistematizzarne alcuni aspetti, conciliando la spinta formalista e quella sostanzialista. Questo tentativo,

per motivi diversi da quelli indicati, tuttavia, deve ritenersi vincolata l'attività amministrativa successiva al secondo annullamento sulla medesima istanza pretensiva. Quest'ultimo assunto si riallaccia a quell'orientamento pragmatico e ragionevole della giurisprudenza amministrativa secondo il quale, in tali casi, il punto di equilibrio fra gli opposti interessi va determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati (cfr. Cons. Stato, V, 134/99; Cons. Stato, VI, 7858/04)", T.A.R. Milano (Lombardia), Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428; vedi anche Cons. di Stato, Sez. VI, 9 febbraio 2010, n. 633. Si veda anche Cons. di Stato, Ad. Plenaria, 15 gennaio 2013, n. 2.

³⁰ Cons. di Stato, Sez. IV, 16 giugno 2008, n. 2977; T.A.R. Napoli (Campania), Sez. VIII, 10 novembre 2011, n. 5255; CGARS, Sez. giurisd., 22 gennaio 2013, n. 2, secondo cui anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 241/1990 gli atti vincolati non necessitano di una motivazione particolarmente estesa, essendo sufficiente che l'Amministrazione individui con chiarezza le ragioni giuridiche assunte a fondamento della decisione: "in tal senso è acquisito in giurisprudenza che l'esercizio del potere amministrativo, ove rivesta natura vincolata, è correttamente e sufficientemente motivato col mero richiamo alle disposizioni di legge delle quali viene fatta applicazione".

³¹ F. Cardarelli, *op. cit.*, 353.

³² Cons. di Stato, Sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241; Cons. di Stato, Sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5271.

³³ "Pur essendo dai più riconosciuta (anche dopo un primo annullamento) la possibilità di emettere un nuovo atto di diniego

nelle sue fragilità, non mitiga ma neppure incentiva le legittime preoccupazioni in ordine a un declino della motivazione³⁴, su cui occorre tuttavia una più ampia

riflessione, volta a tutelarne gli aspetti di garanzia, bilanciandoli con quelli di speditezza dell'azione amministrativa.

Giudicato amministrativo e ottemperanza

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2014, n. 1802 – Est. Bottiglieri.

Processo amministrativo – Giudizio di ottemperanza – Disciplina prevista dal c.p.a. – Attuale polisemicità del “giudizio” e dell’“azione di ottemperanza” – Azioni esperibili mediante il giudizio di ottemperanza – Individuazione

L'esame della disciplina processuale dell'ottemperanza porta ad affermare l'attuale polisemicità del “giudizio” e dell’“azione di ottemperanza”, dato che, sotto tale unica definizione, si raccolgono azioni diverse, talune meramente esecutive, altre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato, e la cui comune giustificazione è rappresentata dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost. Di conseguenza il giudice dell'ottemperanza deve essere attualmente considerato come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto.

Processo amministrativo – Giudizio di ottemperanza – Censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente a un giudicato – Unitarietà della trattazione dinanzi al giudice dell'ottemperanza – Ammissibilità

Al fine di consentire l'unitarietà di trattazione di tutte le censure svolte dall'interessato a fronte della riedizione del potere, conseguente ad un giudicato, le doglianze relative possono essere dedotte davanti al giudice dell'ottemperanza, sia in quanto questi è il giudice naturale dell'esecuzione della sentenza, sia in quanto egli è il giudice competente per l'esame della forma di più grave patologia dell'atto, quale è la nullità. Questi, in presenza di una tale opzione processuale, è chiamato in primo luogo a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa che non impinge nel giudicato, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori; nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, dichiarandone così la nullità, a tale dichiarazione non potrà che seguire l'improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda. Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione.

Per il testo del provvedimento v. www.giustizia-amministrativa.it.

L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario

Marcello Clarich e Giuseppe Urbano

Il commento analizza il nuovo orientamento del giudice amministrativo, formatosi a partire dalla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2013, sul rapporto tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario rispetto alla riedizione del potere amministrativo dopo la formazione del giudicato. Gli autori valutano positivamente la semplificazione procedurale individuata dal giudice amministrativo che risolve i dubbi del passato sull'individuazione del giudice competente, ma si soffermano poi sulla correlata questione sostanziale del perimetro oggettivo del giudicato amministrativo. Su questo profilo la pronuncia sembra ritagliare ancora un significativo margine d'azione alla potestà amministrativa successiva al giudicato a scapito di una maggiore protezione del ricorrente vittorioso in giudizio e, cioè, dell'effettivo conseguimento del bene della vita dopo un giudicato favorevole.

Premessa

La sentenza in commento recepisce l'orientamento dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2) sul rappor-

to tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario rispetto alla riedizione del potere amministrativo dopo la formazione del giudicato¹.

Fino alla richiamata pronuncia dell'Adunanza ple-

³⁴ B.G. Mattarella, *Il declino della motivazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 6, 2007, 617 e segg.

¹ Per un primo commento alla sentenza dell'Adunanza plenaria: Cerreto, *La ricerca del difficile equilibrio tra vincolatività del giu-*

naria del Consiglio di Stato, la fase successiva alla formazione del giudicato rappresentava una delle più delicate e incerte dell'intero sistema giustiziale. Infatti, di fronte alla riedizione del potere amministrativo, il ricorrente vittorioso nel precedente giudizio e nuovamente insoddisfatto non era spesso in grado di individuare, tra i due richiamati, il giudizio da incardinare. Ciò a causa del labile e indefinito confine tra gli stessi².

In particolare, di fronte alla riedizione del potere amministrativo dopo il giudicato, il ricorrente non sapeva con certezza se si trovasse di fronte ad una esecuzione della sentenza (sia pure scorretta) da incardinare nel giudizio di ottemperanza o di fronte ad una situazione nuova da affrontare nell'ordinario giudizio di cognizione. Con il rischio di scoprire solo *ex post* di aver sbagliato strada, perdendo in alcuni casi irreversibilmente la possibilità di conseguire il bene della vita.

Tale incertezza aveva dato origine a una nota prassi tuzioristica in cui si attivavano contestualmente entrambi i giudizi, salvo poi rimettere all'autorità giudiziaria la responsabilità della decisione definitiva su quale dei due far decadere, fermo restando l'altro. Era il sintomo di una disorganicità del sistema che, per un verso, frustrava il principio dell'effettività della tutela a detrimento del ricorrente e, per altro verso, aggravava impropriamente – in ragione di un inutile doppio processo – il sistema giurisdizionale amministrativo rendendone inefficiente la funzione.

L'onere del doppio giudizio era, dunque, il prezzo che il ricorrente doveva pagare per neutralizzare il rischio di una pronuncia di inammissibilità, laddove – nei casi di incertezza – avesse optato per l'uno o l'altro giudizio.

L'incertezza è d'altronde frequente a causa di due ragioni concomitanti. Da un lato, la regola giurisprudenziale di demarcazione dei due giudizi è di per sé astratta e indeterminata, per cui è molte volte difficoltoso cogliere *ex ante* le fattispecie concrete che devono essere trattate nell'uno o nell'altro giudizio. Dall'altro lato, spesso, la riedizione del potere amministrativo reca in concreto – a volte in modo sleale – oggettive ambiguità.

La pronuncia in commento, al pari della richiamata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2013³ che ne costituisce il fondamento, nell'affrontare la questione richiamata, consente di fare il punto sull'esecuzione delle sentenze amministrative anche alla luce del recente codice del processo amministrativo e dei principi posti a suo fondamento, primo fra tutti quello della "effettività" della tutela.

Nel tema affrontato si intrecciano profili che atten-

gono, a monte, alla individuazione del perimetro oggettivo del giudicato amministrativo e all'effetto conformativo della sentenza del giudice amministrativo e profili processuali che riguardano, a valle, l'individuazione dell'azione (e, corrispondentemente, del giudice competente, della tipologia di giudizio, del rito e dei poteri giudiziari esercitabili) atta a verificare la corretta riedizione del potere amministrativo in seguito al giudicato al fine del conseguimento del bene della vita preteso.

Su questo secondo profilo è intervenuto principalmente il nuovo orientamento avviato dall'Adunanza plenaria con un esito molto favorevole per il ricorrente. In pratica quest'ultimo viene sollevato dall'onere di individuare il giudizio da attivare, e ha la possibilità di rivolgersi, sempre e comunque, al giudice dell'ottemperanza. Sarà poi quest'ultimo a decidere se tale giudizio potrà continuare in tale sede o se, invece, sarà necessario trasporre la questione in sede di cognizione.

Il rischio, però, è che si tratti di una mera semplificazione procedurale. Anticipando gli esiti dell'analisi compiuta nel presente contributo e pur riconoscendo al nuovo orientamento il merito di avere alleggerito la posizione del cittadino, rimangono comunque aperte alcune questioni. In particolare il primo profilo, relativo al perimetro oggettivo del giudicato, rimane di grande attualità e con esso tutte le altre questioni che condizionano l'effettività sostanziale della tutela giurisdizionale.

Se l'amministrazione conserva ampie potestà di esercitare nuovamente il suo potere a sfavore del ricorrente vittorioso si allontana sempre di più la possibilità per quest'ultimo – nonostante le semplificazioni processuali – di conseguire effettivamente e celermente il bene della vita preteso.

Il caso oggetto della controversia

Con una precedente sentenza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 29 marzo 2011, n. 2750) il T.A.R. Lazio accoglieva il ricorso proposto da un magistrato, annullando per l'effetto la determinazione del Consiglio Superiore della Magistratura (di seguito "CSM") che aveva conferito a un altro magistrato il posto di procuratore aggiunto presso il Tribunale di Roma all'esito di una procedura concorsuale che lo aveva visto soccombente.

Il CSM e il magistrato controinteressato proponevano appello avverso la statuizione, che veniva però confermata dal Consiglio di Stato (Cons. di Stato, Sez. IV, 6 marzo 2012, n. 1264).

Con nuovo ricorso il magistrato vittorioso in giudi-

dicato e riedizione del potere amministrativo, in *Il nuovo diritto amministrativo*, n. 2/2013, 164 e segg.

² Per la definizione del confine tra giudizio di ottemperanza e nuovo giudizio di cognizione ordinario, tra tante: Cons. di Stato, Sez. V, 16 settembre 2004, n. 6047.

³ La pronuncia dell'Adunanza plenaria è stata determinata da una corposa e puntuale ordinanza di rimessione: Cons. di Stato, Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2024.

zio lamentava innanzi allo stesso TAR Lazio che il CSM, quantunque notificatario delle anzidette decisioni, non avesse posto in essere gli adempimenti preordinati ad una piena esecuzione della portata *destruens* e del contenuto conformativo del giudicato, e domandava che l'adito giudice adottasse le necessarie statuizioni, provvedendo anche alla nomina di un organo commissariale.

Il TAR Lazio (con sentenza 2 gennaio 2013, n. 3) in accoglimento del ricorso, ordinava al CSM di dare esecuzione alle sentenze favorevoli al ricorrente nel termine di 60 giorni, e invitava a provvedere entro l'ulteriore termine di 60 giorni, nel caso di inutile decorso del primo, il Vice Presidente del CSM, nella qualità di commissario *ad acta*.

Nel predetto contesto è sopravvenuta una nuova delibera del CSM (delibera 20 febbraio 2013), che, in dichiarato adempimento delle statuizioni del giudice amministrativo, ha rinnovato il confronto comparativo tra i due candidati, reiterando il giudizio favorevole già espresso a favore del magistrato controinteressato, che è stato quindi confermato nella funzione di procuratore aggiunto presso il Tribunale di Roma con D.M. 15 marzo 2013.

Con il gravame oggetto della sentenza in commento il magistrato vittorioso in giudizio, invocando l'insegnamento di Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 15 gennaio 2013, n. 2:

– ha agito in via principale in sede di ottemperanza, ai sensi degli artt. 112 e segg. c.p.a., lamentando che il CSM, nella riedizione del potere, aveva posto in essere una condotta violativa ed elusiva del giudicato, e domandando che il giudice amministrativo: a) accertasse l'omessa esecuzione delle precedenti decisioni; b) dichiarasse la nullità della delibera 20 febbraio 2013 del CSM e del D.M. Giustizia 15 marzo 2013; c) nominasse un commissario *ad acta*, esterno al CSM, al fine della tempestiva ottemperanza; d) provvedesse esso stesso, per l'ipotesi di ulteriore inottemperanza, all'adozione del provvedimento in sostituzione dell'amministrazione;

– ha agito in via subordinata in sede di ordinario giudizio di legittimità, domandando l'annullamento della delibera 20 febbraio 2013 del CSM e del D.M. Giustizia 15 marzo 2013, avverso i quali ha formulato, tra l'altro, le censure di elusione del giudicato, violazione della normativa rilevante ed eccesso di potere.

La sentenza del TAR in commento ha applicato in

punto di rito la regola stabilita dalla richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria.

In particolare, ha deciso con i poteri del giudice dell'ottemperanza una parte del ricorso, ritenendolo infondato nel merito. Per la restante parte del ricorso ha disposto la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione dell'ordinario giudizio di legittimità.

Il richiamo dei principi affermati dalla sentenza Cons. di Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2

La sentenza in commento ha accolto e applicato i principi affermati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 2/2013.

Appare necessario, dunque, un esame di quest'ultima pronuncia al fine di comprendere l'architettura concettuale che fonda la sentenza in commento e il nuovo orientamento del giudice amministrativo.

La questione da risolvere attiene al rapporto tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario in relazione alla riedizione del potere amministrativo dopo la formazione del giudicato.

Tale questione ha carattere immediatamente processuale ed è stata risolta, in punto di metodo, partendo dai principi generali e fondanti del Codice del processo amministrativo.

In particolare, la cornice di principio entro cui risolvere la questione posta include, in primo luogo, l'esigenza di conferire "adeguata effettività" alle sentenze del giudice amministrativo. Nel suo significato più proprio e immediato si tratta di un principio finalistico che garantisce al ricorrente il conseguimento reale, attraverso il processo, del bene della vita attribuito dal diritto sostanziale⁴.

In secondo luogo, occorre perseguire l'esigenza di contenere in "tempi ragionevoli" la risposta giurisdizionale. Il principio, pur avendo immediatamente carattere strumentale insistendo sul *quomodo* e non sul risultato vantaggioso, può ritenersi anch'esso un corollario del principio di "effettività"⁵.

Infine, occorre "evitare inutili duplicazioni di accesso alla tutela giurisdizionale". Rispetto alle prime due esigenze, si tratta di un criterio di opportunità e di chiusura utilizzato per risolvere gli esiti incoerenti e disorganici degli istituti processuali "tipici". Il criterio in questione si fonda su ragioni di economia processuale ed evita, altresì, una possibile vulnerazione del principio del "*ne bis in idem*"⁶.

⁴ Secondo la giurisprudenza "l'effettività della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo deve essere qualificata come la capacità del processo di conseguire risultati nella sfera sostanziale, vale a dire di garantire la soddisfazione dell'interesse sostanziale dedotto in giudizio dal ricorrente la cui pretesa si sia rivelata fondata" (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 13 febbraio 2012, n. 1432). Sul principio di effettività, tra i più recenti: Pietrosanti, *I principi generali del processo amministrativo*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 114 e segg.; Delfino, *Effettività*, in Garofoli-Ferrari (a cura di), *Codice*

del processo amministrativo, Roma, 2012, 3 e segg.; Merusi, *Effettività*, in Quaranta-Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 65 e segg.

⁵ Sull'"essenza" del principio di effettività e la correlazione con la "celerità" e la "ragionevole durata": Delfino, *Effettività*, cit., 19 e segg.

⁶ Non a caso tale profilo è venuto in rilievo nel caso di specie, dove – tra le questioni da risolvere – si è posto il problema della riunione, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., di due giudizi autonomi.

Dopo aver anticipato il quadro di principio entro cui calare la questione, il nuovo orientamento pone in evidenza che quest'ultima è connessa con il diritto sostanziale.

In particolare, la questione sostanziale, correlata e presupposta, risiede nell'individuazione del perimetro oggettivo del giudicato amministrativo e in particolare "nell'individuazione di un equilibrato assetto tra giudicato e riedizione del potere amministrativo"⁷.

L'approccio metodologico per individuare tale assetto è quello, non già astratto dei principi, ma concreto dell'analisi di ogni vicenda specifica e di come, caso per caso, il singolo giudicato si atteggi nei confronti del sopravvenuto esercizio della funzione amministrativa⁸.

Ciò premesso, il nuovo orientamento del giudice amministrativo si occupa nello specifico dell'individuazione della regola da applicare per incardinare correttamente un giudizio (tra il giudizio di ottemperanza e il giudizio di cognizione ordinario) all'esito della riedizione del potere amministrativo in seguito al giudicato.

Per risolvere la questione si è resa necessaria una riflessione sul giudizio di ottemperanza e sui suoi elementi caratterizzanti per come disegnati dal recente Codice del processo amministrativo (presupposti, fondamento giustificativo, domande proponibili, poteri giudiziali esercitabili). Tale analisi è servita, in particolare, per cogliere più in generale la funzione che il giudizio di ottemperanza svolge nell'attuale sistema del processo amministrativo⁹.

Quest'ultima è stata ricavata principalmente dal "contenuto" delle "domande" proponibili. In particolare, è emersa una realtà "composita" dove accanto all'"azione di ottemperanza" tradizionale¹⁰ – che già di per sé, per la sua ampiezza, non è inquadrabile nell'ambito delle azioni "meramente esecutive" – sono proponibili azioni di "cognizione" che prescindono dall'"attuazione" di una precedente giudicato. Ciò avviene per ragioni di connessione e, in particolare, di

accessorietà della domanda rispetto a quella oggetto del giudicato¹¹, ma, in casi più significativi, si tratta di vere e proprie domande nuove¹².

Nel giudizio di ottemperanza, dunque, convivono azioni che richiedono attività giurisdizionali eterogenee (dalla mera "esecuzione" alla "cognizione") e, soprattutto, finalizzate a risultati diversi che non sempre attengono all'attuazione in senso stretto del giudicato. A tal riguardo può richiamarsi anche la "richiesta di chiarimenti" che, non a caso, è di regola proposta dall'amministrazione uscita soccombente dal giudizio e non dal soggetto vittorioso che ha interesse all'attuazione del giudicato¹³.

La nuova disciplina del giudizio di ottemperanza avrebbe, dunque, provocato due effetti tra di loro consequenziali.

Il primo attiene all'ampliamento oggettivo dello stesso attraverso una pluralità di azioni e di domande eterogenee. In particolare la sentenza registra l'attuale "polisemicità" del giudizio e dell'"azione di ottemperanza", la quale, sotto tale unica definizione, raccoglie invero "azioni diverse, talune meramente esecutive, talaltre di chiara natura cognitoria, il cui comune denominatore è rappresentato dall'esistenza, quale presupposto, di una sentenza passata in giudicato".

Il secondo, corollario del primo, è l'estensione e, più precisamente, la generalizzazione della funzione dell'"azione di ottemperanza", e dunque, del giudizio di ottemperanza (rappresentata "dal dare concretezza al diritto alla tutela giurisdizionale, tutelato dall'art. 24 Cost.") e del ruolo del giudice dell'ottemperanza, considerato "come il giudice naturale della conformazione dell'attività amministrativa successiva al giudicato e delle obbligazioni che da quel giudicato discendono o che in esso trovano il proprio presupposto".

Su queste basi, e in particolare sul principio di "effettività della tutela"¹⁴, l'Adunanza plenaria ha fatto perno per pervenire alla regola che costituisce la novità più significativa – anche per il suo carattere generale ed astratto e, dunque, normativo rivolto al fu-

⁷ Sul tema, di recente: Labocetta, *Il giudizio di ottemperanza tra potere amministrativo ed effettività della tutela giurisdizionale*, 2012. In precedenza: Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005; Sassani, *Dal controllo del potere all'attuazione del rapporto*, Milano, 1997; Fornaciari, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999; Sassani, *Impugnativa dell'atto e disciplina del rapporto*, Padova, 1989; Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989. Per l'approfondimento del tema e per altri riferimenti giurisprudenziali e bibliografici si rimanda al prossimo paragrafo.

⁸ Su questo approccio: Cons. di Stato, Ad. plen., 22 dicembre 1982, n. 19.

⁹ Sul tema, più di recente: Ceretto, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013; Mari, *Il giudizio di ottemperanza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 457 e segg.; Tariciotti, commento sub artt. 112 e 113, in R. Garofoli-G. Ferrari (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, 2012, 1629 e segg.; Lopilato, *Giudizio di ottemperanza*, in Quaranta-Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 880 e segg.; Giannini, *Il nuovo giudizio di ottemperanza dopo il Codice del processo amministrativo*, Milano,

2011; Lipari, *L'effettività della decisione tra cognizione e ottemperanza*, in *www.federalismi.it*, 2010. Tra i precedenti contributi che offrono un inquadramento teorico dell'istituto: A.M. Sandulli, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Scritti giuridici*, 1990; Villata, *L'esecuzione del giudicato amministrativo*, Milano, 1968; Ferrara, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione*, Milano, 2003; Pelillo, *Il giudizio di ottemperanza alle sentenze del giudice amministrativo*, Milano, 1990; Travi, *L'esecuzione*, in Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 4605.

¹⁰ Art. 112, 2° comma, c.p.a.

¹¹ Art. 112, 3° comma, c.p.a. nella parte in cui si riferisce alla condanna "al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza".

¹² Art. 112, 3° comma, nella parte in cui si riferisce al "risarcimento dei danni connessi all'impossibilità o comunque alla mancata esecuzione in forma specifica, totale o parziale, del giudicato".

¹³ Cons. di Stato, Sez. VI, 19 giugno 2012, n. 3569.

¹⁴ Per l'applicazione del principio di "effettività" al giudizio di ottemperanza: Cons. di Stato, Sez. V, 20 dicembre 2011, n. 6688.

turo – del nuovo orientamento, accolto anche dalla sentenza in commento.

In particolare, ha stabilito che in caso di riedizione del potere amministrativo dopo il giudicato, possa essere proposto “un solo ricorso” in luogo dei due che la parte interessata era spesso costretta ad esperire per le richiamate ragioni di cautela processuale. Il giudice competente a introitare tale ricorso, come esito necessitato del ragionamento svolto, non può che essere il “giudice dell’ottemperanza”, sia in quanto questi è “il giudice naturale dell’esecuzione della sentenza”, sia perché egli è il giudice competente per l’esame della forma più grave di patologia dell’atto, vale a dire la “nullità” che consegue all’eventuale violazione o elusione del giudicato.

Come ricordato, il principio di chiusura che ha consentito di pervenire a tale conclusione è stato rinvenuto principalmente nel principio di “effettività (completezza) della tutela giurisdizionale”. Ancora una volta, dunque, il “principio di effettività” ha giocato il ruolo di cerniera “atipica” volta a calibrare gli esiti insoddisfacenti cui, in casi particolari, conduce la rigida applicazione di istituti con effetti “tipici”¹⁵.

La conclusione raggiunta non comporta che il giudice dell’ottemperanza sia poi effettivamente il giudice competente per ogni decisione conseguente al giudicato. Questi più semplicemente avrà un ruolo di “filtro”, caricando su se stesso l’onere che prima gravava sul cittadino di distinguere quali, tra le domande proposte, attengono strettamente all’ottemperanza e quali invece riguardano il nuovo esercizio del potere amministrativo che è estraneo al giudicato.

La parte più “creativa” del nuovo orientamento termina qui, poiché le conseguenze della nuova regola semplificatrice individuata dall’Adunanza plenaria sarebbero in buona parte ricavabili già dalla disposizioni del Codice del processo amministrativo.

In particolare, all’esito del discernimento delle domande proposte, il giudice dell’ottemperanza dovrà trarre “le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori”.

Pertanto, se il giudice dell’ottemperanza ritiene che il nuovo provvedimento emanato costituisce violazione ovvero elusione del giudicato, ne può dichiarare la nullità (*ex art. 21 septies*, L. n. 241/1990) e, si deve

ritenere, ogni altra decisione opportuna che egli può assumere nella veste propria di giudice dell’ottemperanza. Al contempo questi dovrà dichiarare la improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda.

Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità il giudice disporrà la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione. Ciò è possibile anche in applicazione dell’art. 32, 2° comma, c.p.a. in base al quale “il giudice qualifica l’azione proposta in base ai suoi elementi sostanziali” e può convertirla in altra azione “sussistendone i presupposti”¹⁶.

Sotto quest’ultimo profilo, l’azione conseguente al giudicato dovrà essere proposta sempre nel termine di decadenza del ricorso giurisdizionale amministrativo ordinario (60 gg. previsto dall’art. 41 c.p.a.) e non quello proprio dell’*actio iudicati* (10 anni, previsto dall’art. 114, 1° comma, c.p.a.), proprio per la circostanza che – superando il termine decadenziale di 60 gg. – nel caso in cui si rendesse necessaria la conversione dell’azione proposta nella normale azione di cognizione ordinaria, mancherebbe uno dei presupposti¹⁷.

Nella sentenza del TAR Lazio in commento, il giudice amministrativo ha fatto applicazione dei richiamati principi, decidendo con i poteri dell’ottemperanza una parte del ricorso (dichiarandolo infondato nel merito) e, per il resto, disponendo la conversione dell’azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione dell’ordinario giudizio di legittimità.

La regola semplificatrice individuata non risolve però tutte le questioni oggetto di dibattito e poste dall’ordinanza di rimessione che ha determinato la pronuncia dell’Adunanza plenaria. La regola individuata, infatti, presuppone comunque la questione sostanziale dei limiti oggettivi del giudicato e degli spazi liberi di cui il potere amministrativo gode in seguito ad esso. Ciò che cambia rispetto al passato è che sarà il giudice dell’ottemperanza in sede di “filtro” – e non più il ricorrente interessato – ad individuare l’esatto perimetro del giudicato per stabilire con quale giudice, quale rito e quali poteri continuare il giudizio.

Su questo profilo, il nuovo orientamento reca indi-

¹⁵ Il principio di “effettività” costituisce la *ratio* di vari istituti accolti dal c.p.a. (come per esempio la tutela cautelare *ante causam* o l’arricchimento dei mezzi istruttori), ma soprattutto è principio fondante di istituti atipici. Sul principio di effettività, per esempio, si è fatto perno all’inizio per giustificare l’azione di adempimento (Cons. di Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3) o per modulare gli effetti tradizionali della sentenza di annullamento (Cons. di Stato, Sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755). Sugli effetti concreti del principio di “effettività”: Pietrosanti, *I principi generali del processo amministrativo*, cit., 120 e segg.

¹⁶ Carbone e F. Pignatiello, *Le azioni di cognizione*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2013, 212 e segg., i quali peraltro avevano escluso il cumulo tra azioni di cognizioni e azione di ottemperanza, se non nei limiti

previsti dagli artt. 112 e segg., proprio ritenendo la profonda differenza tipologica e funzionale tra il giudizio di esecuzione (inteso dagli autori come vero e proprio giudizio di esecuzione) e il giudizio di cognizione. Sull’istituto in questione inteso come “riqualificazione” dell’azione cfr. Corso, *Pluralità delle domande e conversione delle azioni*, in Quaranta-Lopilato (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2010, 327-328. Per un’applicazione pratica dell’istituto in giurisprudenza: T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 4 settembre 2012, n. 2220; T.A.R. Lazio, Sez. I, 19 gennaio 2011, n. 472.

¹⁷ Sull’esigenza di rispettare il presupposto del termine decadenziale ordinario in materia di *translatio iudicii* tra giurisdizioni: Cons. di Stato, Sez. III, 21 febbraio 2012, n. 940.

cazioni piuttosto conservatrici che si pongono tendenzialmente in linea con la tradizione del processo amministrativo, disinnescando peraltro gli impulsi che sul punto derivavano dalla stessa ordinanza di rimesione.

Dopo aver ricordato che l'estensione oggettiva del giudicato dipende dalle situazioni giuridiche coinvolte (oppositive o pretensive) e delle censure dedotte (meramente formali o sostanziali e, cioè, afferenti ai presupposti per ottenere un determinato bene della vita)¹⁸, l'Adunanza plenaria valuta se e in che termini nel processo amministrativo valga la regola che il giudicato copre il "dedotto" e il "deducibile".

Tale questione viene opportunamente riferita all'attività oggetto dell'esame giudiziale, in quanto anteriore ad esso, e non – come è ovvio – anche a situazioni nuove e successive allo stesso, rispetto alle quali non è logicamente estensibile l'esigenza di certezza e vincolatività propria del giudicato¹⁹.

Ciò posto, l'Adunanza plenaria rigetta la tesi più innovativa ed estrema – fondata sul principio di effettività della tutela – che afferma il divieto di ogni riedizione del potere a seguito di un giudicato sfavorevole all'amministrazione²⁰. Tale tesi porterebbe all'espropriazione della sfera di autonomia e di responsabilità dell'amministrazione e, comunque, non sarebbe imposta dalle importanti pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla effettività della tutela giurisdizionale²¹.

L'Adunanza plenaria precisa, però, che la regola del riesame della vicenda sostanziale dedotta in giudizio incontra dei "precisi vincoli e limiti" che riducono la sfera di libertà successiva al giudicato.

In primo luogo, lo strumentario processuale stabilito dal c.p.a. consente efficacemente al giudice amministrativo di conoscere direttamente e compiutamente i "fatti" che sono alla base della pretesa sostanziale e, dunque, i suoi "presupposti". Ne consegue, pertanto, che l'accertamento definitivo del giudice amministrativo su tali presupposti sarà sempre vincolante per l'amministrazione.

In secondo luogo, vincoli precisi sorgono anche allorché non siano i fatti messi in discussione, bensì la "valutazione" degli stessi. Tale vincolo viene fatto de-

rivare dai principi comuni e tradizionali del sistema processuale (il naturale obbligo di "esecuzione" previsto dall'art. 112, 1° comma, c.p.a., i principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost. e quelli della Convenzione europea dei diritti dell'uomo), stigmatizzando la concezione spesso ineffettiva o meramente programmatica e valorizzandone, al contrario, l'immediata e piena prescrittività, anche alla luce dell'obbligo generale di buona fede e di leale cooperazione.

Le richiamate conclusioni relative al perimetro oggettivo del giudicato non lasciano del tutto soddisfatti e meritano un approfondimento specifico.

Invero, da tale perimetro si misura l'effettività della tutela giurisdizionale, poiché dallo stesso dipende in concreto il vincolo conformativo che grava sull'amministrazione dopo la decisione giurisdizionale. Come già anticipato in premessa, infatti, se l'amministrazione conserva ampie potestà di esercitare nuovamente il suo potere a sfavore del ricorrente vittorioso si allontana sempre di più la possibilità per quest'ultimo di conseguire effettivamente e celermente il bene della vita preteso.

Rispetto a questo problema, la semplificazione puramente procedimentale individuata dal nuovo orientamento del giudice amministrativo, pur apprezzabile, rischia di essere una vittoria parziale con un impatto complessivamente marginale sull'incremento dell'effettività della tutela.

Sul perimetro oggettivo del giudicato amministrativo

Nell'ottica di cogliere l'impatto del nuovo orientamento sul piano dell'effettività della tutela, come anticipato, occorre andare al di là della semplificazione procedimentale stabilita e focalizzarsi sui profili che riguardano il perimetro oggettivo del giudicato e, in particolare, l'applicazione al processo amministrativo del principio secondo cui "il giudicato copre il dedotto e il deducibile"²².

Per quanto il paradigma di riferimento del processo amministrativo sia stato quello delle azioni costitutive del processo civile²³, il perimetro del giudicato amministrativo è stato poi significativamente ridotto²⁴. Il principio di separazione dei poteri, infatti, impone

¹⁸ Sul punto si rimanda a: Clarich, *Il giudicato*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 291 e segg.

¹⁹ Cons. di Stato, Sez. V, 4 ottobre 2007 n. 5137. Peraltro la giurisprudenza tende a distinguere le ipotesi in cui il giudice amministrativo decide direttamente sul rapporto. In questi casi i fatti sopravvenuti sono irrilevanti (Cons. di Stato, Sez. VI, n. 3569/2012, cit.). Sulla questione: Cerreto, *Il nuovo volto dell'ottemperanza*, cit.

²⁰ Cons. di Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2004, n. 7858. Questo orientamento sarà approfondito e contestualizzato nel prossimo paragrafo.

²¹ In particolare: CEDU, 19 marzo 1997, *Hornsby v. Grecia*; CEDU, 18 novembre 2004, *Zazanis v. Grecia*; CEDU, 28 luglio 1999, *Immobiliare Saffi v. Italia*.

²² Per una definizione del principio: Cass. civ., Sez. lav., 11

aprile 2008, n. 9544 e, da ultimo, Cass. civ., 26 giugno 2009, n. 15093.

²³ Sul giudicato civile: Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987; Id., *Il giudicato civile*, Torino, 2002.

²⁴ L'elaborazione della teoria del giudicato, che si regge sulla distinzione tra effetti di annullamento, di ripristinazione e conformativi, è dovuta soprattutto a Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo degli atti di ottemperanza*, in Atti del XXVII convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione (Varenna, 17-19 settembre 1981), Milano, 1983, 67 e segg., ripreso nel manuale dello stesso autore *Giustizia amministrativa*, VI ed., a cura di Cardi e Nigro, Bologna, 2002. Sulla ricostruzione del giudicato restano fondamentali, pur nella diversa impostazione, i contributi di Benvenuti, *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XVIII, 89 segg., di Capaccioli, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Diritto e processo*, 1978, 447 e

che il giudice non possa sostituirsi all'amministrazione nel concreto perseguimento dell'interesse pubblico.

Il punto di equilibrio tra il principio di legalità che assoggetta l'amministrazione al rispetto della legge e, dunque, al giudizio dell'autorità giurisdizionale e il principio di separazione dei poteri come poc'anzi delineato si è tradotto sul piano processuale nel modello classico del processo amministrativo come "giudizio sull'atto"²⁵.

Il processo amministrativo verte, infatti, sulla verifica della legittimità dell'operato dell'amministrazione; verifica che costituisce una sorta di parentesi tra il tratto dell'azione amministrativa che è sfociato nel provvedimento impugnato e il tratto successivo di azione amministrativa che porta all'emanazione di un nuovo provvedimento sostitutivo di quello impugnato²⁶.

Ciò significa che l'oggetto del processo amministrativo non è costituito in via diretta dal "rapporto amministrativo" intercorrente tra l'amministrazione titolare del potere e il soggetto privato che ha proposto ricorso. Il giudice amministrativo, a differenza di quello civile, non opera cioè una qualificazione dei fatti alla luce delle norme fissando in via diretta ed esaudiva la disciplina giuridica del rapporto²⁷.

In questo quadro il principio del dedotto e del deducibile non si applica all'amministrazione resistente. In particolare, anche in seguito al giudicato a sé sfavorevole, l'amministrazione ha la possibilità di individuare nuovi fatti e nuove ragioni giuridiche (da indicare nella motivazione del provvedimento) per reiterare l'identico risultato²⁸.

Va detto, comunque, che la differenza tra processo amministrativo e processo civile è venuta maggiormente in rilievo con riferimento alle ipotesi in cui si discuta di poteri discrezionali lesivi di interessi legittimi da trattare nel giudizio generale di legittimità.

La preclusione del deducibile è stata, invece, affermata nelle ipotesi in cui il giudice amministrativo, nella materia di giurisdizione esclusiva, decide con

pienezza di poteri sui diritti soggettivi²⁹. Analoghe conclusioni valgono allorché il giudice amministrativo sia chiamato a pronunciarsi su un'azione per la condanna al risarcimento del danno³⁰.

Negli ultimi tempi si sono comunque sviluppati orientamenti giurisprudenziali che hanno esteso il perimetro del giudicato amministrativo e, in particolare, il principio di preclusione del deducibile anche nel giudizio di legittimità.

In primo luogo, si è preso atto che il giudizio amministrativo si sta emancipando dallo schema tradizionale di "giudizio sull'atto", per essere sempre più un "giudizio sul rapporto"³¹. In particolare, in alcuni casi, la cognizione proposta nel giudizio di legittimità dovrebbe condurre alla formazione di un giudicato idoneo a produrre un vincolo conformativo pieno sull'esercizio della successiva attività dell'amministrazione. È il caso in cui si propone: l'azione di annullamento di un atto avente un contenuto vincolato; l'azione di adempimento, contestualmente alla precedente, con cui si chiede la condanna dell'amministrazione all'adozione del provvedimento richiesto; l'azione avverso il silenzio, in presenza di attività vincolata o che non presenti ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione³².

In secondo luogo, anche rispetto ai poteri discrezionali tradizionali, un orientamento giurisprudenziale aveva individuato una soluzione più avanzata che limitasse il circuito tendenzialmente infinito di reiterazione del potere amministrativo dopo il giudicato.

In particolare, è stato ritenuto che il punto di equilibrio fra gli opposti interessi vada determinato imponendo all'amministrazione (dopo un giudicato da cui derivi il dovere o la facoltà di provvedere di nuovo) di esaminare l'affare nella sua interezza, sollevando, una volta per tutte, le questioni che ritenga rilevanti, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione ai profili non ancora esaminati³³.

segg. Una ricostruzione anche in chiave storica dei problemi del giudicato alla luce della dottrina e della giurisprudenza è contenuta in Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989. Una panoramica completa dei problemi del giudicato alla luce dell'evoluzione del processo amministrativo in anni recenti è offerta da Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo*, Milano, 1990 e, da ultimo, da Cacciavillani, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005. Un quadro più sintetico della tematica del giudicato è tracciato da Maruotti, *Il giudicato*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di Cassese, Milano, 2003, 4427 e segg., da Calabrò, *Giudicato*, in *Enc. Giur.*, XV, ad vocem, e da F. Patroni Griffi, *Giudicato amministrativo*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Cassese, Milano, 2006.

²⁵ Sull'evoluzione del processo amministrativo, anche per i riferimenti bibliografici, si rimanda a Clarich, *La giustizia*, in *Diritto amministrativo generale*, Tomo II, a cura di Cassese, 2021 e segg.; Id., *Il giudicato*, in *Diritto processuale amministrativo*, cit., 291 e segg.

²⁶ M. Clarich, *Il giudicato*, cit., 289.

²⁷ Sulla differenza tra giudizio sull'"atto" e giudizio sul "rapporto" e sugli istituti identificativi di quest'ultimo si rimanda a: M.

Clarich-M. Rossi Sanchini, *Linee evolutive del processo amministrativo: il lungo cammino (non ancora concluso) dal giudizio sull'atto al giudizio sul rapporto*, in Amato-Garofoli (a cura di), *I tre assi*, 2009. L'evoluzione del processo amministrativo da giudizio sull'"atto" a giudizio sul "rapporto" è stata colta di recente da Cons. di Stato, Ad. plen., n. 3/2011, cit.

²⁸ Cons. di Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681; Sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1095; Cons. giust. amm., 1° giugno 2010, n. 803; Cons. di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 6189; Sez. IV, 27 dicembre 2006, n. 7816; Sez. IV, 30 maggio 2002, n. 3023.

²⁹ Cons. di Stato, Sez. VI, 8 settembre 2008, n. 4288. In dottrina: Police, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, cit., 371.

³⁰ Cons. di Stato, Sez. VI, 3569/2012, cit. In dottrina: Clarich, *Il giudicato*, in A. Sandulli (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano, 2013, 289.

³¹ Cfr. nota 27 e in particolare: Cons. di Stato, Ad. plen., n. 3/2011, cit.

³² Cons. di Stato, Sez. VI, n. 3569/2012, cit.

³³ Cons. di Stato, Sez. VI, n. 7858/2004, cit.

Il medesimo principio è stato applicato anche nella consimile ipotesi in cui l'amministrazione venga reinvestita della questione a seguito di "remand", ossia quella tecnica cautelare che si caratterizza proprio per rimettere in gioco l'assetto di interessi definiti con l'atto gravato, restituendo quindi all'amministrazione l'intero potere decisionale iniziale³⁴.

Infine, anche l'ordinanza di rimessione che ha dato origine alla sentenza dell'Adunanza plenaria esaminata nel precedente paragrafo ha sostenuto la tesi di una maggiore estensione del giudicato, se non altro in caso di reiterazione di un'attività vincolata o di un'attività valutativa frutto di "discrezionalità tecnica"³⁵.

Rispetto a questo stato dell'arte, va misurata la portata della pronuncia del nuovo orientamento del giudice amministrativo sotto il profilo sostanziale del perimetro oggettivo del giudicato, rimasto nei primi commenti forse troppo sullo sfondo rispetto alla novità puramente procedurale contenuta nella stessa.

In via generale il nuovo orientamento riconosce espressamente la possibilità di valutare differentemente, in base ad una nuova prospettazione, situazioni che, esplicitamente o implicitamente, siano state oggetto di esame da parte del giudice. Non vi è un numero limitato di possibilità entro cui il potere amministrativo può essere riesercitato. L'Adunanza plenaria, dunque, sembra respingere l'orientamento giurisprudenziale richiamato secondo cui nella riedizione del potere successiva al giudicato l'amministrazione deve sviscerare interamente la vicenda sostanziale in fatto e in diritto.

Alla piena riedizione del potere amministrativo, il nuovo orientamento frapponesse solo due tipologie di limiti.

Il primo riguarda i "fatti" accertati nel corso del precedente giudizio che la stessa sentenza identifica con i "presupposti" della pretesa azionata. Il secondo si riferisce alla "valutazione" che l'amministrazione ha già svolto degli stessi.

Mentre non pone problemi interpretativi particolari il vincolo relativo ai "fatti", qualche chiarimento richiede il secondo vincolo relativo alla "valutazione" degli stessi. In particolare sembra che il nuovo orientamento intenda la "valutazione" in un senso proprio e ristretto, ossia come la semplice attività volta a conferire un determinato valore ad un fatto. Non a caso, nel caso sottoposto all'Adunanza plenaria, quest'ultima ha contestato che un medesimo fatto (i dati sull'attività didattica) sia stato apprezzato in modo diverso.

Questa conclusione e, dunque, la portata del principio preclusivo che emerge dalla sentenza appare riduttiva e involuta anche rispetto alle sollecitazioni che provenivano dall'ordinanza di rimessione.

Il nuovo orientamento sembra dire che, dopo il

giudicato, gli unici punti fermi siano i "fatti" già accertati come esistenti e il "valore" ad essi attribuito che sia passato indenne dal giudicato. Ciò significa che l'amministrazione dopo il giudicato può introdurre "nuovi fatti" e anche "nuove ragioni giuridiche" che presuppongono gli stessi fatti e la loro valutazione.

Anche laddove ci si dovesse spingere a ritenere che la "valutazione" dei fatti includa anche la "discrezionalità tecnica" rimane la criticità che il nuovo orientamento assegna un valore atomistico alla valutazione svolta e senza attribuire un peso al collegamento e al criterio con i quali i fatti valutati sono stati correlati ad altri fatti o alle norme giuridiche.

La stessa ordinanza di rimessione che ha dato origine alla richiamata pronuncia dell'Adunanza plenaria, come si è detto, si era spinta – parlando in modo esplicito di "discrezionalità tecnica" – ad auspicare la preclusione del deducibile in modo più incisivo e in un contesto di riferimento più vasto. In particolare, il rinnovo del giudizio "deve comportare la rivalutazione degli elementi riconosciuti affetti da vizi sostanziali, ma non può comportare una valutazione *ex novo* di elementi non controversi, o mai valutati in precedenza" e tanto implica che "nel rinnovo del procedimento successivo al giudicato, la pubblica amministrazione rivaluti gli elementi sostanziali già valutati, secondo i criteri del giudicato, ovvero valuti elementi omessi, se ciò prescrive il giudicato; ma non possa valutare *ex novo* dati mai in precedenza presi in considerazione, o già valutati con un giudizio in parte qua non toccato dal giudicato"³⁶.

L'ordinanza di rimessione, dunque, considera i fatti e la loro valutazione come segmenti di un più complessivo ambito valutativo in cui si esplica la "discrezionalità tecnica" dell'amministrazione. Essa intendeva conservare il più possibile il quadro di insieme che ne è la risultante e gli esiti della "discrezionalità tecnica" complessivamente intesa.

Nella sentenza dell'Adunanza plenaria n. 2/2013, che costituisce il fondamento del nuovo orientamento espresso anche dal T.A.R. Lazio, questa visione unitaria della "valutazione" e degli esiti complessivi della "discrezionalità tecnica" non è esplicita e, probabilmente, essa non ha voluto imporre un vincolo così stringente all'amministrazione come sembrava ipotizzare l'ordinanza di rimessione.

A differenza di quest'ultima, nella sentenza dell'Adunanza plenaria la preclusione del deducibile, in definitiva, è minima. In particolare, rimane intatto il potere dell'amministrazione – anche per più volte successivamente – di collocare i "fatti" oggetto di precedente "valutazione" in un quadro fattuale più ampio, di modificare la lettura giuridica degli stessi, di ponderare gli stessi in modo diverso sia nell'ambito pro-

³⁴ T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 8 giugno 2011, n. 1428.

³⁵ Cons. di Stato, Sez. VI, n. 2024/2012, cit.

³⁶ Cons. di Stato, Sez. VI, n. 2024/2012, cit.

prio della discrezionalità amministrativa che di quella tecnica.

È evidente che, se fosse confermata questa lettura restrittiva, il nuovo orientamento – al di là della condivisibile semplificazione procedimentale – ridisegnerebbe

in senso riduttivo il perimetro oggettivo del giudicato, determinando sostanzialmente un passo indietro nell'ottica dell'effettività della tutela giurisdizionale.

■ Servizi pubblici. Società *in house*

Tribunale amministrativo regionale Lombardia, I Sezione, 21 novembre 2013, n. 2588 – Pres. Mariuzzo – Pizzamiglio s.r.l. (avv.ti Mantini, Basile) - Comune di Ceranova (avv.ti Adavastro, Re, Filippi).

Amministrazione pubblica – Servizi pubblici – Società *in house* – Controllo analogo – Azionisti di minoranza – Affidamento diretto – Ammissibilità e limiti

L'ente pubblico affidante deve poter partecipare al controllo effettivo della società affidataria almeno in pro-

porzione al peso relativo nell'ambito dell'insieme degli enti pubblici che congiuntamente controllano la società strumentale. Al fine di valutare tale peso relativo, potrebbero utilizzarsi criteri quali il volume di bilancio dell'ente locale, la popolazione di tale ente e le sue necessità in relazione al servizio gestito dalla società.

Per il testo del provvedimento v. www.giustizia-amministrativa.it.

Partecipazione “simbolica” alle società *in house* e requisito del controllo analogo

Antonio Cassatella*

La sentenza interviene sul tema del requisito del “controllo analogo” nelle società pubbliche pluripartecipate, chiarendo come esso possa sussistere anche nel caso in cui il singolo ente detenga una quota simbolica del capitale sociale. Ciò, a condizione che statuto o patti parasociali conferiscano al socio di minoranza una serie di poteri di iniziativa o di veto nei confronti degli organi apicali della società, oltre che poteri di gestione del singolo contratto di servizio.

I fatti e la sentenza del T.A.R. Lombardia

A seguito dell'impugnazione di un precedente bando per l'appalto di servizi di raccolta e trasporto rifiuti da parte di una società interessata all'aggiudicazione, il Comune resistente disponeva la revoca della *lex specialis* di gara, procedendo all'affidamento diretto del contratto a favore di una società *in house*, che avrebbe eseguito il servizio ad un prezzo inferiore a quello stabilito nell'atto già impugnato.

L'originaria ricorrente impugnava pure quest'ultima delibera, contestando l'affidamento *in house* per insussistenza dei presupposti di legge e difetto di moti-

vazione, dato che il Comune non avrebbe esercitato sulla partecipata un “controllo analogo” a quello praticato nei confronti dei propri servizi, a sensi dell'art. 113, comma 5, lett. c), D.Lgs. n. 267/2000¹.

Le peculiarità della controversia riguardano il fatto che il piccolo Comune resistente era titolare di una quota infinitesimale del capitale azionario della partecipata (circa lo 0,011%): il che, agli occhi della ricorrente, rendeva quantomeno improbabile la possibilità di esercitare un effettivo controllo sugli organi apicali della società, nei termini stabiliti dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Teckal*².

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee

¹ Per un primo inquadramento della problematica dell'*in house providing* cfr. almeno Cavallo Perin, Casalini, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. Amm.*, 2006, 51 ss.; Chiti, *La pubblica amministrazione*, in *Id.*, a cura di, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, 198 segg.; Greco, *Le figure soggettive degli appalti pubblici comunitari e i modelli organizzativi nazionali*, in *Id.*, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, 2007, specie 44 segg.; Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in Villata, a cura di, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 245 ss.; Iaione, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012; Lolli, *Servizi pubblici e società in house: ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei*, in *Foro Amm. Tar*, 2005, 1937 segg.; Mameli, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2010, 1949 ss.; Parisio, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house pro-*

viding, in *Dir. Soc.*, 2007, 367 segg.; Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi pubblici locali*, in Cammelli, Dugato, a cura di, *Studi sulle società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008, specie 318 segg.; *Id.*, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005, specie 278 segg.; Soricelli, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Napoli, 2008, specie 35 segg.; Villata, *I pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 2008, 315 segg.. Per un'analisi comparata del fenomeno cfr. anche Cornella, *L'in house providing nell'Unione Europea, in Italia e nel Regno Unito: una prospettiva comparata*, in Marchetti, *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Padova, 2013, 43 segg..

² Cfr. Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*. Si rammenta come, a partire dalla menzionata pronuncia, la giurisprudenza europea, e gli stessi giudici nazionali, abbiano subordinato l'affidamento *in house* al duplice requisito: a) della prevalente attività svolta a favore degli enti pubblici partecipanti; b) della sussistenza di un controllo analogo di questi ultimi sulle attività

Il T.A.R. ha invece ritenuto legittimo l'operato del Comune, ritenendo che, anche in questa ipotesi limite di c.d. *in house* "frantumato"³, possa essere individuata una posizione di controllo analogo dell'ente pubblico nei confronti della partecipata⁴.

Sulla base della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, si è argomentato come il requisito del controllo analogo possa essere individuato pure nel caso in cui il Comune detenga una quota minima della partecipata: ciò impone tuttavia di verificare — sulla scia di quanto affermato dall'Avvocato Generale Villalón nella causa *Econord*, le cui conclusioni sono ampiamente richiamate dal T.A.R. — il "peso relativo" che l'ente locale assume nella società, in rapporto alle proprie finalità istituzionali ed alle previsioni statutarie che disciplinano la partecipazione e l'attività dei singoli azionisti⁵.

Nel caso di specie — a fronte della quota pressoché "simbolica" di capitale detenuto — il Comune non aveva un effettivo potere di nomina dei membri del consiglio di amministrazione, né una qualche potestà di indirizzo nei confronti dei vertici societari, non potendo certamente influenzare la *governance* societaria nel suo complesso. Tuttavia, con riferimento al singolo contratto di servizio, e quindi, nell'ambito dello specifico rapporto bilaterale fra Comune e società partecipata, l'ente locale risultava titolare di poteri propulsivi e di veto nei confronti del consiglio di amministrazione. A propria volta, il Sindaco partecipava ad un organismo di coordinamento composto da tutti i rappresentanti dei Comuni affidanti, che definiva una serie di indirizzi operativi vincolanti nei confronti del consiglio di amministrazione, ed esercitava un controllo di efficacia delle attività svolte dall'affidataria.

Questi fattori confermavano non solo il "peso rela-

tivo" del Comune nella gestione della società, ma anche la sussistenza di un controllo analogo "congiunto" dell'ente locale sulla partecipata: posizione da valutare non tanto sulla base degli indici quantitativi connessi alla quota di capitale sociale detenuta, ma dei prevalenti indici qualitativi connessi alle prerogative di cui la pubblica amministrazione risultava titolare, sia nell'ambito del singolo contratto di servizio, sia in veste di membro dell'organismo di coordinamento.

Il requisito del "controllo analogo" nel c.d. *in house* pluripartecipato: oltre il caso *Econord*?

Il T.A.R. Lombardia ha precisato come l'ente titolare di una quota minima di capitale sociale possa comunque esercitare un controllo analogo sulla partecipata, a condizione che questa esigua incidenza sia compensata dal conferimento di specifici poteri di indirizzo e controllo sulla società: poteri che non hanno necessariamente ad oggetto la nomina di uno o più membri del consiglio di amministrazione o di altri organi apicali della compagine sociale, ma che possono estrinsecarsi anche nelle forme atipiche previste da ciascuno statuto o da patti parasociali stipulati fra i partecipanti.

La pronuncia si pone nel solco della giurisprudenza della Corte di giustizia, che, dopo alcune perplessità iniziali⁶, ha chiarito come un controllo analogo possa essere esercitato pure nelle ipotesi di partecipazione minoritaria — o simbolica — del singolo ente pubblico alla società affidataria, purché sia congiunto a quello di altri azionisti.

Nelle sentenze *Carbotermo*⁷, *Asemfo*⁸, *Coditel Brabant*⁹, *Sea*¹⁰, si è posto l'accento sulla necessità di una verifica concreta del potere di influenza che il singolo ente può esercitare congiuntamente agli altri parteci-

della società partecipata, in termini simili a quelli esercitati nei confronti dei servizi interni del singolo ente. Nella successiva sent. 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, la Corte di giustizia ha precisato come l'*in house* sia ammissibile solamente nel caso di società a totale partecipazione pubblica, posto che il requisito del controllo analogo andrebbe radicalmente escluso in presenza di società miste. Su quest'ultima sentenza cfr. Ferraro, *La nuova ricostruzione dell'in house providing proposta dalla Corte di giustizia nella sentenza Stadt Halle*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1004 e segg.

³ Ipotesi che ricorre quando la società sia partecipata da un alto numero di enti pubblici: cfr. Mameli, *op. cit.*, 1949 e segg.

⁴ Oltre ai contributi già menzionati, cfr. Guerra, *Il "controllo analogo"*, in *Giur. Comm.*, 2011, 774 e segg.; Libertini, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività e autonomia statutaria*, in *www.federalismi.it*, 2010, 1 e segg.; Morzenti Pellegrini, *Società affidatarie dirette di servizi pubblici locali e controllo "analogo" esercitato in maniera congiunta e differenziata attraverso strutture decisionali "extra-codicistiche"*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2246 e segg.

⁵ La massima della sentenza riprende volutamente un passaggio della motivazione del T.A.R. Lombardia che rinvia alle testuali conclusioni dell'Avvocato Generale.

⁶ Cfr. Corte giust. CE, 21 luglio 2005, C-231/03, Coname; Id., 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen: sul punto, cfr. Cornella, *op. cit.*, 57 e segg.

⁷ Cfr. Corte giust. CE, 11 maggio 2006, in C-304/04, Carbotermo, in cui si affermava come il controllo analogo non sussistesse nel caso in cui l'ente territoriale non avesse alcun potere di controllo o di voto preordinato a limitare la libertà del consiglio di amministrazione della partecipata. In tal caso, infatti, nulla avrebbe distinto la posizione dell'ente pubblico da quella di qualsiasi altro socio. Il che implica, a contrario, la possibilità di prospettare un controllo analogo a fronte di poteri di tal genere.

⁸ Cfr. Corte giust. CE, 19 aprile 2007, in C-295/05, Asemfo, in cui i giudici comunitari hanno ritenuto che anche la partecipazione dell'1% del capitale sociale possa integrare la condizione di controllo analogo, nel caso in cui la dipendenza della società partecipata rispetto alle esigenze dei singoli enti territoriali sia comunque garantita *ex lege*.

⁹ Cfr. Corte giust. CE, 13 novembre 2008, in C-324/07, Coditel Brabant, secondo la quale il controllo analogo può essere esercitato anche in forma congiunta da enti in possesso di quote minime di capitale sociale.

¹⁰ Cfr. Corte giust. CE, 10 settembre 2009, C-573/07, Sea, secondo la quale il controllo congiunto dei soci di minoranza era pienamente assicurato da previsioni statutarie che costituivano "strutture decisionali" autonome, qualificate rispettivamente come Comitato unitario e Comitato tecnico per ciascuna divisione dell'impresa *multiutility*, con poteri di indirizzo e controllo nei confronti dell'assemblea dei soci e del consiglio di amministrazione.

panti nei confronti della partecipata¹¹. Nella successiva sentenza *Econord* si è poi chiarito come il controllo analogo congiunto implichi una partecipazione effettiva al capitale ed alle attività degli organismi di coordinamento o direttivi, non potendosi risolvere in una partecipazione meramente formale e pleonastica, tale da eludere gli stessi principi della pubblica evidenza¹².

Nel caso *Econord*, cui rinvia lo stesso T.A.R., la Corte lasciava al giudice nazionale il compito di verificare quando la partecipazione al capitale ed all'attività degli organismi direttivi potesse dirsi effettiva. Spettava quindi al giudice di rinvio verificare se la sottoscrizione di un patto parasociale che conferiva alle società titolari di una quota simbolica l'obbligo di essere consultate e il potere di nominare un membro del collegio sindacale e un membro del consiglio di amministrazione fosse effettivamente idoneo a configurare una posizione di controllo analogo degli azionisti di minoranza.

Gli orientamenti assunti della Corte di giustizia sono stati a propria volta richiamati dalla giurisprudenza amministrativa per verificare la sussistenza di un controllo analogo da parte del socio c.d. "ultraminoritario", ossia titolare di una quota di capitale pressoché simbolica e astrattamente inidonea a determinare un'influenza nei confronti degli organismi societari.

Il Consiglio di Stato ha innanzitutto chiarito come, nelle ipotesi di società a capitale pubblico frammentato, il controllo analogo non debba essere valutato alla luce dei criteri formali attualmente stabiliti per le società di capitali dall'art. 2359 c.c., che correlano l'influenza della controllante alla quota di capitale detenuta o a specifici vincoli negoziali: rispetto alle società a partecipazione pubblica, è infatti sufficiente un controllo effettivo, contraddistinto, secondo lo stesso collegio, da una logica di tipo "funzionale" e non "dominante". Tale rapporto di controllo sussiste quando l'ente pubblico affidante è in grado di indirizzare l'attività sociale attraverso strumenti pubblicitari o mezzi societari di derivazione privatistica, di modo che tutte le decisioni più importanti della partecipata siano sottoposte al controllo preventivo dell'ente affidante, o, nel caso dell'*in house* frazionato, di tutti gli enti-soci¹³.

Nella stessa linea, il T.A.R. Piemonte ha ritenuto legittimo l'affidamento diretto di un appalto di servizi ad una società consortile in cui ciascun socio aveva specifici poteri di ispezione nei confronti della partecipata, che consentivano non solo di acquisire tutte le informazioni necessarie sull'andamento dell'attività,

ma anche di ingerirsi in tutti gli atti sociali e di verificare l'efficace perseguimento degli obiettivi comuni e dello scopo consortile. A ciò si aggiunga come l'assemblea dei soci avesse poteri di proposta, controllo ed indirizzo congiunto tali da ridurre il consiglio di amministrazione ad un mero organo "esecutivo" della volontà assembleare¹⁴.

Lo stesso T.A.R. Lombardia, sede distaccata di Brescia, ha ritenuto che il requisito del controllo analogo fosse integrato nel caso in cui lo statuto di una partecipata prevedeva specifici poteri di controllo dei soci di minoranza, in relazione alla gestione dei servizi attivati nel territorio di riferimento: poteri consistenti nel diritto di accesso immediato agli atti della società, nella redazione di convenzioni e disciplinari nell'ambito di iniziative o strategie anche sovracomunali, di vigilanza sul corretto adempimento degli obblighi stabiliti dal contratto di servizio. La posizione di controllo degli enti era inoltre rafforzata dalla creazione di un comitato di coordinamento, inteso come diretta espressione della popolazione degli enti locali, che partecipava alle riunioni del consiglio di amministrazione ed esprimeva pareri da cui quest'ultimo poteva discostarsi solo attraverso una congrua motivazione.

Nei termini usati dal collegio, per l'effetto combinato delle previsioni statutarie e dei patti parasociali, ciascun Comune risultava pertanto "*dominus* nelle decisioni circa il frammento di gestione relativo al proprio territorio", esercitando quindi sulla partecipata un controllo analogo che legittimava il ricorso all'affidamento *in house*¹⁵.

La sentenza in commento si pone nella stessa scia dei precedenti appena richiamati, precisando come il requisito del controllo analogo sussista anche nel caso in cui l'azionista ultraminoritario non abbia un diretto potere di nomina dei membri del consiglio di amministrazione o di altro organo apicale, ma sia comunque in possesso di poteri di indirizzo e coordinamento idonei ad influire in maniera indiretta sulla *governance* societaria e di un pieno controllo delle attività svolte nell'ambito del singolo contratto di servizio.

In altri termini, l'essenziale è che il controllo analogo possa essere esercitato nei confronti di quel segmento dell'attività societaria che incide in via diretta ed esclusiva sugli interessi pubblici del singolo ente territoriale di riferimento, sulla base di poteri conferiti dallo statuto societario. Si tratta di poteri che, nel caso di specie, consistevano soprattutto nelle attività di indirizzo e controllo della società rispetto al singolo contratto di servizio, oltre che nell'ulteriore e secon-

¹¹ Cfr. Corte giust. UE, 29 novembre 2012, in C-183/11, *Econord*.

¹² Su questa sentenza e sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, cfr. Leggiadro, *In house: il controllo analogo congiunto degli enti soci*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 307 e segg.; Mento, *Il controllo analogo sulle società in house pluripartecipate da enti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2013, 495 e segg.

¹³ Cfr. fra le altre Cons. di Stato, Sez. V, 29 dicembre 2009, 8970; Id., Sez. V, 30 aprile 2009, n. 2765; Id., Sez. V, 9 marzo 2009, n. 1365.

¹⁴ Cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 17 aprile 2013, n. 461.

¹⁵ Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 23 settembre 2013, n. 780.

dario diritto di partecipare all'organismo di coordinamento previsto su base statutaria.

Una simile concezione di controllo analogo appare al T.A.R. Lombardia compatibile con lo stesso diritto nazionale e con le esigenze di contenimento della spesa pubblica che hanno animato i più recenti interventi del legislatore italiano in materia di società partecipate dagli enti pubblici: dato che l'art. 4, comma 5, D.L. n. 95/2012 (conv. in legge n. 135/2012) in tema di c.d. *spending review* prevede che il consiglio di amministrazione di tali società debba essere composto da tre o cinque membri, risulta evidente come nel caso di compagini sociali partecipate da un alto numero di enti territoriali sia pressoché impossibile che l'azionista minoritario — o ultraminoritario — possa effettivamente partecipare all'attività degli organi direttivi.

Interpretando questa disciplina alla luce della giurisprudenza *Econord*, si avrebbe quindi l'effetto di inibire l'affidamento di appalti *in house* da parte dei Comuni privi di poteri di nomina di membri del consiglio di amministrazione, con l'effetto di affidare i singoli servizi mediante gara: obbligo escluso dal fatto che, al netto dei ripetuti dubbi relativi all'efficienza economica del modello¹⁶, la scelta di procedere all'affidamento diretto del servizio resta comunque rimessa alle valutazioni discrezionali delle singole amministrazioni¹⁷, pure tramite la partecipazione a società composte da una pluralità di Comuni¹⁸. Ciò, anche a seguito dell'intervenuta abrogazione per via referendaria dell'art. 23 *bis* D.L. n. 112/2008 e della dichiarazione di incostituzionalità delle previsioni dell'art. 4 D.L. n. 138/2011, con cui si era tentato di ridurre in maniera significativa l'ambito dell'affidamento diretto dei servizi pubblici di interesse locale¹⁹.

Nell'ambito di tale contesto normativo, il T.A.R. Lombardia conclude quindi che il requisito del controllo analogo nelle società pluripartecipate implichi un doppio livello di accertamento: a) un primo livello, di tipo formale, volto ad individuare se in rapporto alle previsioni statutarie o dei patti parasociali i singoli Comuni esercitino, congiuntamente o disgiuntamente, un effettivo controllo della *governance* societaria, senza che a questo scopo siano necessari poteri di nomina del consiglio di amministrazione o dei membri del collegio sindacale; b) un secondo livello, di tipo sostanziale, volto a verificare se tali poteri siano propor-

zionati alla soddisfazione degli interessi del singolo Comune, in rapporto al territorio di riferimento.

Il controllo analogo congiunto nelle nuove direttive europee: spunti di riflessione

La sentenza in esame prospetta un'interpretazione estensiva del concetto di controllo analogo nelle società pluripartecipate, evidenziando come esso sussista nel momento in cui gli enti pubblici sono parte di un organismo di coordinamento titolare di generali poteri di indirizzo e controllo sulla partecipata, senza la necessità di concorrere alla nomina di altri organi direttivi dell'azienda.

Dalla motivazione della pronuncia sembra poi emergere come la posizione di controllo del singolo azionista vada riferita almeno in via prevalente all'influenza dell'amministrazione sulla gestione del contratto di servizio che incide sul singolo territorio di riferimento, tramite una serie di attività necessariamente "disgiunte" da quelle degli altri enti pubblici, che restano come tali "terzi" rispetto al singolo contratto.

Sembra quindi possibile individuare un ulteriore modello di controllo analogo: un controllo solo "parzialmente congiunto", in cui è necessario considerare sia i poteri congiunti dell'azionista in rapporto a tutte le attività di impresa sia gli specifici poteri conferiti disgiuntamente a singoli segmenti di attività.

La situazione appena delineata non è priva di incertezze ed ambiguità, che a propria volta riflettono il tormentato rapporto fra la disciplina privatistica e pubblicistica delle società partecipate, e, più in generale, i latenti conflitti fra pubblico e privato nell'organizzazione dei servizi locali²⁰: se è corretto ritenere che altri enti pubblici siano terzi rispetto al singolo contratto di servizio, ciò non toglie che essi non lo siano affatto se qualificati come soci della partecipata, ossia come soggetti che hanno comunque conferito un proprio capitale nell'impresa, partecipando ai rischi connessi alla gestione di ogni singolo contratto.

Da questa premessa possono farsi discendere ulteriori problematiche applicative attinenti alla sussistenza di possibili contrasti o conflitti di interesse all'interno della società, destinati ad emergere nell'assemblea dei soci o dei singoli organismi di coordinamento, come pure nell'ambito del rapporto fra questi ul-

¹⁶ Per un'analisi del problema, anche in chiave metagiuridica, cfr. Napolitano (a cura di), *Il capitalismo municipale. Rapporto Irpa n. 1/2012*, Napoli, 2013.

¹⁷ Sull'*in house* come espressione del principio di auto-organizzazione della p.a. cfr. Iaione, *op. cit.*, 111 e segg.; Mameli, *op. cit.*, 1949 e segg.

¹⁸ Cfr. art. 14, comma 32, D.L. n. 78/2010 (conv. in legge 122/2010). Sulla discrezionalità — organizzativa — della scelta cfr. Trimarchi Banfi, *Le gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, 2010, 362 e segg.; Id., *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità*

costituzionale delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici), in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2012, 723 e segg.

¹⁹ Per una ricostruzione delle singole vicende relative alla riforma dell'art. 113 D.Lgs. n. 247/2000 ad opera dell'art. 23 *bis* D.L. n. 112/2008, successivamente abrogato in via referendaria e parzialmente sostituito dall'art. 4 D.L. n. 138/2011, cfr. Parisio, *Gestione dei servizi pubblici locali, tutela delle risorse pubbliche e contenimento della spesa*, in *Foro Amm. T.A.R.*, 2013, 385 e segg.

²⁰ Sul punto cfr. Iaione, *op. cit.*, 202 e segg.; Piperata, *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 326 e segg.; Villata, *Pubblici servizi*, cit., specie 358 e segg.

timi ed il consiglio di amministrazione o altri organi direttivi.

Il problema è incidentalmente colto dallo stesso T.A.R. Lombardia, laddove i giudici osservano come l'affidamento diretto debba «perseguire uno scopo consortile [...] cioè la risultante, o una degna sintesi, di quello delle singole Amministrazioni che ne fanno parte». Si sottovaluta, tuttavia, come lo scopo consortile sia la sintesi di un bilanciamento di interessi che i singoli afferenti al consorzio effettuano pur sempre in qualità di imprese²¹; viceversa, il bilanciamento di interessi effettuato dagli organismi di coordinamento è espressione di una discrezionalità amministrativa, più che della discrezionalità prettamente imprenditoriale comunque riconducibile al modello consortile²².

Se, nei termini del T.A.R. Lombardia e della giurisprudenza del Consiglio di Stato, si assume che il requisito del controllo analogo abbia un carattere “funzionale” e non “dominiale” — dovendo essere ricondotto alla tipologia dei poteri esercitati dal socio, più che alla quota di capitale che questi detiene — resta tuttavia aperto il problema di verificare come i singoli enti-soci possano concretamente esercitare le proprie funzioni nell'ambito della *governance* societaria, e, quindi, soddisfare gli interessi del proprio territorio con interessi e prerogative degli altri enti-soci.

In larga parte, si tratta di problematiche di ordine economico—sociale, che riguardano più il concreto funzionamento del modello dell'*in house* nei singoli contesti di riferimento che la sua intima struttura. Non mancano, tuttavia, più profonde implicazioni di carattere giuridico: se il concetto di controllo analogo è stato individuato sin dal caso *Teckal* come espediente per superare il “dualismo” puramente fittizio fra amministrazione e società partecipata, nell'attuale scenario si pone invece il problema del “pluralismo” degli azionisti pubblici e dei relativi interessi, e della sua connessa incidenza sulla complessiva *governance* societaria²³.

È infatti evidente come la logica “funzionalistica” seguita dalla giurisprudenza determini, da un lato, un'ibridazione delle regole di diritto pubblico e diritto privato in tutte le più rilevanti attività decisionali della società partecipata, e, dall'altro, un netto aumento dell'incertezza giuridica e dei costi transattivi sottesi

alla scelta del modello *in house*: costi che, in sintesi, possono essere ricondotti alla selezione delle regole giuridiche applicabili in concreto, per quanto attiene ai presupposti dell'affidamento diretto, alle prerogative e responsabilità dei membri del consiglio di amministrazione o della tutela di terzi contraenti della società partecipata²⁴.

Il problema sembra incidentalmente avvertito in ambito europeo, dove il controllo analogo congiunto pare essere contraddistinto da un tentativo di compromesso fra logica “dominiale” e “funzionale”, volto a consolidare gli esiti della giurisprudenza della Corte di giustizia in un'ottica di semplificazione del sistema.

L'attuale art. 12 della Direttiva sugli appalti pubblici approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014, distingue, infatti, il controllo analogo strettamente inteso dal controllo analogo congiunto: il primo sussiste qualora la singola amministrazione aggiudicatrice sia in grado di esercitare un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più importanti della partecipata; il secondo sussiste nel caso in cui l'influenza dominante può essere congiuntamente esercitata da tutte le amministrazioni, gli organi decisionali della società controllata sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici e la società non persegue interessi contrari a quelli delle controllanti²⁵.

La nuova Direttiva collega espressamente la condizione del controllo congiunto al potere di nomina dei membri degli organi apicali della società partecipata, non essendo quindi sufficiente il mero requisito “funzionale” dei poteri di iniziativa e controllo nella gestione del singolo contratto, o — per quanto sembra — di mera nomina dei membri del solo organismo di coordinamento eventualmente previsto dai singoli statuti societari.

Se la stessa Direttiva tempera la rigidità del principio chiarendo come un singolo soggetto possa avere la rappresentanza congiunta di più azionisti — in forza di specifici patti parasociali — ciò non toglie come il diritto europeo imponga di correlare il “peso” della singola amministrazione all'interno della società in rapporto alla effettiva rilevanza del proprio capitale

²¹ Sulla possibilità ed opportunità di utilizzare il modello consortile per la gestione degli appalti *in house* cfr. peraltro Goisis, *op. cit.*, 278 e seg. A fianco del modello consortile, potrebbe essere ammesso pure il ricorso ad un contratto di rete, a sensi della legge n. 33/2009: cfr. Cassatella, *Amministrazione e contratto di rete: un modello privato per la funzione pubblica*, in Marchetti (a cura di), *Pubblico e privato*, cit., 259 e segg.

²² La differenza fra discrezionalità amministrativa *tout court* — intesa in senso tradizionale e consolidato come bilanciamento fra interessi qualitativamente disomogenei, pubblici e privati — e discrezionalità propria della stessa attività di diritto privato — intesa come graduazione di interessi patrimoniali qualitativamente omogenei — emerge con nitore in Mattarella, *Discrezionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico* diretto da Cassese, III, Milano, 2006, 1999 e segg.

²³ Sul “dualismo” amministrazione-società partecipata cfr. Guerra, *op. cit.*, 774 e segg.

²⁴ Su questi profili, cfr. Mento, *op. cit.*, 495 e segg.; Torchia, *Società pubbliche e responsabilità amministrativa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2012, 323 e segg.

²⁵ Cfr. art. 12 della Direttiva sugli appalti pubblici approvata dal Parlamento europeo il 15 gennaio 2014, destinata a sostituire la Dir. 2004/18/CE, dove peraltro si ammette la partecipazione di capitali privati alle società *in house*, a condizione che non si tratti di investimenti diretti idonei a determinare un'influenza dominante sulla società o tali da comportare poteri di controllo e veto. Negli stessi termini cfr. dispone l'art. 28 della Direttiva sugli appalti pubblici nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, approvata nella stessa data.

azionario, e della sua capacità di nominare (anche) i membri degli organi apicali dell'impresa.

Tale risultato può essere effettivamente difficile da raggiungersi in un sistema — come quello italiano — in cui il consiglio di amministrazione delle società a partecipazione pubblica dovrebbe essere composto da un numero limitato di membri, a potenziale scapito degli azionisti di minoranza che non siano legati da patti parasociali o garantiti da previsioni statutarie: ne deriva una potenziale limitazione dell'*in house providing*, da ricondurre non tanto alle scelte del legislatore europeo, ma al loro impatto su un sistema giuridico che, pur fra le molte contraddizioni, sembra ciclicamente orientato — e obbligato — al contenimento della spesa pubblica attraverso la limitazione delle potestà di auto-organizzazione degli enti locali, a favore di una progressiva esternalizzazione dei servizi pubblici.

Controllo analogo, poteri del socio ultraminoritario, principio di proporzionalità

Come spesso accade in presenza di una disciplina di matrice europea, lo strumento maggiormente idoneo a sciogliere i nodi interpretativi nascenti dall'impatto delle singole regole nei diritti nazionali e nelle prassi interpretative degli stessi giudici va rinvenuto nel principio generale di proporzionalità²⁶.

In quest'ottica, il T.A.R. Lombardia ha ritenuto che la situazione di controllo analogo congiunto debba essere accertata attraverso l'individuazione degli strumenti che consentono ai singoli azionisti di esercitare poteri "proporzionati" agli interessi pubblici perseguiti in concreto: situazione che si reputava sussistere nel caso di specie, laddove, anche in difetto di poteri di nomina dei rappresentanti del consiglio di amministrazione, il Comune titolare di una quota azionaria simbolica aveva comunque una serie di prerogative nella gestione del singolo contratto e partecipava all'organismo comune di coordinamento.

Se si seguisse la logica sottesa all'attuale art. 12 della Direttiva, l'esito del ragionamento potrebbe essere ribaltato: un potere proporzionato dell'azionista della partecipata parrebbe implicare la possibilità di nominare almeno un membro del consiglio di amministrazione, anche in coalizione con altri azionisti di minoranza; in difetto di questi requisiti, l'attribuzione di poteri di influenza sull'attività della partecipata potrebbe risultare sproporzionata rispetto al peso "specifico" (non già "relativo") del singolo azionista o della coalizione di piccoli azionisti, con il rischio di un

uso arbitrario del modello dell'*in house providing*²⁷. Ciò, anche a prescindere dalle pur rilevanti problematiche di diritto societario derivanti dall'incidenza dei poteri di indirizzo delle amministrazioni nei confronti del consiglio di amministrazione, e dal modo attraverso cui l'eteronomia propria del potere amministrativo può condizionare l'autonomia connaturata all'attività di impresa²⁸.

Appare evidente come le possibili divergenze fra giurisprudenza nazionale e disciplina comunitaria dipendano dal modo in cui si costruisce lo stesso nesso di proporzionalità: secondo il T.A.R. Lombardia, basta che i mezzi assicurati all'azionista pubblico siano proporzionati al raggiungimento dei fini istituzionali dell'ente, che in questo caso coincidono con la necessità di assicurare un'efficace ed efficiente gestione del servizio pubblico; più rigorosa la nuova prospettiva del legislatore europeo, secondo il quale i mezzi dell'azionista pubblico devono essere obiettivamente idonei ad influenzare tutta l'attività della partecipata, a prescindere dalla loro idoneità a soddisfare i fini istituzionali dell'ente, che restano quindi estranei alla valutazione e non possono come tali giustificare l'attribuzione di poteri esorbitanti a favore del socio di minoranza.

Nella prospettiva europea, viene quindi in rilievo il proporzionato rapporto fra quote di capitale sociale in possesso dei singoli enti azionisti e poteri di influenza sull'attività del consiglio di amministrazione e di altri organi apicali. In tal senso depone anche la giurisprudenza della Corte di giustizia, che in più occasioni si è pronunciata in ordine al rapporto fra azioni privilegiate dell'azionista pubblico e tutela delle libertà di stabilimento e circolazione dei capitali nel mercato europeo, precisando come tali strumenti possano ostacolare la realizzazione degli obiettivi del Trattato.

Nel caso *Commissione/Italia*, l'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo ha ritenuto che il conferimento di poteri speciali di veto a favore dell'azionista pubblico possa superare il *test* di "idoneità" della misura, ma non quello di stretta "necessità", dato che il medesimo risultato si potrebbe garantire attraverso il conferimento di poteri meno gravosi per il funzionamento del mercato comune, come il possesso di "minoranze di blocco" a favore dell'investitore pubblico o dei soci di minoranza. La Corte ha parzialmente condiviso tali conclusioni, ritenendo che il potere di veto debba comunque basarsi su presupposti oggettivi e precisi, a propria volta soggetti al controllo diretto di un giu-

²⁶ Nell'ambito dell'ormai ampia bibliografia in tema, a partire da Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Sandulli, *La proporzionalità nell'azione amministrativa*, Padova, 1998, cfr. il più recente contributo di Buoso, *Proporzionalità, efficienza e accordi nell'attività amministrativa*, Padova, 2012.

²⁷ Ciò, in linea con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia in ordine al rapporto fra capitale sociale e poteri di direzione

delle società di capitali: cfr. Corte giust. CE, 6 dicembre 2007, cause riunite C-463/04 e 464/04, *Federconsumatori*. Su questa pronuncia, cfr. le puntuali osservazioni di Goisis, *op. cit.*, 275 e segg.

²⁸ Per un'attenta rassegna dei singoli problemi e delle (difficili) soluzioni nella prospettiva del diritto societario cfr. sempre Guerra, *op. cit.*, 774 e segg.

dice, e non possa essere quindi rimesso alle valutazioni puramente discrezionali dell'azionista²⁹.

Il regime delle azioni privilegiate dell'azionista pubblico è stato sottoposto ad un ulteriore vaglio critico nella successiva controversia *Commissione/Portogallo*, in cui l'Avvocato Generale Mengozzi ha osservato come l'effetto di tali misure sia quello di subordinare l'esercizio delle attività di impresa ad una previa autorizzazione amministrativa, seppur assunta nelle forme del diritto societario: anche in tal caso, si tratterebbe di misure idonee, ma non necessarie, alla tutela dell'interesse dell'azionista pubblico, posto che il controllo di alcune decisioni strategiche sulle società pubbliche potrebbe essere garantito in maniera meno gravosa dalla vigilanza esterna di un'autorità di regolazione o da altri strumenti omologhi. La Corte ha condiviso tali conclusioni, ritenendo — per quanto maggiormente interessa — come la detenzione da parte dello Stato di azioni privilegiate conferisca all'azionista pubblico «un'influenza sulla gestione della società che non è giustificata dall'importanza della partecipazione che esso detiene nella compagine sociale»; ciò implica, per l'effetto, che altri azionisti «non potrebbero concorrere alla gestione e al controllo di questa società proporzionalmente al valore delle loro partecipazioni»³⁰.

Va da sé che, rispetto alla specifica problematica delle società *in house*, gli orientamenti della Corte in tema di azioni privilegiate operano come una sorta di *caveat*, senza quindi mettere in discussione il complessivo fenomeno dell'affidamento diretto: la Corte di giustizia si è del resto pronunciata su vicende relative a società “miste”, in cui venivano in questione i limiti delle partecipazioni azionarie dei soci privati, e, più in

generale, i limiti inerenti alle libertà economiche garantite dal Trattato.

Ciò non toglie che, in prospettiva futura, il tema della proporzione fra la quota di capitale degli azionisti di minoranza e del socio ultraminoritario si ponga anche nel caso di società a capitale interamente pubblico o parzialmente aperte agli investimenti privati, specie se si ritiene che l'attuale disciplina europea dell'*in house* presupponga che pure all'interno delle società a totale partecipazione pubblica debba essere rispettata una proporzione fra quota di capitale ed influenza sull'attività degli organi societari.

In conclusione, la sentenza del T.A.R. Lombardia prospetta una struttura delle società *in house* in cui la logica prettamente funzionalistica del diritto amministrativo giustifica l'attribuzione di poteri speciali all'azionista pubblico; diversamente, il diritto europeo pare orientato a valorizzare una logica di tipo misto, dove le prerogative degli azionisti vanno comunque ancorate al duplice presupposto della proporzionalità dei poteri speciali rispetto alla quota di capitale sociale detenuta dal singolo socio e della stretta necessità delle prerogative connesse al possesso di azioni privilegiate.

Se ciò non riduce i confini dell'*in house*, impone quantomeno una revisione degli strumenti idonei a tutelare determinate categorie di azionisti e l'equilibrio fra gli enti pubblici che afferiscono alla società partecipata, in rapporto agli interessi pubblici di riferimento: interessi che, di regola, non appaiono omogenei e che dipendono dalle dimensioni e caratteristiche del territorio su cui si effettua il servizio e dalle dotazioni economico-finanziarie delle singole realtà locali.

²⁹ Cfr. Corte giust. CE, 26 marzo 2009, *Commissione/Italia*, in C-326/07, nell'ambito della quale la Commissione contestava l'inadempimento dei principi di libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali da parte dell'Italia, laddove i poteri speciali conferiti all'azionista pubblico erano eccessivamente discrezionali e basati su presupposti di legge non sufficientemente determinati.

³⁰ Cfr. Corte giust. UE, 8 luglio 2010, *Commissione/Portogallo*, in C-171/08, nell'ambito della quale si contestavano i poteri speciali dell'azionista pubblico rispetto alla complessiva gestione della società partecipata.

Diritto Penale

a cura di Francesco Palazzo

con Fabio Basile e Lucia Risicato

Prostituzione minorile

Cassazione penale, Sez. un., 14 aprile 2014 (ud. 19 dicembre 2013), n. 16207 – Pres. Santacroce – Rel. Fiale – Ric. S.

Annulla con rinvio App. Brescia, 17 gennaio 2013.

Prostituzione – Prostituzione minorile – Induzione – Nozione – Differenze rispetto all'ipotesi dell'art. 600 bis, 2° comma, c.p.

La condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integra gli estremi della fattispecie di cui al 2° comma e non al 1° comma dell'art. 600 bis c.p.

(Massima non ufficiale)

Omissis. – 2. Al secondo motivo si connette la questione di diritto, per la quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni Unite, rivolta a stabilire “se la condotta di promessa o dazione di denaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integri gli estremi della fattispecie di cui al comma primo o di cui al comma secondo dell'art. 600-bis c.p.”.

3. Appare opportuno ricordare, al riguardo, che – nella elencazione casistica di fattispecie illecite adottata dalla legge 20 febbraio 1958, n. 75 (nota come legge Merlin) – è ricompresa, al numero 5 del comma secondo dell'art. 3, la condotta di «chiunque induca alla prostituzione una donna di età maggiore, o compia atti di lenocinio, sia personalmente in luoghi pubblici o aperti al pubblico, sia a mezzo della stampa o con qualsiasi altro mezzo di pubblicità». Nelle previsioni della legge n. 75 del 1958 la condotta di “induzione alla prostituzione minorile” derivava poi dall'interazione di tale norma incriminatrice con il disposto del successivo art. 4, n. 2, che contemplava come circostanza aggravante, comportante il raddoppio della pena, l'ipotesi che i fatti previsti all'art. 3 e dunque anche la condotta induttiva, fossero commessi «ai danni di una persona minore degli anni 21 o di persona in stato di infermità o minorazione psichica, naturale o provocata». La legge Merlin estendeva dunque la tutela a tutti gli infraventunenni, con riferimento all'allora vigente limite per la maggiore età. L'assetto normativo così consolidatosi in tema di prostituzione ha subito, dopo un quarantennio, un radicale mutamento per quanto riguarda la tutela dei minori, per effetto dell'entrata in vigore della legge 3 agosto 1998, n. 269, nota

anche come legge contro la pedofilia (pubblicata sulla G.U. n. 185 del 10 agosto 1998). La promulgazione di tale legge è derivata dalla necessità per l'Italia di conformarsi ai principi sanciti nella Convenzione di New York del 1989, ratificata con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, e dalla dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma adottata il 31 agosto del 1996: principi che individuano «il fanciullo come soggetto da tutelare contro ogni forma di sfruttamento e violenza sessuale, a salvaguardia del suo sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale» (l'art. 1 della legge n. 269 del 1998, presentandosi come una sorta di preambolo introduttivo e giustificativo, fa espresso riferimento a tali documenti internazionali). La protezione del fanciullo è principalmente perseguita, dal legislatore del 1998, attraverso il deciso rafforzamento dell'apparato normativo volto alla tutela penale del minore, sia attraverso l'introduzione di nuove fattispecie delittuose dopo l'art. 600 c.p. – come appunto l'art. 600-bis (prostituzione minorile) con relative circostanze aggravanti e attenuanti – sia mediante la collocazione sistematica di tali norme nel Libro II del codice, in particolare nella Sezione I del Capo III del Titolo XII, dedicata ai delitti contro la personalità individuale, individuata (secondo quanto emerge dai lavori preparatori) come la più congrua ad esprimere il reato che si compie nei confronti dell'integrità del minore medesimo. *Omissis*-. Contestualmente all'introduzione dell'art. 600-bis nel codice penale, l'art. 18 della legge n. 269 del 1998 ha decretato l'abrogazione della sopra ricordata circostanza aggravante di cui all'art. 4, n. 2 della legge Merlin, nella parte in cui prevedeva l'applicazione di una pena raddoppiata per le ipotesi in cui il fatto fosse commesso a danno di persona minore degli anni ventuno. L'ordinamento registra dunque, con la legge n. 269 del 1998, la creazione di una fattispecie autonoma di “induzione” (oltre che di favoreggiamento e sfruttamento) “della prostituzione minorile”, laddove in precedenza la minore età della vittima rappresentava mera circostanza aggravante, nonché la creazione di una nuova figura di reato, quella di atti sessuali retribuiti con minorenni, del tutto inedita nel catalogo criminale. *Omissis*-. A distanza di pochi anni dall'entrata in vigore della legge antipedofilia e dalla introduzione dell'art. 600-bis nel codice penale è intervenuta una prima modifica di tale norma, per effetto della legge 6 febbraio 2006, n. 38 (emanata per dare attuazione a quanto stabilito dalla decisione-quadro 2004/68/GAI del Consiglio dell'Unione Europea, approvata il 22-12-2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile) che ha innalzato la soglia di età della vittima degli atti sessuali dietro retribuzione, pareggiandola

a quella del minore indotto o sfruttato ma operando una distinzione ai fini della pena: ai sensi dell'art. 1 della legge citata, infatti, i commi secondo e terzo dell'art. 600-bis c.p. sono stati completamente riscritti, sicché «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 5.164 (comma primo), mentre “Nel caso in cui il fatto di cui al secondo comma sia commesso nei confronti di persona che non abbia compiuto gli anni sedici, si applica la pena della reclusione da due a cinque anni» (comma 2). Una più radicale modifica è stata introdotta, per ultimo, dalla legge 10 ottobre 2012, n. 172 (entrata in vigore il 23 ottobre 2012) con la quale l'Italia ha ratificato e dato esecuzione alla Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, stipulata a Lanzarote il 25 ottobre 2007. L'art. 4 di detta legge ha totalmente riscritto l'art. 600-bis c.p. e la nuova ed allo stato vigente formulazione della norma prevede – al comma primo – la punizione con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 15.000 a euro 150.000 di chiunque: 1) recluta o induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto; 2) favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla la prostituzione di una persona di età inferiore agli anni diciotto, ovvero altrimenti ne trae profitto. Ai sensi del comma secondo, invece: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000». Sono stati aggiunti poi, all'articolo 602-ter, dopo il secondo comma, ulteriori commi che introducono circostanze aggravanti: tra di essi, ai fini che qui rilevano, il comma (quinto) che prevede che nei casi previsti dagli articoli 600-bis, primo e secondo comma, 600-ter e 600-quinquies, nonché dagli articoli 600, 601 e 602, la pena è aumentata dalla metà ai due terzi se il fatto è commesso in danno di un minore degli anni sedici.

4. Nella vicenda in esame, relativa a condotte delittuose la cui perpetrazione è riferita temporalmente al periodo “dal 2005 al 2009”, si applica l'art. 600-bis c.p. nelle rispettive previsioni delle leggi n. 269 del 1998 e n. 38 del 2006, mentre non trova applicazione il nuovo e più gravoso assetto normativo di cui alla legge n. 172 del 2012.

5. Con riferimento alla normativa applicabile al caso concreto la formulazione dell'art. 600-bis c.p. pone una netta differenziazione (resa più marcata per effetto delle modificazioni introdotte dalla legge n. 172 del 2012) fra la più grave ipotesi di cui al primo comma, fattispecie destinata a punire coloro che avviano i minori all'attività di prostituzione, li trattengono in tale attività e ne traggono vantaggio, e quella di cui al secondo comma, funzionale alla punizione di coloro che si limitano a compiere atti sessuali a pagamento con soggetti minorenni, indipendentemente dal fatto che questi ultimi siano o meno già dediti ad attività di mercimonio sessuale del proprio corpo. In relazione a tali diverse previsioni incriminatrici la Sezione remittente ha dubitato della possibilità di applicazione, nell'interpretazione delle stesse, dei principi che la giurisprudenza di legittimità ha enunciato con riferimento alla disciplina dettata dalla legge n. 75 del 1958 per il reato di “induzione alla prostituzione” di persona maggiorenne.

5.1. Nel caso di prostituzione di persona maggiorenne è stato evidenziato in dottrina come la legge Merlin (di fronte alla evoluzione storica di un fenomeno, i cui aspetti più preoccupanti sono quelli legati all'impressionante quota di attività direttamente gestita dalla criminalità organizzata) abbia perseguito la finalità di riconsegnare all'alveo dell'attività del tutto libera, non sanzionabile da parte dell'ordinamento, l'esercizio del meretricio che sia frutto di una scelta non condizionata da forme di coazione o di sfruttamento. Anche questa Corte ha recentemente osservato (Sez. 3, sent. n. 20384 del 29/01/2013, Bolzanello, Rv. 255426), in proposito, che bisogna muovere «dal punto fermo rappresentato dalla scelta del legislatore di considerare attività non vietata, e dunque in sé lecita, quella che la persona liberamente svolge scambiando la propria fisicità contro denaro», ed ha ricordato che «le sanzioni penali fissate dalla legge 20 gennaio 1958, n. 75, debbono essere applicate a coloro che condizionano la libertà di determinazione della persona che si prostituisce, a coloro che su tale attività lucrano per finalità di vantaggio e, infine, a coloro che offrono un contributo intenzionale all'attività di prostituzione eccedendo i limiti dell'ordinaria prestazione di servizi», sottolineando la necessità di non operare interpretazioni tali «da reintrodurre surrettiziamente presupposti di illiceità “in sé” della prostituzione che vengono formalmente ed espressamente negati e che, invece, potrebbero finire per qualificare come illegali condotte e prestazioni di servizi alla prostituta che non risulterebbero penalmente rilevanti se destinati ad altre attività».

5.2. Quanto vale per gli adulti muta tuttavia completamente nel caso dei minori, essendo la dottrina e la giurisprudenza concordi sull'impossibilità di considerare “libera” la prostituzione di soggetti minorenni. Per il minore, infatti, la prostituzione rappresenta il frutto di una scelta spontanea, essendo prevalentemente determinata da pressioni (o da vere e proprie coercizioni) di fronte alle quali egli non dispone di alcuna valida alternativa, sicché l'atto sessuale compiuto dal minore prostituito non può inquadarsi in un'area di libertà, area la cui sostanziale inesistenza il “cliente” non può dunque né ignorare, né fingere di non conoscere. Quand'anche, poi, si dovesse riscontrare l'assenza di interventi esterni di condizionamento di tale spazio di libertà, è comunque ragionevole che l'ordinamento vieti l'acquisto di prestazione sessuali presso un soggetto che presuntivamente non ha ancora raggiunto quel livello di maturità tale da consentirgli una valutazione davvero consapevole in ordine alle ricadute della mercificazione del proprio corpo sul suo sviluppo psico-fisico; ne consegue che, indipendentemente dal suo atteggiamento psicologico e dalla sua condotta (quand'anche connivente o adescatrice), il minore è reputato sempre e comunque una vittima. Il carattere “non libero” della prostituzione minorile – ritenuta dal legislatore come condotta che comporta l'annientamento della personalità individuale del minore – spiega, sul piano teorico, la punibilità della condotta del “cliente”, del tutto immune da censure sul piano penale se invece rapportata alla prostituzione di soggetto adulto.

6. L'induzione alla prostituzione di maggiorenne – in mancanza di una specifica definizione legislativa ma in coerenza con il primo criterio ermeneutico indicato dall'art. 12 delle “Disposizioni sulla legge in generale” rispetto al significato che del termine è universalmente accettato nella lingua italiana – è stata tradizionalmente ritenuta come quell'attività, coscientemente finalizzata, di persuasione,

di convincimento, di determinazione, di eccitamento, di rafforzamento della decisione, svolta nei confronti di un soggetto, sia facendo sorgere in quello l'idea di prostituirsi, sia aggiungendo ulteriori motivi o stimoli per dedicarsi alla prostituzione o a riprendere tale attività se interrotta ed a persistervi se volesse abbandonarla (vedi già Sez. 3: n. 1833 del 20/12/1968, Pagani, Rv. 111772; n. 2298 del 04/12/1978, Madaschi, Rv. 141310; n. 8869 del 12/03/1984, Furnari, Rv. 166148). L'opera di convincimento può consistere anche in doni, lusinghe, promesse, preghiere, ma deve realizzarsi in una attività positiva, idonea e concreta, non essendo sufficiente la semplice inerzia o tolleranza e neppure la semplice proposta e deve avere avuto una efficacia causale e rafforzativa, sicché senza il fatto del colpevole il soggetto non si sarebbe dato alla prostituzione. La mera proposta di partecipare ad incontri sessuali a pagamento non costituisce condotta induttiva se non accompagnata da condotte ulteriori consistenti in pressioni fisiche o psicologiche che spingono la persona a prostituirsi superando le resistenze di ordine morale, o di altra natura, che la trattengono dall'attività di prostituzione (così Sez. 2: n. 7424 del 13/05/1987, Cito, Rv. 176185; n. 36156 del 03/06/2004, Nicolò, Rv. 229389; n. 33470 del 04/07/2006, Cantoni, Rv. 234787; n. 26216 del 19/05/2010, A.F., Rv. 247696). La dottrina assolutamente prevalente esclude la configurazione della condotta di induzione nell'ipotesi del "cliente" stesso della prostituta maggiorenne, che, inteso quale mero fruitore delle prestazioni sessuali, viene considerato del tutto estraneo a tale ipotesi criminosa. Anche in giurisprudenza non paiono registrarsi orientamenti, nell'ambito della prostituzione di maggiorenne, che qualificano come illecita – sub specie dell'induzione – la condotta del "cliente"; condotta piuttosto inquadrata in alcune pronunce di merito nella diversa ipotesi del favoreggiamento, ma con esiti che essenzialmente non hanno resistito al vaglio di legittimità (cfr. Sez. 3, n. 16536 del 14/02/2001, Mazzanti, Rv. 218870). Né un'interpretazione di segno contrario sembra possa riconnettersi ai precedenti menzionati nella sentenza n. 33470 del 04/07/2006, Cantoni. In particolare, la sentenza Traiani (Sez. 3, n. 6191 del 20/04/1983, Rv. 159699, secondo cui sussiste l'attività di prostituzione anche nel caso di rapporto con una sola persona) parrebbe non riguardare il "fatto del cliente", bensì il caso in cui la condotta induttiva era consistita nell'invito rivolto ad una donna ad incontrarsi effettivamente con un solo individuo di sesso maschile, ma diverso dal soggetto induttore. Anche la lettura della sentenza Rizzeri (Sez. 1, n. 7947 del 13/03/1986, Rv. 173482), relativa al caso di donna indotta a concedersi in favore di una sola persona per avere in cambio sostanze stupefacenti, non chiarisce se vi sia stata coincidenza o alterità fra "induttore" e "fruitore" delle prestazioni sessuali della donna.

7. Diversamente, nell'ipotesi di vittima minorenni, a partire dalla sentenza Cantoni n. 33470 del 2006 ("capofila" dell'orientamento adottato da questa Corte in materia di induzione alla prostituzione minori le "per fatto del cliente"), la Sezione Terza ha affermato che l'adulto che paga il minore perché compia con lui atti sessuali contestualmente lo induce alla prostituzione e perciò deve rispondere ai sensi del primo comma dell'art. 600-bis c.p.. Nella sentenza Cantoni (e nelle sentenze n. 43820 del 26/11/2007, C.M., non massimata; n. 26216 del 19/05/2010, A.F., Rv. 247696; n. 16759 del 07/02/2013, Gerbino, Rv. 255453) si è tuttavia evidenziata la necessità che la dazione del corri-

spettivo sia accompagnata da un'opera di convincimento finalizzata a vincere la resistenza del minore. La sentenza n. 18315 del 14/04/2010, R.S., Rv. 247163 – in una fattispecie in cui all'indagato veniva contestato di avere indotto alla prostituzione un ragazzino che non aveva ancora compiuto dieci anni, convincendolo ad avere con lui rapporti sessuali dietro remunerazione – ha affermato, invece, che la semplice dazione di denaro doveva considerarsi sufficiente a persuadere il minore a consentire agli atti sessuali sia pure esclusivamente con il soggetto agente. Con la sentenza n. 4235 del 11/01/2011, F., Rv. 249316, nella condotta di induzione è stata ricompresa anche una ripetuta dazione o offerta di danaro o altra utilità che, di per sé sola considerata, ossia interamente affrancata dalla necessità di ulteriori requisiti di condotta "suggestiva" (verbale o di altra natura), abbia spinto il minore al meretricio. A fronte del quadro interpretativo dianzi delineato, rileva il Collegio che anche la condotta di induzione alla prostituzione minorile (sanzionata dal primo comma dell'art. 600-bis c.p.), per essere penalmente rilevante, deve essere sganciata dall'occasione nella quale l'agente è parte del rapporto sessuale e oggettivamente rivolta ad operare sulla prostituzione esercitata nei confronti di terzi. L'induzione del minore alla prostituzione prescinde dall'effettuazione diretta dell'atto sessuale con l'induttore e può riguardare soltanto chi determina, persuade o convince il soggetto passivo a concedere il proprio corpo per pratiche sessuali da tenere non esclusivamente con il persuasore ma con terzi, che possono consistere anche in una sola persona, a condizione però che questa non si identifichi nell'induttore. Il principio secondo il quale sussiste l'attività di prostituzione di soggetto adulto anche nel caso di rapporto con una sola persona è affermato da Sez. 3, n. 6191 del 20/04/1983, Traiani, Rv. 159699; Sez. 1, n. 7947 del 13/03/1986, Rizzeri, Rv. 173482; Sez. 3, n. 7933 del 04/05/1984, Sanfilippo, Rv. 165879. In tema di prostituzione minorile lo stesso principio è enunciato da Sez. 3, n. 7368 del 18/01/2012, L., Rv. 252133. Nella nostra tradizione giuridica il tipo normativo della "induzione alla prostituzione" si pone – infatti – dal lato dell'offerta del sesso mercenario e non della domanda, sicché la basilare distinzione fra induttore e cliente deve muoversi fra attività rientranti nell'ambito dell'offerta di prostituzione e attività rientranti nell'ambito della domanda. Dagli stessi lavori preparatori della legge n. 269 del 1998 (relazione alla proposta di legge dell'on. Serafini) emerge chiaramente che solo con il secondo comma dell'art. 600-bis cod. pen. «si introduce [...] una figura nuova nel nostro codice: la figura del cliente»; ne consegue che l'unica fattispecie utilizzabile ai fini dell'incriminazione del cliente è quella prevista dal secondo comma dell'art. 600-bis c.p.. Tale opzione interpretativa non compromette le esigenze di maggior tutela del minore rispetto all'adulto affermate anche a livello sovranazionale, poiché la valenza persuasiva strutturalmente insita nel pagamento del minore per ottenere una prestazione sessuale diretta è già assorbita dal disvalore tipico del fatto descritto nel secondo comma dell'art. 600-bis c.p. L'induzione di cui al primo comma dello stesso art. 600-bis è stata distinta dal legislatore dalla mera fruizione di una prestazione sessuale a pagamento in quanto equiparata a condotte di indubbia maggiore offensività (reclutamento, sfruttamento, favoreggiamento, organizzazione e gestione della prostituzione minorile) che ben giustificano – a fronte della collocazione sistematica delle due fattispecie all'interno del medesimo articolo – il diversissi-

mo quadro edittale di pena. Tenuto conto che la fattispecie di cui al secondo comma dell'art. 600-bis c.p. presuppone la necessaria correlazione causale fra la dazione o la promessa di danaro o di altra utilità e la prestazione sessuale del minore, deve essere altresì evidenziato che la figura polivalente ed ubiquitaria del cliente mero fruitore del sesso a pagamento che, come tale, contestualmente indurrebbe il minore alla prostituzione comporterebbe, di fatto, l'abrogazione implicita dello stesso secondo comma dell'art. 600-bis (che, come osservato da autorevole dottrina, sarebbe "nato già morto"). Non possono ritenersi decisivi, in senso contrario, argomenti basati sulla collocazione del reato di cui all'art. 600-bis, comma 2, c.p. sotto la rubrica "Prostituzione minorile": non c'è dubbio infatti che la condotta descritta dal secondo comma presenta pur sempre un collegamento con il fenomeno della prostituzione minorile in quanto in molteplici casi essa può essere destinata ad inserirsi in un contesto di sfruttamento sistematico del minore; tuttavia la ratio della norma in esame è quella di sanzionare autonomamente anche il singolo ed estemporaneo rapporto a pagamento per la sua attitudine ad alimentare, sia pure indirettamente, il circuito della prostituzione (lo stimolo del compenso, infatti, potrebbe spingere il minore a proseguire l'attività e ad estendere la sfera dei clienti, con l'inevitabile pericolo di determinare, nel tempo, un suo stabile inserimento nel mercato). Nell'ambito dell'induzione alla prostituzione di soggetto maggiorenne il legislatore, se avesse ritenuto di poter punire il cliente, avrebbe fatto emergere la contraddizione di un ordinamento che da

una parte considera lecito il meretricio in quanto tale, cioè l'offerta, e dall'altra sanziona penalmente la richiesta della prestazione, cioè la domanda. L'incriminazione del cliente in ambito minorile – sancita con il comma secondo dell'art. 600-bis c.p. – costituisce, invece, un'evidente eccezione rispetto a tale paradigma, perfettamente giustificata dal diverso oggetto giuridico e dalla differente finalità di tutela, ma che come tale, ossia proprio in quanto fattispecie autonoma di incriminazione della dazione/offerta di danaro da parte del cliente per avere rapporti sessuali con il minore, segna la chiara conferma, a contrario, della impossibilità di ravvisare una attività induttiva nella sola condotta di chi domanda ad un minore prestazioni sessuali come "consumatore" dandone o promettendone il pagamento; condotta che invece deve necessariamente rientrare, pena appunto una tacita abrogazione, nella fattispecie di cui al comma secondo, altrimenti applicabile soltanto nella pur esistente ma certamente ridotta casistica di dazione/offerta rivolta verso minore già dedito alla prostituzione, in aperta contraddizione però con il consolidato approdo giurisprudenziale che ha ripudiato fermamente, almeno negli ultimi anni, ogni vaga idea di minore "corrotto".

9. Ritiene in conclusione la Corte di dovere affermare il seguente principio di diritto: "La condotta di promessa o dazione di danaro o altra utilità, attraverso cui si convinca una persona minore di età ad intrattenere rapporti sessuali esclusivamente con il soggetto agente, integra gli estremi della fattispecie di cui al comma secondo e non al comma primo dell'art. 600-bis c.p.". *Omissis*.

Prostituzione minorile: le Sezioni unite chiariscono che "il cliente" non risponde di induzione alla prostituzione, ma solo di atti sessuali in cambio di danaro o altra utilità

Stefano Aprile

Le Sezioni Unite arrestano quella corrente giurisprudenziale che aveva condotto ad un significativo ampliamento della responsabilità del cliente di prestazioni sessuali offerte da minori, equiparandolo al lenone.

Il caso; il contrasto giurisprudenziale

Prima di analizzare l'arresto giurisprudenziale in tema di punibilità del cliente di prestazioni sessuali con minorenni, è opportuno ricordare il caso che ha condotto all'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite¹: l'imputato, un uomo adulto, aveva compiuto in più occasioni atti sessuali con tre minori stranieri, in cambio di ospitalità, piccole somme di danaro (dell'ordine di 10 o 20 euro) e "modeste regalie"; i giovani avevano un'età prossima ai diciotto anni e non risultavano essere stati oggetto di minacce o di condizionamenti, essendosi anche "riservati la facoltà di negare gli atti troppo invasivi". La Corte d'appello di Brescia aveva condannato l'imputato a sei anni e sette mesi di re-

clusione per il delitto di "induzione alla prostituzione" minorile di cui all'art. 600 bis, 1° comma, c.p., per aver indotto i predetti minori a compiere atti sessuali con lui in cambio di elargizioni di vario tipo.

Il difensore dell'imputato aveva presentato ricorso per Cassazione avverso la decisione della Corte lombarda, contestando, tra l'altro, la qualificazione giuridica dei fatti sotto il profilo che andrebbero ricondotti al meno grave delitto di cui al 2° comma dell'art. 600 bis c.p., il quale prevede che "salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in danaro o altra utilità, anche solo promessi, è punito con la

¹ La Sezione Terza della Corte di Cassazione, con ordinanza dell'11 giugno 2013 (depositata il 24 luglio 2013) aveva sottoposto alla Sezioni unite i seguenti quesiti in materia di prostituzione minorile: "se il concetto di induzione alla prostituzione minorile sia integrato dalla sola condotta di promessa o dazione di danaro o altra utilità posta in essere nei confronti di persona minore di età convinta così a compiere una o più volte atti sessuali esclusivamente col soggetto agente; se il soggetto attivo del reato previsto

dall'art. 600-bis, comma 1, c.p. possa essere colui che si limita a compiere atti sessuali col minore". Per un primo commento all'ordinanza di rimessione, v. M. Vizzardi, *Alle Sezioni Unite la questione dell'applicabilità della fattispecie di "induzione alla prostituzione minorile" in presenza del mero compimento di atti sessuali a pagamento con il minore*, in *Diritto penale contemporaneo* (rivista online), 22 ottobre 2013.

reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000”.

La Sezione Terza, competente per materia, aveva ravvisato la presenza di due contrapposti orientamenti in merito alla nozione di “induzione alla prostituzione”, da cui derivavano asimmetrie di trattamento. Infatti, mentre in relazione alla fattispecie di “induzione alla prostituzione” dei maggiorenni, contemplata dalla L. n. 75/1958 (c.d. Legge Merlin), la Suprema Corte ha sempre escluso la punibilità del “cliente” a titolo di induzione per avere effettuato il pagamento della prestazione sessuale, in relazione, invece, alla fattispecie di “prostituzione minorile” di cui all’art. 600 *bis* c.p., il pagamento della prestazione sessuale del minore da parte del “cliente” è stato ritenuto sufficiente, da numerose pronunce², a qualificare la condotta come “induzione alla prostituzione” del minore, con la conseguenza di attrarla nell’orbita del 1° comma dell’art. 600 *bis* c.p. (che punisce con la reclusione da sei a dodici anni chi “recluta o induce” il minore alla prostituzione, al pari di chi “favorisce, sfrutta, gestisce, organizza o controlla” la prostituzione del minore)³.

La soluzione ermeneutica accolta dalle Sezioni unite

Le Sezioni unite, dopo avere attentamente ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento, giungono ad un convincente *revirement* della interpretazione giurisprudenziale prevalente, muovendo da alcuni punti fermi: 1) la continuità normativa tra le fattispecie concernenti la prostituzione dei maggiorenni (legge Merlin) e quelle che concernono la prostituzione dei minorenni, salvo un significativo inasprimento delle sanzioni per le seconde; 2) un’attenta analisi lessicale del concetto di “induzione” alla prostituzione; 3) l’obiettivo di assicurare un’ampia protezione del minore coinvolto nella prostituzione, il quale viene visto come vittima (nella sentenza si sottolinea il

carattere “non libero” della prostituzione minorile), piuttosto che come operatore di una “attività non vietata” (come accade nella prostituzione dei maggiorenni), con conseguente estensione della punibilità alla “domanda” di prostituzione, tanto che viene in evidenza la dimensione diacronica della induzione, quale antecedente – neppure necessario –, rispetto al compimento dell’atto sessuale mercenario, con conseguente autonoma lesività della condotta posta in essere dal cliente.

I punti nodali presi in esame dalla sentenza in commento, consentono di superare quella diversa corrente giurisprudenziale che aveva, di fatto, espunto dal panorama giudiziario la fattispecie prevista dal 2° comma dell’art. 600 *bis* c.p., facendo assurgere la condotta in questione al più grave delitto previsto dal 1° comma.

La continuità normativa tra le fattispecie di prostituzione di maggiorenni e minorenni

Il sentiero argomentativo seguito dalle Sezioni unite, muove dall’individuazione di una perfetta continuità normativa tra le disposizioni sanzionatorie concernenti la prostituzione dei maggiorenni e quelle concernenti la prostituzione dei minorenni.

In effetti, già a prima vista le ipotesi delittuose (induzione, sfruttamento, favoreggiamento) introdotte nel codice penale all’art. 600 *bis*, 1° comma, dalla L. n. 269/1998, ed in seguito ampliate (reclutamento, gestione, organizzazione e controllo) dalla L. n. 172/2012⁴, appaiono del tutto sovrapponibili rispetto alle analoghe disposizioni incriminatrici contenute nell’art. 3 della legge Merlin. In particolare, per le ipotesi delittuose di nuovo conio il legislatore ha utilizzato i medesimi vocaboli, o espressioni di significato analogo, rispetto a quelle che aveva impiegato per descrivere le principali condotte sanzionate dall’art. 3, L. n.

² La sentenza “capofila” di tale corrente interpretativa è Cass., Sez. III, 4 luglio 2006, n. 33470, Cantoni, CED 234787, con nota critica di O. Di Giovine, *Induzione alla prostituzione minorile: un caso esemplare di decontestualizzazione del tipo legislativo ad opera del giudice di legittimità*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2412: secondo tale sentenza “il delitto di cui all’art. 600-*bis* [comma primo] c.p. sussiste anche nel caso il cui l’autore del reato abbia indotto soggetti minorenni ad avere rapporti retribuiti non già con una pluralità indiscriminata di persone, ma solo con l’agente stesso; infatti l’interesse protetto dalla fattispecie - a differenza di quello tutelato nella legge n. 75 del 1958 in materia di sfruttamento della prostituzione - è il libero sviluppo psicofisico del minore, il quale può essere messo a repentaglio da qualsiasi tipo di mercificazione del suo corpo. Per tale ragione il legislatore ha previsto in riferimento alla prostituzione minorile, nei commi secondo e terzo della citata disposizione, la punibilità del “cliente”, per la quale è sufficiente che il minore abbia ricevuto denaro od altra utilità economica in cambio di prestazioni di tipo sessuale. (Nel caso di specie, si trattava di un soggetto che, dopo avere svolto un’attività di convincimento volta a superare le inibizioni morali e ad influire sulle determinazioni di minori di anni quattordici per indurli al meretricio, aveva avuto con gli stessi rapporti sessuali a pagamento)”.

³ Significative due massime, identiche, di Cass., Sez. III, 7 feb-

braio 2013, n. 6759, CED 255453 e di Cass., Sez. III, 11 gennaio 2011, n. 4235, CED 249316, con nota di S. Corbetta, *Prostituzione minorile*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2011, 412, secondo cui “integra il reato di induzione alla prostituzione minorile (art. 600 *bis*, comma primo, c.p.) qualsiasi condotta idonea ad influire sul processo volitivo della vittima, determinandola a compiere atti sessuali, sia con il reo che con altri, in cambio di denaro o di altra utilità. (In motivazione la Corte ha precisato che, diversamente, ove il reo non solleciti, incoraggi o blandisca il minore, la condotta, essendo neutra rispetto alla determinazione della pur immatura volontà di quest’ultimo di assentire al compimento di atti sessuali, ricade nella fattispecie meno grave del comma secondo)”. Nella motivazione della seconda decisione si legge, tra l’altro, che una tale rigorosa interpretazione sarebbe imposta dal quadro normativo internazionale e sovranazionale in materia di sfruttamento della sessualità dei minori, che giustifica “una tutela penale più pregnante per i minori, rispetto agli adulti, perché i primi sono soggetti manipolabili, inadeguati ad autodeterminarsi, facilmente influenzabili ed inducibili ad atti sessuali che possono avere ricadute negative, anche non emendabili, sul loro futuro sviluppo psicofisico”.

⁴ Per un primo commento delle novità legislative introdotte nel 2012, v. A. Peccioli, *Un ulteriore intervento a tutela dei minori (I parte)*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2013, 137.

75/1958. Da ultimo, con intento chiaramente rivolto all'ampliamento dell'ambito repressivo, il legislatore del 2012 ha, altresì, punito colui il quale dalla prostituzione minorile trae profitto.

L'assunto da cui muove la sentenza in commento appare del tutto condivisibile: l'utilizzo dei medesimi vocaboli in due disposizioni chiamate ad operare in settori del diritto penale assai prossimi, induce a ritenere che si tratti di una scelta legislativa ponderata. Per un verso, la scelta lessicale operata dal legislatore dimostra la precisa volontà di attingere al patrimonio conoscitivo e interpretativo formatosi con riferimento alla legge Merlin, per altro verso, la medesima opzione semantica rende palese la consapevolezza dell'esistenza di una indubbia interferenza tra i campi di azione delle due disposizioni incriminatrici.

La scelta originaria del legislatore del 1998 è stata quella di discostarsi dal modello sanzionatorio del 1958 incentrato su una descrizione casistica delle condotte, che, se apparivano indifferenziate dal punto di vista della sanzione, erano, di contro, del tutto diverse per oggettività giuridica. Sotto tale angolo visuale l'opzione legislativa, cristallizzata nella legge del 1998, è stata quella di ridurre le ipotesi delittuose a tre sole (induzione, sfruttamento, favoreggiamento), scegliendo quelle meglio delineate nella esperienza giurisprudenziale; l'impulso innovativo non si era spinto, tuttavia, fino a rimodellare la sanzione distinguendo secondo la "tipologia" di condotta, essendo prevalso l'approccio general-preventivo incentrato sulla uniformità e – notevole – gravità del trattamento sanzionatorio⁵.

Solo in un momento successivo, con la novella del 2012, il legislatore ha riprodotto lo schema descrittivo di tipo casistico già adottato nella legge Merlin, per quanto non risultasse in realtà necessario appesantire il testo con la elencazione delle condotte di gestione, reclutamento, organizzazione e controllo, i cui elementi essenziali erano, in realtà, già ricompresi nelle condotte inserite nel 1998⁶. Lo sforzo di incrementare la tassatività della disposizione incriminatrice ha, però, determinato il rischio di lasciare dei vuoti di tutela, rischio che ha, quindi, indotto il legislatore del 2012 a sanzionare un'ulteriore condotta (trarre profitto) dai contorni talmente ampi da risultare, questa sì, a rischio d'indeterminatezza.

L'inquadramento filologico e sistematico sopra illustrato, è stato posto alla base della sentenza delle Sezioni Unite, che qui si commenta, la quale si è inserita nel solco di alcune decisioni che avevano già afferma-

to, seppure sotto l'angolo visuale dell'esclusione dai provvedimenti di clemenza, la continuità normativa tra fattispecie della legge Merlin e fattispecie dell'art. 600 *bis* c.p.⁷.

I caratteri essenziali della condotta di induzione alla prostituzione

Un secondo elemento utilizzato dalla sentenza in commento per escludere che il pagamento della prestazione sessuale da parte del cliente costituisca, di per sé, induzione alla prostituzione, è proprio la definizione di "induzione alla prostituzione".

Tale definizione deve essere individuata, sulla scia delle disposizioni della legge Merlin, nella copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale sviluppata in relazione all'art. 3, n. 5, L. n. 75/1958, sicché può affermarsi che la condotta induttiva abbraccia tutti i comportamenti di persuasione, di convincimento o di determinazione alla risoluzione di avviarsi alla prostituzione; la condotta è integrata anche qualora l'opera di induzione si limiti a rafforzare una decisione già presa, ovvero a riprendere una attività cessata o sospesa ovvero a non cessare l'attività di prostituzione⁸; non si deve trattare, si badi, di semplice condotta negativa di inerzia o tolleranza della prostituzione altrui, richiedendosi, invece, una condotta positiva capace di avere influenza sulle determinazioni del soggetto indotto.

La condotta induttiva, seppur normalmente rappresentata da atti di violenza fisica o morale, non è necessariamente caratterizzata dall'uso di siffatta violenza: tale ipotesi costituisce, di fatti, un'ipotesi aggravata a norma dell'art. 602 *ter*, 3° comma, c.p. (nonché a norma dell'art. 4, n. 1, legge Merlin). Si tratta, quindi, di un contegno positivo, spesso costituito da una pluralità di atti, preordinati allo scopo atteso, e aventi efficienza causale. Per l'induzione si è data una struttura a reato d'evento in cui l'elemento cardine del fatto è costituito proprio dalla circostanza che l'indotto si determini a svolgere l'attività di prostituzione, e, quindi, a compiere una prestazione sessuale dietro compenso.

Avendo così ricostruito la condotta di induzione alla prostituzione, la sentenza in commento ha affermato che, in ragione della già dimostrata unitarietà del fenomeno prostitutivo dei maggiorenni e dei minorenni, non si giustifica una differente ricostruzione della condotta di induzione incentrata sulla sola età del soggetto che si prostituisce, potendosi individuare specifici e

⁵ Sullo sfondo della legge Merlin, quindi, sono state introdotte delle sanzioni più elevate per condotte già note, ritagliando alle stesse uno specifico settore di operatività: i minorenni.

⁶ P. Pisa, *Una nuova stagione di miniriforme*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2012, 1422 ss.; E. Bricchetti-L. Pistorelli, *Sesso a pagamento punito con sei anni e 6 mila euro*, in *Guida Dir.*, 27 ottobre 2012, 43, 92 ss.

⁷ Tra le altre, Cass., Sez. I, 5 maggio 2009, n. 22756, CED 244114: "l'esclusione del reato di cui all'art. 600-*bis* c.p. (prosti-

tuzione minorile), introdotto dall'art. 2, comma primo, l. 3 agosto 1998 n. 269, da quelli per i quali è prevista l'applicabilità dell'indulto concesso con L. 31 luglio 2006 n. 241 opera anche con riguardo al corrispondente reato già previsto, prima dell'entrata in vigore della suddetta legge, dagli artt. 3, comma primo, n. 8, e 4, comma primo, n. 2, prima parte, L. 20 febbraio 1958 n. 75, essendovi continuità tra tali norme incriminatrici".

⁸ In tema di legge Merlin: Cass., 21 novembre 1989, Silvestrin, CED 192880; Cass., 21 dicembre 1984, Mezzetti, CED 164601.

più ampi strumenti di tutela a favore dei minorenni se solo si sposta l'azione repressiva anche sul lato della domanda.

Le Sezioni unite hanno affermato, conclusivamente, che la semplice dazione di denaro, corrispondente al fissato prezzo della prestazione, non costituisce una condotta induttiva, pur essendo penalmente sanzionata, con riguardo ai minori, dall'art. 600 *bis*, 2° comma, c.p.

La prostituzione quale offerta di attività sessuale mercenaria

Per comprendere meglio la portata innovativa del percorso logico argomentativo posto a base della decisione in commento, è opportuno intrattenersi brevemente sul concetto di prostituzione utilizzato dalle Sezioni unite, le quali, pur senza analizzare nel merito la complessa tematica, hanno utilizzato una definizione di prostituzione scevra del requisito della "abitudine".

È bene premettere che la definizione di prostituzione non è rinvenibile nella norma oggetto della decisione in commento, né in altre norme dell'ordinamento⁹, nel quale, ciò nonostante, si ritrovano numerose e disparate disposizioni legali che fanno riferimento alla prostituzione o al meretricio: tra esse, spicca la legge Merlin che, abrogando la previgente regolamentazione, punisce le attività connesse alla prostituzione altrui: neppure in tale testo di legge si rinviene una definizione di prostituzione.

Sembra sia possibile affermare che il compimento di atti sessuali e la finalità economica costituiscono, secondo la comune esperienza, il fulcro del meretricio.

Esso è caratterizzato dalla mancanza di libera scelta del *partner* e dalla tendenziale indeterminatezza del medesimo, cui la propria sessualità viene consegnata in cambio di denaro o altra utilità economica¹⁰.

L'atto che il soggetto che si prostituisce compie o subisce deve attenersi alla sfera sessuale, ma non deve necessariamente coincidere con la congiunzione sessuale vera e propria; possono rientrare, pertanto, tra gli atti oggetto di mercimonio anche quelle situazioni che differiscono o prescindono dal normale svolgersi della congiunzione sessuale¹¹.

Alcuni autori¹², facendo leva sull'espressione "abitudinalmente" contenuta in un'altra norma che incrimina (*rectius*, incriminava) condotte connesse alla prostituzione, l'art. 190, R.D. n. 773/1931 (T.U.L.P.S.)¹³, avevano aggiunto un ulteriore requisito alla definizione di prostituzione: quello della abitudine dell'offerta di prestazioni sessuali dietro compenso. A ben vedere, tuttavia, questo elemento dell'abitudine di chi si dà in cambio di denaro, deve essere espunto dalla definizione di prostituzione¹⁴, che appare meglio descritta quale dazione indiscriminata a fine di lucro del proprio corpo per atti sessuali¹⁵.

È utile sottolineare che la definizione di prostituzione sopra illustrata, e qui accolta dalle Sezioni Unite, si inquadra perfettamente nel panorama europeo ove la prostituzione minorile è descritta come «l'attività di utilizzo di un minore per attività sessuali dove il denaro o altre forme di remunerazione o di corrispettivo sono date o promesse come pagamento, a prescindere dal fatto che tale pagamento (...) sia fatto al minore o a una terza persona», senza dare alcun rilievo alla abi-

⁹ A. Peccioli, *op. cit.*, 138, si duole, giustamente, che il legislatore avrebbe potuto introdurre una definizione degli elementi costitutivi della prostituzione non solo per meglio ottemperare a quanto imposto dall'art. 19, 2° comma, della Convenzione di Lanzarote e dall'art. 2, lett. d) della direttiva 92/2011/UE, ma anche per porre fine al dibattito dottrinario e giurisprudenziale sviluppatosi dal 1958.

¹⁰ Sulla necessità che l'atto sessuale abbia finalità economica, v. Cass., 23 novembre 1972, Boi, in questa *Rivista* 1974, II, 191; F. Leone, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, 1964, 33. F. Mantovani, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1959, 483, ritiene lo scopo di lucro elemento determinante della fattispecie in considerazione dello specifico bene giuridico, tutelato dalla legge Merlin, costituito dalla moralità pubblica, posto in pericolo dalla prostituzione (quale attività a fini di lucro) in quanto connessa con ambienti criminali.

¹¹ Cass., 6 giugno 1975, CED 131299; Cass., 15 aprile 1966, Rosti, CED 101626.

¹² Calvi, *Sfruttamento della prostituzione*, 1970, 28; F. Leone, *Delitti di prossenetismo e adescamento*, 1964, 34; Palazzo, *Considerazione sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1975, 698; Pavoncello Sabatini, *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991, 2.

¹³ L'art. 190 T.U.L.P.S. (che, insieme a tutto il gruppo di articoli da 109 a 208 del T.U.L.P.S., che regolavano la materia della prostituzione, deve intendersi implicitamente abrogato dalla legge Merlin) disponeva che "le case, i quartieri e qualsiasi altro luogo chiuso dove si esercita abitualmente la prostituzione sono dall'au-

torità locale di pubblica sicurezza, a richiesta dell'esercente o d'ufficio, dichiarati locali di meretricio".

¹⁴ L'art. 190 T.U.L.P.S. regolava, infatti, una specifica e distinta ipotesi: quella della casa di meretricio (cioè il luogo ove si esercita stabilmente la prostituzione). L'avverbio "abitudinalmente" impiegato nel T.U.L.P.S. non concerneva, quindi, l'attività svolta dal singolo soggetto che si presta a dare il proprio corpo per compenso, ma piuttosto riguardava un luogo dove (legittimamente, all'epoca) svariati soggetti davano i propri corpi in cambio di denaro. La giurisprudenza (*ex plurimis* Cass., Sez. III, 11 gennaio 2011, n. 4235, CED 249316; Cass., Sez. III, 15 aprile 2010, n. 21335, CED 247633; Cass., Sez. III, 4 luglio 2007, in *Cass. Pen.*, 2007, 2412 e segg.; Cass., Sez. III, 25 giugno 2006, n. 33615, M., in *Cass. Pen.*, 2003, 3170) e la dottrina prevalenti (per un quadro riassuntivo, v. L. Bontempi, sub art. 600-*bis* c.p., in *Comm. C.P.* a cura di Dolcini, Marinucci, 3ª ed., Milano, 2011, vol. II, 5729 ss.) affermano che è sufficiente un singolo atto di prostituzione, prescindendo dal requisito della abitudine di chi si prostituisce.

¹⁵ Cass., 22 aprile 2004, Mannone, in *Cass. Pen.*, 2004, 1215, con nota di Catullo, *Sullo sfruttamento della prostituzione on line*, in un interessante caso in cui il rapporto tra cliente e professionista avveniva tramite una *chat line* con immagini in diretta e con interazione tra i soggetti, ha precisato che l'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico fra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto ed è destinatario della prestazione.

tualità del comportamento di colui che si prostituisce¹⁶.

La penale rilevanza della “domanda” di prostituzione minorile

La particolare necessità di rafforzare la tutela dei minori coinvolti nell’attività di prostituzione è stata ben tenuta presente, secondo la Suprema Corte, dal legislatore fin dal 1998, il quale ha previsto, oltre ad un imponente apparato repressivo per il lenone, la punibilità del cliente, prevedendo un vero e proprio *unicum* nel panorama sanzionatorio di settore.

Il 2° comma dell’art. 600 *bis* costituisce, in effetti, una novità assoluta, poiché con esso si colpisce la condotta del “cliente” di prestazioni sessuali mercenarie, così abbandonando radicalmente la tradizionale indifferenza repressiva per la condotta di costui. L’approccio adottato dal legislatore italiano nel 1998, trova, peraltro, pieno sostegno nella Decisione Quadro del Consiglio CE del 22 dicembre 2003 che, all’art. 2, invita gli Stati membri ad adottare misure penali repressive nei confronti di colui il quale “partecipa ad attività sessuali con un bambino laddove: (...) dia in pagamento denaro, o ricorra ad altre forme di remunerazione o compenso in cambio del coinvolgimento del bambino in attività sessuali”. L’art. 600 *bis*, secondo comma, c.p. punisce, infatti, con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da euro 1.500 a euro 6.000 “chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di un corrispettivo in denaro o altra utilità, anche solo promessi”.

La norma, peraltro, non chiarisce in cosa consistano gli “atti sessuali”: tenuto conto della genericità della espressione utilizzata, non può che accogliersi una definizione ampia, ricostruita sulla falsariga della medesima formula che compare nell’art. 609 *bis* c.p. Va, infatti, evidenziato che il legislatore del 1998 non può non avere fatto tesoro dell’esperienza normativa di poco precedente, sfociata nell’approvazione della L. 15 febbraio 1996, n. 66 sulla violenza sessuale. Potrà, quindi, farsi riferimento all’elaborazione giurisprudenziale formatasi in relazione alle disposizioni incriminatrici di cui agli artt. 609 *bis* e segg., dando rilievo a qualunque rapporto fisico che comprenda o concerna organi o apparati sessuali anche di uno solo dei soggetti coinvolti.

Non si deve, d’altra parte, dimenticare che il compimento di atti sessuali con minorenni costituisce reato anche sotto il diverso paradigma della violenza sessuale presunta, a mente dell’art. 609 *quater* n. 1, nel caso si tratti di infra-quattordicenne (ovvero, a mente del n. 2 del medesimo articolo, qualora si tratti di

infra-sedicenne legato all’autore da un particolare rapporto). Anzi, l’inevitabile accostamento alle disposizioni incriminatrici poste a tutela della libertà sessuale (artt. 609 *bis* e segg. c.p.) ha indotto taluno a ritenere che anche l’art. 600 *bis*, 2° comma, c.p., sia, in realtà, una forma particolare di violenza sessuale e che, pertanto, anch’esso sia rivolto a fornire protezione alla sfera sessuale dell’individuo (nella specie, minorenni)¹⁷.

Ad avviso di chi scrive, invece, la fattispecie di cui all’art. 600 *bis*, 2° comma, c.p., deve essere inserita a pieno titolo nel contesto dei delitti *contro la personalità individuale* (artt. 600 e segg.). Il consenso del minore all’atto di prostituzione qui, infatti non rileva: l’oggetto della tutela è, quindi, la stessa personalità umana del minore che viene annullata e mercificata mediante la creazione di un sinallagma tra sessualità e utilità. Sotto tale angolo visuale la fattispecie di cui all’art. 600 *bis*, 2° comma, c.p., è posta a tutela del *medesimo bene giuridico* protetto dal 1° comma dello stesso art. 600 *bis*, fungendo anch’essa da strumento repressivo del fenomeno della prostituzione minorile. Uno strumento che opera, per così dire, “a valle”: inducendo il cliente, tramite la minaccia della pena, ad astenersi dal richiedere la prestazione, il legislatore intende, infatti, far “terra bruciata” intorno alla prostituzione minorile, e quindi far venire meno la domanda che alimenta il più grave delitto di prostituzione minorile. La disposizione in parola è, quindi, posta a tutela della personalità individuale del minore e, segnatamente, del libero sviluppo della personalità del fanciullo che, per mezzo del vincolo prossenetico, viene posto in stato di totale soggezione ed asservimento.

Il ruolo del minore

La disposizione incriminatrice precisa che l’atto sessuale deve essere compiuto “con un minore”: per individuare il significato di tale formula occorre tener presente che la fattispecie rientra, come sopra illustrato, tra quelle a tutela della personalità individuale e che il fulcro del disvalore è costituito dal sinallagma tra prestazione sessuale e retribuzione.

In tale ottica, la formula impiegata ha la funzione di collegare l’atto sessuale (qualunque siano state le modalità di suo compimento) “con” il minore che ad esso atto si presta, e non già di richiedere la necessaria partecipazione attiva o passiva del minore all’atto sessuale. La preposizione “con”, inserita in un contesto precettivo come quello che ci occupa, non può, infatti, certo rappresentare la chiave di volta per distinguere tra le varie tipologie di rapporto sessuale (attivo, passivo, voyeuristico, autoerotico, ecc.), essendo uni-

¹⁶ In questo senso, si veda la Relazione del Massimario della Corte di Cassazione - Novità legislative: L. 1 ottobre 2012, n. 172 recante “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e

l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno”, 8 e segg.

¹⁷ V., ad esempio, B. Romano, *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000, 87.

camente rivolta a ricomprendere nel rapporto medesimo un minore che ad esso si presti con consenso. Per dare luogo alla condotta descritta dalla fattispecie in esame è, quindi, sufficiente il compimento di un atto che coinvolga la sfera sessuale di uno dei soggetti, parti del rapporto mercenario.

Secondo il chiaro significato delle parole impiegate, integra la fattispecie in esame anche un singolo atto sessuale mercenario compiuto con un minore. Non è, quindi, richiesto che il minore sia dedito alla prostituzione o che l'atto medesimo sia compiuto nell'ambito di un vincolo prossenetico¹⁸, eventualmente testé instauratosi¹⁹.

Il corrispettivo in denaro o altra utilità dell'atto sessuale

Quanto al corrispettivo dell'atto sessuale, va ricordato che deve trattarsi di denaro o altra utilità economica, a carattere retributivo e sinallagmaticamente legati all'atto sessuale, tanto da costituire la *causa generica* dello stesso. Non è richiesta l'effettiva consegna del corrispettivo per aversi violazione del precetto: ciò che conta è la corrispettività delle prestazioni, anche se, poi, la dazione del denaro non abbia luogo per qualunque ragione.

L'elargizione successiva o postuma, la remunerazione non geneticamente (ma solo occasionalmente) legata ai servizi – poi di fatto – resi, non vale ad attribuire carattere sinallagmatico al rapporto sessuale: pertanto il dono, anche di ingente valore, se non anticipatamente prospettato come ricompensa dell'atto sessuale poi verificatosi, esula dal campo di applicazione della norma. Allo stesso modo l'elargizione anticipata, che sia priva dello specifico carattere remuneratorio del – di poi verificatosi – atto sessuale, non costituisce utilità economica resa in cambio di atti sessuali²⁰.

Se è certo che non è richiesta la diretta percezione del compenso da parte del minore a fronte dell'atto sessuale compiuto (rientrando l'atto sessuale medesimo nel suo “dovere” di vittima), viene da chiedersi se il minore debba, perlomeno, avere contezza della negozialità dell'atto sessuale: bisogna domandarsi se il minore debba compiere l'atto sessuale con la consapevolezza della retribuzione dello stesso²¹.

L'esperienza insegna che il minore potrebbe essere stato (oppure essersi) indotto a compiere l'atto sessuale per varie e diverse motivazioni: perché si attende riconoscenza, affetto o altro da chi lo ha indotto a darsi ad un terzo, ovvero perché vi è costretto o in-

¹⁸ V. Santoro, *Nasce il delitto di 'prostituzione minorile'*, in *Guida Dir.*, 1998, n. 33, 44; Riviezzo *Commento alla l. 3 agosto 1998 n. 269, norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *Gazz. Giur.*, 1998, n. 33, 9; Cadoppi-Veneziani, *Commento all'art. 2, primo comma - Legge pedofilia*, in *Commentari*, 493.

¹⁹ La contraria opinione di Di Giovine, in Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 2000, 10^a ed., vol. II, *sub art. 600-bis*, 516, circa l'inserimento dell'atto sessuale mercenario compiuto dal minore in un rapporto di prostituzione *a natura professionale* del quale il cliente si giovi, non sembra condivisibile. A sostegno di tale ricostruzione sono stati adottati un argomento di ordine sistematico (la prostituzione sarebbe un'attività abituale e dunque l'atto sessuale mercenario sanzionato dal punto di vista del cliente dovrebbe afferire ad un siffatto fenomeno abituale), e un argomento di ordine testuale (la circostanza attenuante premiale introdotta dall'art. 600 *septies.1* - già art. 600 *sexies*, 4^o comma - sarebbe applicabile solo al cliente che si adopera per liberare dal goglio dello sfruttamento il minore che in tale ambito abbia prestato l'atto sessuale). Ma a ben vedere l'argomento sistematico prova troppo: la prostituzione minorile, punita ai sensi del primo comma, è costituita dalla dazione indiscriminata del corpo del minore per atti sessuali in cambio di denaro o altra utilità, mentre esula da tale fattispecie incriminatrice ogni connotato di abitualità o professionalità: se questo è il settore di intervento della prostituzione minorile, il reo, ai sensi della disposizione di cui al secondo comma, incappa nelle maglie del diritto penale per il semplice compimento di atti sessuali, dietro corrispettivo, con un minore degli anni diciotto. D'altra parte, anche l'argomento testuale prova troppo e non è in grado di inficiare l'opzione ermeneutica da noi sostenuta. L'attenuante premiale prevista per chi “si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti”, indicata come ostacolo al proposto ambito di operatività della disposizione in commento, mal si adatta, infatti, ad altre situazioni cui, legislativamente, si riferisce (l'art. 600 *ter* prevede

un reato di pericolo astratto in relazione al quale è impossibile ipotizzare l'applicazione dell'attenuante in discorso) e, comunque, non sembra poter essere interpretata unicamente nel senso proposto. Il corretto ambito applicativo deve essere individuato nelle situazioni descritte al 1^o comma dell'art. 600 *bis*. Nondimeno potrebbe ipotizzarsi un limitato settore di intervento per le ipotesi del 2^o comma, laddove effettivamente il minore presti l'atto sessuale mercenario nell'ambito di un vincolo prossenetico ed il cliente si adoperi per rescindere tale vincolo. Infine, in una ottica certamente più ristretta, potrebbero comunque riconoscersi margini di operatività anche nell'ambito della prestazione sessuale mercenaria disgiunta dal vincolo prossenetico, laddove il “ravvedimento operoso” del cliente abbia per oggetto il successivo abbandono della prostituzione da parte del minore.

²⁰ La dazione della somma di denaro (o dell'altra utilità economica) potrà intervenire tra il reo e il minore o, indifferentemente, tra il reo e il lenone, ma potrà essere, altresì, effettuata, in forza della funzione incriminatrice propria dell'art. 110 c.p., anche da un soggetto terzo rispetto a chi beneficia della prestazione sessuale.

²¹ V. Santoro, *Nasce il delitto di 'prostituzione minorile'*, in *Guida Dir.*, 1998, n. 33, 44; Riviezzo, *Commento alla l. 3 agosto 1998 n. 269, norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù*, in *Gazz. Giur.*, 1998, n. 33, 8; Di Giovine, in Lattanzi-Lupo (a cura di), *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, 2000, 10^a ed., vol. II, *sub art. 600-bis*, 518. In senso contrario Padovani-Bonini, *Commento all'art. 2 - Prostituzione minorile, l. 3 agosto 1998 n. 269*, in *Legislazione Penale*, 1999, 61, che, ritenendo trattarsi di un reato d'evento a forma vincolata, sostengono che il minore debba essere consapevole della sussistenza di una controprestazione economica. Secondo altri, il minore dovrebbe, quantomeno, avere contezza della negozialità del rapporto entro cui si colloca la prestazione sessuale dallo stesso compiuta o subita (Cadoppi-Veneziani, *Commento all'art. 2, primo comma - L. pedofilia*, in *Commentari*, 491, ritengono che il minore debba, perlomeno, essere a conoscenza che il compimento dell'atto entra a far parte di un meccanismo di scambio).

dotto per minacce o altre pressioni ovvero con la forza (evidentemente senza che di tale ultima circostanza abbia contezza il cliente, ch , diversamente, commetterebbe il pi  grave delitto di violenza sessuale). In tutte queste situazioni colui il quale induce il minore a compiere l'atto sessuale con un terzo (il cliente) lo fa, invece, in vista di un corrispettivo: in questi casi, seppur non dal punto di vista della vittima, si tratta di un atto sessuale mercenario che ricade sotto il rigore della norma incriminatrice.

In conclusione: il compimento dell'atto sessuale, indipendentemente dalla consapevolezza in capo al minore dell'esistenza di una retribuzione, sar  sanzionato quando esso   compulsato dalla (o finalizzato alla) percezione del corrispettivo anche da parte di terzi o, comunque, quando si tratta di un atto sessuale non libero, perch  obbligato ovvero altrimenti indotto, cui fa da corrispettivo una utilit  economica²², anche se non direttamente percepita.

L'“autonomia” del 2° comma dell'art. 600 bis, rispetto al 1° comma

La sentenza in commento pone in evidenza che l'intervento legislativo per la repressione della prostituzione minorile opera in due momenti, intercettando il fenomeno nel suo divenire fattuale: l'art. 600 bis, 1° comma, c.p.,   posto, infatti, ad evitare lo sfruttamento (*lato sensu* inteso) di minori nella prostituzione, mentre l'art. 600 bis, 2° comma, c.p., contrasta la domanda di prestazioni sessuali mercenarie rese dai minori.

Terrorismo internazionale

Cassazione penale, Sez. V, 22 novembre 2013 (ud. 21 gennaio 2014), n. 2843 – Pres. Bevere – Rel. Vessicelli – P.G. Galasso (parz. conf.) – Legori

Conferma App. Napoli, 21 giugno 2011

Terrorismo internazionale – Atti compiuti in un contesto di conflitto armato – Fonte di disciplina – Nozione di terrorismo

Alla luce della normativa internazionale ed in particolare dell'art. 2 della Convenzione di New York del 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo, ratificata dall'Italia con L. 14 gennaio 2003, n. 7, costituiscono atto terroristico anche gli atti di violenza compiuti nel contesto di conflitto armato rivolti contro civili o contro persone che non partecipino attivamente alle ostilit .

(Massima non ufficiale)

L'identit  dei fini perseguiti dalle disposizioni incriminatrici del 1° e del 2° comma dell'art. 600 bis c.p., non impedisce, tuttavia, di rinvenire un ambito di applicazione autonomo del 2° comma rispetto alle condotte incriminate nel 1° comma: per punire il “cliente” non   necessario, in altri termini, che il minore offra le sue prestazioni sessuali perch  indotto o costretto a farlo, ovvero perch  altri da ci  tragga profitto. La fattispecie di cui all'art. 600 bis, 2° comma, c.p. punisce, infatti, il fruitore di atti sessuali dietro corrispettivo con un minore, indipendentemente dalle ragioni per le quali il minore si presta a tale attivit  e, dunque, anche al di fuori delle situazioni incriminate nel 1° comma e, in particolare, anche in assenza della figura di un lenone e, pi  in generale, di uno sfruttatore.

Per tale via si assicura una pi  ampia portata applicativa alla disposizione di cui all'art. 600 bis, 2° comma, c.p., apprestando, inoltre, un efficace strumento di protezione del minore che va ad integrare, sotto un pi  ampio angolo visuale, la tutela gi  garantita ai minori infra-quattordicenni dall'art. 609 quater c.p. L'integrazione dei vari strumenti penali repressivi apprestati dall'ordinamento nel settore della prostituzione minorile e della violenza sessuale “presunta”, offre, invero, una tutela rafforzata della sessualit  del minore che viene protetto dalle intrusioni violente (perch  la volont    mancante) o mercificanti (perch  compulsate da una retribuzione) che gli adulti pongono in essere nei suoi confronti.

Omissis. – Unitamente ad altri connazionali dello Sri Lanka, i soggetti in questione erano stati presentati al G.U.P. per il rinvio a giudizio in ordine al reato di cui all'art. 270 bis c.p., commi 1, 2 e 3 (capo A) ed al reato di estorsione continuata in concorso (capo B), che si assumevano commessi in varie citt  d'Italia, dal settembre 2006 sino al momento della richiesta di rinvio a giudizio che   del 23 novembre 2009.

La condotta contestata al capo A), in particolare,   stata rappresentata come associazione allo scopo di commettere atti di violenza con finalit  di terrorismo internazionale, realizzata in parte anche in Italia, attraverso la operativit  di un organismo che aveva la finalit  di raccogliere finanziamenti necessari per il raggiungimento degli scopi del gruppo terroristico: un organismo costituente dunque articolazione nazionale o comunque rete di sostegno della organizzazione terroristica dello Sri Lanka, di etnia Tamil, denominata L. T.T.E., acronimo di Liberation Tigers of Tamil Eelam, ossia Tigri Tamil, che si contrapponeva al governo e ai cittadini dello Sri Lanka per la creazione di uno Stato indipendente. Un'organizzazione operante sulla

²² A fronte di tali situazioni ve ne sono altre, di certo estranee alla fattispecie dell'atto sessuale mercenario: l'atto sessuale com-

piuto dal minore per affetto, libido o altro istinto sessuale verso il cliente, ancorch  questi abbia retribuito taluno.

base di un complessivo programma criminoso, condiviso anche da cellule attive all'estero, contemplante: 1) la preparazione e l'esecuzione di azioni terroristiche da attuarsi contro il governo, forze militari, istituzioni, organizzazioni, cittadini ed altri obiettivi civili dello Sri Lanka; 2) il proselitismo attraverso videocassette e documenti propagandistici per alimentare l'odio etnico della minoranza Tamil contro la maggioranza cingalese; 3) la raccolta dei finanziamenti necessari per il raggiungimento degli scopi dell'organizzazione; 4) la disponibilità di armi da utilizzare per gli attacchi terroristici e la predisposizione, comunque, di tutti i mezzi necessari per l'attuazione del programma criminoso della associazione, finalizzato alla creazione di uno Stato indipendente della minoranza etnica Tamil.

Omissis– Il Gup, sulla base di una articolata motivazione, ha illustrato la tesi, da esso seguita – che di seguito si analizza più dettagliatamente – secondo cui, in ragione della qualità soggettiva dei componenti della associazione – da ricondurre alla nozione di combattenti in un movimento di liberazione nazionale e comunque di parti impegnate in una contrapposizione armata al Governo insediato, ai fini del riconoscimento di uno Stato autonomo –, le condotte da quelli poste in essere, comprese quelle finalizzate alla commissione di atti di terrorismo internazionale, sarebbero sottratte alla applicazione del diritto penale nazionale, essendo eventualmente materia del diritto internazionale bellico, nella forma, del diritto umanitario.

Il Gup ha anche affermato, come tesi subordinata, che comunque, difetta, nel caso di specie, la prova sia del requisito normativo della transnazionalità del reato, sia del dolo specifico richiesto dal precetto dell'art. 270 bis c.p., da intendersi come volontà partecipativa diretta alla realizzazione di specifici atti terroristici.

Omissis. – 2. Il ricorso del Procuratore della Repubblica è, invece, da rigettare, sebbene la decisione di proscioglimento del Gup, emessa sulla base di una serie assai articolata di considerazioni, sia condivisibile solo in parte qua, che, però, in questa sede, risulta decisiva.

2.a. Certamente è corretta la ricostruzione, che il Gup fa, del panorama normativo nazionale disciplinante la materia. È corretto ritenere che la norma in contestazione, ossia l'art. 270 bis c.p., ampliata all'indomani dell'attentato alle Torri Gemelle, con DL n. 374 del 2001, con la previsione della associazione avente finalità di terrorismo anche "internazionale", ossia dotata di un programma di atti di violenza rivolti "contro uno Stato estero o un'organizzazione internazionale", vada letta in coordinamento con l'art. 270 sexies, introdotto con D.L. n. 144 del 2005 (cd. pacchetto Pisanu), convertito nello stesso anno: una norma descrittiva delle "condotte con finalità di terrorismo" che, nel far ciò, ha recepito, dandovi attuazione, la Decisione Quadro sulla lotta contro il terrorismo adottata dal Consiglio dell'Unione europea il 13 giugno 2002 (2002/475/Gai).

In tal senso e sotto tale prospettiva, essendosi al cospetto di una norma nazionale a tutti gli effetti, appare ultronea la denuncia di inoperatività immediata della Decisione Quadro, formulata dal difensore di Thangavelu.

È pure indubbio che la norma preveda, per la individuazione delle condotte terroristiche o con finalità di terrorismo, la conformazione dell'interprete alle Convenzioni o alle altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia.

Attesa la indeterminazione della nozione di terrorismo internazionale, nonostante la definizione comunque generica tentata nell'art. 270 sexies, il Gup ha poi esattamente ritenu-

to, conformemente, sul punto, all'insegnamento della Cassazione (sentenza n. 1072 del 2006) di potere e dovere ricercare, nelle fonti internazionali, elementi utili a far luce sul tema.

Ha pertanto indicato tali fonti, oltre che nella già menzionata Decisione Quadro del 2002 e nella Convenzione di New York del 1999, deliberata dall'Onu per contrastare il finanziamento del terrorismo: quest'ultima ratificata dall'Italia con L. n. 7 del 2003. Nella sentenza, egli ha doverosamente riconosciuto che la nozione di atto terroristico prevista nella Convenzione di New York ha portata generale ed è applicabile ai fatti commessi sia in tempo di guerra che in tempo di pace, quando si tratti di condotte dirette contro la vita o la incolumità di civili oppure, se si tratta di azioni realizzate in contesti bellici, quando queste riguardano persone – anche militari – che non prendono parte attiva alle ostilità in una situazione di conflitto armato. Occorre che si tratti di condotte finalizzate a diffondere il terrore fra la popolazione e a costringere uno Stato un'Organizzazione Internazionale a commettere od omettere un atto. Ha giustamente riconosciuto, lo stesso Gup, – in ciò allineandosi alla giurisprudenza e alla dottrina – che i detti comportamenti, oltre ad essere connotati dalla qualità della vittima come sopra precisata, debbano essere mossi da una motivazione politica, religiosa o ideologica conformemente a una norma consuetudinaria internazionale accolta in varie risoluzioni dell'Onu. Il Gup ha fatto quindi notare, esattamente, che la nozione di atto terroristico contenuta nella Decisione Quadro, invece, è per un verso più limitata, perché risulta espressamente circoscritta ai fatti commessi in tempo di pace; per altro verso è più ampia perché include le attività con finalità soltanto eversive. Il Giudice ricorda anche come la sentenza della Cassazione riconosca che la qualità dei soggetti attivi, in ipotesi combattenti, comporterebbe la inquadribilità delle condotte da questi poste in essere, tra i "crimini di guerra" ovvero tra i "crimini contro l'umanità", sottoposti alla normativa del diritto internazionale umanitario.

In più, osserva il Gup, posto che, secondo il Supremo Collegio, la convenzione di New York impone di ritenere atti terroristici anche le condotte compiute nel contesto di conflitti armati (ad esempio guerre civili interne) quando siano rivolte contro i civili o contro persone non attivamente impegnate nelle ostilità, resterebbero escluse da quella nozione le azioni dirette contro i combattenti (soggetti passivi), destinate ad essere disciplinate dal diritto internazionale umanitario dei conflitti armati.

2.b. Ciò posto, il Gup, pur dando atto che la sentenza menzionata della Cassazione ha trovato più di una successiva conferma nella stessa sede di legittimità, ha ritenuto di distaccarsi da talune conclusioni essa raggiunte, in ragione di norme del diritto internazionale consuetudinario e di diritto umanitario, – integrato essenzialmente dalle 4 Convenzioni di Ginevra e dai Protocolli correlati – da ritenere cogenti in base all'art. 10 Cost., comma 1. In particolare, poi, il Gup, conformandosi alla osservazione di numerosi osservatori internazionali, secondo cui non è neppure emersa una nozione di atto di terrorismo in tempo di guerra, valorizzabile all'interno del diritto internazionale consuetudinario, aggiunge che, dall'art. 21 della Convenzione di New York – vincolante in tutte le sue parti – si evince che "nessuna disposizione della stessa incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e degli individui ai sensi del diritto internazionale, in particolare il diritto internazionale umanitario". Egli trae da tale norma, cioè, una

“clausola di esclusione” della applicazione della Convenzione di New York, quando la condotta di terrorismo sia posta in essere da un movimento di liberazione nazionale, e dunque nell’ambito di un conflitto armato, sempre che sia comunque rispettosa del diritto umanitario.

Proprio tale punto, ad avviso del giudice, consentirebbe, nel caso di specie, lo scostamento dai principi enunciati dalla Cassazione. La nozione di “diritto internazionale umanitario” – egli prosegue – ha trovato riconoscimento, inizialmente, in un parere della Corte internazionale di giustizia del 1996 (sulla liceità della minaccia ed uso delle armi nucleari) come sistema di regole sulla condotta delle ostilità tra i belligeranti inter sè e tra i belligeranti ed i terzi, nonché sul trattamento delle vittime di guerra. Si tratta di un sistema di precetti enucleabili da convenzioni internazionali e che pacificamente, ossia per loro espressa dizione, riguardano i conflitti armati non solo internazionali ma anche “interni” ossia quei conflitti insorti tra il governo e gruppi ribelli dotati di un livello di organizzazione tale da potere condurre operazioni militari prolungate nel tempo. Esso è applicabile anche nei confronti di un movimento insurrezionale che, appunto, si configura come soggetto di diritto internazionale nella misura in cui controlla effettivamente e in modo sufficientemente stabile una parte del territorio dello Stato e si propone di trasformarsi nel nuovo legittimo governo dello Stato ovvero di formare un diverso Stato che si distacchi del preesistente. Si tratta, più in particolare, di un sistema di diritto internazionale che si occupa anche degli effetti delle azioni poste in essere, con l’uso delle armi, dai belligeranti, sulla popolazione civile.

In conclusione, ad avviso del Gup, la Convenzione di New York non esaurisce la trattazione della materia quando si tratti di comportamenti anche aventi natura terroristica ed in tempo di guerra, ma costituenti anche materia ricadente nel diritto internazionale umanitario: è infatti riconosciuto, – sostiene il Gup –, che il diritto umanitario non comprende esplicitamente il terrorismo ma può affermarsi che le infrazioni gravi al diritto internazionale umanitario, queste, sì, comprese le norme che vietano condotte definibili come terroristiche, possono costituire crimini internazionali perché rientranti nelle categorie dei crimini di guerra o dei crimini contro l’umanità.

E, una volta dimostrata la coincidenza della nozione di atto terroristico presa in considerazione tanto dalla Convenzione di New York che, nei sensi detti, compatibile col diritto internazionale umanitario, il Gup conclude nel senso che tali atti, posti in essere da soggetti belligeranti, nel corso di un conflitto armato, sia pure rivolti a ferire o ad uccidere civili ed allo scopo di intimidire la popolazione, vadano puniti come crimine di guerra o crimine contro l’umanità, dalle Corti internazionali.

Ciò in quanto, la intangibilità del diritto internazionale umanitario sancita dall’art. 21 della Convenzione di New York implicherebbe che le condotte appena descritte, quando poste in essere da soggetti appartenenti alle forze armate dello Stato o da un movimento insurrezionale o da un movimento di liberazione nazionale, non possono considerarsi semplicemente terroristiche anche se idonee a diffondere il terrore tra la popolazione civile.

2.c. Ebbene tale conclusione, come bene sottolineato anche dal Procuratore Generale di udienza, non può dirsi conforme allo stato della normativa vigente, per le ragioni illustrate dal PM impugnante, essenzialmente riprese dalla sentenza di questa Corte n. 1072 del 2006.

Non sembra sostanzialmente posto in discussione, invero, nella sentenza impugnata, a parte taluni profili di cui si dirà, che la adesione, da parte degli imputati, anche mediante il semplice finanziamento, alle finalità di una organizzazione che si proponeva il compimento di atti di violenza, finalizzata al terrorismo contro lo Stato dello Sri Lanka, potesse integrare anche la obiettiva materialità della condotta, rilevante per il diritto domestico, descritta nell’art. 270 bis c.p..

E ciò in quanto può ritenersi ormai condivisa la nozione sufficientemente specifica di “terrorismo internazionale”, desumibile dall’art. 2 comma 1 lett. b) della Convenzione di New York nel 1999, deliberata dall’assemblea Generale delle Nazioni Unite per contrastare il finanziamento del terrorismo (resa esecutiva in Italia con L. n. 7 del 27 gennaio 2003) come già affermato, condivisibilmente, nella citata sentenza di questa Corte del 2006: una norma che ha fornito una nozione di portata ampia, capace di dare una definizione generale, applicabile sia in tempo di pace che in tempo di guerra, e volta a punire le descritte forme di agevolazione di condotta organizzata, diretta contro la vita o l’incolumità di civili o, in contesti bellici, “contro ogni altra persona che non prenda parte attiva alle ostilità in una situazione di conflitto armato”, al fine di intimidire una popolazione o di costringere uno Stato o un’organizzazione internazionale a compiere od omettere un atto.

Deve intendersi per atto di terrorismo internazionale, in altri termini, quello che si connota, anche se posto in essere in tempo di guerra, per la identità delle vittime (che debbono essere civili o soggetti comunque non impegnati nelle operazioni belliche), per la motivazione politica, religiosa o ideologica (secondo una norma consuetudinaria internazionale accolta in varie risoluzioni dall’assemblea generale dell’Onu) e, infine, da quel dato intrinseco alla nozione di terrorismo che è costituito dall’anonimato delle persone colpite dalle azioni violente, come di arguisce dal rilievo che deve trattarsi della finalità di seminare indiscriminata paura nella collettività.

Nonostante tale previsione, il Gup ha avvertito un punto di insuperabile frizione, ai fini della operatività della norma dell’art. 270 bis c.p., interpretata alla luce dei precetti appena evocati, nella osservazione che la condotta oggetto del precetto penale domestico potrebbe costituire, contestualmente, nel caso di specie, una condotta di rilievo anche per il diritto internazionale umanitario, al quale il primo dovrebbe cedere il passo sia sul piano giurisdizione che della normativa da applicare in via esclusiva. In altri termini, secondo il Gup, posto che l’associazione – con finalità pur rientranti nella nozione di terrorismo internazionale di cui sopra – si esprimeva, nel Paese straniero, attraverso l’attività di un movimento insurrezionale o di liberazione che aveva acquisito il controllo stabile di una porzione importante di territorio, avrebbe dovuto ritenersi che le manifestazioni di essa, anche se ricadute sulla popolazione civile, con le caratteristiche di cui sopra, fossero regolate dal diritto internazionale ed eventualmente da quello in materia di crimini di guerra o contro l’umanità, dinanzi all’organo giurisdizionale proprio. Con la ulteriore osservazione – a conferma di tale rilievo – che, nel concorso fra il diritto internazionale umanitario e il diritto domestico, l’art. 21 della Convenzione di New York prevedrebbe, appunto, una clausola derogatoria, a favore del primo, ove stabilisce che “nessuna disposizione della presente convenzione incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e dei singoli che hanno rilevanza

del diritto internazionale... in particolare sul diritto internazionale umanitario..”.

È però da osservare che una simile interpretazione finisce per sostanziare una disapplicazione del precetto penale nazionale, non imposta da alcuna specifica disposizione avente carattere cogente: e ciò, nonostante che la nozione di atto con finalità di terrorismo, desunto dalla Convenzione di New York, direttamente operativa nel diritto penale nazionale, sia stata forgiata proprio con lo specifico riferimento della sua operatività in caso di conflitto armato – invece non prevista nella Decisione Quadro recepita nella formulazione dell’art. 270 *sexies c.p.* – e del connotato, essenziale, dato dalla identità delle vittime – civili o comunque soggetti non operanti come belligeranti nel conflitto –.

Ciò che ha consentito anche alla pregressa giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 1072 del 2006) di ritenere che la nozione di atto con finalità di terrorismo internazionale, da essa accolta, operi anche in un contesto bellico e non comprenda ed anzi escluda (si argomenta a contrario) i soli comportamenti volti a colpire un obiettivo militare, quando comunque sia assente la finalità di intimidire la popolazione o di costringere il governo a un atto diverso da quello che avrebbe compiuto.

Sulla base di tale considerazione di fondo, è da intendere la disposizione dell’art. 21 Conv., citata dal Gup, – del tutto diversa, peraltro, dall’11^a “considerando” introduttivo della decisione quadro della UE, che esplicitamente esclude la operatività della nozione di atti terroristici in essa contenuta, in relazione alle attività delle forze armate in tempo di conflitto armato.

Una disposizione, la prima, che, viceversa, si limita a richiamare alla osservanza degli obblighi derivanti del diritto internazionale umanitario: quelli destinati, cioè, ad operare sugli aspetti di diretta competenza, seppure connessi a condotte con finalità terroristiche anche penalmente rilevanti per il diritto domestico. La formula utilizzata nell’art. 21, simile per struttura a quella contenuta nel punto 6 dell’art. 7 precedente, esprime cioè la finalità di evitare interferenze preclusive tra i principi sanciti nella Convenzione che, informano di sé le norme oggetto delle giurisdizioni domestiche, nonché, dall’altro, quelli di diritto internazionale, dai quali derivino “altri” diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e dei singoli.

Anche nel preambolo della Convenzione tale finalità è esplicitata, ove si indica lo scopo della Convenzione e della disciplina in essa stabilita, nella necessità avvertita dagli Stati, di rivedere l’ambito delle norme internazionali vigenti in materia di prevenzione, repressione ed eliminazione del terrorismo in tutte le sue forme e manifestazioni, al fine di garantire l’esistenza di un quadro normativo generale che copra tutti gli aspetti della questione.

D’altra parte, anche la dottrina pone in evidenza che non tutti i trattati internazionali contengono una clausola espressa di esclusione degli atti commessi dalle forze armate di uno Stato, così come riconosce la estrema difficoltà, in assenza di una norma che preveda in modo univoco e concordato, il terrorismo in sé, come violazione del diritto internazionale e come reato a livello internazionale, di far rifluire, in termini oltretutto condivisi sul piano internazionale, il terrorismo tra i crimini di guerra o fra i crimini contro l’umanità.

In altri termini non sembra da convalidare, la tesi del Gup che assegna, all’art. 21 della Convenzione, una unica possibile valenza e cioè quella che imporrebbe all’interprete di

disapplicare la nozione di “terrorismo in tempo di guerra” derivante dalla Convenzione tutte le volte nelle quali la condotta implicata potrebbe in ipotesi ricadere anche in una previsione del diritto internazionale umanitario.

E ciò in quanto, a prescindere da considerazioni (che non a caso non si rinvengono nella sentenza impugnata) sulla possibile sovrapposizione della giurisdizione domestica e di quella penale internazionale, affrontagli alla luce del principio della “complementarità” che normalmente le connota e comunque del principio del *ne bis in idem* che ricorre nello Statuto delle Corti internazionali, la possibile sovrapposizione fra la materia oggetto del diritto nazionale interpretato alla luce dei principi convenzionali e quella oggetto di disciplina del diritto internazionale umanitario non comporterebbe, applicati i primi, che gli obblighi derivanti dal secondo siano in qualche modo “pregiudicati”.

Ed invero, il pericolo di pregiudizio va esaminato ed escluso, nel caso di specie, proprio e solo con riferimento agli “obblighi” e alle “responsabilità” derivanti dal diritto umanitario, posto che, con riferimento alla materia del terrorismo internazionale, non sono neppure indicati nella sentenza impugnata, con la dovuta chiarezza, possibili “diritti” derivanti da quello ed in generale dallo *jus belli*, ossia, per intendersi, i diritti essenzialmente rappresentati dalla immunità dalla persecuzione penale per gli atti commessi nel rispetto del diritto internazionale umanitario.

Basta qui ricordare, come fa la dottrina ancor più approfonditamente, che norme di diritto internazionale umanitario, come la quarta Convenzione di Ginevra del 1949 (art. 33) e il II Protocollo addizionale (art. 4, n. 2) vietano gli atti di terrorismo in tempo di guerra, da parte degli eserciti, contro persone nelle mani degli avversari, e sebbene si sia osservato che le violazioni delle norme che vietano atti di terrorismo alla luce delle Convenzioni di Ginevra e dei relativi Protocolli non possono essere giudicati dalla Corte penale internazionale perché il relativo Statuto non li annovera, per ora, fra i crimini di guerra, non per questo può affermarsi che altri Tribunali del medesimo “livello” non possano provvedervi, in una previsione sanzionatoria multilivello destinata solo a trovare adeguata forma di integrazione e coordinamento.

Nel senso qui accolto, si è espressa, come detto, anche la sentenza di questa Corte del 2006 – emessa in relazione al fenomeno del reclutamento e all’invio di volontari del fondamentalismo islamico in campi di addestramento prima di essere trasferiti in Iraq per combattere contro gli americani e i loro alleati – la quale ha condivisibilmente escluso dalla finalità di terrorismo internazionale, le sole azioni – poste in essere anche da formazioni clandestine ma – dirette esclusivamente contro combattenti, che restano soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario, mentre, nel caso di atti terroristici destinati contro civili o contro persone non impegnate attivamente nelle ostilità, con il movente e le finalità sopra dette, a prescindere dalla qualità soggettiva dell’agente, la stessa sentenza, al pari di reiterata giurisprudenza di merito, ha ritenuto non disapplicabile la normativa di diritto comune, per la inesistenza di incompatibilità fra terrorismo e situazioni di conflitto armato.

In tal senso non è neppure da condividere l’affermazione del Gup secondo cui la Cassazione, nella sentenza del 2006 più volte citata, avrebbe trascurato proprio il profilo della prevalenza del diritto internazionale umanitario derivante dalla qualità soggettiva della organizzazione favorita, equiparabile a un combattente. La conclusione in diritto con-

tenuta nella sentenza impugnata, in tema di giurisdizione, non può dunque essere condivisa.

3. Tuttavia vi è un secondo, portante, argomento utilizzato da Gup per prosciogliere, che non è censurabile in sede di legittimità, alla stregua dei motivi di ricorso proposti.

3.a Il Gup, facendosi forte proprio delle motivazioni della sentenza della Cassazione del 2006, ha evidenziato come il reato in contestazione preveda un dolo specifico che consiste nella consapevolezza e volontà indirizzate al perseguimento della peculiare finalità di terrorismo che connota l'associazione. In particolare lo stesso giudice ricorda come la Cassazione, nella citata sentenza, abbia preteso una specifica motivazione, in tal senso, disponendo l'annullamento con rinvio, a proposito del collegamento fra le cellule operanti in Italia e quelle con le organizzazioni attive all'estero e impegnate in attività con finalità di terrorismo.

In più, la Cassazione ha ritenuto tale specifica dimostrazione tanto più cogente in un caso di svolgimento, in Italia, delle attività di supporto logistico, attraverso la raccolta di fondi, a favore dell'associazione operante all'estero, essendo imprescindibile la prova che il collaborante abbia agito nella convinzione di essere inserito in un'organizzazione transnazionale con finalità di terrorismo.

3.b Ebbene il Giudice a quo ha sostenuto, in primo luogo, che, sulla base della perizia storica disposta, potesse affermarsi che la LTTE aveva dato luogo ad un organismo politico che, per lungo tempo aveva presentato gli elementi costitutivi di un vero e proprio Stato, sia pure privo del riconoscimento ufficiale della comunità internazionale: uno Stato dotato di popolo, territorio, forze armate, strutture tipiche dello Stato apparato, produzione normativa, attività diplomatica, sicché può affermarsi che le operazioni militari dello stesso non sono destinate esclusivamente al perseguimento di finalità terroristiche.

Ha dunque motivato la impossibilità di superare l'incertezza che riguarda l'elemento soggettivo del reato, nel senso che è mancata la prova che la raccolta dei fondi o la fornitura di documenti falsi fossero dimostrative della consapevole volontà orientata alle attività terroristiche, non essendo sufficiente, alla stregua degli stessi principi enunciati dalla Cassazione della sentenza del 2006, la generica consapevolezza di finanziare un'associazione che persegua finalità di terrorismo internazionale. Il partecipe all'associazione deve, cioè, essere anche consapevole e condividere le attività terroristiche che l'associazione persegue e che si vogliono agevolare attraverso il finanziamento.

Sul punto le intercettazioni telefoniche hanno dimostrato

che la raccolta dei fondi in parte era anche indirizzata alla sopravvivenza del popolo Tamil in madrepatria e, per altro verso ad assicurare i mezzi finanziari indispensabili a sostenere le iniziative militari: iniziative però che non necessariamente si esaurivano nelle azioni terroristiche.

La sentenza impugnata fornisce anche una dettagliata ed esaustiva motivazione a proposito della impossibilità di pervenire, in dibattimento, all'ulteriore accertamento della indimostrata sussistenza del dolo specifico che deve connotare il comportamento dei soggetti imputati del reato in contestazione. 3.d Ciò posto, al riguardo deve convenirsi, con la sentenza di questa Corte del 2006 più volte citata, nel senso di ritenere che il reato in contestazione è caratterizzato da dolo specifico e cioè la partecipazione o anche il semplice finanziamento alla associazione che agisce con finalità di terrorismo, devono essere, a loro volta, assistiti dalla prova della consapevolezza e volontà, del finanziatore, che il proprio apporto è finalizzato al perseguimento proprio dalla finalità di terrorismo che connota l'attività dell'intera associazione. E cioè dell'obiettivo di spargere terrore tra la popolazione oppure di costringere gli Stati o le organizzazioni internazionali a fare od omettere un determinato atto. Si tratta della prova di un atteggiamento psicologico che non deve essere certo confuso con la volontà, del finanziatore, di finalizzare, il supporto logistico assicurato, alla singola attività terroristica che l'associazione persegua, come si desume dal semplice rilievo che il reato in esame è di pericolo presunto e, per la sua integrazione, non è neppure richiesta la dimostrazione del compimento degli atti criminosi rientranti nel programma: tanto meno può essere richiesta la prova la volontà di tale compimento ad opera del partecipe all'associazione terroristica. Tuttavia, e solo entro tali precisi limiti, appare non censurabile l'affermazione del Gup secondo cui tutti gli elementi probatori raccolti dall'accusa non riescono – e nemmeno sono atti, nella previsione dello sviluppo dibattimentale – a dimostrare con la dovuta chiarezza che il singolo imputato avesse la consapevolezza e volontà di finanziare e contribuire agli scopi terroristici dell'associazione e non, piuttosto, che egli agisse nella convinzione di contribuire all'ala non militare dell'organizzazione e, altresì, alle attività dell'ala militare, ma legittimate dallo jus belli.

L'organizzazione delle Tigri Tamil anche infatti era costituita da organi per così dire civili, quali un partito politico, gruppi studenteschi, organizzazioni umanitarie e di sviluppo economico. – *Omissis*

Ancora equivoci in tema di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato

Roberto Bartoli*

La sentenza che si commenta offre l'occasione per esprimere ferma contrarietà riguardo all'indirizzo che si è venuto ormai a consolidare nella giurisprudenza di legittimità secondo cui la nozione di terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato è contenuta nella Convenzione O.N.U. del 1999 per la repressione del finanziamento del terrorismo internazionale anziché nel diritto internazionale umanitario. Tale indirizzo infatti comporta molteplici conseguenze di disciplina che finiscono per compromettere ineludibili esigenze di garanzia e soprattutto la finalità e l'efficacia del diritto internazionale umanitario di "disciplinare" e limitare le modalità di conduzione del conflitto armato. In particolare, da un lato, si finisce per accogliere una nozione di terrorismo assai lata e disfunzionale rispetto ai contesti di conflitto armato; dall'altro lato, si determina una disparità di trattamento tra legittimi combattenti, per cui uno stesso identico fatto conforme allo *jus in bello* si considera atto terroristico punibile se commesso da combattenti della parte "irregolare", mentre si considera lecito se realizzato da combattenti della parte "regolare".

Considerazioni introduttive

A seguito degli attacchi terroristici del 2001 la nozione di terrorismo internazionale, e in particolare quella relativa ai contesti in cui si sta svolgendo un conflitto armato, è divenuta altamente problematica. Se in estrema sintesi si dovesse descrivere che cosa è accaduto, si potrebbe dire che le “acque” concettuali e disciplinanti del diritto hanno iniziato a confondersi e che capisaldi tradizionalmente esistenti e capaci di soddisfare ineludibili esigenze di garanzia sono stati progressivamente erosi fin quasi al punto di essere dissolti. Alcuni esempi. Nessuno, prima del 2001, si sarebbe mai sognato di ritenere il diritto internazionale umanitario (vale a dire il diritto che disciplina i conflitti armati sia nella prospettiva dello *jus ad bellum* che in quella dello *jus in bello*) applicabile a un “conflitto” tra uno Stato e una mera organizzazione criminale priva di “sovranità” su un determinato territorio, essendo assolutamente pacifico che l’organizzazione poteva essere contrastata solo con l’applicazione del diritto penale; tuttavia, dopo gli attacchi di Al Qaeda agli Stati Uniti d’America, si è iniziato a teorizzare, e alla fine anche a praticare, questa nuova concezione, con la conseguenza che, da un lato, si è parlato di vera e propria guerra al terrorismo (*jus ad bellum*), e, dall’altro, come dimostrano le c.d. uccisioni mirate nel territorio di un altro Stato, si è ritenuto legittimo l’impiego della forza armata contro chi nella sostanza riveste la qualifica di civile, criminale certo, ma pur sempre civile (*jus in bello*)¹. Ed ancora, nessuno, prima del 2001, avrebbe mai compiuto discriminazioni tra combattenti legittimi di un conflitto armato, qualificando i medesimi atti compiuti nel rispetto dello *jus in bello* o come leciti per il diritto penale umanitario o come “crimini” per il diritto penale, a seconda di chi li avesse posti in essere. Ed invece, anche nel nostro ordinamento, con l’orientamento giurisprudenziale inaugurato con la sentenza n. 1072/2007 e ulteriormente sviluppato dalle sentenze n. 39545/2008 e n. 75/2009, non solo si è utilizzato per il tempo di guerra la nozione di terrorismo internazionale contenuta nella Convenzione O.N.U. del 1999 finalizzata a reprimere il finanziamento del terrorismo internazionale – definizione, come vedremo, assai lata e “disfunzionale” rispetto al contesto bellico –, ma soprattutto tale nozione è stata utilizzata soltanto per la parte, per così dire, irregolare del conflitto, mentre alla parte “regolare” si è ritenuto implicitamente applicabile il diritto internazionale umanitario. Con la conseguenza che alcuni fatti sono stati ritenuti atti di terrorismo se compiuti dalla forza “irregolare”,

mentre gli stessi fatti sono stati considerati leciti se compiuti dalla forza “regolare”².

I tratti salienti della sentenza

La sentenza che si commenta continua a porsi su questa scia “dirompente”. Se da un lato, infatti, raggiunge – per così dire – pragmaticamente l’esito di assolvere gli imputati, esito che ci sentiamo di condividere perché raggiungibile anche attenendosi alle categorie tradizionali, tuttavia, dall’altro lato, utilizza un impianto concettuale e argomentazioni che non persuadono, proprio perché comportano un logoramento delle categorie tradizionali.

Questa in estrema sintesi la vicenda: alcune persone erano state rinviate a giudizio in ordine al reato di terrorismo internazionale in quanto avevano raccolto finanziamenti per una organizzazione dello Sri Lanka, di etnia Tamil, denominata L.T.T.E., organizzazione che tuttavia, sulla base di una perizia storica, più che un’organizzazione si era rivelata “un organismo politico che, per lungo tempo, aveva presentato gli elementi costitutivi di un vero e proprio Stato, sia pure privo di riconoscimento ufficiale della comunità internazionale: uno Stato dotato di popolo, territorio, forze armate, strutture tipiche dello Stato apparato, produzione normativa, attività diplomatica”. Con la conseguenza che questa “organizzazione” partecipava a tutti gli effetti a un conflitto armato definibile come “internazionale”.

Ebbene, nella prima parte, richiamata in termini di condivisione la precedente pronuncia del 2007, e dopo aver correttamente distinto tra la nozione di terrorismo in tempo di pace e quella in tempo di guerra, la sentenza in esame non solo ribadisce l’applicabilità ai contesti bellici della nozione di terrorismo internazionale contenuta nella Convenzione internazionale del 1999 al posto di quella contenuta nel diritto internazionale umanitario, ma soprattutto compie una vera e propria discriminazione tra belligeranti, perché, mentre ritiene implicitamente che alle forze “regolari” dello Sri Lanka si debba applicare il diritto internazionale umanitario, qualifica invece gli atti realizzati dall’L.T.T.E. non come bellici, ma come terroristici, e quindi punibili (punto 2 della motivazione). Nella seconda parte, la sentenza giunge ad escludere comunque la punibilità dei soggetti, osservando che “le operazioni militari dello stesso (lo Stato) non sono destinate esclusivamente al perseguimento di finalità terroristiche”, ma anche ad altre finalità politiche, sociali, istituzionali. Venendosi così ad escludere l’elemento soggettivo del reato, “nel senso che è mancata la prova che la raccolta dei fondi o la fornitura di documenti falsi fossero dimostrative della consapevole volontà

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ In argomento Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, Torino, 2008, 67 e segg. Nella letteratura internazionale v. per tutti Bianchi-Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, Oxford and Portland, 2011, 55 e segg., 164 e segg.

² Cfr. Cass. pen., Sez. I, 11 ottobre 2006-17 gennaio 2007, n. 1072, Bouyahia Maher, in *Guida Dir.*, 2007, n. 17, 90 e segg.; Cass. pen., Sez. V, 4 luglio 2008-22 ottobre 2008, n. 39545, Ciise Maxamed, in *CED Cass.*, n. 39545/2008; Cass. pen., Sez. V, 18 luglio 2008-7 gennaio 2009, n. 75, Laagoub Abdelkader, *ivi*, n. 75/2009.

orientata alle attività terroristiche, non essendo sufficiente [...] la generica consapevolezza di finanziare un'associazione che persegue finalità di terrorismo internazionale. Il partecipe all'associazione deve, cioè, essere anche consapevole e condividere le attività terroristiche che l'associazione persegue e che si vogliono agevolare attraverso il finanziamento" (punto 3.b della motivazione). In sostanza: "appare non censurabile l'affermazione del G.U.P. [...] secondo cui tutti gli elementi raccolti dall'accusa non riescono [...] a dimostrare con la dovuta chiarezza che il singolo imputato avesse la consapevolezza e la volontà di finanziare e contribuire agli scopi terroristici dell'associazione e non, piuttosto, che egli agisse nella convinzione di contribuire all'ala non militare dell'organizzazione e, altresì, alle attività dell'ala militare, legittimate dallo *jus belli*" (punto 4.b della motivazione).

Tuttavia, sia la prima che la seconda parte della sentenza, non possono non essere oggetto di osservazioni critiche.

La fonte di disciplina del terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato

Per quanto riguarda la prima, sono tre i punti fermi che vengono ribaditi e che tuttavia non ci sentiamo di condividere: la fonte che disciplina il terrorismo internazionale nei contesti di conflitto armato è la Convenzione O.N.U. di New York del 1999; la nozione di terrorismo internazionale che si ricava da tale disciplina risulta così estesa da coincidere quasi completamente con quella del terrorismo internazionale in tempo di pace; rispetto ai belligeranti è possibile applicare discipline diverse, per cui alla parte "regolare" si applica il diritto internazionale umanitario, mentre a quella "irregolare" si applica la Convenzione O.N.U.

Più in dettaglio, per quanto riguarda la fonte, mentre il G.U.P. aveva affermato che rispetto al caso in esame doveva trovare applicazione il diritto internazionale umanitario, la Corte di Cassazione ritiene invece applicabile la Convenzione O.N.U. di New York del 1999. Oggetto del contendere è soprattutto il ruolo svolto dall'art. 21 della Convenzione, che così sancisce: "nessuna disposizione della presente Convenzione incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati che hanno rilevanza nel diritto internazionale, in particolare sui principi della Carta delle Nazioni Unite, sul diritto internazionale umanitario e sulle altre convenzioni pertinenti".

Ebbene, per il G.U.P. "dall'art. 21 della Convenzione di New York [...] si evince che nessuna disposizione della stessa incide sugli altri diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e degli individui ai sensi del diritto internazionale, in particolare del diritto internazionale umanitario" (punto 2.b. della motivazione). Si tratterebbe pertanto di "una 'clausola di esclusione' della applicazione della Convenzione di New York, quando la condotta di terrorismo sia posta in essere da un movimento di liberazione nazionale, e dunque nell'ambito di un conflitto armato, sempre che sia comunque rispettosa del diritto umanitario" (punto 2.b. della motivazione). Con la conseguenza che "nel concorso fra il diritto internazionale umanitario e il diritto domestico, l'articolo 21 della Convenzione di New York prevederebbe, appunto, una clausola derogatoria, a favore del primo" (punto 2.c della motivazione)³.

Di contrario avviso la Corte di Cassazione, secondo cui la disposizione dell'art. 21 della Convenzione "si limita a richiamare all'osservanza degli obblighi derivanti dal diritto internazionale umanitari [...] esprime cioè la finalità di evitare interferenze preclusive tra i principi sanciti nella Convenzione che informano di sé le norme oggetto delle giurisdizioni domestiche, nonché, dall'altro, quelli di diritto internazionale, dai quali derivino 'altri' diritti, obblighi e responsabilità degli Stati e dei singoli" (punto 2.c della motivazione). Anche perché "la possibile sovrapposizione fra la materia oggetto del diritto nazionale interpretato alla luce dei principi convenzionali e quella oggetto di disciplina del diritto internazionale umanitario non comporterebbe, applicati i primi, che gli obblighi derivanti dal secondo siano in qualche modo 'pregiudicati'" (punto 2.c della motivazione). Tanto è vero che "il pericolo di pregiudizio va esaminato ed escluso, nel caso di specie, proprio e solo con riferimento agli 'obblighi' e alle 'responsabilità' derivanti dal diritto umanitario, posto che, con riferimento alla materia del terrorismo internazionale, non sono neppure indicati nella sentenza impugnata, con la dovuta chiarezza, possibili 'diritti' derivanti da quello ed in generale dallo *jus belli*, ossia, per intendersi, i diritti essenzialmente rappresentati dalla immunità dalla persecuzione per gli atti commessi nel rispetto del diritto internazionale umanitario" (punto 2.c della motivazione)⁴.

Ebbene, a nostro avviso, si deve ritenere che la Convenzione del 1999 non possa trovare applicazione per scopi – per così dire – d'incriminazione di fatti realizzati in contesti di conflitto armato⁵. Anzitutto,

³ A favore della soluzione prospettata dal G.U.P. cfr. Bartoli, *Lotta al terrorismo internazionale*, cit., 138 e segg.

⁴ A sostegno della soluzione prospettata dalla Corte cfr. Valsecchi, *La definizione di terrorismo dopo l'introduzione del nuovo art. 270 sexies c.p.*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2006, 1113 e segg.; Id., *Sulla definizione di terrorismo "in tempo di guerra"*, in *Dir. Pen. Contemp.*, 2012, 191 e segg.; Cerqua, *Sulla definizione di terrorismo internazionale*, in *Cass. Pen.*, 2007, 1580; Viganò, *La nozione di "terrorismo" ai sensi del diritto penale*, in Salerno (a cura di),

Sanzioni "individuali" del Consiglio di Sicurezza e garanzie processuali fondamentali, Padova, 2010, 193 e segg.

⁵ Nello stesso senso, nella letteratura internazionale, cfr. Bianchi-Naqvi, *International Humanitarian Law and Terrorism*, cit., 39 e segg. e, in particolare, 41, dove si afferma che "le regole dei trattati mostrano che certi atti possono essere sia atti di guerra che allo stesso tempo atti di terrorismo. Comunque, quando questo è il caso, appare come principio generale che le convenzioni non si applicano; piuttosto, la *lex specialis*, il diritto internazionale umanitario, vengono in gioco. Perciò lo stesso atto può essere quali-

perché tale Convenzione, pur contenendo una definizione generale di terrorismo, non sembra essere tuttavia destinata a disciplinare la dimensione punitiva del terrorismo nei conflitti armati, visto che la definizione si riferisce soltanto alle attività di finanziamento del terrorismo, e cioè a un comportamento specifico che oltretutto non interferisce con quanto già previsto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949.

In secondo luogo, non solo la clausola dell'art. 21 della Convenzione, proprio al fine di fugare qualsiasi dubbio, svolge una funzione fondamentale di esclusione dell'applicazione della Convenzione nei contesti di conflitto armato, ma tale funzione deriva proprio dal fatto che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte di Cassazione, se si ritenesse la Convenzione operante in termini punitivi, si verrebbero a determinare conseguenze devastanti per il diritto e le garanzie poste dalla disciplina internazionale umanitaria. In particolare, sotto il primo profilo relativo alla funzione della clausola, il problema del rapporto tra diritto internazionale umanitario e Convenzioni internazionali contro il terrorismo è un problema che è sempre esistito e può essere così sintetizzato: poiché le convenzioni sul terrorismo disciplinano una materia già disciplinata dal diritto internazionale umanitario, al fine di mantenere quest'ultimo ordinamento integro nei suoi principi e nella sua struttura, si tende a precisare che queste Convenzioni non possono incidere sul diritto internazionale umanitario. In altre parole, queste clausole vengono in gioco proprio al fine di evitare di sottrarre al diritto internazionale umanitario le ipotesi di terrorismo per ricondurle ad una disciplina diversa. E la ragione di ciò, ed eccoci al secondo profilo relativo alla *ratio* di garanzia della clausola, sta nel fatto che se si realizzasse tale sottrazione si adotterebbe una nozione di terrorismo del tutto disfunzionale rispetto al contesto bellico e si potrebbero realizzare violazioni del principio di parità di trattamento dei combattenti legittimi.

La nozione di terrorismo internazionale

Ed infatti, in ordine alla nozione di terrorismo, la Corte di Cassazione finisce per adottarne una davvero lata, addirittura ancora più lata di quella forgiata con la sentenza del 2007, che già suscitava alcune perplessità. Ma soprattutto, si tratta di una nozione "disfunzionale" rispetto al contesto peculiare del conflitto armato.

In particolare, nel 2007 la Corte, dato per scontato che costituiva terrorismo l'atto bellico realizzato a danno esclusivo della popolazione civile, e che, per converso, si consideravano leciti gli atti conformi allo *jus in bello* posti in essere da combattenti legittimi nei confronti di altri combattenti legittimi, fossero essi impegnati o meno direttamente in operazioni militari, aveva precisato quanto segue: "nei contesti di conflit-

to armato possono ben presentarsi situazioni nelle quali gli atti di violenza sono rivolti contro militari quanto contro la popolazione civile, allorquando – per la natura di tali atti, per i mezzi impiegati e per le specifiche condizioni nelle quali sono compiuti – risultano sicuramente produttivi di gravi danni non solo militari ma anche civili"⁶, con la conseguenza che "costituisce atto terroristico anche quello contro obiettivo militare quando le peculiari e concrete situazioni fattuali facciano apparire certe ed inevitabili le gravi conseguenze in danno della vita e dell'incolumità fisica della popolazione civile, contribuendo a diffondere nella collettività paura e panico"⁷. In buona sostanza, all'interno del contesto bellico, la Corte aveva distinto due diversi atti di terrorismo, quello compiuto a danno esclusivo dei civili e quello, invece, "misto", diretto contro militari, con conseguenze anche per i civili, rispetto al quale occorre requisiti aggiuntivi, e cioè sul piano oggettivo, danni gravi; sul piano soggettivo, una sorta di dolo diretto; infine la finalità di spargere terrore.

È bene precisare che già questa nozione suscitava alcune perplessità nella parte relativa agli attacchi "misti". Ed infatti, non c'è dubbio che sul piano oggettivo un attacco terroristico può sussistere anche quando è diretto verso militari. Ma poiché si tratta di un attacco che ha come oggetto per l'appunto anche militari, se sul piano soggettivo è corretto richiedere la certezza (il dolo diretto) che tale attacco causerà offese anche alla popolazione civile, ciò che determina disvalore oggettivo non è, come ha ritenuto la Corte, la gravità delle offese in sé e per sé considerate, bensì, la realizzazione di offese eccessive e sproporzionate rispetto al vantaggio militare concreto previsto. Ed infatti, da un punto di vista meramente formale, le stesse Convenzioni internazionali considerano illegittimo l'attacco indiscriminato che colpisce la popolazione civile o i beni di carattere civile in termini eccessivi rispetto agli obiettivi militari (art. 85, par. 3, lett. b), in combinazione con l'art. 57, par. 2, lett. a), iii), I PACG). Da un punto di vista sostanziale, poi, il carattere sproporzionato e il dolo diretto sono richiesti proprio perché nella situazione del conflitto bellico, in cui uccidere costituisce la regola, soltanto il danno sproporzionato e la certezza sono in grado di esprimere un disvalore tale da renderlo punibile.

Ebbene, con la sentenza in esame, la Corte fa riferimento a una nozione di terrorismo internazionale ancora più lata e disfunzionale. Ed infatti, sulla scia delle sentenze n. 39545/2008 e n. 75/2009, si afferma che il terrorismo internazionale "si connota, anche se posto in essere in tempo di guerra, per la identità delle vittime (che debbono essere civili o soggetti comunque non impegnati nelle operazioni belliche), per la motivazione politica, religiosa o ideologica (secondo una norma

ficato differentemente ed essere soggetto a regimi differenti di disciplina dipendendo dal contesto in cui sono realizzati".

⁶ Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2007, Bouyahia, cit., 98.

⁷ Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2007, Bouyahia, cit., 98.

consuetudinaria internazionale accolta in varie risoluzioni dall'assemblea generale dell'Onu) e, infine, da quel dato intrinseco alla nozione di terrorismo che è costituito dall'anonimato delle persone colpite dalle azioni violente, come si deve arguire dal rilievo che deve trattarsi della finalità di seminare indiscriminata paura nella collettività" (punto 2.c della motivazione). Sarebbero quindi esclusi "solo comportamenti volti a colpire un obiettivo militare, quando comunque sia assente la finalità di intimidire la popolazione o di costringere il governo a un atto diverso da quello che avrebbe compiuto" (punto 2.c della motivazione). Ed ancora: "nel senso qui accolto, si è espressa, come detto, anche la sentenza di questa Corte del 2006 – emessa in relazione al fenomeno del reclutamento e all'invio di volontari del fondamentalismo islamico in campi di addestramento [...] – la quale ha condivisibilmente escluso dalla finalità di terrorismo internazionale, le sole azioni poste in essere anche da formazioni clandestine dirette esclusivamente contro combattenti, che restano soggette alla disciplina del diritto internazionale umanitario, mentre nel caso di atti terroristici destinati contro civili o contro persone non impegnate attivamente nelle ostilità, con il movente e le finalità sopra dette, a prescindere dalla qualità soggettiva dell'agente, la stessa sentenza ha ritenuto non disapplicabile la normativa di diritto comune, per la inesistenza di incompatibilità fra terrorismo e situazioni di conflitto armato" (punto 2.c della motivazione).

Ebbene, la Corte sembra escludere dalla nozione di terrorismo soltanto l'atto realizzato contro militari che partecipano direttamente alle operazioni di guerra, mentre tutti gli altri atti sembrano integrare gli estremi del terrorismo internazionale⁸: non solo gli atti esclusivamente contro i civili, e quelli "misti" contro militari e civili, ma anche addirittura gli atti contro militari non impegnati direttamente nel conflitto bellico. E tale esclusione, a ben vedere, non è altro che una conseguenza del fatto che si considera applicabile la Convenzione O.N.U. del 1999, la quale ai sensi dell'art. 2, 1° comma, lett. b), Convenzione O.N.U., stabilisce che "commette un reato ai sensi della presente Convenzione chiunque con qualsiasi mezzo [...] fornisce o raccoglie fondi [...] al fine di compiere [...] qualsiasi altro atto diretto a causare la morte o gravi lesioni fisiche ad un civile, o a qualsiasi altra persona che non è parte attiva in situazioni di conflitto armato, quando la finalità di tale atto, per la sua natura o contesto, è di intimidire una popolazione, o obbligare un governo o un'organizzazione internazionale a compiere o a astenersi dal compiere qualcosa".

Tuttavia, utilizzare tale nozione di terrorismo nei contesti bellici suscita notevoli perplessità, perché, secondo il diritto internazionale umanitario, un atto contro militari, anche se non partecipano direttamen-

te al conflitto, è addirittura un atto lecito, se realizzato da combattenti legittimi nel rispetto dello *jus in bello*.

Ecco allora che ci sentiamo di condividere la posizione espressa dal G.U.P., il quale, facendo propria la nozione del diritto internazionale, ha affermato: "la intangibilità del diritto internazionale umanitario sancita dall'articolo 21 della Convenzione di New York implicherebbe che le condotte appena descritte [atti posti in essere da soggetti belligeranti, nel corso di un conflitto armato, sia pure rivolti a ferire o ad uccidere civili allo scopo di intimidire la popolazione] quando poste in essere da soggetti appartenenti alle forze armate dello Stato o da un movimento insurrezionale o da un movimento di liberazione nazionale non possano considerarsi semplicemente terroristiche anche se idonee a diffondere il terrore tra la popolazione civile" (punto 2.b della motivazione).

Il principio di parità di trattamento dei combattenti legittimi

Ma la posizione assunta dalla Corte di Cassazione, oltre all'adozione di una nozione di terrorismo che sarebbe disfunzionale al contesto bellico, comporta una conseguenza ulteriore, assai più dirompente, e cioè la discriminazione tra legittimi combattenti. Ed infatti, nel momento in cui la Corte afferma che all'L.T.T.E. si applica la Convenzione O.N.U. del 1999 con la relativa nozione latissima di terrorismo internazionale, afferma anche implicitamente che ai combattenti dello Sri Lanka si applica invece il diritto internazionale umanitario. Ma la conseguenza di questa discriminazione è davvero devastante, perché è facile comprendere che fatti identici, e quindi atti bellici conformi allo *jus in bello*, finiscono per essere trattati in modo diverso. Così ad esempio, l'uccisione di un legittimo combattente non direttamente impegnato nelle operazioni di guerra, mentre costituisce un fatto lecito se realizzato dal legittimo combattente appartenente allo Sri Lanka, al contrario costituisce un fatto illecito, addirittura qualificabile come terrorismo, se realizzato da un appartenente all'L.T.T.E.

Il punto centrale che sfugge alla Corte di Cassazione è il seguente: non solo il diritto internazionale umanitario adotta una nozione di terrorismo peculiare, diversa da quella che si adotta in tempo di pace, ma soprattutto, in presenza di legittimi combattenti, impone di applicare a tutte le parti del conflitto la stessa identica disciplina.

La *ratio* di questo fondamentale principio di parità di trattamento tra combattenti è tanto semplice quanto gravida di implicazioni, e cioè quella di limitare la guerra. Ed infatti, se tra le parti in conflitto fosse creato un dislivello, per cui rispetto a un fatto identico una parte è punita e l'altra no, la parte che verrebbe punita, poiché saprebbe che sarebbe punita anche se

⁸ Nello stesso senso cfr. Viganò, *La nozione di "terrorismo"*, cit., 206 s.

rispetta le regole, non avrebbe più motivo di agire in modo conforme allo *jus in bello*.

Volendola dire in termini ancora più chiari e un po' provocatori, rispetto ai conflitti armati, si potrebbe anche giungere alla conclusione che trovi applicazione la Convenzione del 1999 al posto del diritto internazionale umanitario, tuttavia tale nozione si dovrebbe applicare a tutte le parti del conflitto e non a una sola di esse.

Inapplicabilità della disciplina relativa a organizzazioni criminali a Stati che sono parte di un conflitto armato

Come abbiamo accennato all'inizio, nella seconda parte della sentenza la Corte di Cassazione giunge comunque a una assoluzione, affermando che in capo ai soggetti mancherebbe la finalità di terrorismo: "appare non censurabile l'affermazione del G.U.P. [...] secondo cui tutti gli elementi raccolti dall'accusa non riescono [...] a dimostrare con la dovuta chiarezza che il singolo imputato avesse la consapevolezza e la volontà di finanziare e contribuire agli scopi terroristici dell'associazione e non, piuttosto, che egli agisse nella convinzione di contribuire all'ala non militare dell'organizzazione e, altresì, alle attività dell'ala militare, ma legittimate dallo *jus belli*" (punto 4.b della motivazione).

L'esito assolutorio non si può che condividere, ma l'argomentazione suscita perplessità. Ed infatti, non si può non scorgere una contraddizione interna allo stesso ragionamento avanzato dalla Corte: se da un lato si giunge a riconoscere che la L.T.T.E. costituisce un vero e proprio Stato, sia pure privo del riconoscimento ufficiale della comunità internazionale, dall'altro lato, però, si continua a definire la L.T.T.E. come una sorta di organizzazione criminale avente finalità terroristiche. Tuttavia delle due l'una: o si tratta di organizzazione non statale, e allora potrà avere finalità terroristiche anche se poi compie altre tipologie di attività politiche, sociali etc.; oppure si tratta di una organizzazione statale, ma allora non può essere definita come terroristica, con la conseguenza che ciò che manca non è tanto l'elemento soggettivo, ma, prima ancora, lo stesso presupposto oggettivo per applicare il concetto di terrorismo internazionale.

Ebbene, si deve ritenere che un'organizzazione statale non possa essere considerata terroristica, anche se membri delle sue forze armate pongono in essere attività che integrano gli estremi del terrorismo nel contesto dei conflitti armati. E là dove tali attività venissero realizzate, è chiaro che si dovranno ritenere responsabili per crimini di guerra i singoli soggetti che le pongono in essere. Con l'ulteriore conseguenza che per ritenere responsabili altri soggetti si dovrà di volta in

volta andare a verificare l'eventuale contributo concorsuale prestato alla realizzazione dei singoli atti specifici.

In sostanza, all'interno di questa sentenza si deve registrare un ulteriore e inedito passaggio nel senso dello stravolgimento delle categorie tradizionali, per cui alla fin fine si ritiene applicabile a organizzazioni statali una disciplina che riguarda invece le organizzazioni criminali.

Considerazioni conclusive

Prima di concludere, a questo punto può essere utile riepilogare la disciplina del terrorismo internazionale vigente nel nostro ordinamento, dove sono presenti due diverse normazioni e due diverse nozioni di terrorismo internazionale a seconda che gli atti siano commessi in tempo di pace oppure in tempo di guerra⁹. In tempo di pace la definizione è contenuta nell'art. 270 *sexies* c.p. e questi sono i requisiti oggettivi: assenza di conflitto armato, sia esso internazionale o non internazionale; realizzazione di atti di violenza contro beni personali o patrimoniali; mancata tipizzazione della qualifica del soggetto passivo derivante dal fatto che si è in presenza di una situazione di pace. Sul piano soggettivo, è necessario il dolo, quale che sia la sua forma, compreso pertanto il dolo diretto e quello eventuale (là dove si ritenga che dolo eventuale e dolo specifico siano compatibili); il dolo specifico, il quale può consistere in tre forme diverse, e cioè nello scopo di intimidire la popolazione, in quello di costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto, oppure infine nello scopo di destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese. È bene precisare, poi, che secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza a questi elementi si deve aggiungere anche un altro requisito ricavabile dalla fonte consuetudinaria, nonché da numerose risoluzioni delle Nazioni Unite e dalla Convenzione del 1997: "perché un atto possa essere qualificato come terroristico è necessario che l'autore dello stesso sia mosso da motivazioni politiche, religiose o (in generale) ideologiche, non quindi da interessi privati"¹⁰. Tuttavia, si deve ritenere che tale requisito non sia necessario non solo perché non previsto espressamente dalla fattispecie, ma anche perché ultroneo. Se infatti si muove dall'idea che la cifra del terrorismo è offerta dal particolare atteggiamento psichico che deve accompagnare l'atto, caratterizzato da valutazioni e finalità – per così dire – politico-valoriali, è evidente che questo profilo è già tipizzato attraverso le particolari finalità. Un discorso a parte deve essere fatto tuttavia per la finalità di intimorire la popolazione, la quale di per sé non è sufficiente per "colorare" la fattispecie del particolare disvalore che caratterizza il

⁹ In argomento cfr. anche Pelissero, *Delitti di terrorismo, in Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*,

a cura di Pelissero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da Palazzo e Paliero, vol. IV, Torino, 2010, 181 e seg.

¹⁰ Valsecchi, *La definizione di terrorismo*, cit., 1109.

terrorismo, con la conseguenza che si può porre la necessità di prevedere un movente politico, religioso o comunque ideologico.

Per quanto riguarda la definizione di terrorismo internazionale in tempo di guerra, esistono due diverse ipotesi, quella in cui oggetto dell'attacco sono soltanto civili e quella in cui invece oggetto dell'attacco sono anche coloro che partecipano attivamente alle ostilità. Nella prima ipotesi, sul piano oggettivo occorre un conflitto armato (internazionale o non), la realizzazione di un atto di violenza, la qualifica di vittima come soggetto che non prende direttamente parte alle ostilità e la gravità della violazione; sul piano soggettivo è necessario il dolo, in tutte le forme, e un dolo specifico, consistente soltanto nello scopo di intimidazione della popolazione, non essendo invece richiesto il movente,

che è elemento disfunzionale rispetto al particolare contesto, visto che il movente politico è – per così dire – intrinseco al conflitto¹¹. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, in cui oggetto dell'attacco sono anche coloro che partecipano attivamente alle ostilità, oltre al fatto che l'attacco deve essere orientato anche verso militari, è necessario che il danno cagionato ai civili sia superiore rispetto al vantaggio militare conseguito e che il soggetto abbia avuto almeno certezza di realizzare un danno così caratterizzato (dolo intenzionale o dolo diretto, non anche dolo eventuale).

Infine si deve ribadire che questa nozione di terrorismo internazionale in tempo di guerra deve essere applicata a tutti coloro che partecipano al conflitto in qualità di combattenti legittimi.

Doping

Tribunale di Roma, VIII Sezione penale in composizione monocratica, 25 novembre 2013, n. 16116 – Giudice Roja – P.M. Nostro (conf.) – Gentili.

Reato in genere - Autodoping – Bene giuridico – Elementi del fatto tipico – Idoneità – Dolo specifico – Condizioni per l'esclusione

Il bene giuridico protetto in materia di assunzione di sostanze dopanti (art. 9, 1° comma, L. n. 376/2000) è dato dalla salute collettiva, "filtrata" dalla salvaguardia del corretto svolgimento delle competizioni sportive. Il legislatore ha posto una doppia condizione per la sanzionabilità della condotta: l'idoneità a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo e il fine di alterare le prestazioni agonistiche degli atleti.

Omissis. – *In fatto e in diritto.* Il presente giudizio prende avvio dagli accertamenti disposti dalla Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive nei confronti dell'imputato Alessandro Gentili, appartenente alla società sportiva "Ciclismo Gentili G.S.", in occasione della gara ciclistica denominata "la Soranissima – Km. 102", svoltasi a Sora (FR) l'11 luglio del 2010.

Dai risultati delle analisi, effettuate dal laboratorio *anti-doping* della federazione medico sportiva italiana, è emersa la presenza, nei campioni di urina prelevati all'imputato, di efedrina in misura superiore a 10 microgrammi per millilitro e di due metaboliti della cocaina.

I fatti, come sopra descritti, sono da considerarsi accertati ai fini del presente giudizio, né appaiono contestati dalla difesa dell'imputato.

Omissis. – Tale evidenze, all'esito dell'istruttoria dibattimentale, non appaiono tuttavia sufficienti a fondare un giudizio di colpevolezza nei confronti dell'imputato al di

l' di ogni ragionevole dubbio, sulla base delle motivazioni che seguono.

Oggetto di crescente attenzione nell'ambito dell'ordinamento sportivo, il fenomeno del *doping* trova un importante strumento di contrasto nella legislazione penale e precisamente nell'art. 9 della L. 14 dicembre 2000 n. 376, il quale ha introdotto una serie di fattispecie di reato che sanzionano il consumo o la somministrazione di sostanze dopanti (co. 1), l'adozione di pratiche mediche vietate dalla medesima Legge o la sottoposizione alle medesime (co. 2), il commercio di farmaci o sostanze dopanti (co. 7).

Nel caso di specie, viene in rilievo la disposizione di cui al comma primo dell'art. 9, L. cit., in cui si individua quale elemento fondamentale – ma non unico – della condotta integrante l'ipotesi delittuosa, l'assunzione di farmaci o sostanze biologicamente o farmacologicamente attive ricomprese nelle classi di cui all'art. 2 co. 1 della stessa Legge.

Omissis. – Quanto all'individuazione del bene giuridico oggetto di protezione da parte della disciplina penale del *doping*, va rilevato che (...) nonostante l'assenza nella disposizione di cui all'art. 9 della L. 376/2000 di un espresso riferimento in tal senso, è da ritenersi che l'attuale disciplina *antidoping* non escluda, dall'area degli interessi protetti, il bene della salute, come appare del resto confermato dalle affermazioni della giurisprudenza di legittimità, non essendo in proposito condivisibile l'affermazione, pure avanzata in dottrina, secondo cui le finalità della disposizione citata sarebbero da individuarsi esclusivamente nella protezione di una serie di interessi patrimoniali legati al corretto svolgimento delle competizioni sportive. La tesi appare, del resto, contraddetta già dall'esame del contesto normativo in cui la disposizione si inserisce, rappresentato, appunto, dalla tutela sanitaria delle attività sportive.

Estranea ad altri interventi legislativi in materie contigue – quale è quello attuato con l'art. 1, L. n. 401 del 1989 in tema di frode sportiva – la tutela della salute assume, peraltro, nella L. 376/2000, una dimensione peculiare: se, infatti, in

¹¹ Per completezza è opportuno precisare che il movente può tornare in gioco sul piano dell'accertamento del nesso con il conflitto quando il soggetto attivo non è combattente, al fine però di

qualificare il fatto non come reato "semplice", ma come crimine di guerra.

sede di contrasto al fenomeno degli stupefacenti, il bene giuridico tutelato è individuato nella generica tutela della "salute collettiva" (artt. 73 e ss. D.P.R. 309/1990), la protezione di detto bene primario – già esplicitamente indicato quale presupposto dalla prima disciplina penale *antidoping* del nostro ordinamento, di cui all'art. 3, L. 1099/1971 – è filtrata, nei precetti di cui all'art. 9, L. 376/2000, dal presidio del corretto svolgimento delle competizioni sportive.

Ciò precisato in ordine all'oggetto della tutela penale approntata dalla disposizione che in questo giudizio viene in rilievo, occorre, passando all'esame del caso concreto, anzitutto considerare che sia l'efedrina che la cocaina sono inserite nella lista delle sostanze il cui impiego è considerato *doping* ai sensi del Decreto del Ministero della Salute 19 aprile 2010 (precisamente, entrambe le sostanze appartengono alla classe degli "stimolanti", il cui uso è proibito solo in occasione delle competizioni sportive, essendo invece consentito al di fuori della gara).

Orbene, i controlli effettuati sui campioni di urina del Gentili hanno riscontrato la presenza di una quantità di efedrina superiore alla soglia consentita mentre, per quanto attiene alla cocaina, va precisato che le analisi di laboratorio hanno individuato, nei campioni biologici prelevati, non già la sostanza allo stato puro, bensì due metaboliti della stessa, dalla cui presenza può nondimeno dedursi con certezza l'assunzione di detta sostanza da parte dell'imputato, circostanza che è stata da quest'ultimo confermata in sede di procedimento disciplinare davanti all'Ufficio di Procura Antidoping (cfr. verbale di assunzione informazioni in cui il Gentili ha affermato di avere assunto la cocaina la sera prima della gara, mentre partecipava ad una festa di addio al celibato di un amico).

Omissis. – Come già reso evidente, sotto altri profili, dalla clausola di riserva dettata in apertura dell'art. 9, co. 1 (in cui è tracciata l'area applicativa della relativa disposizione, limitata a quelle fattispecie concrete non integranti più gravi ipotesi di reato), l'analisi della disposizione in esame conferma la natura residuale della repressione penale del *doping*: l'assunzione di un farmaco o di una sostanza classificata come vietata è punibile *ex art. 9, co. 1 cit.* solo allorché non sia giustificata da condizioni patologiche e (...) solo se la sostanza risulti, all'esito di una valutazione in concreto, idonea ad alterare le condizioni dell'organismo dell'atleta.

Analizzando il caso sottoposto all'esame del Tribunale alla luce della suddetta configurazione della fattispecie incriminatrice, l'attenzione va concentrata, in primo luogo, sulla sussistenza di una causa patologica che abbia potuto giustificare l'assunzione di efedrina da parte dell'imputato prima della gara.

Il Giudice rileva, in proposito, che la presenza di una giustificazione all'assunzione è stata adottata dall'imputato già in sede di c.d. dichiarazione di uso terapeutico (DUT) e successivamente nell'ambito del procedimento di indagine attivato dal CONI per i fatti di causa, nella cui occasione il Gentili ha dichiarato che la presenza nel proprio organismo di efedrina al momento della competizione fosse da ricollegare alla assunzione, per la cura di un raffreddore e dietro prescrizione medica, di un farmaco, denominato Deltarino, contenente la suddetta sostanza.

Il valore probante di suddette circostanze appare, invero, significativamente mitigato da ulteriori evidenze istruttorie. Se è, infatti, vero che, in via astratta, l'efedrina presente nell'organismo dell'imputato al momento della gara può essere ricondotta alla previa assunzione del Deltarino,

bisogna tuttavia ricordare che, dalle analisi effettuate in occasione della competizione, la presenza della sostanza vietata era stata riscontrata in quantità superiore alla soglia di tolleranza, pari a 10 microgrammi per millilitro.

(...) Se a ciò si aggiunge che l'imputato, pur avendone facoltà, si era astenuto dal dichiarare, in sede di prelievo dei campioni biologici da analizzare, di aver assunto il Deltarino, essendosi lo stesso limitato ad ammettere l'assunzione di antibiotici, sali minerali, vitamina c, "enervit", "gutron", deve concludersi che la concentrazione di efedrina presente nell'organismo di Gentili non possa giustificarsi in via esclusiva con la previa, regolare assunzione di suddetto farmaco, se non in termini altamente dubitativi.

Passando ad analizzare la condotta del Gentili sotto l'ulteriore profilo della idoneità della assunzione della cocaina e dell'efedrina a sortire effetti modificativi delle condizioni psicofisiche e/o biologiche dell'organismo, questo Giudice ritiene anzitutto di precisare che tale requisito dell'azione debba essere correttamente inquadrato nell'ambito della prestazione sportiva. Il giudizio di idoneità, richiesto dall'art. 9 cit., non è, infatti, da riferirsi a qualsivoglia effetto modificativo dell'organismo ricollegabile all'assunzione di una sostanza vietata, ma solo a quegli effetti che, in maniera diretta o indiretta, si traducono in un'alterazione in senso migliorativo delle prestazioni agonistiche dell'assuntore.

Tale valutazione di idoneità in concreto va a saldarsi, ai fini della corretta interpretazione della disposizione incriminatrice in questione, con quell'ulteriore elemento della fattispecie, che subordina la rilevanza penale dell'assunzione di una sostanza vietata alla finalità di alterazione delle prestazioni agonistiche dell'atleta, secondo una tecnica incriminatrice che appare rispecchiare una concezione oggettivistica del dolo specifico, in cui il riferimento alla finalità dell'azione (vale a dire l'alterazione della prestazione agonistica) non si esaurisce nella valutazione della mera intenzione, da parte dell'agente, di offendere il bene giuridico protetto (la correttezza della gara), bensì nella più pregnante – oltretutto più conforme ai principi di materialità e offensività dell'illecito penale – indagine in ordine alla obiettiva idoneità della condotta a realizzare suddetta intenzione.

La previsione di tale doppia condizione imposta dal Legislatore alla sanzionabilità delle condotte di assunzione di sostanze dopanti appare, del resto, pienamente in linea con la già evidenziata natura residuale e di *extrema ratio* della norma in questione, giacché provoca un sensibile innalzamento della soglia di rilevanza penale di dette condotte, come è stato a lungo evidenziato, in chiave critica, dalle Relazioni al Parlamento sullo stato di attuazione della Legge 376/2000, svolte dalla Commissione per la vigilanza ed il controllo sul *doping* e per la tutela della salute nelle attività sportive, laddove si è rilevato che la finalità di "alterare le prestazioni agonistiche degli atleti" – nell'attuale previsione elemento costitutivo della fattispecie di cui all'art. 9 cit. – dovrebbe, nell'ottica di un più efficace contrasto al fenomeno del *doping*, essere espunta dalla configurazione del reato-base, per assurgere a mera circostanza aggravante.

Al di là delle succitate considerazioni *de jure condendo*, le indicazioni fornite al Legislatore dal Ministero della Sanità evidenziano, invero, criticità emerse anche nell'istruttoria del presente giudizio e che appaiono legate alla estrema difficoltà di individuare con certezza se, al momento di una competizione sportiva, una sostanza assunta dall'atleta continui a svolgere un effetto farmacologicamente attivo. – *Omissis.*

L'incertezza riguardo ad un elemento essenziale della fattispecie incriminatrice di cui all'art. 9 cit., quale è quello dell'effettiva idoneità di una sostanza ad alterare una prestazione agonistica, non potrà che ripercuotersi sugli esiti dell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato, che deve conformarsi alla regola inderogabile fissata dall'art. 533, co. 1 c.p.p., secondo cui la condanna non può che conseguire alla raggiunta evidenza di una responsabilità dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio.

Ciò precisato, al fine di verificare l'attitudine dell'efedrina e della cocaina a migliorare le prestazioni sportive dell'imputato, appare, in prima battuta, non privo di rilievo concreto evidenziare (...) che all'epoca dei fatti, e ancora al momento del presente giudizio, le sostanze assunte dall'imputato sono state costantemente ritenute idonee ad influire in senso positivo sulle prestazioni sportive degli assuntori: le indicazioni fornite dall'Agenzia Mondiale Antidoping rappresentano un indizio, in ordine alle concrete potenzialità dopanti (cd. "effetti ergogenici") delle sostanze assunte dall'imputato, assai significativo, poiché basato sui più aggiornati *standard* internazionali in materia, i quali, giova ricordare, assumono una specifica valenza anche per l'ordinamento statuale italiano, in quanto la Commissione per la vigilanza e il controllo sul *doping*, ai sensi della L. n. 376 del 2000, art. 3, comma 1 lett. b), deve tenerne conto nel predisporre le classi delle sostanze vietate.

L'indagine sulla idoneità in concreto dell'assunzione di sostanze vietate alla lesione del bene giuridico protetto, richiesta dall'art. 9 cit., deve tener conto, peraltro, di ulteriori dati fattuali emersi nel presente giudizio.

Con riferimento all'efedrina, questo Giudice rileva che, ferma restando l'idoneità in concreto della sostanza ad influire sulle prestazioni agonistiche del Gentili, nonostante le criticità su evidenziate in ordine alle allegazioni della difesa dell'imputato sul punto, l'istruttoria non ha offerto elementi sufficienti a ritenere raggiunta la prova positiva sulla finalizzazione dell'assunzione di detta sostanza all'altezzamento delle energie fisiche dell'imputato.

Omissis. – Per quanto attiene alla cocaina, mentre il rinvenimento nelle urine dell'imputato di metaboliti di detta sostanza consente di affermare con certezza la pregressa assunzione della stessa in epoca precedente alla gara, d'altro canto il mancato riscontro, in sede di analisi, di tracce di cocaina, è da ritenersi compatibile con un consumo precedente anche di molte ore l'inizio della competizione sportiva e non consente pertanto di fissare con i necessari indici di persuasività un nesso tra detta assunzione e la gara ciclistica, né sotto il profilo dell'intenzione dell'imputato di implementare le proprie prestazioni con il consumo di cocaina, né in riferimento alla concreta idoneità della condotta a sortire effetti.

Sul punto, il consulente tecnico ha affermato che l'effetto ergogenico della cocaina permane, al massimo, per le due ore successive all'assunzione della sostanza.

La consulenza ha sul punto precisato che "il riscontro nelle urine dei soli metaboliti della cocaina non dimostra assolutamente che la sostanza vietata sia stata assunta in prossimità o durante la competizione aumentando così la *performance* dell'atleta (...)".

Tali conclusioni appaiono dotate di un sufficiente grado di attendibilità, giacché sorrette da solidi riferimenti scientifici e da argomentazioni logiche e consequenziali (...).

Esaminata, dunque, la condotta contestata al Gentili alla luce della fattispecie di cui all'art. 9, co. 1, L. 376/2000, si rileva che, a fronte di una raggiunta prova in ordine all'assunzione della cocaina antecedentemente alla partecipazione alla competizione sportiva, insuperabili profili di incertezza permangono in ordine alla idoneità di tale assunzione a modificare le prestazioni dell'imputato nella gara ciclistica dell'11 luglio del 2010.

Alla luce di quanto rilevato, questo Giudice ritiene che le prove raccolte nel giudizio siano insufficienti a fondare, al di là di ogni ragionevole dubbio, un giudizio di colpevolezza del Gentili in ordine al delitto contestatogli.

Si impone, pertanto, ai sensi dell'art. 530, cpv. c.p.p., l'assoluzione dell'imputato con la formula di cui in dispositivo. – *Omissis.*

Nodi critici in tema di "autodoping": bene giuridico e "idoneità"*

Sergio Bonini**

La pronuncia si occupa del delitto di assunzione di sostanze dopanti, affrontandone aspetti centrali sul piano applicativo e sul piano dogmatico. Non persuadono tuttavia le soluzioni adottate, né rispetto al problema del bene giuridico – che oscilla nella sentenza fra salute e correttezza agonistica – né rispetto al nesso fra idoneità della condotta e dolo specifico.

Divergenze nell'individuazione dell'oggetto di tutela

Partendo, come fa la pronuncia, con la questione del bene giuridico, occorre rilevare che gli argomenti in essa utilizzati per affermare l'offesa alla salute da parte del c.d. autodoping (o doping autogeno), presi

singolarmente e nel loro "combinato disposto", non possono convincere.

Vediamo innanzitutto di schematizzare questi passaggi della sentenza.

Si dà atto invero dell'assenza nella disposizione di cui all'art. 9 della L. n. 376/2000¹ di un espresso

* Dedico queste osservazioni alla memoria del professor Winfried Hassemer: i suoi lavori, a partire dalle illuminazioni "circolari" di *Tatbestand und Typus*, hanno appassionato generazioni di ricercatori; a me è poi particolarmente caro uno scritto in materia di *symbolisches Strafrecht*.

** Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ Il quale prevede, nel 1° comma che qui viene in esame: "Salvo

che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da tre mesi a tre anni e con la multa da euro 2582 a euro 51645 chiunque procura ad altri, somministra, assume o favorisce comunque l'utilizzo di farmaci o di sostanze biologicamente o farmacologicamente attive, ricompresi nelle classi previste all'articolo 2, comma 1, che non siano giustificati da condizioni patologiche e siano idonei a modificare le condizioni psicofisiche o biologiche dell'organismo, al fine di alterare le prestazioni agonistiche degli

riferimento” alla protezione della salute; ciò nondimeno che la tutela sia rivolta a tale interesse giuridico (o, almeno, che tale interesse sia “non escluso” dall’area di tutela) viene dedotto dal “contesto normativo in cui la disposizione si inserisce”, e in specie dal richiamo alla “tutela sanitaria delle attività sportive” presente nell’intitolazione della L. 14 dicembre 2000, n. 376 e nella rubrica del suo art. 1.

La pronuncia trae poi conferma del dirigersi della salvaguardia alla salute dal titolo e dall’art. 1 della L. 26 ottobre 1971, n. 1099 (“antesignana” della L. n. 376/2000), che identicamente si esprimevano in termini di “tutela sanitaria delle attività sportive”.

Infine, l’indirizzarsi della L. n. 376/2000 alla tutela della salute viene avvalorato attraverso un confronto sistematico con previsioni “contigue”, e cioè con l’art. 1, L. 13 dicembre 1989, n. 401 (“frode in competizioni sportive”) e con gli artt. 73 segg. del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (testo unico in materia di stupefacenti): della norma sulla frode in competizioni si evidenzia l’“estraneità” al bene salute², mentre la “salute collettiva” verrebbe in “primario rilievo” in tema di contrasto agli stupefacenti³; proprio con il bene protetto nell’ambito del D.P.R. n. 309/1990 coinciderebbe l’oggetto della tutela in materia di doping, sebbene in quest’ultimo caso venga in questione una “dimensione peculiare”, consistente nell’essere la salute “filtrata dal presidio del corretto svolgimento delle competizioni sportive”.

Si anticipava che questi argomenti non persuadono.

Quanto al primo, il Tribunale in realtà cita il problema della mancanza di richiami – testuali e teleologici – alla salute nell’art. 9 (*id est*, nella definizione del fatto tipico); ma, in definitiva appagandosi della rubrica della L. n. 376 (o, se vogliamo, delle “rubriche”: il titolo generale della legge e il titolo dell’art. 1), conclude (per giunta con una formula negativa in sé debole) nel senso della “non esclusione” della salute dallo spettro di protezione. Così facendo, tuttavia, la sentenza “dimentica” il notissimo brocardo *rubrica legis non est lex*, che pure ha un peso solo relativo, in quanto anche la rubrica, a

meglio vedere, non dovrebbe essere considerata *tamquam non esset* potendo invece concorrere all’interpretazione della legge penale; in ogni caso, la mera *rubrica legis* non potrebbe prevalere su differenti indicazioni provenienti dalla struttura della fattispecie ma neppure può risultare dirimente in una situazione di incertezza ermeneutica concernente sempre la descrizione normativa della fattispecie tipica⁴.

D’altra parte, il “conforto ermeneutico” preso dalla L. n. 1099/1971⁵ prova francamente troppo: anche in questo caso si attribuisce indebito peso decisivo alla rubrica, per giunta relativa ad altra legge, emanata più di quarant’anni fa e depenalizzata da più di trenta.

Infine, del terzo argomento è apprezzabile lo sforzo di ricostruzione sistematica con cui si collegano ambiti contrassegnati da “affinità naturalistica”⁶; ma con esso, in ultima analisi, si manca di isolare un esatto fulcro di protezione laddove, con una formulazione un poco ellittica (indotta dall’inconsueto concetto di tutela “filtrata da”), vengono affiancati salute e correttezza sportiva⁷. Per la sentenza in esame, quindi, l’“autodoping” costituirebbe reato plurioffensivo.

A questo proposito, si può in ogni modo notare come sia il concetto in sé di reato plurioffensivo a rivelarsi piuttosto discutibile perché, anche quando una figura incriminatrice lambisce più sfere di tutela (cosa che in effetti accade di frequente), al di là dei profili meramente descrittivi può divenire determinante, a vari scopi, stabilire quale interesse risulti preponderante⁸; in altre parole, è l’opzione per la monoffensività che permette di far risaltare le molteplici funzioni assegnabili al bene giuridico (funzione “critica”, “dogmatica”, “ermeneutica”)⁹.

Se si conviene sulle ragioni per respingere letture orientate nel segno della plurioffensività, va chiarito che neppure l’isolamento monolesivo del bene-salute o del bene-correttezza delle gare potrebbe essere accolto.

Ribadendo convinzioni già espresse altrove¹⁰, si può osservare come in un ordinamento penale “non paternalistico”, che si astenga dall’erigersi a guardiano della

atleti, ovvero siano diretti a modificare i risultati dei controlli sull’uso di tali farmaci o sostanze”.

² La sentenza non lo esplicita, ma è probabile che tale estraneità sia fra l’altro ricavata, ancora una volta, dal profilo dell’intitolazione, che nel caso della L. n. 401/1989 è data dalla “tutela della correttezza nello svolgimento di manifestazioni sportive”.

³ Si riporta Cass., Sez. un., 10 luglio 2008, n. 28605, in *Cass. Pen.*, 2009, suppl. n. 7/8, 46 e 143.

⁴ Sul valore spesso compromissorio e ambiguo degli “inquadramenti” codicistici Cadoppi, *I delitti sessuali. Considerazioni generali*, in Cadoppi-Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, tomo I, Padova, 2014, 1 e seg.; Fiandaca-Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, VI ed., Bologna, 2014, 264, con osservazioni estensibili a più settori.

⁵ Sulla L. n. 1099 – secondo l’opinione preferibile travolta dalle “Modifiche al sistema penale” di cui alla L. 24 novembre 1981, n. 689 – v. Bonini, *Doping e diritto penale*, Padova, 2006, 95 e segg.

⁶ L’efficace espressione, con particolare riguardo alla “parentela” fra stupefacenti e doping, è in Eronia, *Potenziamento umano e diritto penale*, Milano, 2013, 179.

⁷ Per un analogo accostamento di questi due beni v. già Cass., Sez. III, 6 novembre 2008, n. 46362, in *Diritto dello sport*, 2009, 67 e segg., in tema di legittimazione del Coni a costituirsi parte civile nei processi per doping, richiamando in particolare l’esigenza di contrastare “effetti emulativi sugli sportivi dilettanti derivanti dal pessimo esempio dei professionisti”; Cass., Sez. II, 8 marzo 2011, n. 12750, *ivi*, 2012, 50 e segg., sullo stesso aspetto.

⁸ Fornasari, *Peculato*, in Bondi-di Martino-Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, II ed., Torino, 2008, 115; Brunelli, *Il diritto penale delle fattispecie criminose*, II ed., Torino, 2013, 36 e seg. In particolare, critico su “riesumazioni” giurisprudenziali della nozione antoliseiana di reato plurioffensivo, come causa di “una proliferazione quasi *ad libitum* del concetto” di bene giuridico, identificato “con la *ratio legis* e non più quindi con la più moderna ed accettata concezione empirico-fattuale del bene giuridico stesso”, Manna, *Il nuovo delitto di “atti persecutori” e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di Vinciguerra-Dassano, Napoli, 2010, 478.

⁹ Cfr. Bonini, *op. cit.*, 156 e segg., 272 e segg.

¹⁰ Bonini, *op. cit.*, 159 e segg.

virtù interiore degli uomini, e che preferisca pertanto affidarsi al principio di autoresponsabilità evitando di ingerirsi nelle opzioni individuali sintantoché queste non mettano a repentaglio beni di terzi, ciascuno dovrebbe essere lasciato libero di fare quello che crede della propria salute e, dunque, anche di decidere di doparsi¹¹. Se si punisce l'atleta che consapevolmente ricorre al drogaggio è, invece, verosimilmente per un altro motivo: perché si mira a tutelare la regolarità delle competizioni, offesa dalla sleale alterazione chimica della propria *performance*, intendendo peraltro quale regolarità della competizione non già, secondo quanto additerebbe l'art. 1, 1° comma, L. n. 376, una tutela puramente ideale di valori olimpici e decoubertiniani, che non può rientrare fra le ragioni superiori di rilevanza pubblica astrattamente idonee a giustificare una penalizzazione¹². Piuttosto, l'idea di una regolarità delle gare sottende una protezione orientata a un fascio di interessi economico-patrimoniali di più certa consistenza¹³ che vanno dalle promesse di premi in denaro ai vincitori alle scommesse sulle competizioni, dagli introiti al botteghino ai ritorni pubblicitari, fino a giungere ai diritti televisivi e alla quotazione in borsa di società sportive e, ultima ma non ultima, alla stessa capacità degli atleti onesti di vivere, e programmare un futuro, tramite l'esercizio professionale dell'attività sportiva: potendosi concludere (paradossalmente?) che la pratica dell'autodoping sembra integrare una forma tardomoderna di delitto contro il patrimonio.

Beninteso: l'esito suggerito rischia effettivamente, in rapporto al "doping dell'atleta", di inaridire gli iniziali propositi legislativi ovvero, parlando del nostro "sport nazionale", di ulteriormente sovraesporre quel "vorti-

ce di denaro che ha finito per inquinare e deeticizzare il calcio in tutte le sue espressioni, degradandolo da sport a mercato"¹⁴ (a ogni buon conto, si consideri la solida afferrabilità penalistica del bene patrimonio, quando si discute della possibilità per l'atleta onesto di guadagnarsi la giornaliera "pagnotta").

Ma l'interprete, com'è evidente, non può ragionare "per buone intenzioni" (così come espresse attraverso gli oggetti giuridici ventilati nel primo articolo della legge), dovendo scrupolosamente attenersi alle istanze del principio di laicità (qui dunque assunto in chiave ermeneutica¹⁵) e della tangibilità empirico-sociale (o della non-spiritualizzazione) dei beni giuridici: esigenze che sarebbero compromesse dalla rispettiva affermazione di salute ed etica sportiva quali oggetto di tutela nel doping autogeno. È in questo senso che la "tesi patrimonialistica", pur in sé poco "esaltante", appare "residualmente" la più attendibile, almeno *de lege lata*¹⁶.

La pronuncia, invece, rivela di conoscere la prospettiva d'indagine qui riaffermata ma in conclusione la respinge, con qualche tratto di apoditticità nella misura in cui la si ritiene fundamentalmente contraddetta dall'"esame del contesto normativo in cui la disposizione si inserisce" (il richiamo è, per l'appunto, all'intitolazione legislativa e al "preambolo" di cui all'art. 1).

Si consideri altresì che fra fatto tipico e bene giuridico vi è un rapporto "osmotico", o di "circularità", tale per cui l'enucleazione del secondo orienta una più salda definizione ermeneutica del primo; ma è vero innanzitutto che l'enunciazione dell'oggetto di tutela non può che presupporre una congrua "lettura" dei dati testuali pertinenti a condotta ed evento¹⁷, senza il riferimento ai quali si materializza lo spettro di una

¹¹ Per un confronto sistematico con l'irrelevanza penale dell'uso personale di stupefacenti, del tentativo di suicidio e di atti autolesionistici Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, *Reati di comune pericolo mediante frode. Integrato con le disposizioni penali speciali in tema di sostanze alimentari, medicinali e sicurezza dei prodotti*, Milano, 2013, 647 e seg.

¹² Sottolinea la fragilità di esclusivi "valori etico-morali" quali fondamento di un'incriminazione Roxin, *Strafrecht und Doping*, in *Recht – Wirtschaft – Strafe. Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, a cura di Joecks e altri, Heidelberg, 2010, 449; più possibilista, con riguardo alla punibilità della corruzione in ambito sportivo, Szwarc, *Strafbarkeit der Korruption im Sport im Lichte des polnischen Strafrechts*, in *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht – Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen – Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, a cura di Sieber e altri, Köln, 2008, 947.

¹³ In generale, circa la sicura autonomia contenutistica del patrimonio e della sua "costola di Adamo" economia, ma nel riconoscimento del principio di laicità, per tutti, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Storioni, Bologna, 2009.

¹⁴ F. Mantovani, *Il calcio: sport criminogeno*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2008, 1485 e seg.

¹⁵ Un'esaustiva lettura in ordine ai "luoghi" penalistici ove emerge il principio di laicità, per tutti, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di Canestrari-Storioni, Bologna, 2009.

¹⁶ Il compito "critico" del bene giuridico cui si alludeva sopra fa sì che la determinazione del patrimonio come oggetto di tutela

secondo lo *ius positum* "rilanci" la questione anche in chiave di riforma. Su questo versante, la conferma del bene *de quo* come interesse meritevole e bisognoso di protezione potrebbe apparire ragionevole alla luce di quelle concezioni che leggono il patrimonio (e la concorrenza) quale strumento funzionale allo sviluppo della libertà del singolo. Accolta quest'ottica, varrebbe forse la pena tipizzare una caratteristica di concreta pericolosità della condotta di assunzione di prodotti illeciti o di sottoposizione a pratiche vietate, prevedendola come "concretamente idonea a procurare a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale". Sembra rilevante notare che una simile prospettiva viene guardata con diffuso favore in una dottrina come quella tedesca, costretta dall'assenza di norme *ad hoc* a riflettere unicamente in ottica riformistica: v. Rössner, "Sportbetrug" und *Strafrecht. Notwendige Differenzierungen und kriminalpolitische Überlegungen*, in *Festschrift für Volkmar Mehle zum 65. Geburtstag am 11.11.2009*, a cura di Hiebl e altri, Baden-Baden, 2009, 577 e seg.; Roxin, *op. cit.*, 452 e segg.; Greco, *Zur Strafwürdigkeit des Selbstdoping im Leistungssport*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2010, 622 e segg. (più in generale, sulla problematica costituzionale dei beni tutelabili nel settore sportivo, Nolte, *Sport in guter Verfassung – auch ein Verfassungsgut?*, in *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert 15. Mai 1954 bis 21 März 2006*, a cura di Hoyer e altri, Baden-Baden, 2008, 605 e segg.; Vieweg-Müller, *Gleichbehandlung im Sport – Grundlagen und Grenzen*, in *Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag*, a cura di Manssen e altri, Stuttgart, 2009, 888 e segg.; sugli orizzonti processuali Jahn, *Strategien und Instrumente in Dopingverfahren aus Sicht des deutschen Strafrechts*, in *Zeitschrift für Sport und Recht*, 2013, 90 e segg.).

marcata “precomprensione”: nel senso, cioè, di un’aprioristica individuazione del bene giuridico che condiziona poi arbitrariamente l’interpretazione della fattispecie, in modo più o meno larvamente distante dal dato normativo¹⁸. La sentenza in commento, invece, “anticipa” la trattazione sul bene giuridico rispetto all’analisi della fattispecie tipica; peraltro secondo uno stile – di cui potrebbe forse auspicarsi un “rovesciamento”? – assolutamente tradizionale anche nella ricerca scientifica e nell’ambito di manuali e opere di carattere generale.

Diventa: sul rapporto “idoneità” della condotta/dolo specifico

Dopo aver analizzato il ragionamento del Tribunale circa il bene protetto/i beni protetti nell’autodoping, altro punto della sentenza che merita massima attenzione – trattandosi anzi dello snodo essenziale ai fini del *decisum* – riguarda quella che il giudicante definisce “natura residuale” del delitto di assunzione del doping (locuzione per certi aspetti felice anche se, onestamente, non diffusa con questo significato in letteratura e quindi non immediatamente evidente).

Rileva infatti il giudice come l’assunzione di farmaci o sostanze biologicamente o farmacologicamente attive costituisca “elemento fondamentale – ma non unico – della condotta”, che sarà definitivamente accertata “solo allorquando non sia giustificata da condizioni patologiche e, [...] in assenza di tale giustificazione, solo se la sostanza risulti [...] idonea ad alterare le condizioni dell’organismo dell’atleta” (la sentenza parla anche di “doppia condizione” per la sanzionabilità). A questa precisa ricostruzione del quadro normativo¹⁹, unitamente alla clausola di riserva “salvo che il fatto costituisca più grave reato” che forma l’*incipit* dell’art. 9, 1° comma²⁰, viene ricondotta la “natura residuale” (o “di *extrema ratio*”) della norma sull’assunzione, con relativo “sensibile innalzamento della soglia di rilevanza penale”.

Ponendosi per un istante nella prospettiva *de lege ferenda*, il Tribunale richiama (e pare implicitamente

aderire a) una critica del dato normativo: come rilevato nell’ambito di relazioni al Parlamento sullo stato di attuazione della L. n. 376, svolte a cura della Commissione per la vigilanza ed il controllo sul doping e per la tutela della salute nelle attività sportive²¹, la finalità di alterare le prestazioni agonistiche (quale dolo specifico che, nota la pronuncia, “si salda” all’estremo dell’idoneità all’alterazione) dovrebbe, “nell’ottica di un più efficace contrasto al fenomeno del doping”, venire espunta dalla fattispecie-base, per asurgere a semplice circostanza aggravante.

Ma, *de iure condito*, quella lettura “concatenata” e quasi “sillogistica” degli elementi di fattispecie – che porta a rilevare la citata natura vicaria della condotta di assunzione e che, conviene ribadire, in sé è correttissima – quella lettura, si diceva, non viene portata alle più coerenti conseguenze, e in particolare il requisito dell’idoneità all’alterazione viene per così dire “schiacciato” dalla polarizzazione dell’accertamento sul dolo specifico, con un effetto di “sovrapposizione” degli estremi tipici (dovuto, riprendendo una nota immagine “architettonico-penalistica”, a una non del tutto fausta “collocazione dei mobili nella stanza”) che finisce probabilmente per pregiudicare una esatta valutazione del fatto.

Del dolo specifico, si evidenzia dottamente in sentenza un profilo perfettamente armonico rispetto al più accreditato *dernier cri* scientifico (ma forse più che di ultimo grido dovrebbe ormai parlarsi di acquisizione in via di definitivo consolidamento), e cioè l’idea di come esso non si esaurisca “nella valutazione della mera intenzione, da parte dell’agente, di offendere il bene giuridico protetto”²², bensì consista “nella più pregnante – oltretutto più conforme ai principi di materialità e di offensività dell’illecito penale – indagine in ordine alla obiettiva idoneità della condotta a realizzare suddetta intenzione”.

Nessuna discrasia tra dottrina e giurisprudenza²³, quindi, in tale passaggio, che potrebbe essere eventualmente glossato osservando come la c.d. doppia misura del dolo (colpevolezza e “già” tipicità) fa sì, in termini pratici, che i comportamenti non assistiti dallo scopo di

¹⁷ C. Fiore-S. Fiore, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Torino, 2013, 179 e segg.

¹⁸ Nuove, sollecitanti, riflessioni sul paradigma della precomprensione in Hassemmer, *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale* (2009), Bologna, 2012, 177 e segg., con l’idea di fondo che l’atteggiamento corretto di fronte alle aspettative di senso – culturali, professionali, personali – con cui ci avviciniamo alla realtà è di “comprenderle quando ci guidano, poterle quando crescono oltre misura”.

¹⁹ Cui vale la pena forse soltanto aggiungere che, se l’art. 9, 1° e 2° comma, L. n. 376 si esprime in termini di “giustificazione” (per la cura di situazioni patologiche), dal punto di vista dogmatico più corretto appare l’inquadramento come fattore in grado di escludere la stessa tipicità del fatto: in tal senso Maiwald, *Probleme der Strafbarkeit des Doping im Sport – am Beispiel des italienischen Anti-Doping Gesetzes*, in *Festschrift für Karl Heinz Gössel* a cura di Dölling-Erb, Heidelberg, 2002, 407, nt. 29; Ariolli-Bellini, *Disposizioni penali in materia di doping*, Milano, 2005, 78 e seg.

²⁰ Sulla clausola *de qua* Bonini, *Doping (diritto penale)*, in corso di stampa in *Enc. dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2014, § 10.

²¹ Le funzioni di tale Commissione son state trasferite, *ex art. 2*, 1° comma, lett. h), D.P.R. 28 marzo 2013, n. 44, a un “Comitato tecnico sanitario”, il quale con una “macroaggregazione” (che parrebbe improvvida, al di là dell’articolazione in sezioni) viene a “riassumere” i compiti di una serie cospicua di organi collegiali e organismi operanti nel campo della sanità.

²² In questa prima parte della frase, per la verità, appare impreciso o frutto di *lapsus calami* il riferimento all’“intenzione”: nozione che, come noto, non coincide con quella di dolo specifico ma che rappresenta fattore diversamente (maggiormente) “selettivo”. Si coglie però il senso del ragionamento, che è quello di rilevare come il dolo non appartenga solo al “soggettivo” ma (v. il testo che segue) già all’“oggettivo”, all’offensività.

²³ Tale fenomeno, cui è dedicato un importante volume di quasi cinque lustri fa (*Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di Stile, Napoli, 1991), può dirsi con amarezza ancora attuale, salvo significative “eccezioni” come quella citata nel testo.

influire sulla qualità della *performance* agonistica non sono inquadrabili nella normativa in esame, ma – esclusivamente – nella normativa sportivo-disciplinare²⁴.

Solo che poi non persuade (in fatto, e per l'inadeguata connessione con altri "momenti" tipici, in diritto) l'argomentazione che conduce all'esclusione del dolo in capo all'imputato: positivo a efedrina e cocaina.

Sulla positività all'efedrina, la motivazione giudiziale appare nel complesso fugace e contraddittoria: soprattutto dove si ammette che la concentrazione di efedrina presente nell'organismo del prevenuto, superando la soglia di tolleranza, "non possa giustificarsi con la previa, regolare assunzione" (prospettata nella c.d. dut)²⁵ di un farmaco antiraffreddore, "se non in termini altamente dubitativi"; per poi concludere con l'impossibilità comunque di contrastare definitivamente tale adduzione difensiva.

Si ammettono del resto gli indubbi "effetti ergogenici" di una sostanza come l'efedrina (lo stesso dicasi per la cocaina), costantemente riconosciuti in fonti internazionali e in fonti interne, vigenti all'epoca dei fatti e al tempo del giudizio²⁶; ma si conclude in modo "snello" nel senso richiamato.

Si ha anche l'impressione che la "partita" sulla verifica del dolo specifico di alterazione venga "rinviata" alla ricostruzione della positività alla cocaina: in relazione alla quale, si presta fede – probabilmente a ragione – all'alegazione di un'assunzione avvenuta la sera prima della gara, durante una festa di addio al celibato; e al riscontro della consulenza tecnica circa l'impossibilità che un'assunzione "lontana dalla competizione" possa in qualsiasi modo incidere sulla prestazione agonistica.

Anche dando per corretta l'esclusione del dolo specifico rispetto all'assunzione della cocaina, sarebbe bastato un – forse, provabile "al di là di ogni ragionevole dubbio" – riconoscimento del dolo di alterazione in rapporto all'altra sostanza "incriminata" (l'efedrina) per addivenire, *ceteris paribus*, a un opposto esito processuale.

La conclusione del Tribunale romano sul dolo spe-

cifico finisce poi per mettere in ombra il significato, ugualmente costitutivo, del presupposto di "idoneità", elemento da intendere "in concreto", come si ha cura di precisare in sentenza, e la cui rilevanza viene pure efficacemente chiarita dal giudicante mediante la considerazione circa la riferibilità del relativo giudizio "non [...] a qualsivoglia effetto modificativo dell'organismo ricollegabile all'assunzione di una sostanza vietata, ma solo a quegli effetti che, in maniera diretta o indiretta, si traducono in un'alterazione in senso migliorativo delle prestazioni agonistiche dell'assuntore" (interpretazione che s'impone, del resto, per evitare che la condizione di "idoneità" divenga tautologica se non ingannevole: persino l'acqua, una volta assorbita dall'organismo, lo "modifica" inevitabilmente, seppure contingentemente!)²⁷.

Poi però, nonostante plurime riprese testuali dell'idoneità, il giudicante si focalizza sulla "estrema difficoltà di individuare con certezza se, al momento di una competizione sportiva, una sostanza assunta dall'atleta continui a svolgere un effetto farmacologicamente attivo"; di fatto, per tale via l'idoneità viene solo problematizzata e il "cuore" della decisione diviene l'esclusione del dolo specifico rispetto all'assunzione della cocaina "lontana dalla competizione".

Osservazione conclusiva

Sul tema dell'assunzione di sostanze "stimolanti", ci siamo confrontati con una sentenza a sua volta... stimolante ma che lascia irrisolti profili su cui è legittimo attendere chiarimenti da parte della Cassazione²⁸: aspettative a breve-medio termine che si nutrono non tanto in materia di oggettività giuridica – la Suprema Corte sembra infatti, almeno per il momento, convintamente schierata per il richiamo plurioffensivo a salute e lealtà sportiva – ma soprattutto intorno al delicato rapporto fra gli elementi tipici dell'idoneità e del dolo specifico. Anche la riflessione teorica in argomento è destinata quindi a continuare.

²⁴ Per ulteriori sviluppi Bonini, *Doping e diritto penale*, cit., 264 e segg.; Id., *Doping (diritto penale)*, cit., § 6.

²⁵ Dichiarazione di uso terapeutico.

²⁶ Sostanzialmente con un *obiter dictum*, la pronuncia abbraccia la soluzione accolta dalle sezioni unite della Cassazione secondo cui le classi di prodotti dopanti, individuate ai sensi dell'art. 2, L. n. 376/2000, avrebbero valore (non costitutivo ma) meramente "ricognitivo" delle indicazioni provenienti da organismi internazionali, al punto che nelle more della pubblicazione del primo decreto ministeriale di "approvazione" delle liste di pratiche e farmaci vietati, avvenuta il 15 ottobre 2002, a distanza quindi di quasi due anni dall'entrata in vigore della L. n. 376, la L. n. 376 stessa avrebbe potuto applicarsi sul "provvisorio" fondamento degli elenchi di sostanze e pratiche vietate già contenuti in fonti internazionali: Cass., Sez. un., 25 gennaio 2006, n. 3087, in *Cass. Pen.*, 2006, 1730 e segg., con nota di Ariolli, *Le S.U. ammettono la configurabilità dei reati di doping di cui all'art. 9 L. n. 376 del 2000 anche rispetto ai fatti commessi prima dell'emanazione del d.m. 15 ottobre 2002*, 1737 e segg.; v. ora anche Cass., Sez. II, 24 novembre 2011, n. 43328, in *Riv. It. Med. Legale*, 2012, 737 e segg., con nota di Rotolo, 742 e segg.; criticamente, al di là della prospettiva

di diritto transitorio, anche su un'eventuale riproposizione *pro futuro* dell'idea di una semplice ricognitività delle classi, Bonini, *Doping (diritto penale)*, cit., § 3.

²⁷ Micheletta, *I profili penalistici della normativa sul doping*, in *Indice Pen.*, 2001, 1318 e seg.

²⁸ La pronuncia è stimolante in ragione degli oggettivi profili d'interesse e anche per la brillantezza di taluni nessi sistematici; e al tempo stesso ben si presta a quel "particolare 'genere letterario' che è la cosiddetta nota a sentenza", prezioso strumento di "controllo" che, in vista di una maggiore "razionalità ordinamentale", i teorici hanno nei confronti della giurisprudenza: per un auspicio di valorizzazione della "nota" (sollecitando in specie "l'impegno diretto degli studiosi più autorevoli") Palazzo, *Legalità penale: considerazioni su trasformazione e complessità di un principio 'fondamentale'*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXVI, *Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli)*, 2007, 1328. Il passo è parzialmente ripreso da una recente "voce" giusfilosofica, pregevole anche per le ricchissime traiettorie interdisciplinari: Vogliotti, *Legalità*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. VI, Milano, 2013, 432, che si muove nella prospettiva di "una nuova legalità 'relazionale'".

Diritto Processuale Penale

a cura di Giorgio Spangher

con Piermaria Corso e Alfredo Gaito

Braccialeto elettronico

Cassazione penale, Sez. II, 18 giugno 2014 (ud. 4 giugno 2014), n. 26327 – Pres. Gentile – Rel. Alma – P.M. Galasso (diff.).

Conferma ord. Tribunale del riesame Campobasso, 8 gennaio 2014

Misure cautelari personali - “Braccialeto elettronico” – Modalità di controllo non necessaria – Motivazione del giudice – Non dovuta

La modifica normativa apportata dall'art. 1, D.L. n. 146/2013 riguarda l'introduzione dell'espressione “salvo che le ritenga non necessarie” al posto di quella “se lo ritiene necessario”. Tuttavia – per la cassazione ciò non significa che il giudice debba motivare perché ritiene non necessarie le misure di sorveglianza elettronica, a meno che sul punto vi sia specifica richiesta di parte, che sola può far insorgere l'obbligo di motivazione su tale punto specifico. Infatti, si precisa non è pensabile una motivazione che riguardi l'assenza di ogni possibile ipotesi che consigli il ricorso alle misure di sorveglianza elettronica, dovendo la motivazione stessa essere collegata a specifiche deduzioni: in diversa ipotesi la motivazione è implicita nella mancata adozione di tali misure.

Omissis – Va premesso che questa Corte, prima della modifica normativa, ha chiarito che la previsione di cui all'art. 275-bis c.p.p., che consente al giudice di prescrivere, con gli arresti domiciliari l'adozione del c.d. “braccialeto elettronico” non ha introdotto una nuova misura

coercitiva, ma solo una mera modalità di esecuzione di una misura cautelare personale. (Cass., Sez. V, Ordinanza n. 40680, 19 giugno 2012 (17 ottobre 2012), Rv. 253716). In motivazione, seppure in vigenza del precedente testo normativo, questa Corte ha precisato che il braccialeto rappresenta una cautela che il Giudice può adottare, non già ai fini dell'adeguatezza della misura più lieve, vale a dire per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, ma ai fini del giudizio sulla capacità effettiva dell'indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento, assumendo l'impegno di installare il braccialeto e di osservare le relative prescrizioni.

La modifica normativa apportata dal D.L. n. 146 del 2013, art. 1 riguarda l'introduzione dell'espressione “salvo che le ritenga non necessarie” al posto di quella “se lo ritiene necessario”.

Tuttavia ciò non significa che il giudice debba motivare perché ritiene non necessarie le misure di sorveglianza elettronica, a meno che sul punto vi sia specifica richiesta di parte, che sola può fare insorgere l'obbligo di motivazione su tale punto specifico.

Infatti non è pensabile una motivazione che riguardi l'assenza di ogni possibile ipotesi che consigli il ricorso alle misure di sorveglianza elettronica, dovendo la motivazione stessa essere collegata a specifiche deduzioni.

In diversa ipotesi la motivazione è implicita nella mancata adozione di tali misure.

Del resto neppure indica la sussistenza di situazioni di fatto che avrebbero reso necessaria l'adozione di forme di sorveglianza elettronica.

“Braccialeto elettronico”: una inaccettabile lettura del rinnovato art. 275 bis c.p.p.

Maria Francesca Cortesi

La massima esprime un principio affermato per la prima volta dalla Corte di cassazione in riferimento al mutato assetto dell'art. 275 bis c.p.p. Ciò non di meno sembrerebbe fondare il proprio ragionamento su assunti propri della precedente struttura normativa, arrivando, pertanto, a conclusioni non condivisibili.

La disciplina positiva

L'art. 275 bis c.p.p., rubricato “Particolari modalità di controllo” è stato introdotto nel Capo I, Libro

IV del codice di rito dall'art. 16, D.L. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4 (*Disposizioni urgenti per l'effi-*

cacia e l'efficienza dell'Amministrazione della giustizia)¹.

Nella sua formulazione originaria tale precetto stabiliva al 1° comma che il giudice nel disporre gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia cautelare in carcere, se lo riteneva necessario in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, prescriveva l'utilizzo di procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, quando ne avesse accertato la disponibilità da parte della polizia giudiziaria².

Da subito aveva suscitato attenzione la collocazione sistematica prescelta dal legislatore.

Infatti, quantunque l'art. 275 bis c.p.p. si riferisca solo all'ipotesi di cui all'art. 284 c.p.p., la prescrizione *de qua* era stata inserita nel capo dedicato ai pilastri normativi che governano il regime cautelare personale, subito dopo il disposto che enuclea i criteri di scelta degli strumenti *de quibus*.

Proprio a tali criteri sembrerebbe, *a prima facie*, essere intimamente correlato l'istituto in analisi ed, in particolare, al principio di adeguatezza, che, sempre in occasione della medesima novella del 2001, con l'innesto dell'art. 275, comma 1 bis, c.p.p., era stato arricchito di un canone considerato "immanente ad ogni valutazione del giudice in materia", sebbene, fino a quel momento, mai "normativamente precisato" ossia il vaglio circa l'"efficacia presumibile delle possibili modalità di controllo imposte alle prescrizioni che definiscono in concreto il contenuto delle misure cautelari diverse dalla custodia in carcere".

Tale esplicitazione normativa del principio di adeguatezza determinava l'ulteriore necessità che il giudice nel provvedimento che ammettesse o negasse l'applicazione di una misura cautelare meno afflittiva della custodia cautelare in carcere desse conto, con un adeguato percorso motivazionale, delle valutazioni effettuate circa l'efficacia di una possibilità di controllo.

Pertanto, in stretta interconnessione con detta esigenza, il legislatore del 2001 inseriva, subito dopo,

l'art. 275 bis c.p.p., che introduce, per la prima volta, nel nostro sistema giuridico una forma di controllo basata su un monitoraggio elettronico.

Le successive vicende, che, però, hanno determinato il mutamento contenutistico dell'art. 275, comma 1 bis, c.p.p., hanno del tutto messo in ombra tale collegamento, con la conseguenza che l'art. 275 bis c.p.p. non sembra rivestire, a tutt'oggi, una corretta collocazione logico-sistematica.

Alla luce di ciò, pur giustificandosi l'eccentrica dislocazione codicistica, si deduce, come ulteriore conseguenza, che l'art. 275 bis c.p.p. non preveda una nuova ipotesi di misura cautelare che si ponga in alternativa alla custodia carceraria, bensì introduca una forma di controllo, prima sconosciuta, che con maggiore efficienza consente di verificare il rispetto degli obblighi imposti all'interessato³.

Detta considerazione produce quale effetto complementare il fatto che non possa ritenersi suscettibile di riesame, *ex art.* 309 c.p.p., il solo provvedimento inerente all'applicazione delle peculiari procedure di sorveglianza disposte ai sensi dell'art. 275 bis, 1° comma, c.p.p., dal momento che la finalità sottesa all'art. 309 c.p.p. è di sostituire ovvero di revocare *in toto* la misura e non semplicemente di modificare le modalità esecutive della stessa.

È, invece, esperibile l'appello, ai sensi dell'art. 310 c.p.p., sulla scia dell'interpretazione giurisprudenziale⁴ che considera impugnabili con tale mezzo tutti i provvedimenti che contribuiscono ad inasprire o ad attenuare il grado di afflittività della misura, tra i quali possono certo essere annoverate le forme di verifica *de qua*⁵.

L'attuazione pratica di tale mezzo di controllo elettronico è demandata, ai sensi dell'art. 19, D.L. n. 341/2000, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 4/2001, ad una fonte normativa secondaria ossia il D.M. 2 febbraio 2001 (*Modalità di installazione ed uso e descrizione dei tipi e delle caratteristiche dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici destinati al*

¹ Cesaris, *Dal panopticon alla sorveglianza elettronica*, in *Il decreto "anticarcerazioni"*, a cura di M. Bargis, Torino, 2001, 52.

² La Greca, *Modifiche alla disciplina penitenziaria*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 321.

³ A chiare lettere, *Relazione al d.l. n. 341/2000*, in *Guida Dir.*, 2000, n. 45, 47, ove si sottolinea come la finalità sottesa all'istituto di nuovo conio sia non già quello "di creare nuove misure alternative alla detenzione o alla custodia in carcere, quanto, piuttosto, di disciplinare un nuovo strumento di controllo applicabile, nei casi in cui ciò sia possibile, alle misure esistenti". In dottrina Marandola, voce "Braccialeto elettronico", in *Dizionari sistematici, Procedura penale*, Il Sole 24 Ore, a cura di Spangher, Milano, 2008, 440; Tonini, *Manuale di procedura penale*, 12^a ed., Milano, 2011, 400-401. In giurisprudenza, In giurisprudenza, Cass., Sez. II, 14 maggio 2014, n. 19836, *inedita*, secondo cui l'adozione del c.d. "braccialeto elettronico" non ha introdotto una nuova misura coercitiva, ma solo una mera modalità di esecuzione di una misura cautelare personale. (In motivazione la Corte ha precisato che il "braccialeto elettronico" rappresenta una cautela che il Giudice può adottare, non già ai fini della adeguatezza della misura più lieve, vale a dire per rafforzare il divieto di non allonta-

narsi dalla propria abitazione, ma ai fini del giudizio della capacità effettiva dell'indagato di autolimitare la propria libertà personale di movimento assumendo l'impegno di installare il braccialeto e di osservare le relative prescrizioni); Cass., Sez. II, 13 maggio 2014, n. 19667, *inedita*; Cass., Sez. II, 17 marzo 2014, n. 12519, *inedita*; Cass., Sez. V, 19 giugno 2012, n. 40680, in *CED*, n. 253716; Cass., Sez. II, 10 dicembre 2003, Bianchi, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 255. Nella giurisprudenza di merito, nel medesimo senso, Trib. Milano, 7 giugno 2001, XY, in *Foro Amb.*, 2001, 376.

⁴ Cass., Sez. un., 3 dicembre 1996, Lombardi, in *Cass. Pen.*, 1997, 1397. In dottrina, in argomento, Canzio, *Libertà personale dell'imputato e garanzie di habeas corpus: l'appellabilità dell'autorizzazione ad assentarsi dal locus detentionis*, in *Foro It.*, 1997, II, 209; Fargiuele, *L'appello cautelare*, in *Trattato di procedura penale*, vol. 2 - II, a cura di A. Scalfati, 2008, Milano, 543; S. Palla, *Sull'appellabilità dei provvedimenti che regolano le modalità di attuazione degli arresti domiciliari*, in *Cass. Pen.*, 1997, 1329.

⁵ In tal senso E. Marzaduri, *sub art. 16 d.l. 24/11/2000 (Efficienza della giustizia)*, in *Legislazione Pen.*, 2001, 450-451.

controllo delle persone sottoposte alla misura cautelare degli arresti domiciliari nei casi previsti dall'art. 275-bis del codice di procedura penale e dei condannati nel caso previsto dall'art. 47-ter, comma 4-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354), scelta giustificata dalla necessità di individuare uno strumento normativo più duttile e capace di adeguarsi, con maggiore rapidità, alle innovazioni del settore.

Ad evitare il sospetto che il monitoraggio elettronico costituisca una indebita ingerenza nella vita privata e familiare del destinatario, protetta sia dalle fonti sovranazionali (art. 8 CEDU ed art. 17 Patto internazionale dei diritti civili e politici) sia dalle fonti interne (art. 2 Cost.), è previsto che la persona presti consenso in forma espressa al suo utilizzo, consenso che non è mai richiesto, invece, allorché venga disposta altra misura cautelare personale coercitiva o interdittiva.

La dichiarazione di consenso deve essere resa all'ufficiale ovvero all'agente incaricato di eseguire l'ordinanza che ha disposto la misura di cui all'art. 284 c.p.p. La dichiarazione viene, poi, trasmessa al giudice che ha emesso il provvedimento ed al pubblico ministero unitamente al verbale contenente tutte le operazioni compiute, ai sensi dell'art. 293, 1° comma, c.p.p. (art. 275 bis, 2° comma, c.p.p.).

Ad ulteriore conferma della particolare attenzione prestata alla tutela della sfera privata, l'art. 4, commi 2° e 3°, D.M. 2 febbraio 2001 prevede che i dati personali trattati nell'uso dei mezzi elettronici e degli altri strumenti tecnici di controllo siano utilizzati per le finalità di applicazione del capo VII del d.l. n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 4 del 2001 nonché si stabilisce che vengano conservati dall'ufficio o comando di polizia i dati relativi ad allarmi od eventi che rilevano ai fini dell'eventuale inosservanza delle prescrizioni o della sottrazione al controllo, cancellando periodicamente gli altri.

La consapevolezza dell'invasività di un siffatto strumento spingono, infine, il legislatore a precisare che l'applicazione del "bracciale elettronico" e l'imposizione delle relative prescrizioni siano disposte nel rispetto della dignità dell'interessato (art. 4, 1° comma, D.M. 2 febbraio 2001) ed al contempo si richiede al soggetto di agevolare le procedure di installazione e di osservare le altre prescrizioni impostegli (art. 275 bis, 3° comma, c.p.p.).

A parte il consenso dell'imputato, costituisce un ulteriore presupposto applicativo la disponibilità dei mezzi di controllo elettronico da parte della polizia giudiziaria, la cui verifica è oggetto di specifico accertamento del giudice.

In particolare, a parte il richiamo in questo senso contenuto nell'art. 275 bis, 1° comma, c.p.p., l'art. 2, D.M. 2 febbraio 2001 dispone che, su richiesta proveniente dall'autorità giudiziaria, la questura ed i comandi provinciali delle altre Forze di polizia verifichino l'effettiva disponibilità dei mezzi elettronici o di altri strumenti tecnici, l'esistenza delle condizioni tec-

niche necessarie a garantire il corretto funzionamento presso il domicilio indicato per l'esecuzione della misura nonché i tempi tecnici necessari per l'attivazione dei sistemi di controllo.

L'art. 18, D.L. n. 341/2000, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 9/2001 disciplina, infine, una nuova fattispecie criminosa allo scopo di garantire il corretto funzionamento del controllo elettronico. Chi, infatti, sottoposto alla misura cautelare degli arresti domiciliari altera il funzionamento dei mezzi elettronici o degli altri strumenti tecnici adottati nei suoi confronti, o comunque si sottrae fraudolentemente alla loro applicazione o al loro funzionamento è punito con la pena della reclusione da uno a tre anni.

La novella del 2013

Le disperate condizioni degli istituti penitenziari in cui sono ristretti un numero impressionante di soggetti imputati (ovvero persone sottoposte alle indagini) hanno spinto il legislatore non solo a riconsiderare l'importanza di tale strumento, ma anche a ritoccarne la disciplina, che è stata lettera morta per oltre un decennio.

L'art. 1, 1° comma, lett. a), D.L. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla L. 21 febbraio 2014, n. 10 (*Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria*) sostituisce, infatti, nel primo periodo dell'art. 275 bis, 1° comma, c.p.p. la locuzione "se lo ritiene necessario" con "salvo che le ritenga non necessarie".

La modifica *de qua* costituisce un vero e proprio ribaltamento di giudizio rispetto alla prospettazione originaria.

Se, infatti, l'operatività dei meccanismi di cui all'art. 275 bis c.p.p. era subordinata alla circostanza che il giudice li ritenesse necessari in relazione alla natura e al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, ora il percorso applicativo è del tutto inverso.

Pertanto, nel disporre gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia in carcere, devono sempre essere ordinate le procedure di controllo mediante mezzi elettronici o altri strumenti tecnici, a meno che esse non si ritengano necessarie in relazione alla natura e al grado delle esigenze da soddisfare nell'ipotesi specifica.

La struttura della misura di cui all'art. 284 c.p.p. deve, dunque, essere rivista sulla scorta di tale importante innovazione, che, invero, consente di superare uno dei limiti più evidenti degli arresti presso il domicilio ossia la circostanza che essi si risolvono in una sorta di "autocustodia dell'interessato".

Nel corso della stessa non è, infatti, prevista la possibilità di un costante "pionamento" del soggetto ristretto, pionamento, che, tra l'altro, costituirebbe una modalità pressoché irrealizzabile per le forze dell'ordine, per cui l'unica forma di controllo, secondo le indicazioni di cui all'art. 284 c.p.p., è costituita dal

generico potere in tal senso attribuito al pubblico ministero e, anche di propria iniziativa, alla polizia giudiziaria. Proprio l'indeterminatezza temporale dell'esecuzione dei controlli inibirebbe qualsiasi trasgressione da parte del soggetto sottoposto alla misura, il quale, nel caso di ingiustificato allontanamento dal *locus custodiae*, incorrerebbe pure nella commissione del reato di evasione.

L'evanescenza di questo meccanismo e la frequente violazione del divieto di allontanamento dai luoghi di cui all'art. 284 c.p.p. hanno nella prassi operativa spinto l'autorità giudiziaria ad optare con meno frequenza per l'utilizzo della custodia "domestica", preferendole la forma più restrittiva della detenzione in carcere.

La scelta operata con il ritocco all'art. 275 *bis* c.p.p. costituisce una svolta significativa, nell'ottica di mantenere la custodia carceraria come effettiva e concreta *extrema ratio* con l'unica perplessità rappresentata dalla quasi totale mancanza nell'esperienza italiana di una casistica pratica in merito. Detta perplessità è forse stata avvertita dallo stesso legislatore, il quale, pur avendo mutato il contenuto del disposto in commento, non ha modificato l'intero precetto lasciando inalterato il passaggio che prevede la necessaria verifica, da parte del giudice, della disponibilità dei mezzi elettronici o degli altri strumenti tecnici in capo alla polizia giudiziaria.

La vicenda

La sentenza in commento si inserisce, pertanto, nel descritto quadro normativo ed, in particolare, riguarda l'ipotesi in cui il giudice, nel caso di specie il Tribunale del riesame, nel sostituire la custodia carceraria con quella domestica senza il monitoraggio elettronico non abbia motivato in ordine a detta scelta.

La Corte di cassazione, nel rigettare il ricorso promosso dal Procuratore della Repubblica di Campobasso, il quale, infatti, lamentava proprio siffatta carenza motivazionale, sostiene come non incomba sul giudice alcun obbligo in tal senso, a meno che, sul punto, non vi sia stata specifica richiesta di parte, che sola può far insorgere l'obbligo *de quo*.

Prosegue, infine, collegando in modo inscindibile la motivazione alla presenza di precise deduzioni.

La decisione della Corte non può, però, essere condivisa.

Le argomentazioni dalla stessa sviluppate paiono non tener conto proprio del rinnovato assetto normativo dell'art. 275 *bis* c.p.p.

L'opzione preferita dal legislatore del 2014, mutando la pregressa struttura, ruota sull'obbligatorio utilizzo, allorché venga disposta detta misura coercitiva, del binomio arresti presso il domicilio e "bracciale elettronico", a cui non segue alcun onere dimostrativo in capo all'autorità giudiziaria, trattandosi di scelta compiuta *ab origine* nel precetto *de quo* dal legislatore.

Di converso la forma semplificata di custodia domestica, a cui, dunque, non accede alcuna forma di monitoraggio elettronico, è riservata alle ipotesi in cui essa non si ritenga necessaria in relazione alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto.

La specificazione dei parametri entro cui deve muoversi il giudizio in parola esplicitano in modo ancora più chiaro l'esistenza in capo al giudice nel disporre l'ordinanza o nei provvedimenti che costituiscono lo sviluppo della vicenda cautelare di un ulteriore obbligo motivazionale, allorché ritenga di non prescrivere l'utilizzo del "bracciale elettronico", che deve essere assolto utilizzando i parametri di riferimento indicati nell'art. 275 *bis* c.p.p. ossia la "natura" ed il "grado" dei *pericula* di fatto da fronteggiare e che non può ritenersi implicito nella semplice mancata adozione di tali misure.

D'altro canto solo in tal modo la decisione a cui si perviene può essere oggetto di impugnazione da parte di chi vi abbia interesse, ossia verosimilmente il pubblico ministero, ed è chiaro come ricorrendo ad una motivazione implicita ciò non sia in alcun modo possibile, poiché non è dato conoscere le valutazioni a tal fine effettuate.

Inoltre, pare ancora più incongruente l'assunto secondo cui l'esplicitazione del percorso argomentativo da parte del giudice sia subordinato ad un elemento accidentale ed accessorio quale la richiesta specifica di parte.

Il passaggio da cui sembrerebbe che alla Corte sfuggano le conseguenze del rinnovato equilibrio che il disposto di cui all'art. 275 *bis* c.p.p. propone è contenuto nell'ultimo inciso della pronuncia in esame, ove si rileva come nel ricorso non sia stata indicata la sussistenza di situazioni di fatto che avrebbero reso necessaria l'adozione di forme di sorveglianza elettronica.

Il mutato parametro normativo, infatti, impone, senza la necessità di alcuna richiesta di parte in tal senso, che il giudice nel disporre gli arresti domiciliari, anche in sostituzione della custodia carceraria, debba utilizzare le peculiari modalità di controllo elettronico richiamate dall'art. 275 *bis* c.p.p. e solo nei casi che si mostrino meno impegnativi, valutazione da compiersi in riferimento alla natura ed al grado delle esigenze da soddisfare nel caso concreto, può evitare di ricorrere a siffatte ulteriori forme di verifica.

Il giudizio richiesto appare, dunque, capovolto rispetto al passato.

Priva di rilievo appare, infine, l'osservazione secondo la quale non è pensabile una motivazione che riguardi "l'assenza di ogni possibile ipotesi che consigli il ricorso alle misure di sorveglianza elettronica, dovendo la motivazione stessa essere collegata a specifiche deduzioni".

La Corte, sostenendo ciò, non tiene conto che è il legislatore ad aver imposto i criteri di valutazione su cui articolare il susseguente giudizio e che questi ope-

rano in presenza o meno di una specifica deduzione di parte.

Il pubblico ministero, infatti, nel richiedere l'adozione della misura degli arresti domiciliari, sulla scorta proprio del precetto in questione, non deve richiedere il ricorso al monitoraggio elettronico, discendendo lo stesso dal rinnovato portato normativo; di converso, eventualmente, potrebbe sollecitare la custodia domestica senza gli strumenti di controllo di cui all'art. 275

bis c.p.p. ritenendo che il caso concreto possa essere ricondotto alle ipotesi derogatorie ivi contenute.

In entrambe le situazioni, però, a parere di scrive, il giudice dovrebbe nel disporre la misura di cui all'art. 284 c.p.p. in deroga, ossia senza il "braccialetto elettronico", motivare sul punto sia, quindi, se si discosta dalla richiesta del pubblico ministero sia che, invece, l'accolga.

Esecuzione delle sentenze della CEDU

Cassazione penale, Sez.un., 7 maggio 2014 (ud. 24 ottobre 2013), n. 18821 – Pres.Santacroce – Rel.Milo – P.M.Volpe (conf.) – Ercolano, ricorrente

Cassa e decide nel merito Trib. Spoleto, 13 settembre 2011

Trattati e convenzioni internazionali – Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo – Efficacia *ultra partes* – Prevalenza sul giudicato nazionale

A prescindere dalla loro caratterizzazione come "sentenze pilota", le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo che accertano l'incompatibilità con la Cedu di una previsione legislativa obbligano lo Stato convenuto ad adottare misure di carattere generale idonee a rimuovere gli effetti della violazione, non solo in favore del ricorrente vittorioso, ma anche di chi versi nella sua stessa situazione. Tali misure possono comprendere, se necessario, anche la revoca o la modifica del giudicato penale di condanna reso in applicazione della norma convenzionalmente illegittima. In questa ipotesi, il giudice nazionale sarà tenuto a riconsiderare il punto specifico della decisione irrevocabile, in ragione della sua non conformità con la norma della Cedu così come interpretata dalla Corte europea.

(Massima non ufficiale)

Omissis. – Considerato in diritto: 1. La questione di diritto per la quale il ricorso è stato assegnato alle Sezioni Unite è la seguente: "Se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte EDU con la sentenza 17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole".

2. La quaestio iuris, come già rilevato dalle Sezioni Unite nella ordinanza 19/04/2012 con la quale si attivava l'incidente di costituzionalità, impone, innanzi tutto, di stabilire la rilevanza che nell'ordinamento interno possono assumere, in deroga anche al giudicato, le violazioni, accertate dalla Corte di Strasburgo (Corte EDU), della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva in Italia con L. 4 agosto 1955, n. 848.

3. La sentenza della Corte EDU, GC, 17/09/2009, Scoppola c. Italia, che qui viene in rilievo, nel riconsiderare gli

approdi ermeneutici ai quali la stessa Corte era pervenuta in ordine all'aspetto contenutistico dell'art. 7 CEDU, affronta il delicato problema circa l'effettiva articolazione del principio ivi sancito, quanto alla successione delle leggi penali nel tempo: se cioè detto principio abbia una portata meramente negativa, quale divieto di applicazione retroattiva sia della norma incriminatrice sia del trattamento sanzionatorio più sfavorevole, ovvero se contenga anche un implicito riflesso positivo, costituito dalla esigenza di applicazione della legge sopravvenuta più favorevole.

La Corte di Strasburgo, innovando l'orientamento restrittivo della precedente giurisprudenza, che aveva costantemente escluso dalla previsione dell'art. 7 della Convenzione "il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato" (decisione 06/03/2003, Zaprianov c. Bulgaria;

decisione 05/12/2000, Le Petit c. Regno Unito; decisione della Commissione, 06/03/1978, X. c. Repubblica Federale Tedesca), delinea più precisamente i confini dello "statuto" della legalità convenzionale in tema di reati e di pene.

Dopo avere svolto una preliminare ricognizione degli approdi giurisprudenziali formati sull'art. 7 CEDU, con riferimento al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e alle nozioni di pena e di prevedibilità della legge penale, afferma che la detta norma non soltanto garantisce il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma impone anche che, nel caso in cui la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo, con l'effetto che, nell'ipotesi di successione di leggi penali nel tempo, costituisce violazione del principio di legalità convenzionale l'applicazione della pena più sfavorevole al reo.

La garanzia sancita dalla norma di cui all'art. 7, p. 1, CEDU, quale elemento sostanziale della preminenza del diritto, assume un rilievo centrale nel sistema di tutela delineato dalla Convenzione, come può evincersi dal successivo art. 15, p. 2, che non prevede alcuna deroga ad essa in tempo di guerra o in caso di altre pubbliche calamità.

A tale conclusione la Corte Europea perviene tenendo conto dell'"evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale" e privilegiando, nell'interpretazione della Convenzione, un "approccio dinamico ed evolutivo", che renda "le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche ed illusorie"; da atto, peraltro, del "consenso a livello Europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla commissione

del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale”.

Tale nuovo orientamento è stato ribadito nella successiva decisione 27/04/2010, *Morabito c. Italia*, con la quale la Corte EDU sottolinea che “le disposizioni che definiscono i reati e le pene sottostanno a delle regole particolari in materia di retroattività, che includono anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole all'imputato”.

Il principio di retroattività in *mitius*, secondo la giurisprudenza della Corte EDU, è un corollario di quello di legalità, consacrato dall'art. 7 della CEDU, concerne le sole “disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono” e ha, quindi, un campo di operatività meno esteso di quello che il nostro ordinamento riserva all'art. 2 c.p., comma 4. Quest'ultima norma, infatti, richiama ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto e più favorevole al reo, in quanto incidente sul complessivo trattamento riservato al medesimo, laddove la norma convenzionale, nella interpretazione datane dalla Corte Europea, ha una portata più circoscritta, limitata alle sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni, e ciò in coerenza con il riferimento che la stessa Corte fa alle fonti internazionali e comunitarie, nonché alle pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea: in particolare, sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, adottato a New York il 19/12/1966 (ratificato con legge 25/10/1977, n. 881), sia l'art. 49 della Carta di Nizza non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma soltanto alla legge posteriore che “prevede l'applicazione di una pena più lieve”, della quale il colpevole deve comunque beneficiare.

3.1. L'approdo ermeneutico del Giudice sovranazionale va ben oltre il caso specifico esaminato ed ha una portata di più ampio respiro, in quanto, cogliendo ed esplicitando il più pregnante significato della norma convenzionale, si fa carico d'individuare la norma interna più favorevole, tra quelle succedutesi nel tempo in tema di trattamento sanzionatorio dei reati punibili con l'ergastolo e giudicati con il rito abbreviato, ed enuncia una regola di giudizio di portata generale, che, proprio perché tale, è astrattamente applicabile a fattispecie identiche a quella esaminata.

Già con la sentenza 13/07/2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, la Corte EDU ha affermato il principio – ormai consolidato – secondo cui, “quando la Corte constata una violazione, lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico non solo di versare agli interessati le somme attribuite a titolo dell'equa soddisfazione prevista dall'art. 41, ma anche di adottare le misure generali e/o, se del caso, individuali necessarie” (Corte EDU, GC, 17/09/2009, *Scoppola c. Italia*; Corte EDU, GC, 01/03/2006, *Sejdovic c. Italia*; Corte EDU, GC, 08/04/2004, *Assanidze c. Georgia*).

La sentenza “*Scoppola c. Italia*”, pur non potendo essere definita “sentenza pilota” – in quanto non si spinge sino al punto di indicare le misure più idonee per risolvere il riscontrato problema strutturale, interno allo specifico settore dell'ordinamento nazionale – individua comunque la criticità sistemica, della quale lo Stato responsabile della violazione del principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, così come interpretato, deve tenere conto, con il conseguente obbligo, ai sensi dell'art. 46, p. 1, della CEDU, di adottare gli opportuni rimedi. Questi, pur non puntualmente determinati nel loro contenuto dalla pronuncia sovranazionale, ben possono essere individuati con un ragionevole margine di apprezzamento e sono necessitati

dall'esigenza di ovviare alla violazione della CEDU da parte della legge interna. In sostanza, la decisione di Strasburgo non si limita ad imporre allo Stato italiano di sostituire la pena perpetua applicata in quel caso specifico con quella temporanea di anni trenta di reclusione, ma lo obbliga a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che versano nelle medesime condizioni del soggetto, la cui posizione era stata oggetto di esame, e ciò al fine di non trasgredire la trama strutturale dei principi di cui agli artt. 2 e 3 Cost., e di porre, pertanto, comunque rimedio alla lesione, nell'esercizio della giurisdizione penale, di un diritto fondamentale.

A conferma della portata di più ampio respiro della decisione della Corte EDU sul caso *Scoppola c. Italia*, non è superfluo sottolineare che il Comitato dei Ministri, nel dichiarare chiusa, con provvedimento dell'8 giugno 2011, la relativa procedura di sorveglianza sull'esecuzione della sentenza, prendeva atto, dichiarandosi soddisfatto, della nota con la quale lo Stato italiano, in ordine alle misure di carattere generale da adottare per situazioni analoghe, aveva precisato di ritenere sufficiente la pubblicazione e la diffusione della sentenza ai Tribunali competenti, in considerazione “degli effetti diretti concessi dai Tribunali italiani alle sentenze della Corte Europea e ... delle possibilità offerte dalla procedura di incidente di esecuzione a coloro che si trovino in situazioni uguali a quella del richiedente nel caso in esame”.

Il Comitato dei Ministri individuava così con chiarezza la strada da seguire in situazioni analoghe a quella del caso *Scoppola*.

3.2. In sintesi, di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già stigmatizzate in sede Europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando – come si preciserà più diffusamente in seguito – il valore della intangibilità del giudicato.

4. Tanto premesso sul principio di legalità convenzionale, così come delineato dalla Corte di Strasburgo, elettivamente deputata dall'art. 32, p. 1, CEDU all'interpretazione e all'applicazione della stessa e dei suoi protocolli, deve rilevarsi che, nel caso in esame, in cui viene in rilievo la disciplina del giudizio abbreviato per i reati punibili con la pena dell'ergastolo, si sono succedute nel tempo tre diverse disposizioni di legge.

4.1. Il testo originario dell'art. 442 c.p.p., comma 2, secondo periodo, prevedeva che nel giudizio abbreviato, in caso di condanna, “Alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta”, disposizione – questa – però dichiarata incostituzionale per eccesso di delega, con sentenza n. 176 del 1991 del Giudice delle leggi, con l'effetto che, tra la data di pubblicazione di tale decisione e il successivo intervento legislativo di cui al punto che segue, era precluso agli imputati di delitti punibili con l'ergastolo l'accesso al detto rito semplificato.

4.2. Con la L. 16 dicembre 1999, n. 479, entrata in vigore il 2 gennaio 2000, è stata reintrodotta la possibilità per l'imputato di reati punibili con l'ergastolo di accedere al rito abbreviato. L'art. 30, comma 1, lett. b), della predetta

legge, infatti, ha ripristinato la previsione: “Alla pena dell’ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta”.

4.3. Il D.L. 24 novembre 2000, n. 341, art. 7, entrato in vigore lo stesso giorno e convertito – con modifiche non inerenti alla previsione medesima – dalla L. 19 gennaio 2001, n. 4, nel dichiarato intento di dare un’interpretazione autentica del secondo periodo dell’art. 442 c.p.p., comma 2, ha disposto, per un verso, che l’espressione “pena dell’ergastolo” ivi adoperata deve “intendersi riferita all’ergastolo senza isolamento diurno” e, per altro verso, ha inserito all’interno della stessa disposizione un terzo periodo, così formulato: “Alla pena dell’ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell’ergastolo”.

In via transitoria, peraltro, il richiamato D.L. n. 341 del 2000, art. 8, così come sostituito in sede di conversione, consentiva a chi avesse formulato richiesta di giudizio abbreviato nel vigore della sola L. n. 479 del 1999, o a norma del D.L. 7 aprile 2000, n. 82, art. 4 ter, comma 2, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2000, n. 144, e a chi, per effetto dell’impugnazione del pubblico ministero, potesse essere destinatario delle disposizioni di cui al richiamato D.L. n. 341 del 2000, art. 7, di revocare la richiesta entro un determinato termine, con conseguente prosecuzione del processo secondo il rito ordinario.

4.4. La disposizione di cui all’art. 442 c.p.p., comma 2, nelle varie versioni succedutesi nel tempo, pur disciplinando aspetti processuali connessi, in caso di condanna, all’esito sanzionatorio del giudizio abbreviato, coniuga tali aspetti con una indubbia portata sostanziale, quale deve ritenersi quella relativa alla diminuzione o alla sostituzione della pena, che integra un trattamento penale di favore, sia pure con caratteristiche peculiari, perché ricollegabili alla condotta dell’imputato successiva al reato e connotata dalla scelta processuale di accesso al rito alternativo.

Tanto è stato già chiaramente affermato dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 2977 del 06/03/1992, Piccillo. Tale decisione prende in considerazione un caso opposto a quello oggetto del presente giudizio.

A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, per eccesso di delega, dell’art. 442 c.p.p., comma 2, secondo periodo, nel testo originario, si poneva, infatti, il problema di come trattare le condanne già intervenute in applicazione della norma dichiarata successivamente incostituzionale. Le Sezioni Unite, in quella occasione, hanno ritenuto che assumevano rilievo gli aspetti sostanziali della disposizione concernente il trattamento penale di favore, con la conseguenza che l’intervenuta pronuncia di incostituzionalità non poteva incidere, in senso peggiorativo, su tale trattamento, ormai acquisito proprio in forza del collegamento con il procedimento speciale adottato prima della declaratoria d’incostituzionalità.

L’art. 442 c.p.p., comma 2, quindi, disciplinando la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato, è norma di diritto penale sostanziale e, tenuto conto che la stessa – con specifico riferimento ai reati punibili con la pena dell’ergastolo – ha subito, nel tempo, varie modifiche per interventi della Corte costituzionale e del legislatore, deve soggiacere al principio di legalità convenzionale di cui all’art. 7, p. 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, vale a dire irretroattività della previsione più severa (principio già contenuto nell’art. 25 Cost., comma 2), ma anche, e implicita-

mente, retroattività o ultrattività della previsione meno severa.

Omissis. 6. Riprendendo il tema che interessa specificamente il caso in esame – concernente la situazione di colui che, chiamato a rispondere di reati punibili con l’ergastolo, aveva richiesto, nel vigore della lex mitior intermedia, il giudizio abbreviato, ma la decisione del giudice era intervenuta nel momento in cui, per effetto del D.L. n. 341 del 2000, il corrispondente quadro normativo era mutato in senso più sfavorevole – deve rilevarsi quanto segue.

Le Sezioni Unite, con l’ordinanza 19/04/2012, partendo dal presupposto della praticabilità dell’incidente di esecuzione (aspetto che sarà trattato in seguito), ritenevano che l’ostacolo a rendere direttamente operativa la lex mitior di cui alla L. n. 479 del 1999, art. 30, comma 1, lett. b), – nella verificata integrazione della fattispecie complessa relativa al rito semplificato per i reati di cui si discute – era costituito dall’etichetta nominale di norma di interpretazione autentica che il legislatore aveva attribuito al D.L. n. 341 del 2000, art. 7, per determinarne un effetto retroattivo altrimenti non consentito, e che obbligava formalmente l’interprete ad adeguarvisi, senza alcuna possibilità d’individuare spazi ermeneutici diversi da quelli indicati dal legislatore ordinario e coerenti col principio di legalità convenzionale (art. 7, p. 1, CEDU) delineato dalla Corte di Strasburgo.

Obbligata, pertanto, si rivelava la via dell’incidente di costituzionalità.

L’ostacolo è stato rimosso dalla declaratoria d’incostituzionalità del D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 4 del 2001 (sent. n. 210 del 2013).

Il Giudice delle leggi, richiamando propri precedenti specifici (sentenze n. 103 del 2013, n. 78 del 2012, n. 311 del 2009), sottolinea che “la legge interpretativa ha lo scopo di chiarire situazioni di oggettiva incertezza del dato normativo, in ragione di un dibattito giurisprudenziale irrisolto, o di ristabilire una interpretazione più aderente alla originaria volontà del legislatore, a tutela della certezza del diritto e dell’uguaglianza dei cittadini”. Riconosce che nessuna di tali ragioni è riscontrabile nel D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, considerato che la norma oggetto della pretesa interpretazione legislativa (art. 442 c.p.p., comma 2, ultimo periodo) non evidenziava ambiguità, non aveva dato luogo a un contrasto giurisprudenziale ed era stata sempre interpretata nel senso che la disciplina relativa alla pena dell’ergastolo riguardava sia l’ergastolo semplice sia quello con isolamento diurno. Ravvisa, quindi, nel richiamato D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, una norma sostanzialmente innovativa, che modificava in malapartem il contenuto sanzionatorio dell’art. 442 c.p.p., comma 2, ultimo periodo, e che non poteva avere, pertanto, efficacia retroattiva.

La Corte Costituzionale, dopo avere così ricostruito il quadro normativo oggetto di censura, ribadisce, condividendole, le argomentazioni sviluppate nella sentenza Scoppola del 17/09/2009 dalla Corte EDU, che negli effetti innovativi e sfavorevoli del D.L. n. 341 del 2000, art. 7, aveva ravvisato la violazione del principio di legalità convenzionale in materia penale, sancito dall’art. 7, p. 1, CEDU; perviene quindi alla conclusione che la violazione di tale norma convenzionale, che integra il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, comma primo, Cost., comporta l’illegittimità costituzionale della norma interna impugnata.

7. Sulla base di tale pronuncia della Consulta, si pone il problema di fondo circa la possibilità di eliminare gli effetti irrevocabilmente prodotti in una fattispecie identica a quella del caso “Scoppola c. Italia”, ma che, diversamente da quest’ultima, non ha formato oggetto di denuncia dinanzi alla Corte EDU. V’è, infatti, una radicale differenza tra chi, a fronte di un giudicato interno di condanna ritenuto convenzionalmente illegittimo, propone tempestivamente ricorso alla Corte di Strasburgo con esito positivo e chi, invece, non si avvale di tale facoltà, con l’effetto che il *decisum* nazionale non è più suscettibile del rimedio giurisdizionale previsto dal sistema convenzionale Europeo.

In questo secondo caso viene in gioco il tema della vulnerabilità del giudicato, con particolare riferimento, avuto riguardo al caso in esame, alla legittimità dell’esecuzione della pena inflitta.

È certamente vero che la portata valoriale del giudicato, nel quale sono insite preminenti ragioni di certezza del diritto e di stabilità nell’assetto dei rapporti giuridici, è presidiata costituzionalmente e non è, del resto, neppure estranea alla CEDU, tanto che la stessa Corte di Strasburgo ha ravvisato nel giudicato un limite all’espansione della legge penale più favorevole, conclusione avallata anche dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 236 del 2011 in materia di applicazione dei termini di prescrizione più brevi introdotti dalla L. 5 dicembre 2005, n. 251.

Vi sono tuttavia argomenti di innegabile solidità che si oppongono all’esecuzione di una sanzione penale rivelatasi, successivamente al giudicato, convenzionalmente e costituzionalmente illegittima.

L’istanza di legalità della pena, per il vero, è un tema che, in fase esecutiva, deve ritenersi costantemente sub iudice e non ostacolata dal dato formale della c.d. “situazione esaurita”, che tale sostanzialmente non è, non potendosi tollerare che uno Stato democratico di diritto assista inerte all’esecuzione di pene non conformi alla CEDU e, quindi, alla Carta fondamentale.

Non va sottaciuto, infatti, che la restrizione della libertà personale del condannato deve essere legittimata, durante l’intero arco della sua durata, da una legge conforme alla Costituzione (art. 13, comma 2, art. 25, comma 2) e deve assolvere la funzione rieducativa imposta dall’art. 27, comma terzo, Cost., profili che vengono sicuramente vanificati dalla declaratoria d’incostituzionalità della normativa nazionale di riferimento, perché ritenuta in contrasto con la previsione convenzionale, quale parametro interposto dell’art. 117 Cost., comma 1.

E, allora, s’impone un bilanciamento tra il valore costituzionale della intangibilità del giudicato e altri valori, pure costituzionalmente presidiati, quale il diritto fondamentale e inviolabile alla libertà personale, la cui tutela deve ragionevolmente prevalere sul primo.

7.1. Il novum introdotto dalla sentenza della Corte EDU “Scoppola c. Italia” sulla portata del principio di legalità convenzionale, con i conseguenti riflessi sulla legalità della pena, in quanto sopravvenuto al giudicato e rimasto quindi estraneo all’orizzonte valutativo del giudice della cognizione, impone alla giurisdizione – in forza dell’art. 46 della CEDU e degli obblighi internazionalmente assunti dall’Italia – di riconsiderare il punto specifico dell’adottata decisione irrevocabile, proprio perché non in linea con la norma convenzionale nella interpretazione datane dalla Corte di Strasburgo.

Il giudicato non può che essere recessivo di fronte ad

evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorché risulti mortificato, per una carenza strutturale dell’ordinamento interno rilevata dalla Corte EDU, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: s’impone, pertanto, in questo caso di emendare “dallo stigma dell’ingiustizia” una tale situazione.

Eventuali effetti ancora perduranti della violazione, determinata da una illegittima applicazione di una norma interna di diritto penale sostanziale interpretata in senso non convenzionalmente orientato, devono dunque essere rimossi, come si è più sopra precisato, anche nei confronti di coloro che, pur non avendo proposto ricorso a Strasburgo, si trovano in una situazione identica a quella oggetto della decisione adottata dal giudice Europeo per il caso Scoppola.

Al nuovo e più ampio profilo di tutela del principio di legalità convenzionale in materia penale enunciato dalla Corte EDU, all’esito dell’approfondita operazione ermeneutica dell’art. 7 CEDU, deve attribuirsi, come si è detto, una valenza generale e, conseguentemente, un effetto operativo anche per la soluzione di casi identici. È agevole, pertanto, concludere che l’aver inflitto a un determinato soggetto, la cui posizione è sostanzialmente sovrapponibile a quella di Scoppola, la pena dell’ergastolo anziché quella di anni trenta di reclusione viola il diritto all’applicazione della norma penale più favorevole tra le diverse succedutesi nel tempo in materia di giudizio abbreviato (art. 7 CEDU), violazione che inevitabilmente si riverbera, con effetti di attualità in fase esecutiva, sul diritto fondamentale della libertà.

Una tale situazione, anche a costo di porre in crisi il “dogma” del giudicato, deve essere scongiurata, perché legittimerebbe l’esecuzione di una pena ritenuta, oggettivamente e quindi ben al di là della *species facti*, illegittima dall’interprete autentico della CEDU e determinerebbe una patente violazione del principio di parità di trattamento tra condannati che versano in identica posizione.

7.2. Certamente è compito primario del legislatore, una volta preso atto del conflitto venutosi a determinare tra l’ordinamento interno e il sistema convenzionale, rimuovere le disposizioni che tale conflitto hanno generato e apprestare strumenti idonei a porre rimedio a situazioni formalmente consolidate.

La L. 9 gennaio 2006, n. 12, che ha integrato la L. 23 agosto 1988, n. 400, art. 5, comma 3, infatti, proprio a tale fine, impone alla Presidenza del Consiglio dei Ministri non solo di promuovere gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte Europea dei diritti dell’uomo emanate nei confronti dello Stato italiano, ma di comunicare tempestivamente alle Camere le medesime pronunce, per l’esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti, e di presentare annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce.

Di fronte però alla inerzia del legislatore, assolutamente insensibile alle sollecitazioni del Giudice sovranazionale in ordine a una più incisiva tutela dei diritti fondamentali, la giurisdizione non può ignorare o eludere il problema di cui qui si discute e deve farsi carico, una volta preso atto della insussistenza delle condizioni che giustificano l’esecuzione della pena nei confronti del condannato, di riportare la stessa in una dimensione di legittimità, utilizzando spazi

di operatività della normativa vigente, che, benché non chiaramente evidenziati, sono in essa impliciti.

È pur vero che il titolo per l'esecuzione della pena è integrato dalla sentenza irrevocabile di condanna, che si atteggia, come sostiene autorevole dottrina, quale "norma del caso concreto" e rende "doverosa l'attuazione del comando sanzionatorio penale", ma non può ignorarsi la "base giuridica" su cui riposano la sentenza di condanna e, assieme ad essa, la specie e l'entità della pena da eseguire. Se la norma generale e astratta, sulla quale il giudice della cognizione ha fatto leva per giustificare la pronuncia di condanna, si riveli ex post incompatibile con il principio di legalità convenzionale e quindi illegittima ex art. 117 Cost., comma 1, dovrà necessariamente porsi fine, in forza delle ragioni innanzi illustrate, a tale situazione di flagrante illegalità.

7.3. Il nostro ordinamento non ignora ipotesi di flessione dell'intangibilità del giudicato, sul cui valore costituzionale prevalgono, come si è detto, altri valori, ai quali il legislatore assicura un primato.

In caso di abolitio criminis, infatti, è prevista la revoca della sentenza di condanna (art. 673 c.p.p.) e ne cessano la esecuzione e gli effetti penali (art. 2 c.p., comma 2). Analoga previsione è contenuta nello stesso art. 673 c.p.p., per l'ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice.

Altra ipotesi di cedevolezza del giudicato è quella prevista dalla L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, comma 4, secondo cui cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali della sentenza irrevocabile di condanna pronunciata in applicazione della norma dichiarata incostituzionale.

L'art. 2 c.p., comma 3, (inserito dalla L. 24 febbraio 2006, n. 85, art. 14) statuisce, inoltre, che la pena detentiva inflitta con condanna irrevocabile deve essere convertita immediatamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore prevede esclusivamente quest'ultima, regola questa che deroga alla previsione di cui al successivo comma quarto dello stesso articolo, che individua nel giudicato il limite all'operatività della lex mitior.

All'ipotesi introdotta dalla L. n. 85 del 2006, art. 14, può essere accostato, in via analogica, il novum dettato dalla Corte EDU in tema di legalità convenzionale della pena, pur considerati i diversi effetti prodotti nell'ordinamento da una lex supervenies più favorevole rispetto a quelli derivanti da una sentenza di Strasburgo, alla quale consegue la declaratoria d'incostituzionalità della relativa normativa interna: in entrambi i casi comunque è l'esigenza imprescindibile di porre fine agli effetti negativi dell'esecuzione di una pena contra legem a prevalere sulla tenuta del giudicato, che deve cedere alla più "alta valenza fondativa" dello statuto della pena, la cui legittimità deve essere assicurata anche in executivis, fase in cui la sanzione concretamente assolve la sua funzione rieducativa, in una dimensione ovviamente dinamica e, quindi, in termini di attualità.

8. Ritenuto quindi superabile, anche nel caso in esame, lo scoglio del giudicato, rivelatosi ex post intrinsecamente illegittimo nella parte relativa all'esecuzione della pena irrogata, perché convenzionalmente e costituzionalmente illegittima, l'attenzione deve essere rivolta all'individuazione dello strumento processuale idoneo a consentire l'intervento correttivo sullo stesso giudicato.

Non è percorribile il procedimento di revisione ex art. 630 c.p.p., come integrato dalla sentenza additiva di principio n. 113 del 2011 della Consulta, non essendo necessa-

ria una "riapertura del processo" funzionale a un nuovo giudizio di cognizione sul merito della vicenda.

Impraticabile è anche la via del ricorso straordinario ex art. 625 bis c.p.p., benché risulti essere stata percorsa, nel solo intento pragmatico di rispettare i principi dell'economia dei mezzi processuali e della ragionevole durata del procedimento, proprio nel caso Scoppola, al fine di sostituire la pena dell'ergastolo, dichiarata convenzionalmente illegittima, con quella di anni trenta di reclusione (Sez. 5, n. 16507 dell'11/02/2010, Scoppola, Rv.247244). Detto rimedio, previsto per ovviare ad errori di fatto contenuti in provvedimenti pronunciati dalla Corte di cassazione, è inidoneo strutturalmente a intervenire in casi non contraddistinti da violazioni verificatesi nell'ambito del giudizio di legittimità.

Analoga conclusione s'impone in riferimento all'impiego dell'istituto della restituzione in termini per la proposizione dell'impugnazione (art. 175 c.p.p., comma 2), trattandosi di meccanismo utilizzabile unicamente per porre rimedio alle violazioni della CEDU collegate alla disciplina del processo contumaciale, ipotesi che non viene in rilievo nella specie.

Considerato che, nel caso in esame, non è necessario un nuovo accertamento di merito che imponga la riapertura del processo, ma occorre semplicemente incidere sul titolo esecutivo, per sostituire la pena inflitta con quella conforme alla CEDU, corretta costituzionalmente e già determinata, nella specie e nella misura, dalla legge, il meccanismo procedurale da utilizzare non può che essere individuato nell'incidente di esecuzione, correttamente attivato dal ricorrente.

9. Ed invero, i margini di manovra che l'ordinamento processuale riconosce alla giurisdizione esecutiva sono molto ampi. I poteri di questa non sono circoscritti alla sola verifica della validità e dell'efficacia del titolo esecutivo, ma possono incidere, in vario modo, anche sul contenuto di esso, allorché imprescindibili esigenze di giustizia, venute in evidenza dopo l'irrevocabilità della sentenza, lo esigano.

A norma dell'art. 665 c.p.p., il giudice dell'esecuzione è "competente a conoscere dell'esecuzione di un provvedimento", assolve il compito quindi di garantire il rispetto dei presupposti e delle condizioni legittimanti l'attuazione del comando esecutivo, tanto che gli sono anche riconosciuti dal successivo art. 666, comma 5, ove ritenuti necessari ai fini della decisione, poteri istruttori da esercitare nel rispetto del contraddittorio.

L'incidente di esecuzione disciplinato dall'art. 670 c.p.p., pur sorto per comporre i rapporti con l'impugnazione tardiva e la restituzione nel termine, implica necessariamente, al di là del dato letterale, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'istituto, che è un mezzo per far valere tutte le questioni relative non solo alla mancanza o alla non esecutività del titolo, ma anche quelle che attengono alla eseguibilità e alla concreta attuazione del medesimo.

Il genus delle doglianze da cui può essere investito il giudice degli incidenti ex art. 666 c.p.p., in sostanza, è molto ampio ed investe tutti quei vizi che, al di là delle specifiche previsioni espresse, non potrebbero farsi valere altrimenti, considerata l'esigenza di garantire la permanente conformità a legge del fenomeno esecutivo.

9.1. Il titolo esecutivo, infatti, può essere afflitto da diverse tipologie di vizi, rapportate ai tre momenti fondamentali della fase esecutiva: quello della "esecutività", che

è il presupposto fondamentale del titolo esecutivo e che non prelude alla necessaria sua esecuzione, occorrendo ancora accertare la possibilità reale che esso possa essere eseguito; quello della “eseguibilità”, che ne rappresenta, invece, il contenuto ed ha quindi, per così dire, una portata pratica; quello infine della “esecuzione”, che da concreta attuazione al comando punitivo e che si concretizza una volta accertato che il provvedimento giurisdizionale è esecutivo ed eseguibile.

I vizi che attengono all'esecutività del titolo si traducono in vizi che colpiscono il titolo medesimo, che finisce per essere inefficace ab origine; quelli che attengono al contenuto colpiscono in maniera diretta il titolo esecutivo, che deve essere sostituito, pertanto, con un provvedimento dotato del requisito della eseguibilità; i vizi che incidono sull'attuazione del titolo riguardano la sua esecuzione, che in tanto potrà avere regolare corso in quanto siano garantite le legittime modalità di attuazione.

Ne consegue che qualsiasi doglianza concernente il titolo esecutivo va proposta dinanzi al giudice dell'esecuzione, la cui competenza ha natura funzionale.

9.2. La questione relativa alla non eseguibilità del giudicato di condanna nella parte concernente la specie e l'entità della sanzione irrogata, perché colpita da sopravvenuta declaratoria d'illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117 Cost., comma 1, integrato – quale parametro interposto – dall'art. 7, p. 1, CEDU, non può essere risolta facendo leva sulla norma processuale di cui all'art. 673 c.p.p. (revoca della sentenza per abolizione del reato).

Quest'ultima disposizione completa la disciplina generale sostanziale in tema di successione della legge penale nel tempo e di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, statuendo testualmente che “il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti”.

La norma prende chiaramente in considerazione i fenomeni della depenalizzazione e della incostituzionalità di una determinata fattispecie penale, oggetto della pronuncia irrevocabile, e incide direttamente su questa, cancellandola radicalmente o limitatamente alla parte corrispondente; prevede l'adozione dei provvedimenti conseguenti, nel cui ambito deve certamente farsi rientrare la rimodulazione del trattamento sanzionatorio relativo ad altri illeciti eventualmente confluiti – per la ritenuta sussistenza del vincolo della continuazione o del concorso formale col fatto non previsto dalla legge come reato – nella pronuncia del giudice della cognizione e non coinvolti nell'abolito *criminis* (Corte cost., sent. n. 96 del 1996); non lascia spazio, però, per essere interpretata anche nel senso di legittimare un intervento selettivo del giudice dell'esecuzione sul giudicato formale nella sola parte relativa all'aspetto sanzionatorio ad esso interno e riferibile al titolo di reato non attinto da perdita di efficacia.

L'art. 673 c.p.p., tuttavia, non esclude che, in sede di esecuzione, possano venire in rilievo situazioni diverse che, sebbene in esso non considerate, impongano comunque un intervento parziale sul contenuto del giudicato e una sua modifica: si pensi all'operatività dell'art. 2 c.p., comma 3, più sopra richiamato, che statuisce la conversione della pena detentiva inflitta per un determinato reato con la corrispondente pena pecuniaria introdotta da una legge posteriore; ed ancora, ai casi in cui deve applicarsi il principio di retroattività delle sentenze che dichiarano l'in-

costituzionalità di una norma non nella parte incriminatrice, ma in quella relativa al trattamento penale, declaratoria che ha forza invalidante *ex tunc*, la cui portata, già implicita nell'art. 136 Cost., è resa esplicita dalla L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30.

In particolare, il divieto di dare esecuzione ad una pena prevista da una norma dichiarata illegittima dal Giudice delle leggi è esso stesso principio di rango sovraordinato – sotto il profilo della gerarchia delle fonti – rispetto agli interessi sottesi all'intangibilità del giudicato.

È sulla L. n. 87 del 1953, art. 30, che, ai fini che qui interessano, deve farsi leva, disponendo tale norma di un perimetro operativo più esteso rispetto a quello prescrittivo dell'art. 673 c.p.p..

I commi terzo e quarto del citato art. 30 rispettivamente dispongono che “Le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione” e che “Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano l'esecuzione e tutti gli effetti penali”.

Il riferimento generico alla “norma dichiarata incostituzionale” evoca qualsiasi tipologia di norma penale – comprese quindi quelle che incidono sul quantum sanzionatorio – e non incontra il limite che, invece, contraddistingue la portata applicativa dell'art. 673 c.p.p., circoscritta alla sola “norma incriminatrice” in senso stretto, costitutiva cioè di un autonomo titolo di reato. Ne consegue che non è estraneo alla ratio del richiamato L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, l'impedire che anche una sanzione penale, per quanto inflitta con una sentenza divenuta irrevocabile, venga ingiustamente sofferta sulla base di una norma dichiarata successivamente incostituzionale: la conformità a legge della pena, e in particolare di quella che incide sulla libertà personale, deve essere costantemente garantita dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione (Sez. 1, n. 26899 del 25/05/2012, Harizi, Rv. 253084; Sez. 1, n. 19361 del 24/02/2012, Teteh, Rv. 253338; Sez. 1, n. 977 del 27/10/2011, dep. 13/01/2012, Hauohu, Rv. 252062; in tema di ineseguibilità della porzione di pena riferibile a circostanza aggravante incostituzionale).

È il caso di sottolineare che non può condividersi la tesi, sostenuta da Sez. 1, n. 27640 del 19/01/2012, Hamrouni, secondo cui la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, deve ritenersi, a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 673 c.p.p., implicitamente abrogato, in quanto la relativa disciplina sarebbe stata integralmente assorbita in quella della norma codicistica.

Tale conclusione, oltre ad essere contrastata da quanto enunciato dalla sentenza n. 210 del 2013 della Corte costituzionale, che avalla implicitamente la perdurante operatività nell'ordinamento giuridico della norma in questione, mal si concilia col rilievo che non può esservi abrogazione implicita di una disposizione sostanziale ad ampio spettro, qual è il comma quarto del richiamato art. 30, ad opera di una norma processuale (art. 673 c.p.p.) orientata a disciplinare, in sede esecutiva, la sola ipotesi dell'abrogazione o della declaratoria d'incostituzionalità della norma incriminatrice.

Nè appare dirimente l'argomento in forza del quale la cessazione – prevista dalla L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4, – non solo dell'esecuzione ma di “tutti gli effetti penali” della sentenza irrevocabile di condanna impliche-

rebbe, secondo Sez. 1, Hamrouni, “il radicale presupposto dell’abolitio criminis”, vale a dire la restrizione dell’operatività della corrispondente previsione alle sole norme incriminatrici. È agevole obiettare che il riferimento volutamente generico, contenuto nel richiamato art. 30, comma 4, è certamente comprensivo di queste ultime norme (il che spiega il riferimento alla cessazione anche di “tutti” gli effetti penali), ma nulla induce a ritenere che sia circoscritto soltanto alle medesime.

9.3. Conclusivamente, in tanto il meccanismo di aggressione del giudicato, nella parte relativa alla specie e alla misura della pena inflitta dal giudice della cognizione, è attivabile con incidente di esecuzione, in quanto ricorrono le seguenti condizioni: a) la questione controversa deve essere identica a quella decisa dalla Corte EDU; b) la decisione sovranazionale, alla quale adeguarsi, deve avere rilevato un vizio strutturale della normativa interna sostanziale, che definisce le pene per determinati reati, in quanto non coerente col principio di retroattività in mitius; c) la possibilità d’interpretare la normativa interna in senso convenzionalmente orientato ovvero, se ciò non è praticabile, la declaratoria d’incostituzionalità della medesima normativa (com’è accaduto nella specie); d) l’accoglimento della questione sollevata deve essere l’effetto di una operazione sostanzialmente ricognitiva e non deve richiedere la riapertura del processo.

Ricorrendo tali condizioni, il giudice dell’esecuzione non deve procedere alla revoca (parziale) della sentenza di condanna, ma deve limitarsi, avvalendosi degli ampi poteri conferitigli dagli artt. 665 e 670 c.p.p., a ritenere non eseguibile la pena inflitta e a sostituirla con quella convenzionalmente e costituzionalmente legittima.

Diverso è il caso, come si è avvertito nell’ordinanza del 19 aprile 2012 con la quale si è sollevata la questione di costituzionalità, di una pena rivelatasi illegittima esclusivamente perché irrogata all’esito di un giudizio ritenuto dalla Corte EDU non equo, ai sensi dell’art. 6 CEDU: in questa ipotesi, l’apprezzamento, vertendo su eventuali errores in procedendo e implicando valutazioni strettamente correlate alla fattispecie specifica, non può che essere compiuto caso per caso, con l’effetto che il giudicato interno può essere posto in discussione soltanto di fronte a un vincolante dictum della Corte di Strasburgo sulla medesima fattispecie e attraverso lo strumento della revisione ex art. 630 c.p.p. (come integrato dalla sentenza n. 113 del 2011 Corte cost.), che comporta la riapertura del processo.

10. A norma dell’art. 173, comma 3, disp. att. cod. proc. pen., devono essere enunciati i seguenti principi di diritto:

– “La pena dell’ergastolo inflitta all’esito del giudizio abbreviato, richiesto dall’interessato in base alla L. n. 479 del 1999, art. 30, comma 1, lett. b), ma conclusosi nel vigore della successiva e più rigorosa disciplina dettata dal D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, e in concreto applicata, non può essere ulteriormente eseguita, essendo stata quest’ultima norma ritenuta, successivamente al giudicato, non con-

forme al principio di legalità convenzionale di cui all’art. 7, p. 1, CEDU, come interpretato dalla Corte EDU, e dichiarata incostituzionale per contrasto con l’art. 117 Cost., comma 1”;

– “Il giudice dell’esecuzione, investito del relativo incidente ad istanza di parte e avvalendosi dei suoi poteri di controllo sulla permanente legittimità della pena in esecuzione, è legittimato a sostituirla, incidendo sul giudicato, con quella di anni trenta di reclusione, prevista dalla più favorevole norma vigente al momento della richiesta del rito semplificato”.

11. Alla stregua dell’articolato iter argomentativo sin qui sviluppato e dei principi testè enunciati, il ricorso proposto è fondato e deve essere accolto.

La pena dell’ergastolo inflitta a E.S., con la sentenza del 10 luglio 2001 della Corte di assise d’appello di Catania (irrevocabile il 14 novembre 2004), in applicazione del D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, non può continuare ad essere eseguita. Ciò perché tale norma, definita impropriamente interpretativa, solo per determinarne un effetto retroattivo, è stata dichiarata incostituzionale (sentenza n. 210 del 2013), in quanto viola, conformemente a quanto già ritenuto dalla Corte di Strasburgo, il principio di legalità convenzionale in materia penale di cui all’art. 7, p. 1, CEDU, parametro interposto all’art. 117 Cost., comma 1.

L’E., invero, essendosi avvalso della riapertura dei termini prevista dal D.L. n. 82 del 2000, art. 4 ter, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 144 del 2000, aveva avanzato – nel corso del giudizio d’appello – tempestiva richiesta (12 giugno 2000) di ammissione al rito abbreviato per come disciplinato dall’art. 442 c.p.p., comma 2, ultimo periodo, all’epoca vigente, con l’effetto che aveva acquisito il diritto, in caso di condanna, a vedersi infliggere la pena più mite di anni trenta di reclusione in luogo di quella dell’ergastolo (con o senza isolamento diurno). La novella legislativa di cui al D.L. n. 341 del 2000, art. 7, comma 1, intervenuta prima della sentenza di condanna ed avente contenuto innovativo in peius del regime sanzionatorio, non poteva e non doveva avere, nella situazione data, effetto retroattivo ed essere di ostacolo alla ultrattività della lex mitior sul punto.

La riscontrata esecuzione in atto di una pena rivelatasi incostituzionale, che va ad incidere negativamente sul diritto fondamentale della libertà personale, legittima l’intervento del giudice dell’esecuzione finalizzato a ricondurre in una dimensione di legalità il regime sanzionatorio.

L’ordinanza impugnata, pertanto, deve essere annullata senza rinvio, potendo questa stessa Corte, a norma dell’art. 620 c.p.p., comma 1, lett. l), procedere direttamente alla sostituzione della pena dell’ergastolo con quella di anni trenta di reclusione, legislativamente prevista dall’art. 442 c.p.p., comma 2, nel testo risultante dalla disposizione di cui alla L. n. 479 del 1999, art. 30, comma 1, lett. b).

P.Q.M. – Annulla senza rinvio l’ordinanza impugnata. – *Omissis*.

Sugli effetti *ultra partes* del giudicato di Strasburgo

Daniele Amoroso*

Nella prassi recente, le corti italiane sono state spesso chiamate a dirimere conflitti tra giudicato interno e giudicato internazionale, avendo particolare riguardo ai rapporti tra sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale di condanna. Sino ad ora, la prevalenza del giudicato europeo si era manifestata soltanto in favore del ricorrente risultato poi vittorioso di fronte alla Corte. Questo paradigma sembrerebbe essere stato superato nel caso annotato. Qui, infatti, Corte di cassazione e Consulta sono state concordi nel ritenere che la messa in discussione del giudicato penale contrastante con quello di Strasburgo vada disposta non solo in favore del ricorrente vittorioso dinanzi alla Corte europea, ma anche nei riguardi di chi, pur non avendo tempestivamente adito i giudici di Strasburgo, versò nella sua stessa situazione. La presente nota si propone pertanto di analizzare i problemi giuridici emersi nel caso in esame, prestando particolare attenzione al fondamento dell'efficacia *ultra partes* del giudicato di Strasburgo e della sua prevalenza su quello interno.

Introduzione

Nella prassi recente, le corti italiane sono state spesso chiamate a dirimere conflitti tra giudicato interno e giudicato internazionale¹. Senza dubbio, la giurisprudenza più cospicua riguarda i rapporti tra sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo (d'ora in poi, Corte Edu o Corte europea) e giudicato penale di condanna. In assenza di una normativa che regoli in via generale questa ipotesi, i giudici sono stati costretti ad elaborare soluzioni creative al fine di assicurare la "cedevolezza" del giudicato interno dichiarato illegittimo dalla Corte Edu².

Sino ad ora, la prevalenza del giudicato europeo si era manifestata soltanto in favore del ricorrente risultato poi vittorioso di fronte alla Corte, vale a dire dunque quando il giudicato interno e quello europeo facevano riferimento alle *stesse parti*: il ricorrente, da un lato, e lo Stato italiano, dall'altro³. Questo paradigma sembrerebbe essere stato superato nel caso *Er-*

colano, del quale l'annotata decisione delle Sezioni Unite penali costituisce il capitolo conclusivo. In questa occasione, infatti, Corte di Cassazione e Consulta sono state concordi nel ritenere che la revoca (*rectius*: la modifica) del giudicato penale contrastante con quello di Strasburgo – *in casu*, la sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)*⁴ – vada disposta non solo in favore del ricorrente vittorioso dinanzi alla Corte europea, ma anche nei riguardi di chi, pur non avendo tempestivamente adito i giudici di Strasburgo, versò nella sua stessa situazione.

Si tratta, a ben vedere, di un approdo ermeneutico tutt'altro che scontato, che solleva numerose (e delicate) questioni in materia di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, nonché in tema di efficacia delle sentenze della Corte Edu. Sorprende, quindi, che la vicenda in esame – che pure è stata attentamente seguita da costituzionalisti e (processual)penalisti⁵ – sia stata (quasi) del tutto ignorata dagli studiosi di diritto internazionale⁶.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

¹ V. la prassi riportata in Palombino, *Gli effetti della sentenza internazionale nei giudizi interni*, Napoli, 2008, 93 e segg., cui adde la giurisprudenza relativa all'esecuzione della sentenza della Corte intern. giust. 3 febbraio 2012 nel caso *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia)* analizzata in Cataldi, *L'esecuzione nell'ordinamento italiano della sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso Germania c. Italia: quale equilibrio tra obblighi internazionali e tutela dei diritti fondamentali?*, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 2013, 137 e segg. e Palombino, *Italy's Compliance with ICJ Decisions vs. Constitutional Guarantees: Does the "Counter Limits" Doctrine Matter?*, in *The Italian Yearbook of International Law* 2012, 2013, 187 e segg.

² V., *ex plurimis*, Pustorino, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 2007, 678 e segg.; Castellaneta, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di V. Starace*, vol. I, Napoli, 2008, 618 e segg.; Meli, *Giudicato interno, ruolo del giudice nazionale ed esecuzione delle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2011, 257 e segg., 262-268.

³ Palombino, *Gli effetti*, cit., 152-153.

⁴ V. *infra*, par. 2.

⁵ V., tra in numerosi contributi sul tema, Bignami, *Il giudicato e le libertà fondamentali: le Sezioni Unite concludono la vicenda Scoppola-Ercolano*, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line (www.penalcontemporaneo.it)*, 2014; Lamarque-Viganò, *Sulle ri-*

cadute interne della sentenza Scoppola (ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alla sentenza di Strasburgo), in *Giur. It.*, 2014, 393 e segg.; Carlizzi, *La teoria della successione di leggi nel tempo sul banco di prova del "caso Scoppola" e dei casi analoghi*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, 27 e segg.; Romeo, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta: note sparse a margine di Corte cost. n. 210 del 2013*, *ibid.*, 261 e segg.; Aprile, *Le pronunce della Consulta che hanno definito gli effetti della sentenza della Corte di Strasburgo sul "caso Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 2013, 4388 e segg.; Pugiotto, *Scoppola e i suoi fratelli (l'ergastolo all'incrocio tra giudizio abbreviato, Cedu e Costituzione)*, in *Giur. Cost.*, 2013, 2942 e segg.; Matandola, *Scoppola e altri: "lex mitior" e crisi del giudicato*, *ibid.*, 2949 e segg.; Paonessa, *Condizioni e limiti della retroattività della "lex mitior". A proposito della riquantificazione "in executivis" dell'ergastolo inflitto all'esito di giudizio abbreviato*, *ibid.*, 2952 e segg.; Cravetto, *Osservazioni in tema di successione delle norme sul giudizio abbreviato recanti la previsione della pena*, in *Giur. It.*, 2013, 1385 e segg.; Gambardella, *"Overruling" favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. Pen.*, 2012, 3981 e segg.; Romeo, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line (www.penalcontemporaneo.it)*, 2012; Viganò, *Figli di un dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, *ibid.*

⁶ A quanto ci risulta, l'unico lavoro in tema pubblicato su rivista internazionalistica è la nota di Vitiello, *La Corte di cassazione*

Alla luce di queste premesse, la presente nota si propone di esaminare, in una prospettiva internazionalistica, i problemi giuridici emersi nel caso *Ercolano*, con specifico riguardo al fondamento dell'efficacia *ultra partes* del giudicato di Strasburgo e della sua prevalenza su quello interno. Dopo una breve descrizione della sentenza *Scoppola (n. 2)* e dei problemi di attuazione da essa sollevati (par. 2), passeremo ad esaminare il caso *Ercolano* (par. 3). La decisione delle Sezioni Unite, in particolare, sarà analizzata attraverso il confronto con la sentenza della Corte cost. n. 210/2013, della quale essa costituisce (o meglio, avrebbe dovuto costituire)⁷ il naturale corollario. Nei successivi paragrafi, saranno affrontate le questioni di rilievo internazionalistico che emergono dall'esame del caso *Ercolano*. Anzitutto, ci occuperemo di verificare se, dal punto di vista del sistema Cedu, lo Stato italiano (e, quindi, i suoi giudici) era tenuto ad applicare il principio affermato in *Scoppola (n. 2)* anche ai casi analoghi, nonostante il mancato esperimento di tempestivo ricorso davanti alla Corte europea (par. 4). Una volta appurata l'esistenza di un obbligo internazionale in tal senso, cercheremo di individuare il fondamento – questa volta sul piano interno – della prevalenza del giudicato europeo su quello nazionale nell'ipotesi in cui, pur non essendovi *identità di parti*, vi sia nondimeno *identità di questioni* (par. 5). Nel paragrafo conclusivo (par. 6), esporremo in forma sintetica i risultati della nostra riflessione, interrogandoci sulle possibili implicazioni future del caso *Ercolano*.

Il caso *Scoppola* e i suoi “fratelli”

All'origine della sentenza *Scoppola c. Italia (n. 2)* vi sono gli interventi legislativi che, nel biennio 1999-2000, hanno interessato l'estensibilità, ai reati punibili con l'ergastolo, del meccanismo premiale previsto dall'art. 442 c.p.p. in favore di chi abbia optato per il giudizio abbreviato⁸. Il codice del 1989, infatti, con-

templava tale possibilità, accordando – in caso di condanna – la riduzione della pena a trent'anni di reclusione. Dichiarata incostituzionale per eccesso di delega nel 1991⁹, questa disposizione venne successivamente reintrodotta dalla L. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Legge Carotti). Sennonché, a meno di un anno di distanza, il Governo intervenne nuovamente sulla questione stabilendo, con norma di interpretazione autentica (e, dunque, retroattiva), che la riduzione della pena a trent'anni di carcere doveva intendersi riferita soltanto ai reati punibili con l'ergastolo senza isolamento diurno, mentre la pena dell'ergastolo con isolamento diurno andava sostituita con quella dell'ergastolo (art. 7, D.L. 24 novembre 2000, n. 341).

Per effetto di questa successione di leggi nel tempo, alcuni imputati si trovarono in una posizione decisamente iniqua. Si tratta di coloro che, avendo optato per il rito abbreviato durante la vigenza della Legge Carotti, si sono visti negare – in seguito all'adozione del D.L. n. 341/2000 – la riduzione di pena cui avevano diritto in base alla normativa previgente¹⁰. Uno di questi, Franco Scoppola, propose quindi ricorso dinnanzi alla Corte Edu, lamentando la violazione degli artt. 6 (Diritto ad un equo processo) e 7 (*Nulla poena sine lege*) Cedu. Con sentenza del 17 settembre del 2009, la Grande Camera della Corte europea accolse il ricorso avendo riguardo ad entrambi i parametri convenzionali¹¹. In relazione alla violazione dell'art. 7 Cedu, inoltre, la Corte Edu ebbe cura di indicare la via che lo Stato italiano avrebbe dovuto seguire per dare esecuzione alla sentenza, vale a dire la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione ad anni trenta¹².

Nei confronti di Scoppola, la sentenza ha ricevuto rapida esecuzione nel nostro ordinamento. Con decisione del febbraio 2010, infatti, la Corte di Cassazione, investita di un ricorso *ex art. 625bis* c.p.p., ha provveduto a rimodulare la pena in attuazione di quanto statuito dai giudici di Strasburgo¹³. Rimaneva

italiana e l'incidenza delle sentenze di Strasburgo sulle pronunce interne passate in giudicato, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 2013, 196 e segg.

⁷ In effetti, in seguito alla pronuncia della Consulta, le Sezioni Unite avrebbero dovuto limitarsi a dare attuazione al principio in essa indicato. Il giudice di legittimità, invece, ha inteso ribadire, con dovizia di argomentazioni, il proprio punto di vista sui nodi problematici affrontati dalla Corte Costituzionale, discostandosi talvolta dall'opinione espressa da quest'ultima (sul punto, v. Bignami, cit., 2).

⁸ Si tratta di una vicenda legislativa piuttosto nota che, per brevità di esposizione, verrà in questa sede soltanto tratteggiata. Per un'analisi puntuale della questione, avendo particolare riguardo al profilo della successione delle leggi nel tempo, v. Carlizzi, cit., 28-32.

⁹ Corte cost., 23 aprile 1991, n. 176.

¹⁰ Per dovere di precisione, va ricordato che – a (parziale) tutela di questa categoria di imputati – l'art. 8 del d.l. 341/2000 consentiva loro di revocare la richiesta di giudizio abbreviato ottenendo, in tal modo, l'integrale ripristino dei diritti processuali cui avevano rinunciato in vista della riduzione di pena.

¹¹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 17 settembre 2009, n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*, in *hudoc.echr.coe.int*. (una traduzio-

ne in italiano a cura del Ministero della Giustizia è consultabile alla pagina web www.giustizia.it).

¹² *Ibid.*, par. 154, nonché il punto 6(a) del dispositivo.

¹³ Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, *Scoppola*. È interessante rilevare che, contestualmente alla proposizione del ricorso *ex art. 625bis* c.p.p. da parte di Scoppola, la Procura Generale presso la Corte di Cassazione aveva trasmesso gli atti alla Procura Generale presso la Corte di appello di Roma, al fine di sollecitare l'attivazione di un incidente di esecuzione finalizzato a dare attuazione alla sentenza della Corte Edu. La Corte di Cassazione, pur ritenendo tale *iter* procedimentale “pienamente conforme alla normativa vigente” (e, forse, più adatto del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto), ha ritenuto opportuno, “in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento”, accogliere direttamente la richiesta del ricorrente. Tale atteggiamento da parte della Cassazione si inserisce evidentemente nel solco della tendenza delle corti interne a fare “quanto più possibile” pur di dare pronta esecuzione alle sentenze della Corte Edu (sul punto, v. Pirrone, *The Value of the Judgments of the European Court of Human Rights for the Courts of the Respondent State: Domestic Judicial Decision in Favour of the Applicant and the*

invece aperta la questione relativa alla sorte di quelli che la dottrina ha definito i “fratelli di Scoppola”¹⁴, vale a dire coloro che – pur trovandosi nella sua stessa situazione – non avevano proposto ricorso davanti alla Corte Edu. In riferimento a tale problematica, il Governo italiano, nella relazione presentata al Comitato dei Ministri del Consiglio d’Europa sullo stato di attuazione della sentenza *Scoppola (n. 2)*, osservò che il testo (tradotto) della sentenza aveva ricevuto ampia diffusione presso la magistratura e che i condannati che versavano in una situazione analoga a quella di Scoppola avrebbero potuto sollevare un incidente d’esecuzione per ottenere la rideterminazione della pena¹⁵.

A dispetto della soddisfazione espressa dal Comitato dei Ministri¹⁶, l’idoneità di questa misura a risolvere la questione si è rivelata tutt’altro che pacifica. Da un lato, infatti, molti giudici dell’esecuzione, hanno rigettato le istanze promosse dai “fratelli di Scoppola” sul presupposto che, in relazione ad essi, non era stata accertata alcuna violazione dell’art. 7 Cedu da parte della Corte europea¹⁷. Dall’altro, le (poche) decisioni di accoglimento¹⁸ sono state impugnate, per gli stessi motivi, dalle Procure competenti.

Il caso *Ercolano* tra Sezioni unite e Corte costituzionale

I diversi incidenti d’esecuzione innescati dalla sentenza *Scoppola (n. 2)* sono dunque approdati in Cassazione, ricevendo, tuttavia, un trattamento non uniforme. In un primo momento, alcune sezioni semplici – analogamente a quanto accaduto nel caso *Scoppola* – hanno direttamente proceduto alla rideterminazione della pena¹⁹.

Differente è stato l’iter dell’incidente d’esecuzione sollevato da Salvatore Ercolano ed assegnato, su segnalazione della Prima Sezione, alle Sezioni unite. La diretta attuazione del principio sancito in *Scoppola (n.*

2) risultava preclusa, secondo le Sezioni Unite, dalla perdurante vigenza dell’art. 7 del D.L. n. 341/2000, sulla cui base era stata pronunciata la sentenza definitiva di condanna a carico del ricorrente. Prima di procedere alla riduzione della pena, dunque, si rendeva necessario l’annullamento della norma in questione da parte della Corte costituzionale. I giudici di legittimità, pertanto, sollevavano la questione di costituzionalità del richiamato art. 7 per contrarietà agli artt. 3 e 117 Cost.²⁰.

Con sentenza n. 210/2013, la Consulta, accogliendo (in parte) le argomentazioni delle Sezioni unite, dichiarava l’illegittimità costituzionale della norma in esame per violazione dell’art. 117 Cost., assumendo a parametro interposto l’art. 7 Cedu così come interpretato dalla Corte Edu nella sentenza *Scoppola (n. 2)*²¹.

Le Sezioni unite, infine, investite nuovamente del caso, con decisione del 24 ottobre 2013 (depositata il 7 maggio 2014), hanno conclusivamente accolto il ricorso del sig. Ercolano, sostituendo la pena dell’ergastolo con quella della reclusione ad anni trenta²².

Com’era prevedibile, la questione più spinosa affrontata dalle due Corti ha riguardato la possibilità di derogare al principio di intangibilità del giudicato al fine di attuare una sentenza dei giudici di Strasburgo a beneficio di soggetti diversi dal ricorrente vittorioso. Sebbene apparentemente complesso e, per certi versi, diversificato, il ragionamento seguito da Corte costituzionale e Cassazione su questo punto si snoda lungo una serie di passaggi comuni, agevolmente individuabili, consentendone una trattazione congiunta.

Anzitutto, entrambi i giudici concordano sul punto di partenza: la violazione accertata in *Scoppola (n. 2)* costituisce la conseguenza immediata e diretta di una previsione normativa. Pertanto, anche se tale decisione non può propriamente qualificarsi come sentenza pilota²³, l’obbligo di eseguirla ex art. 46 Cedu non si

Principle of “Doing as Much as Possible”, in *The Italian Yearbook of International Law* 2010, 2011, 181 e segg.).

¹⁴ Tale espressione è stata impiegata per la prima volta da Romeo, *L’orizzonte dei giuristi*, cit.

¹⁵ Cfr. *Appendix to Resolution CM/ResDH(2011)66, Information on the measures taken to comply with the judgment in the case of Scoppola against Italy*, 2.

¹⁶ Comitato dei Ministri, 8 giugno 2011, *Resolution CM/ResDH(2011)661, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Scoppola against Italy*.

¹⁷ Ass. Caltanissetta, 18 novembre 2011 (ord.), Cavallo, in *Diritto Penale Contemporaneo on-line (www.penalecontemporaneo.it)*, 2012; Trib. Spoleto, 13 settembre 2011 (ord.), Ercolano; Ass. App. Palermo, 30 settembre 2011 (ord.), n. 7.

¹⁸ V., ad esempio, Ass. App. Catanzaro, 28 marzo 2011 (ord.), n. 8.

¹⁹ In questo senso, Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, sent. n. 25227.

²⁰ Cass., Sez. un., 19 aprile 2012 (ord.), Ercolano. Le Sezioni Unite, inoltre, avevano sollevato la questione di costituzionalità anche in riferimento all’art. 8 del D.L. n. 341/2000 che, come abbiamo visto (*supra*, nota 8), consentiva la revoca della richiesta

di giudizio abbreviato avanzata durante la vigenza dell’art. 442,2° comma nel testo “Carotti”.

²¹ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210. L’accoglimento è stato solo parziale perché la Consulta ha ritenuto inammissibili la questione di costituzionalità sollevata in relazione all’art. 8 del D.L.n. 324/2000 (par. 6), nonché le censure riguardanti la violazione dell’art. 3 Cost. (par. 8).

²² Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano.

²³ Nell’ordinanza di rimessione alla Consulta, invero, le Sezioni Unite avevano erroneamente qualificato la sentenza *Scoppola (n. 2)* come “sentenza pilota”, facendo leva sulla circostanza che essa evidenziava “un problema strutturale dovuto alla non conformità rispetto alla CEDU dell’art. 7 del d.l. 341/2000” (Cass., Sez. un., 19 aprile 2012 (ord.), Ercolano, par. 3). In realtà, come correttamente osservato dalla Consulta (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.2), la procedura di sentenza pilota ha una struttura più complessa, essendo caratterizzata, per un verso, dalla specifica indicazione da parte della Corte europea, delle misure che lo Stato deve adottare per rimuovere la “violazione strutturale” e, per altro verso, dal contestuale “congelamento” dei ricorsi vertenti sulla medesima questione, nell’ottica di una successiva cancellazione, laddove il problema venga rimosso, o di una nuova condanna, in caso contrario (sulla procedura di sentenza pilota, recentemente

esaurisce nel dovere di *restitutio in integrum* in favore del ricorrente vittorioso, ma presuppone l'adozione di misure di carattere generale idonee "a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola"²⁴.

Ciononostante, ed anche qui vi è comunanza di vedute, sussisterebbe una radicale differenza tra la posizione di chi abbia tempestivamente denunciato l'illegittimità del giudicato interno di condanna davanti alla Corte Edu e chi, invece, non si sia avvalso di tale facoltà²⁵. La necessità di giustificare la "vulnerabilità" del giudicato, infatti, verrebbe in gioco soltanto in questo secondo caso²⁶.

A questo punto, le strade delle due Corti si dividono. Mentre per le Sezioni Unite la messa in discussione del giudicato interno discenderebbe dagli "obblighi internazionalmente assunti dall'Italia" ai sensi dell'art. 46 Cedu²⁷, secondo la Consulta la Cedu non si spingerebbe al punto di imporre la riapertura di situazioni definite con sentenze passate in giudicato. Per il Giudice delle leggi, in particolare, "l'obbligo di adeguamento alla Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo, non concerne i casi, diversi da quello oggetto della pronuncia, nei quali per l'ordinamento interno si è formato il giudicato"²⁸. Eventuali deroghe all'intangibilità del giudicato, pertanto, non potrebbero essere ricavate "dalla Cedu, che non le esige, ma nell'ambito dell'ordinamento nazionale" e, segnatamente, nell'art. 30, 4° comma, L. n. 87/1953, il quale sancisce l'ineseguibilità delle sentenze di condanna (ancorché irrevocabili) pronunciate in applicazione di una norma successivamente dichiarata incostituzionale²⁹.

Quale che sia il percorso seguito, comunque, l'una e l'altra Corte convengono sul punto di arrivo, vale a dire che, nel caso *de quo*, il valore dell'intangibilità del giudicato sia destinato a soccombere nel bilanciamento con altri valori, quali il diritto fondamentale alla libertà personale e alla legalità della pena³⁰.

Efficacia *ultra partes* delle sentenze di Strasburgo e giudicato interno difforme

Come si è visto, tanto la Corte costituzionale quanto le Sezioni unite hanno riconosciuto l'attitudine delle sentenze della Corte europea ad imporre l'adozione di misure di carattere generale, a prescindere dalla loro qualificazione come sentenze pilota. Ben più controversa si è rivelata, invece, la (connessa) questione riguardante l'idoneità del giudicato di Strasburgo a spiegare tale efficacia espansiva anche in relazione a situazioni definite con sentenza passata in giudicato. Secondo la Corte costituzionale, infatti, la Cedu non prescriverebbe un obbligo di questa portata, con la conseguenza che il fondamento della "cedevolezza" del giudicato andrebbe rinvenuta nell'ordinamento interno³¹. In questa prospettiva, dunque, il diritto italiano integrerebbe il sistema europeo di protezione dei diritti umani, offrendo una tutela ulteriore rispetto a quella garantita dalla Cedu.

Invero, questa posizione non è del tutto priva di fondamento. In alcuni casi in cui la violazione accertata discendeva direttamente da una previsione normativa, infatti, la Corte europea, pur rimarcando che gli effetti della sua decisione erano destinati ad espandersi oltre i confini del caso concreto, si è premurata di circoscriverne temporalmente l'ambito di efficacia, facendo salve le situazioni oramai definite (ivi compresi, quindi, i procedimenti conclusi con sentenza passata in giudicato)³². Deve osservarsi, tuttavia, che questa forma di *self-restraint* da parte della Corte Edu non costituisce la regola, quanto piuttosto un'eccezione, dettata dall'esigenza di evitare la messa in discussione di un numero indefinito di rapporti giuridici³³. In assenza di indicazioni di segno opposto, pertanto, le sentenze della Corte europea spiegano efficacia retroattiva e sono suscettibili di incidere, se le circostanze lo richiedono, anche su sentenze passate in giudicato³⁴.

Tale è senz'altro il caso della sentenza *Scoppola* (n. 2). La Corte Edu, invero, dopo aver affermato l'obbligo dello Stato italiano di porre rimedio, attraverso

codificata dall'art. 61 del nuovo Regolamento di procedura della Corte europea, v. Zagrebelsky, *Violazioni "strutturali" e Convenzione europea dei diritti umani: interrogativi a proposito di Broniowski*, in *Dir. Um. Dir. Int.*, 2008, 5 e segg.; Palombino, *La "procedura di sentenza pilota" nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Process.*, 2008, 91 e segg.).

²⁴ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.2; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, par. 3.1.

²⁵ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.3; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, par. 7.

²⁶ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, par. 7.

²⁷ Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, par. 7.1.

²⁸ Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.3.

²⁹ *Ibid.* Come vedremo in seguito (par. 4), tuttavia, quest'affermazione di principio della Consulta appare difficilmente compatibile con altri passaggi della medesima decisione.

³⁰ *Ibid.*; Cass., Sez. un., 24 ottobre 2013, Ercolano, par. 7.

³¹ In dottrina, questa posizione è stata sostenuta da Bignami, cit., 4.

³² Corte eur. dir. uomo, 13 giugno 1979, n. 6833/74, Marckx c. Belgio, par. 58; Id., 30 novembre 2010, n. 23614/08, Henryk Urban e Ryszard Urban c. Polonia, par. 65, in *hudoc.echr.coe.int*.

³³ Juratowitch, *Questioning Prospective Overruling*, in *New Zealand Law Review*, 2007, 393 e segg., 398; Campbell, *The Retrospectivity of Judicial Decisions and the Legality of Governmental Acts*, in *Monash University Law Review*, 2003, 46 e segg., 73-74; Simon, *Implementation of Strasbourg Judgments in Dutch Administrative Law*, in van Emmerik, van Kempen e Barkhuysen, *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, 1999, L'Aja, 295 e segg., 297.

³⁴ Nel caso *Norris c. Irlanda* (Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 1988, n. 10581/83), ad esempio, la Corte, dopo aver accertato l'incompatibilità con l'art. 8 Cedu della legislazione irlandese che criminalizzava le condotte omosessuali tra adulti consenzienti, ha rilevato che tale accertamento avrebbe inevitabilmente prodotto effetti anche al di là del caso concretamente deciso, senza

l'adozione di misure generali, alla violazione derivante dall'applicazione retroattiva dell'art. 7 del D.L. n. 341/2000, non si è preoccupata di far salvi i procedimenti penali definiti sulla base di detta disposizione. Né avrebbe potuto disporre diversamente, dal momento che, al momento dell'emanazione della sentenza, *tutti* i procedimenti in cui questa disposizione era stata applicata retroattivamente erano stati decisi con sentenza passata in giudicato. Alle medesime conclusioni, d'altro canto, può pervenirsi alla luce dell'esame del contegno tenuto dal Governo italiano e dal Comitato dei Ministri nell'ambito del procedimento di controllo sull'esecuzione della sentenza. Entrambi, infatti, sono stati concordi nel ritenere che le misure di carattere generale imposte dal *dictum* della Corte Edu implicavano una parziale modifica del giudicato di condanna nelle situazioni analoghe a quella del ricorrente³⁵.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Consulta, dunque, la messa in discussione del giudicato penale era direttamente ricavabile dall'obbligo di eseguire la sentenza *Scoppola* (n. 2). Sotto questo profilo, pertanto, appare senz'altro più corretto il ragionamento delle Sezioni Unite che, come si è visto, hanno giustificato la deroga all'intangibilità del giudicato con la necessità di tener fede agli obblighi derivanti dall'art. 46 Cedu. Peraltro, la tesi sostenuta dalla Corte costituzionale appare difficilmente conciliabile con numerosi passaggi della stessa decisione nei quali viene istituito un nesso inequivocabile tra la messa in discussione del giudicato penale e la necessità di dare attuazione alla sentenza *Scoppola* (n. 2)³⁶.

Il punto di vista del diritto interno

Avendo riguardo all'efficacia *interna* della sentenza *Scoppola* (n. 2), le due Corti supreme hanno tracciato "un doppio binario"³⁷, distinguendo la posizione del ricorrente da quella di coloro che versano nella sua

stessa situazione. In concreto, tale differenza si è tradotta nel fatto che, mentre il primo ha potuto direttamente chiedere la riduzione della pena in attuazione della sentenza della Corte Edu, per gli altri si poneva preliminarmente la necessità di annullare la norma sulla cui base era stata pronunciata la sentenza di condanna definitiva. Sebbene entrambi i giudici omettano di esplicitare le ragioni di questa, evidentemente fondamentale, distinzione, a noi pare possibile darvi una spiegazione sulla base delle considerazioni che seguono.

Nel primo caso, il giudicato internazionale, essendosi formato tra le stesse parti, sarebbe senz'altro idoneo a rendere inefficace il giudicato interno difforme. Alla "legge del caso concreto" rappresentata dal giudicato penale nazionale, infatti, verrebbe a sostituirsi quella posta dal giudicato di Strasburgo³⁸. In questa prospettiva, non vi sarebbe alcuna necessità di espungere dall'ordinamento la norma applicata nella sentenza interna dal momento che l'efficacia di quest'ultima sarebbe stata "travolta" dalla sentenza della Corte Edu. Sul piano formale, e sul presupposto che la sentenza della Corte europea sia venuta a far parte dell'ordinamento giuridico interno³⁹, la prevalenza del giudicato di Strasburgo può essere spiegata in due modi. Per un verso, può farsi ricorso al criterio della successione degli atti giuridici nel tempo: il giudicato internazionale, dunque, prevarrebbe su quello interno in quanto *lex posterior*. Per altro verso, il conflitto tra giudicato interno ed internazionale può essere risolto, sempre in favore di quest'ultimo, in base al principio del *favor rei*⁴⁰.

Questa strada non è risultata percorribile in riferimento alla seconda ipotesi, che costituisce l'oggetto della decisione annotata. In questo caso, in effetti, non poteva propriamente parlarsi di conflitto tra giudicati non essendovi identità tra le parti del giudizio interno e di quello internazionale⁴¹. Di conseguenza, la sen-

operare alcuna eccezione (par. 50). Ciò significa che l'obbligo, per lo Stato irlandese, di dare attuazione alla sentenza in oggetto avrebbe ricompreso, se necessario, la revoca delle sentenze definitive di condanna formatesi in forza della legge dichiarata convenzionalmente illegittima. Sono diversi, comunque, i casi in cui la Corte Edu ha riconosciuto l'attitudine delle proprie sentenze a mettere in discussione il giudicato nazionale formatosi *in situazioni diverse da quella del ricorrente* (v., ad esempio, Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 2005, n. 46221/99, *Öcalan c. Turchia*, par. 210; Id., 22 giugno 2004, n. 31443/96, *Broniowski c. Polonia*, par. 194).

³⁵ Cfr. Comitato dei Ministri, 8 giugno 2011, *Resolution CM/ResDH(2011)661, Execution of the judgment of the European Court of Human Rights Scoppola against Italy*; nonché l'annessa Appendice *Information on the measures taken to comply with the judgment in the case of Scoppola against Italy*.

³⁶ In un passaggio immediatamente precedente, infatti, la Consulta riconosce in modo piuttosto esplicito che l'obbligo di esecuzione della sentenza della Corte EDU, nel caso in esame, richiederebbe la rimozione degli effetti della violazione riscontrata a livello normativo "nei confronti di tutti i condannati che si trovano nelle medesime condizioni di Scoppola" (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 7.2). Inoltre, la tesi avanzata dalla Consulta si

pone in aperta contraddizione con le argomentazioni da essa adottate per escludere l'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 3 Cost. L'inammissibilità della questione, infatti, viene giustificata dalla Corte Costituzionale alla luce del fatto che essa non atterrebbe "alla necessità di conformarsi a una sentenza della Corte EDU", essendo questa l'unica ipotesi in cui sarebbe ammissibile "un incidente di legittimità costituzionale sollevato nel procedimento di esecuzione nei confronti di una norma applicata nel giudizio di cognizione" (*Ibid.*, par. 8).

³⁷ Tale espressione è impiegata da Lamarque-Vigano, *op. cit.*, 404.

³⁸ Palombino, *Gli effetti*, cit., 21, 152.

³⁹ Come chiarito in dottrina (Conforti, *Diritto internazionale*, X ed., Napoli, 2014, 465), in particolare, tale introduzione avrebbe luogo in virtù dell'ordine di esecuzione del trattato che attribuisce, all'organo giurisdizionale in questione, il potere di emanare decisioni vincolanti.

⁴⁰ Per un'applicazione di questi criteri alle ipotesi di conflitto tra giudicato interno e giudicato internazionale, v. ancora Palombino, *Gli effetti*, cit., 90-92.

⁴¹ Sul rilievo, a questi fini, del requisito dell'identità delle parti tra giudicato interno e giudicato internazionale, v. Mosler, *Supra-*

tenza nazionale applicativa della norma incompatibile con la Cedu era ancora valida ed efficace. Ciò spiega perché, in quest'ipotesi, l'attuazione della sentenza *Scoppola (n. 2)* richiedeva il previo annullamento della disposizione in questione attraverso l'incidente di costituzionalità. Resta ancora da chiarire, tuttavia, come giustificare – dal punto di vista del diritto italiano – la proposizione di una questione di legittimità costituzionale di una norma applicata nel giudizio di cognizione, in un momento successivo alla sua definizione con efficacia di giudicato. Questa possibilità, infatti, sarebbe di regola esclusa, come dimostrato dal fatto che, nel caso in esame, la Consulta ha dichiarato inammissibile – proprio per tale motivo – l'incidente di costituzionalità relativo all'art. 3 Cost.⁴²

A nostro avviso, questa (indubbia) deviazione dai principi generali si spiega alla luce delle peculiarità del parametro costituzionale rappresentato dall'art. 117 Cost. Il “rinvio mobile”⁴³ operato da questa norma ai trattati stipulati dall'Italia, invero, include anche quelle disposizioni, come l'art. 46 Cedu, che impongono il rispetto delle decisioni di un organo internazionale (in questo caso, la Corte europea)⁴⁴. Per il tramite dell'art. 117 Cost., dunque, gli obblighi derivanti da queste decisioni divengono, di volta in volta, parametro interposto nel giudizio di costituzionalità delle leggi, vale a dire *ius superveniens* (sub-)costituzionale⁴⁵. A ben vedere, è esattamente il carattere di *ius superveniens* delle decisioni della Corte europea che giustifica la differenziazione operata dalla Consulta. L'efficacia preclusiva derivante dalla definizione del giudizio di cognizione, infatti, copre soltanto le questioni di legittimità costituzionale che avrebbero potuto essere sollevate durante il procedimento. Tale preclusione, invece, non coprirebbe la sentenza sopravvenuta della Corte Edu, la quale costituirebbe un *nuovo* parametro di costituzionalità, che non era stato possibile invocare durante il giudizio di cognizione.

La ricostruzione proposta consente altresì di chiarire un ultimo aspetto emerso nelle decisioni relative al caso *Ercolano*. Ci riferiamo al fatto che entrambe le Corti non si sono limitate a prendere atto del principio di diritto stabilito nella sentenza *Scoppola (n. 2)* e a darvi applicazione, ma ne hanno preliminarmente verificato la conformità a Costituzione, attraverso un'opera di bilanciamento tra i valori in essa tutelati (libertà personale, legalità della pena) ed il principio di intangibilità del giudicato. Questo controllo preliminare di costituzionalità, infatti, appare consequenziale al rango sub-costituzionale che abbiamo inteso attri-

buire alle sentenze della Corte Edu. Ciò risulta peraltro in linea con la tendenza, manifestata a più riprese dalla Consulta, a condizionare l'ingresso di norme e principi internazionalistici ad una preventiva valutazione della loro conformità ai principi costituzionali (cd. teoria dei controlimiti)⁴⁶.

Considerazioni conclusive

È possibile, a questo punto, esporre in forma sintetica i risultati della nostra riflessione. Alla luce di quanto osservato, le sentenze della Corte Edu che individuano un problema strutturale impongono, se le circostanze lo richiedono e a prescindere dalla loro qualificazione come sentenze-pilota, la messa in discussione del giudicato nazionale, non solo nei confronti del ricorrente vittorioso, ma anche nei riguardi di chi versi nella sua stessa situazione. Le modalità di adeguamento del diritto italiano a queste sentenze, tuttavia, variano a seconda dell'ipotesi presa in considerazione. In relazione al ricorrente, infatti, il giudicato di Strasburgo rende inefficace quello interno, sostituendosi ad esso, con la conseguenza che il giudice italiano deve limitarsi a svolgere un ruolo meramente “esecutivo”, rimuovendo o modificando il giudicato nazionale per quanto di ragione. Per quel che concerne gli altri, invece, la sentenza di Strasburgo – pur non incidendo in modo immediato e diretto sul giudicato interno – rappresenta, per il tramite del rinvio effettuato dall'art. 117 Cost., *ius superveniens* sub-costituzionale. Questa caratterizzazione porta con sé un duplice ordine di conseguenze. Da un lato, la sopravvenienza di questo *novum* consente al giudice interno di riconsiderare situazioni definite con efficacia di giudicato. Dall'altro lato, però, la “cedevolezza” del giudicato non costituisce un esito scontato, dovendosi prima verificare, attraverso un'operazione di bilanciamento, se questa trovi una valida giustificazione nei valori tutelati dalla sentenza della Corte Edu. E ciò perché l'intangibilità del giudicato costituisce un valore costituzionalmente tutelato cui le sentenze della Corte Edu, in quanto parametro interposto, devono in linea di principio sottostare.

Appare lecito chiedersi, in sede conclusiva, se lo schema seguito nel caso *Ercolano*, che prevede il coinvolgimento della Corte costituzionale, sia il solo logicamente concepibile e se il giudicato di Strasburgo sia in grado di spiegare gli stessi effetti nei confronti del giudicato civile o amministrativo.

Alla prima domanda deve darsi risposta negativa. Il coinvolgimento della Consulta, invero, si è reso neces-

national Judicial Decisions and National Courts, in *Hastings International and Comparative Law Review*, 1981, 425 e segg., 456-457; Palombino, *Gli effetti*, cit., 27-28.

⁴² Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, par. 8.

⁴³ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349, par. 6.2.

⁴⁴ Conforti, *op. cit.*, 465.

⁴⁵ In questo senso, peraltro, sembrerebbe porsi Corte cost., 7 giugno 2012 (ord.), n. 150, dove – almeno secondo una parte della dottrina (Pellizzone, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e*

giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. n. 150 del 2012 della Corte costituzionale, in *Rivista Telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2012, 2, 6-7) – la Consulta avrebbe trattato una sentenza sopravvenuta della Corte Edu alla stregua di *ius superveniens*.

⁴⁶ In senso analogo, v. già Lamarque-Vigano, *op. cit.*, 405. Sulla teoria dei controlimiti, recentemente applicata in Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, v. Conforti, *op. cit.*, 358-360.

sario perché la violazione strutturale rilevata dalla Corte Edu era riconducibile ad un atto avente forza di legge. È noto, tuttavia, che violazioni di tipo sistematico possono derivare anche da una giurisprudenza (o una prassi amministrativa) consolidata⁴⁷. Si pensi ad una serie di sentenze, passate in giudicato, che abbiano applicato un principio di diritto o abbiano confermato una prassi amministrativa successivamente dichiarati incompatibili con la Cedu. In questo caso, l'esecuzione *ultra partes* della sentenza di Strasburgo sarà affidata ai soli giudici comuni, fatto salvo in ogni caso il potere-dovere di questi ultimi di verificare preliminarmente se la deroga al principio del giudica-

to trovi una valida giustificazione nella necessità di proteggere valori ritenuti prevalenti all'esito di un'opera di bilanciamento.

Quanto al secondo quesito, è senz'altro possibile che l'esecuzione di una sentenza della Corte Edu richieda la messa in discussione del giudicato civile o amministrativo formatosi in relazione ad una situazione analoga a quella del ricorrente⁴⁸. Tuttavia, dal momento che in queste ipotesi difficilmente verrà in rilievo la protezione di valori pregnanti quali la libertà personale o la legalità della pena, non è improbabile che la descritta operazione di bilanciamento si risolva a favore dell'intangibilità del giudicato nazionale.

■ Misure cautelari e responsabilità genitoriale

Cassazione penale, Sez. I, 31 gennaio 2014 (ud. 12 dicembre 2013), n. 4748 – Pres. Cortese – Rel. Barbarisi – P.M. Iacoviello (diff.) – Avv. Iaria – Ric. Alvaro

Annulla con rinvio, Trib. lib. Reggio Calabria, 19 aprile 2013

Misure cautelari personali – Disposizioni generali – Scelta delle misure (criteri) – Imputato con prole convivente di età inferiore a sei anni – Moglie in precarie condizioni di salute e tenuta anche ad assistere altro figlio portatore di grave malattia – Divieto di custodia in carcere – Sussistenza

In tema di misure cautelari personali, sussiste il divieto di disporre o mantenere la custodia in carcere, ai sensi dell'art. 275, 4° comma, c.p.p., nei confronti di un imputato padre convivente di prole di età inferiore ai sei anni, qualora la madre sia impossibilitata a dare assistenza al bambino versando in precarie condizioni di salute e dovendo provvedere anche alle necessità di altro figlio minore, portatore di una grave malattia.

Ritenuto in fatto: 1. – Con ordinanza deliberata in data 19 aprile 2013, depositata in cancelleria il 22 aprile 2013, il Tribunale di Reggio Calabria rigettava l'appello avanzato nell'interesse di A.A. avverso il provvedimento che, a sua volta, rigettava l'istanza di revoca o sostituzione della misura custodiale in carcere applicata dalla Corte di Appello di Reggio Calabria in data 3 gennaio 2013.

In via di premessa, il giudice chiariva che, sulla questione della operatività nella fattispecie dell'ipotesi di cui all'art. 275 c.p.p., comma 4, come richiesto dal ricorrente, lo stesso Tribunale del riesame si era già pronunciato osservando

che, se era vero che il ricorrente aveva tre figli di cui uno infraseenne e un altro di anni quindici affetto da patologie che non lo rendevano autonomo, e che la moglie, a sua volta, era affetta da una propria importante patologia che le impediva di occuparsi del figlio infraseenne essendo tutte le sue energie assorbite nella cura dell'altro figlio disabile, nella fattispecie non ricorreva l'ipotesi detta in quanto la norma citata tutelava esclusivamente il coniuge del soggetto attinto dalla misura cautelare che si trovi per una propria condizione personale, nella assoluta impossibilità di prendersi cura della prole inferiore a sei anni, sicché il doversi prendere cura di un figlio portatore di handicap non integrava quella condizione di assoluta impossibilità richiesta dalla norma.

2. – Avverso il citato provvedimento, tramite il proprio difensore avv. Giacomo Iaria, ha interposto tempestivo ricorso per cassazione A.A. chiedendone l'annullamento per violazione di legge e vizi motivazionali.

In particolare veniva rilevata la nullità dell'ordinanza per violazione dell'art. 310 c.p.p., in combinato disposto con l'art. 275 c.p.p., comma 4, con riferimento all'art. 606 c.p.p., lett. b), c) ed e); il giudice non ha tenuto conto che la moglie dell' A. sia per le sue condizioni di salute che per lo stato di detenzione del marito e ancora per le gravi condizioni di salute del figlio di quindici anni non era in grado di accudire il figlio infratreenne.

Tale quadro non poteva che essere considerato in termini di prevalenza sulle attuali esigenze cautelari detentive del prefato tenuto conto peraltro che, prima dei reati in esecuzione l' A. era incensurato.

Osserva in diritto: 3. – Il ricorso è fondato e merita accoglimento: l'ordinanza impugnata va annullata con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Reggio Calabria.

3.1 – Questa Corte di legittimità ha sempre ritenuto che l'art. 275 c.p.p., comma 4, in coerenza con il dato testuale, oltre che con la ratio della norma, vada interpretato nel senso che il divieto di applicazione della custodia cautelare

⁴⁷ Cataldi, *Gli effetti della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel sistema della Convenzione*, in Fragola, *La cooperazione fra corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, 51 e segg., 62.

⁴⁸ Questo punto è stato affrontato dal Comitato dei Ministri nel Memorandum esplicativo annesso alla Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio 2000, relativa, appunto, all'obbligo di riaprire i

procedimenti interni in seguito ad una sentenza di condanna della Corte europea (reperibile alla pagina web *wcd.coe.int*). Al punto 10 del Memorandum, infatti, il Comitato dei Ministri ha chiarito che l'obbligo di mettere in discussione il giudicato nazionale, pur essendo riferito in linea di principio alle sentenze penali di condanna, può riguardare – se le circostanze lo richiedono – anche il giudicato civile o amministrativo.

in carcere nei confronti di genitore di prole di età inferiore ai tre anni, costituisce norma eccezionale, non applicabile estensivamente ad ipotesi non espressamente contemplate (v. Cass. Sez. 5, sent. n. 27000/2009, rv. 244485; Sez. 1, sent. n. 8965/2008, rv. 239132; Sez. 5, sent. n. 33850/2006, rv. 235194; Sez. 5, sent. n. 38067/2006, rv. 235757; Sez. 2, sent. n. 5664/2007 rv. 236128). Ed è stato altresì deciso che, in tema di misure cautelari personali, il mantenimento della misura della custodia cautelare in carcere nei confronti dell'indagato padre di prole infratreenne, sussistendo l'impossibilità della madre di prestare assistenza al minore per impedimento dovuto alle proprie condizioni di salute, non può essere giustificato avendo riguardo alla presenza di altri familiari o di strutture assistenziali, in quanto ad essi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia (Cass., Sez. 5, 9 novembre 2007, n. 41626, rv. 238209).

3.2 – Ciò posto, nella fattispecie, il giudice non pare aver preso in debita considerazione l'eventualità che l'assoluta impossibilità palesata in atti esorbitasse dalla situazione di semplice impedimento della madre derivando piuttosto dalla duplice attestazione della condizione di malattia sia

della madre medesima che deve accudire il figlio infratreenne sia del figlio maggiore convivente di quindici anni portatore di una malattia grave, condizione quest'ultima che già sarebbe di per sé in grado di assorbire tutte le energie di un genitore in buone condizioni di salute. Il ricorrente, in altri termini, anche discostandosi dal contenuto della precedente istanza (sicché non è ravvisabile quella preclusione processuale rilevata dal Procuratore generale di udienza) ha evidenziato una grave situazione di alterazione nella gestione del minore di tre anni in conseguenza di una condizione di patologia del genitore presente n (che avrebbe a sua volta necessità di un'assistenza autonoma) che allo Stato, e tenuto conto della descritta situazione familiare, non può essere fronteggiata se non con il genitore in custodia detentiva. Tali rilievi richiedevano da parte del giudice argomentazioni più approfondite e pregnanti oltre che congrue e non contraddittorie.

4. – Ne consegue che deve adottarsi pronuncia ai sensi dell'art. 623 c.p.p., come da dispositivo.

Si deve altresì provvedere agli incumbenti di cui all'art. 94 disp. att. c.p.p., comma 1 ter.

P.Q.M. Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Reggio Calabria.

Dispone trasmettersi, a cura della cancelleria, copia del provvedimento al direttore dell'Istituto penitenziario, ai sensi dell'art. 94 disp. att. c.p.p., comma 1 ter.

I limiti alla carcerazione in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori

Giuseppe Bellantoni

Il principio di diritto affermato dalla qui sopra pubblicata sentenza della suprema Corte, in tema di limiti alla carcerazione cautelare a tutela del rapporto genitoriale con figli minori, offre all'Autore l'adito per una puntuale e completa ricostruzione sistematica dell'intera disciplina dei limiti carcerari, posti svariamente dal nostro ordinamento, ai fini della salvaguardia del predetto rapporto genitoriale. La disamina, condotta dunque a tutto campo, viene così estesa, oltre che alla fase cautelare, anche alla fase esecutiva, risultando in tal modo possibile, allora, mettere in luce le molteplici incongruità esistenti in genere nel sistema e, in specie, le illogiche disomogeneità tra disciplina della fase cautelare e disciplina della fase esecutiva, a cui di certo occorrerebbe legislativamente porre debito rimedio.

Premessa

La sentenza in epigrafe ben si presta a fornire lo spunto per una riflessione ad ampio raggio in ordine ai limiti alla carcerazione posti in genere dal nostro ordinamento in funzione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori, offrendo così il destro anche per una non inopportuna ricostruzione sistematica della disciplina di questo particolare argomento.

L'intervento della suprema Corte, per vero, incide su un profilo peculiare, pur se non certo lieve, della materia, peraltro segnatamente riferito allo specifico contesto scenico connesso alla fase cautelare.

Appare così allora il caso di subito rilevare che l'incidenza della *ratio* di tutela del rapporto genitoriale con figli minori, quale motivo ritenuto legislativamente valido per l'imposizione di limiti alla carcerazione, oltre che nella fase cautelare, si proietta e si articola, altresì – e non sarebbe potuto di certo essere altrimenti,

ti, attesa la natura degli interessi coinvolti –, pure nella fase esecutiva del procedimento penale.

E, dunque, la nostra, seppur breve, riflessione, dovrà, per motivi di completezza, necessariamente essere estesa anche su quello specifico versante.

Tutela del rapporto genitoriale con figli minori e limiti alla custodia cautelare in carcere. La tipologia e i profili del rapporto genitoriale specificamente tutelati dal legislatore

Per quanto, in specie, riguarda la fase cautelare, il punto cardine dell'attuale assetto normativo afferente alla materia che ci occupa, è costituito, come è noto, dal disposto contenuto nell'art. 275, 4° comma, primo periodo, c.p.p.

Il disposto stesso, frutto di varie stratificazioni normative, via via variegatamente operate nel tempo¹, nella sua attuale struttura, così come da ultimo cristal-

¹ Dapprima tramite il D.L. 9 settembre 1991, convertito in L. 8

novembre 1991, n. 356, e, di poi, tramite la L. 8 agosto 1995, n. 332 e la L. 22 luglio 1999, n. 231.

lizzata per effetto della L. 21 aprile 2011, n. 62, stabilisce testualmente che “quando imputati siano donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole, non può essere disposta né mantenuta la custodia cautelare in carcere, salvo che sussistano esigenze cautelari di eccezionale rilevanza”.

Orbene, ciò che *in primis* appare necessario enucleare, in punto, sono gli esatti e specifici termini della tipologia del rapporto genitoriale ritenuto dal legislatore meritevole di tutela nei confronti dell'ipotesi di carcerazione cautelare, andandosi con ciò quindi a delineare i termini esatti del suo ambito di estensione concettuale, quale interesse sociale valido, così, ad imporre limiti alla carcerazione stessa.

Giova al riguardo preliminarmente rilevare che la predetta nozione, nell'ambito della formulazione dell'art. 275, 4° comma, c.p.p., è stata significativamente fatta oggetto di continue espansioni e dilatazioni normative.

Essa, infatti, in un primo momento², risultava riferita esclusivamente alle ben ristrette e ridotte contingenze in cui “imputata è una persona incinta o che allatta la propria prole”.

E solo in un momento successivo³, essa veniva invece ben più ampiamente estesa alle evenienze in cui “imputati siano donna incinta o madre di prole di età inferiore a tre anni con lei convivente, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”.

Per poi, assumere, in fine, l'attuale, e sopra trascritta, ancor più estesa configurazione.

È così possibile riscontrare, allora, che la tipologia del rapporto genitoriale fatto oggetto di tutela, da una originaria concezione rapportata, in un assai ristretto orizzonte visuale, esclusivamente alla figura genitoriale materna, e, per di più, restrittivamente e perentoriamente circoscritta in modo, per così dire, illogico, oltre che inumano, alle sole ipotesi di donna “incinta” e di donna “che allatta la propria prole”, è andata a dilatarsi e a finalmente ricomprendere anche la figura genitoriale paterna.

Oltre che via via ad estendere fino a sei anni l'età dei figli minori fatti oggetto della tutela.

Cosicché, nella attuale concezione, il rapporto genitoriale preso legislativamente in conto, ai fini specificamente qui in discorso, è quello comunque afferente la “donna incinta”, o la donna “madre di prole non superiore a sei anni con lei convivente”, ovvero il “padre [di detta prole], qualora la madre sia deceduta

o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”.

(Segue) La filosofia di fondo

La filosofia di fondo di questo travaglio legislativo appare in ogni caso ben evidente.

Essa, invero, figura agevolmente da riconnettersi alla volontà legislativa di protezione, oltre che del nascituro, anche del minore di tenera età, nella peculiare ottica di evitare che, appunto, la sua formazione possa essere gravemente pregiudicata dall'assenza della figura genitoriale⁴, rapportabile, nello specifico contesto qui ora in esame, a vicende di carcerazione cautelare.

E, dunque, da un lato, attraverso la menzionata previsione di cui all'art. 275, 4° comma, primo periodo, si è provveduto a statuire il divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere, precludendo la possibilità di disporre, o di mantenere, detta misura, nei confronti della donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, nonché del padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole.

E, dall'altro lato, e in modo corrispondente, si è altresì reso necessario individuare⁵ nuove forme di realizzazione delle misure cautelari già esistenti. Prevedendosi la possibilità di disporre gli arresti domiciliari presso, ove istituita, una “casa famiglia protetta” (art. 284, 1° comma, ultimo inciso, c.p.p.) ed introducendo la misura della “custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri” (art. 285 *bis* c.p.p.).

La scelta della misura cautelare, dunque, si atteggia in modo differenziato in considerazione della esistenza di specifiche situazioni soggettive, ritenute assolutamente e doverosamente meritevoli di tutela dal legislatore, pure su impulso, anche cogente, di *input* normativi, tra l'altro, di fonte costituzionale, quali quelli volti alla salvaguardia della maternità, dell'infanzia, dell'integrità psico-fisica dei figli minori e della salute (artt. 30, 31, 32), nonché di fonte sovranazionale (Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia del 20 novembre 1989, fatta da noi oggetto di ratifica con L. 27 maggio 1991, n. 176, recante in rubrica “Ratifica ed esecuzione della Convenzione sui diritti del fanciullo”, in cui, ad esempio, l'art. 3, 1° comma, statuisce che “in tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private, dei tribunali o degli organi legislativi”, “l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”)⁶.

Il bilanciamento tra la pluralità di esigenze config-

² Segnato dal D.L. 9 settembre 1991, convertito in L. 8 novembre 1991, n. 356 cit.

³ Segnato dalla L. 8 agosto 1995, n. 332 cit.

⁴ La L. 21 aprile 2011, n. 62 cit. – su cui, v. più ampiamente F. Fiorentin, *Tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori*, in *Giur. di Merito*, 2011, 2616 e segg. –, del resto, risulta eloquentemente giustappunto intitolata, seppur in modo riduttivo e supe-

rato, in quanto letteralmente ancora riferito, in maniera non corretta, alla sola figura genitoriale femminile, “Modifiche al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, e altre disposizioni a tutela del rapporto tra detenute madri e figli minori”.

⁵ Attraverso interventi operati dalla L. 21 aprile 2011, n. 62 cit. Al riguardo, v. più approfonditamente *infra*, paragrafo 6°.

genti – quali quelle di tutela del bambino, sopra indicate, da un lato, e ragioni di giustizia e di sicurezza pubblica, dall'altro lato – si concretizza dunque nel divieto di applicabilità della misura cautelare carceraria, che, quindi, “non può essere disposta né mantenuta”.

L'estensione, poi – sussistendo i presupposti legislativi rapportati al decesso o alla assoluta impossibilità della madre, che da qui a poco saranno meglio analizzati⁷ –, della disciplina normativa limitativa della carcerazione cautelare anche a favore del padre del minore, conferma doverosamente l'istituto alle coordinate costituzionali e sovranazionali in tema di valorizzazione del contributo della figura genitoriale maschile nella formazione e nello sviluppo del bambino.

Del resto, e per l'appunto, nel linguaggio normativo in *subjecta materia*, il diritto-dovere di assistenza morale e materiale nei confronti dei figli, previsto dall'art. 30, 1° comma, Cost., nonché dagli artt. 147 e 315 *bis* c.c.⁸, risulta senz'altro esplicitamente riferito, in modo del tutto cumulativo, ad entrambi i genitori (ai “genitori” *tout court* si riferisce letteralmente, infatti, l'art. 30, 1° comma, Cost.; ad “ambedue i coniugi”, si riferisce letteralmente, dal suo canto, l'art. 147 c.c.; ed ancora ai “genitori” *tout court* si riferisce letteralmente, altresì, l'art. 315 *bis* c.c.).

(Segue) L'ambito dell'operatività del divieto di custodia carceraria

Salvo il sempre, e indiscriminatamente dovuto, accertamento in ordine alla sussistenza di “esigenze cautelari di eccezionale rilevanza”, la cui eventuale presenza paralizza la cogenza del divieto, e di cui si dirà meglio in seguito⁹, l'operatività del divieto stesso, di disporre o di mantenere la custodia cautelare in carcere, appare delinearci in modo differenziato a seconda della specifica figura genitoriale interessata.

Con riguardo alla figura genitoriale materna che

versi in una delle ipotesi tipizzate dalla norma di cui all'art. 275, 4° comma, c.p.p. (quando, cioè, imputata sia donna “incinta” o “madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente”), il divieto di disporre o di mantenere la custodia cautelare in carcere appare, secondo la struttura della norma stessa, come operante *tout court*.

Esso, cioè, non apparendo subordinato ad alcuna condizione di operatività, non comporta l'esplicazione, da parte dell'autorità giudiziaria, di accertamenti o valutazioni di sorta, se non quelli, ovviamente, connessi alla verifica della reale sussistenza dei sopra trascritti presupposti di fatto (*id est*, che si tratti effettivamente di donna incinta ovvero di madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente).

Non così avviene, invece, quando imputato sia il padre.

In tal caso, invero, l'operatività del divieto carcerario – come già sopra rilevato¹⁰ – figura normativamente subordinato alla circostanza che “la madre sia deceduta” o che essa sia “assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”, in quanto, in definitiva, nella fattispecie *de qua* il rapporto genitoriale paterno è visto, per così dire, come “suppletivo” di quello materno, nella specie non suscettibile di esercizio.

Il che implica dunque, nel caso concreto, l'accertamento giudiziale della sussistenza di una delle due specifiche condizioni di operatività del divieto carcerario stesso.

E, se l'accertamento della prima di esse (cioè, che la madre sia deceduta), essendo riferito ad una oggettiva situazione di fatto, resta in linea di principio immune dal rischio di valutazioni discrezionali, l'accertamento della seconda condizione di operatività (cioè, che la madre sia “assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”), di contro, non ne figura affatto esente, prestandosi invero a diversità interpretative¹¹.

Certo, il rigido e perentorio linguaggio specifica-

⁶ Specificamente rilevante in punto appare altresì, a livello sovranazionale, il rapporto tematico sulla violenza contro le donne presentato all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 15 giugno 2012, dal relatore speciale dell'ONU, in cui, tra l'altro, con specifico riferimento allo stato della situazione in Italia – cfr. Un General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences. Mission to Italy*, Rashida Manjoo, A/HRC/20/16/Add. 2, 15 giugno 2012, pp. 22-23 – figurano formulate, al nostro Governo, alcune “raccomandazioni”, anche – v. sez. VII. A – sul piano delle “Riforme legislative e politiche”, quale quella (cfr. lett. g) di “promuovere l'utilizzo delle esistenti misure cautelari alternative alla detenzione, degli arresti domiciliari e di carceri a bassa sicurezza per le donne con figli minori, tenuto conto che la maggior parte di esse si trovano detenute per reati che non sono di violenza nei confronti della persona e tenuto conto dell'interesse preminente del minore”.

⁷ V. paragrafo seguente.

⁸ Su cui peraltro ha di recente inciso il D.Lgs. 28 dicembre 2013, n. 154.

⁹ V. *infra*, paragrafo seguente.

¹⁰ V. paragrafo precedente.

¹¹ V. svariamente, ad esempio, Cass., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 27000 e Cass., Sez. I, 4 marzo 2008, n. 14651, che – in linea con un indirizzo tendenzialmente coriaceo – escludono l'operatività del divieto carcerario in via automatica allorché l'impossibilità sia costituita dall'attività lavorativa della madre, considerato che la valutazione della assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole, in punto, costituisce questione squisitamente di merito che, in quanto sostenuta da motivazione idonea e pertinente, si sottrae al sindacato di legittimità; Cass., Sez. IV, 2 luglio 1996, n. 1697, riferita all'ipotesi della necessità di un intervento chirurgico a carico della madre; Cass., Sez. V, 28 maggio 2009, n. 27000 cit. e Cass., Sez. I, 17 gennaio 2008, n. 8965, che rimarcano come il divieto, in coerenza con il dato testuale, oltre che con la *ratio* della norma, vada interpretato quale disposizione eccezionale, non applicabile estensivamente ad ipotesi non espressamente contemplate, di guisa che – cfr. Cass., Sez. IV, 16 luglio 2009, n. 42516, Sanchez Savedra – è da ritenersi legittimo il provvedimento con il quale venga respinta la richiesta di sostituzione della custodia cautelare in carcere con gli arresti domiciliari, avanzata da parte dell'indagato sul presupposto della gravidanza della moglie, prossima ad essere ricoverata per partorire, e impossibilitata pertanto ad assistere gli altri figli minori.

mente utilizzato dal legislatore per descrivere questa seconda condizione, quale limite costitutivo del divieto alla carcerazione cautelare dell'imputato, padre di prole di età non superiore a sei anni, pare evocare scenari estremi di impossibilità della madre.

Esso, infatti, puntualizza che la madre debba essere "assolutamente" impossibilitata a dare assistenza alla prole.

Il che, letteralmente, sta a significare che la madre sia "del tutto", "completamente"¹², impossibilitata a dare assistenza alla prole stessa.

Di talché, in definitiva, senza la presenza e l'intervento suppletivi del padre, la prole di età non superiore a sei anni rimarrebbe priva di ogni infungibile forma di assistenza genitoriale. Venendo del tutto meno, invero, la possibilità di esercizio, nei confronti di tali figli, dello specifico "obbligo" – stabilito in capo ai coniugi dall'art. 147 c.c. – di "mantener[li], istruir[li], educar[li] e assister[li] moralmente (...), nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni, secondo quanto previsto dall'articolo 315 bis" c.c. Il quale, specularmente, sancisce a sua volta, per il figlio, il "diritto" "di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni (...) [e] di crescere in famiglia e di mantenere rapporti significativi con i parenti". Oltre che, se "minore che abbia compiuto gli anni dodici, e anche di età inferiore ove capace di discernimento, (...) di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

Senza, dunque, l'intervento suppletivo del padre, la prole infrascenne rimarrebbe totalmente sprovvista della detta, infungibile, assistenza genitoriale. In modo, in fin dei conti, praticamente omologo a quanto avviene nella speculare, e normativamente parificata, contingenza che si verifica allorché "la madre sia deceduta".

Ne consegue così, necessariamente, anche in questo caso, in vista della dovuta tutela del bambino, l'operatività del divieto di carcerazione per l'imputato-padre.

Ed è proprio su questo specifico aspetto della disciplina normativa in esame che, con apprezzabile, ed apprezzato, esercizio di accuratezza nomofilattica, viene ad inserirsi l'intervento della Corte suprema, qui indicato in epigrafe.

In esso, in specie, figura ben esattamente affermato e puntualizzato che, a fronte della impossibilità della madre di prestare assistenza al minore per impedi-

mento dovuto alle proprie condizioni di salute, l'operatività del divieto di carcerazione cautelare nei confronti del padre agisce anche nel caso in cui i figli minori possano essere affidati a congiunti o a altri familiari disponibili o a strutture assistenziali.

E ciò, in quanto a quest'ultimi il legislatore non riconosce alcuna funzione sostitutiva, considerato che le esigenze di sviluppo e di formazione del bambino nei primi anni di vita, e la sua stessa tutela psicofisica, possono essere gravemente pregiudicate dall'assenza di una figura genitoriale, "la cui infungibilità deve, pertanto, fin dove è possibile, essere assicurata, trovando fondamento nella garanzia che l'art. 31 Cost. accorda all'infanzia"¹³.

Mette conto, in fine, di rilevare che, con riguardo alla fattispecie riguardante il divieto di carcerazione nei confronti dell'imputato-padre, la norma di cui all'art. 275, 4° comma, primo periodo, c.p.p., nel delinearne le condizioni operative, omette di specificare – cosa che avviene invece con riferimento alla fattispecie riguardante il divieto di carcerazione nei confronti dell'imputata-madre – che la prole di età non superiore ai sei anni sia con lui "convivente".

Ma, per vero, non pare di certo potersi dubitare circa l'essenzialità di questo requisito.

La *ratio* della normativa, infatti – come si è sopra illustrato¹⁴ –, è unica ed unitaria, consistendo nella volontà di garantire ai figli di tenera età l'assistenza genitoriale in un momento particolarmente significativo e qualificante della loro formazione fisica e psichica.

Per cui deriva che la funzione assistenziale del padre, ove risulti impossibile quella della madre, non può non essere subordinata alla stessa condizione richiesta per l'assistenza materna, e, cioè, la convivenza con la prole¹⁵.

(Segue) Le "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza" quale limite al divieto di custodia carceraria

Il divieto di carcerazione statuito dall'art. 275, 4° comma, primo periodo, c.p.p., risulta però concepito e configurato, dal legislatore, come di natura non assoluta, ma solo relativa.

Esso, invero – così stabilisce la norma nel suo inciso finale –, può venir meno a fronte della sussistenza di "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza".

In ordine alla nozione di tali qualificate ("di eccezionale rilevanza", appunto) esigenze cautelari, idonee, dunque, a paralizzare la cogenza del divieto di disporre o di mantenere la custodia cautelare in car-

¹² Così, voce "assolutamente", in *loZingarelli2009. Vocabolario della lingua italiana* di N. Zingarelli, rist. XII ed., Bologna, 2009, 200, dove, in specifico, figura attribuito al termine il predetto significato, quando esso venga usato (come avviene nella specie), "in unione con aggettivi".

¹³ Come già rimarcato – v. *supra*, paragrafo 3 –, in *subjecta materia* rilevano, per vero, anche gli artt. 30 e 32 Cost. Nel medesimo senso affermato dalla decisione *de qua* – nella cui stessa

ottica, peraltro, appare assai significativa anche Corte cost. n. 251/1990 –, v. anche, già prima, Cass., Sez. V, 9 novembre 2007, n. 41626, Verde, in *C.E.D. Cass.*, n. 238209; Cass., Sez. IV, 19 novembre 2004, n. 6691, Roccaro. In senso contrario, invece, tra le altre: Cass., Sez. V, 15 febbraio 2008, n. 8636.

¹⁴ In questo stesso paragrafo ed in quello precedente.

¹⁵ Cfr. Cass., Sez. IV, 29 aprile 2003, n. 42679.

cere, pare potersi affermare che esse si distinguono dalle normali esigenze cautelari solo per il grado del pericolo, che deve oltrepassare l'estremo della semplice concretezza richiesto in linea di principio dall'art. 274 c.p.p., per assumere, in pratica, quello di una sostanziale certezza per il caso in cui l'indagato sia sottoposto a misure cautelari diverse dalla custodia in carcere¹⁶.

Del resto, la rilevanza "eccezionale", da cui le dette esigenze cautelari devono essere caratterizzate, sta letteralmente a significare che debba trattarsi di una rilevanza "singolare, straordinari[a], grandissim[a]", "che costituisce un'eccezione"¹⁷.

Insomma, l'"eccezionale rilevanza" non attiene, *tout court*, alle normali esigenze cautelari, ma afferisce alla graduazione della intensità delle stesse, che deve essere tale da far ritenere insostituibile la misura carceraria, attesa l'esistenza di puntuali e specifici elementi dai quali emerga un "non comune, spiccato, allarmante rilievo" dei pericoli di cui all'art. 274 c.p.p.¹⁸.

(Segue) La previsione degli arresti domiciliari nella casa famiglia protetta e della custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, quali misure collaterali al divieto di carcerazione

Come si è già sopra rilevato¹⁹, a complemento e perfezionamento della disciplina del divieto di applicazione della custodia cautelare in carcere in ragione della tutela del rapporto genitoriale con figli minori, si è reso legislativamente necessario individuare altresì, in modo collaterale, nuove forme di realizzazione delle misure cautelari già esistenti.

Ed invero, l'innovato art. 284, 1° comma, ultimo inciso, c.p.p., da un lato, e il nuovo art. 285 *bis* c.p.p., dall'altro lato, prevedono, rispettivamente, che, tra i luoghi in cui possono essere eseguiti gli arresti domiciliari, oltre che l'abitazione dell'imputato o altro luogo di privata dimora e il luogo pubblico di cura o di assistenza, possa anche essere, ove istituita, la "casa famiglia protetta". Nonché che il giudice possa disporre la custodia cautelare presso "un istituto a custodia attenuata per detenute madri".

Con riguardo alla prima previsione, pure se, per vero, i destinatari di questa peculiare forma di attuazione degli arresti domiciliari non figurano normativamente esplicitati, pare non dubitabile, in considerazione della *ratio legis*, che in essi vadano ricompresi la

donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni con lei convivente, ovvero il padre, nel caso della avvenuta morte della madre o della di lei assoluta impossibilità di dare assistenza alla prole. Soggetti, questi, infatti, per i quali vige appunto il divieto di disporre, o mantenere, la misura della custodia cautelare in carcere ove non siano ravvisabili esigenze cautelari di eccezionale rilevanza.

Il D.M. 26 luglio 2012 individua le precise caratteristiche che tali strutture di esecuzione degli arresti domiciliari devono possedere.

Le case famiglia protette, in specie, sono collocate in località dove sia possibile l'accesso ai servizi territoriali, socio-sanitari ed ospedalieri, ed in cui si possa fruire di una rete integrata a sostegno sia del minore, sia dei genitori.

Le strutture hanno caratteristiche tali da consentire agli ospiti una vita quotidiana ispirata a modelli comunitari, tenuto conto del prevalente interesse del minore.

Esse ospitano – in relazione agli spazi disponibili – non oltre sei nuclei di genitori con relativa prole.

Gli spazi interni sono tali da facilitare il conseguimento delle finalità di legge.

Le stanze per il pernottamento dei genitori e dei bambini dovranno tenere conto delle esigenze di riservatezza e differenziazione venutesi a determinare per l'estensione del divieto di carcerazione anche a soggetti di sesso maschile, padri di prole infraseenue.

Sono previste camere di pernottamento e servizi igienici ad uso esclusivo dei soggetti di sesso maschile destinatari della legge; sono in comune i servizi indispensabili per il funzionamento della struttura (cucina, lavanderia, stireria, ecc.).

Sono previsti spazi da destinare al gioco per i bambini, anche all'aperto.

Sono previsti locali sufficienti da destinare alle esigenze di istruzione differenziata sulla base dell'età dei piccoli ospiti.

È previsto un ambiente per le visite mediche in considerazione della possibile presenza di donne in stato di gravidanza.

È previsto un locale, di dimensioni sufficientemente ampie, per consentire gli incontri personali, quali i colloqui con gli operatori, i rappresentanti del territorio e del privato sociale, nonché gli incontri e i contatti con i figli e i familiari al fine di favorire il ripristino dei legami affettivi²⁰.

¹⁶ Così, ad esempio, Cass., Sez. V, 5 dicembre 2005, n. 2240.

¹⁷ Così, voce "eccezionale", in *loZingarelli2009. Vocabolario della lingua italiana*, cit., 751.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. IV, 16 giugno 2005, n. 34218; nonché Cass., Sez. II, 15 giugno 2004, p.m. in proc. Lenuta, in *Guida Dir.*, 2004, fasc. 47, 88; Cass., Sez. III, 17 marzo 2003, n. 12355, Ajao, in *C.E.D. Cass.*, n. 223926.

In argomento, v. anche Cass., Sez. VI, 10 ottobre 2003, n. 39763, riferita, in specie, al pericolo di fuga di madre di prole di età inferiore ai tre anni, cittadina straniera; Cass., Sez. II, 16 marzo 2012, n. 11714, riferita a fattispecie di madre di prole in

tenera età imputata dei reati di cui agli artt. 73 e 74, D.P.R. n. 309/1990 in materia di stupefacenti, con l'aggravante di cui all'art. 7, L. n. 203/1991; nonché Cass., Sez. IV, 8 giugno 2012, n. 22338, che esclude la sussistenza delle esigenze cautelari di eccezionale rilevanza nel caso in cui l'indagato risulti privo di precedenti specifici in materia di narcotraffico e sia alla sua prima esperienza detentiva, in quanto con ciò "non risulta integrato il grado di pericolosità non comune dal quale può evincersi la sostanziale certezza e non già la mera probabilità di reiterazione del delitto".

¹⁹ V. paragrafo 3°.

²⁰ V. diffusamente il nostro *Il trattamento dei condannati*, in

Quanto, poi, alla custodia cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri, appare evidente come la formulazione normativa di cui all'art. 285 *bis*, richiamando ("Nelle ipotesi di cui all'art. 275, comma 4 ...") e riproponendo, con riferimento all'indicazione delle persone da sottoporre a custodia cautelare ("se la persona da sottoporre a custodia cautelare sia donna incinta o madre di prole di età non superiore a sei anni, ovvero padre, qualora la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole"), il primo periodo del 4° comma dell'art. 275, ha palesemente voluto far coincidere il perimetro soggettivo di applicabilità delle due disposizioni.

Di talché la misura cautelare in istituto a custodia attenuata per detenute madri può essere disposta nei confronti degli stessi soggetti – e a tutela della medesima tipologia e dei medesimi profili di rapporto genitoriale – per cui vige il divieto di custodia cautelare in carcere *ex art.* 275, 4° comma.

Dovendosi, per vero, ritenere che l'omissione, nel contesto normativo di cui all'art. 285 *bis*, della previsione della circostanza, ai fini dell'operatività della norma, che la prole di età non superiore a sei anni sia "convivente" con la madre, come invece affermato nel contesto dell'art. 275, 1° comma, primo periodo, sia di natura meramente accidentale²¹.

La misura cautelare in istituto a custodia attenuata parrebbe quindi destinata ad applicarsi nei casi in cui il divieto di disporre la misura carceraria, a causa della sussistenza di "esigenze cautelari di eccezionale rilevanza", resti inoperante per effetto del disposto di cui all'ultimo inciso dell'art. 275, 4° comma, primo periodo²². E, dunque, anziché ricorrere alla custodia in carcere, si ricorre alla custodia in istituto a custodia attenuata.

Il tenore letterale della norma ("il giudice può disporre ...") indurrebbe, poi, a ritenere che l'adozione del provvedimento in discorso, in luogo di quello che dispone l'ordinaria custodia in carcere, sia rimesso in un certo qual modo alla discrezionalità del giudice.

Tant'è che la scelta di tale misura cautelare attenuata, da parte del giudice, è subordinata, *expressis verbis* ("ove le esigenze cautelari di eccezionale rilevanza lo consentano", dice la norma), ad una valutazione di

compatibilità con le esigenze cautelari di natura eccezionale riscontrate nello specifico caso concreto. Nel senso, cioè, più di preciso, che le pur ravvisate esigenze cautelari di eccezionale rilevanza debbono apparire, a giudizio del giudice, tali da poter comunque consentire l'adozione della misura attenuata *de qua*.

In particolare, quanto alla loro essenza, gli istituti a custodia attenuata per detenute madri (c.d. "I.C.A.M.") sono strutture dotate di un modello organizzativo analogo a quello – già sperimentato – degli istituti a custodia attenuata per il trattamento dei tossicodipendenti (c.d. "I.C.A.T.T.>").

Si tratta, infatti, di istituti esterni alle carceri, costituenti unità di piccole dimensioni chiuse o semi chiuse, caratterizzati da un'organizzazione di tipo comunitario, in cui si tenta di ricreare un ambiente che appaia al minore il più familiare possibile.

Un simile scopo è perseguito anche eliminando ogni riferimento all'edilizia carceraria, utilizzando sistemi di sicurezza che non risultino riconoscibili dai bambini, nonché, tra l'altro, prevedendo che gli stessi agenti di polizia penitenziaria operino senza divisa²³.

E prevedendosi, altresì, l'intervento educativo di operatori specializzati con il compito di avere cura dei minori, di assicurare agli stessi regolari uscite all'esterno e, soprattutto, di supportare le detenute nella costruzione del rapporto madre-figlio. Oltre che predisponendo un percorso individualizzato con opportunità scolastiche, di mediazione linguistica e culturale.

È indubbio, infatti, come l'ingresso del minore nell'istituto carcerario sia idoneo a provocare un danno enorme al suo stesso sviluppo psichico e fisico. E, pertanto, attraverso il ricorso all'istituto a custodia attenuata, si vorrebbe ridurre al minimo il rischio d'insorgenza di problemi nella crescita del minore legati allo sviluppo della sfera emotiva e relazionale²⁴.

La fase dell'esecuzione penale

La *ratio* di tutela del rapporto genitoriale con figli minori induce il legislatore – come già sopra rilevato²⁵ – a porre in vario modo limiti alla carcerazione anche nella fase dell'esecuzione penale.

In vista del perseguimento della predetta tutela nell'ambito della normativa sull'ordinamento penitenziario

AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, V ed., Milano, 2013, 78 e segg.

²¹ Sulla *ratio* della disposizione *de qua*, e sulla sua estensione anche nei confronti dell'imputato padre, v. *supra*, paragrafo 4°.

²² V. *supra*, paragrafo 5°.

²³ V. diffusamente il nostro *Il trattamento dei condannati*, cit., 76 e segg.

²⁴ In realtà, però, pure se, a norma dell'art. 1, 4° comma, L. 21 aprile 2011, n. 62 cit., si prevedeva l'operatività delle disposizioni in discorso "a far data dalla completa attuazione del piano straordinario penitenziario, e comunque a decorrere dal 1° gennaio 2014, fatta salva la possibilità di utilizzare i posti già disponibili a legislazione vigente presso gli istituti a custodia attenuata", non pare proprio, se si eccettua il caso di un I.C.A.M. operativo in via

sperimentale a Milano, si sia ad oggi fatto granché in questo delicato argomento, in cui, in sostanza, l'intento di fondo è, encomiabilmente, quello di evitare che, alla triste e drammatica vicenda dei detenuti-genitori di figli in tenera età, si affianchi l'altrettanto triste e drammatico fenomeno c.d. dei "bambini-detenuti senza condanna": v., proprio in questi giorni, in termini assolutamente emblematici, quanto, a dir poco, inquietanti, A. Mollica, *Il bimbo cresciuto a Sollicciano*. "La sera mi chiudono a chiave". Giacomo ha sei anni e mezzo, e da oltre cinque vive con la mamma in carcere. Secondo la legge non dovrebbe essere lì, ma in un centro che ancora non c'è, in *Corriere fiorentino* del 25 giugno 2014, 5.

²⁵ V. paragrafo 1°.

rio, egli, invero, già agendo, preliminarmente, su un piano in qualche modo, per così dire, “speculare”, si preoccupa di stabilire che “in ogni istituto penitenziario per donne sono in funzione servizi speciali per l’assistenza sanitaria alle gestanti e alle puerpere” (art. 11, 8° comma, L. 26 luglio 1975, n. 354). Affermando, altresì – art. 11, 9° comma –, che “alle madri è consentito di tenere presso di sé i figli fino all’età di tre anni”. E aggiungendo, in fine, che “per la cura e l’assistenza dei bambini sono organizzati appositi asili nido”.

Laddove, poi – operando così, dunque, specificamente in *medias res* –, attraverso l’inserimento di un nuovo art. 21 *bis* nel corpo della sopra citata legge di ordinamento penitenziario²⁶ egli crea e consegna la nuova misura dell’“assistenza all’esterno dei figli minori”, quale vero e proprio limite al regime carcerario.

Alla detta misura, infatti, possono essere ammesse, alle condizioni previste dall’art. 21 della stessa legge – che regola il lavoro all’esterno –, le condannate e le internate, al fine di dedicarsi alla “cura e all’assistenza all’esterno dei figli di età non superiore agli anni dieci” (1° comma).

E la misura stessa – cfr. 3° comma – può essere altresì concessa, “alle stesse condizioni”, “anche al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre”.

In ulteriore, e particolare, angolatura, attraverso la creazione²⁷ di un nuovo art. 21 *ter* all’interno della legge penitenziaria in parola, viene introdotta la disciplina concernente le “visite al minore infermo”, a cui, “in caso di imminente pericolo di vita o di gravi condizioni di salute del figlio minore, anche non convivente”, sono autorizzati la madre condannata, internata, – o anche imputata –, ovvero “il padre che versi nelle stesse condizioni della madre”.

Più in specifico, l’autorizzazione, adottata “con provvedimento del magistrato di sorveglianza o, in caso di assoluta urgenza, del direttore dell’istituto”, consente di “recarsi, con le cautele previste dal regolamento, a visitare l’infermo”, dovendosi disporre, in caso di ricovero ospedaliero, le modalità della visita tenendo conto della durata del ricovero e del decorso della patologia (1° comma).

Alla condannata, internata, – o anche imputata –, “madre di un bambino di età inferiore a dieci anni, anche se con lei non convivente”, ovvero al padre, condannato, internato, – o anche imputato –, “qualo-

ra la madre sia deceduta o assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”, è altresì data autorizzazione, con provvedimento da rilasciarsi da parte del giudice competente non oltre le ventiquattro ore precedenti alla data della visita e con le modalità operative dallo stesso stabilite, di “assistere il figlio durante le visite specialistiche, relative a gravi condizioni di salute” (2° comma).

Davvero incisivi, poi, gli interventi del legislatore, impositivi di limiti al regime carcerario a fini di tutela del rapporto genitoriale con figli minori, nello specifico ambito della disciplina della “detenzione domiciliare”.

Da un nuovo e travagliatissimo art. 47 *ter*²⁸ della legge penitenziaria figura infatti disciplinata – 1° comma – la previsione, a favore di “donna incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente” (lett. a), nonché a favore di “padre, esercente la responsabilità genitoriale, di prole di età inferiore ad anni dieci con lui convivente, quando la madre sia deceduta o altrimenti assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole” (lett. b), della possibilità di espriare la pena della reclusione non superiore a quattro anni, anche se costituente parte residua di maggior pena, nonché la pena dell’arresto, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico di cura, assistenza o accoglienza ovvero, “nell’ipotesi di cui alla lettera a”²⁹, in case famiglie protette.

Là dove, altresì, da un anch’esso nuovo, e anch’esso travagliato, art. 47 *quinquies*³⁰, risulta configurata la disciplina della “detenzione domiciliare speciale”, che, fuori dalle condizioni di cui all’art. 47 *ter*, a fronte della non sussistenza di “un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti”, è concedibile, anche nel caso di esecuzione di pene di lunga durata, alle “condannate madri di prole di età non superiore ad anni dieci”, “se vi è la possibilità di ripristinare la convivenza con i figli”.

Con la conseguenza che, dopo l’espiazione di almeno un terzo della pena ovvero dopo l’espiazione di almeno quindici anni nel caso di condanna all’ergastolo, le predette condannate madri saranno ammesse ad espriare la pena nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, “al fine di provvedere alla cura e alla assistenza dei figli”.

Prevedendosi ulteriormente – comma 1 *bis* – che, salvo che nei confronti delle madri condannate per

²⁶ Operato tramite la L. 8 marzo 2001, n. 40, dal più che eloquente titolo “Misure alternative alla detenzione a tutela del rapporto tra detenute e figli minori”.

²⁷ Ad opera della L. 21 aprile 2011, n. 62 cit.

²⁸ Il cui odierno testo è frutto di davvero molteplici, quanto variegati, interventi legislativi, oltre che della Corte costituzionale: cfr. puntualmente *Codice di procedura penale e leggi complementari*, a cura di P. Corso, XXIX ed., Piacenza, 2014, 800-802, note 1-17.

²⁹ E, dunque – secondo la norma –, solo limitatamente all’ipo-

tesi in cui si tratti di condannata donna (“incinta o madre di prole di età inferiore ad anni dieci con lei convivente”). Ma, per vero, si è già avuto modo di rilevare (v. *supra*, paragrafo 6°) che, oltre a quanto già di per sé disposto dall’art. 284, 1° comma, c.p.p., il D.M. 26 luglio 2012, con riguardo alla delineazione delle caratteristiche delle case famiglia protette, detta invece, correttamente, regole specificamente mirate anche alla ipotesi della presenza, in esse, di soggetti ristretti di sesso maschile.

³⁰ V. dettagliatamente *Codice di procedura penale e leggi complementari*, a cura di P. Corso, cit., 803-804, note 1-3.

taluno dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* della legge penitenziaria, la stessa espiatione della parte di pena (un terzo o almeno quindici anni nel caso di condanna all'ergastolo – come sopra rilevato –) necessaria quale presupposto per la concedibilità del beneficio, può avvenire, sempre “al fine di provvedere alla cura e all'assistenza dei figli”, presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri ovvero, se non sussiste un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione, o in altro luogo di privata dimora, ovvero in luogo di cura, assistenza o accoglienza, o, in caso di impossibilità, nelle case famiglia protette, ove istituite³¹.

Alle stesse condizioni previste per la madre, la detenzione domiciliare speciale può altresì essere concessa anche “al padre detenuto, se la madre è deceduta o impossibilitata e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre” (7° comma).

Limiti alla carcerazione in vista della tutela del rapporto genitoriale con figli minori risultano poi, su altro, e parallelo, fronte, posti anche dal legislatore del codice penale.

È quanto avviene, nell'ambito delle disposizioni contenute negli artt. 146 e 147³², in materia e a proposito della disciplina del rinvio della esecuzione della pena, con relativa disciplina estesa, *ex art. 211 bis*, anche in materia di rinvio della esecuzione delle misure di sicurezza.

Pure se, per vero, la tutela legislativa del rapporto genitoriale risulta qui riferita e rapportata esclusivamente alla figura della madre, atteso che, in punto, da un lato, il differimento obbligatorio della pena, che non sia pecuniaria, è limitato ai casi che essa debba aver luogo “nei confronti di donna incinta” o “nei confronti di madre di infante di età inferiore ad anni uno” (art. 146, n. 1 e n. 2); e, dall'altro lato, il differimento facoltativo della esecuzione di una pena restrittiva della libertà personale è limitato al caso che essa debba essere eseguita “nei confronti di madre di prole di età inferiore a tre anni” (art. 147, n. 3)³³.

Le disomogeneità tra la disciplina della fase cautelare e la disciplina della fase esecutiva: rilievi critici

Il pur breve e sommario percorso condotto all'interno del sistema consente, dunque, di constatare che, con riguardo alla gestione dei limiti alla carcerazione posti a tutela del rapporto genitoriale con figli minori, la tipologia e i profili del rapporto genitoriale specificamente considerati dal legislatore, rispettivamente, nella fase cautelare e in quella esecutiva, non risultano affatto coincidenti.

La disomogeneità – giammai, in genere, di per sé

opportuna, e, vieppiù, non di certo opportuna nel caso di specie – non appare agganciabile ad una qualche *ratio* che minimamente la giustifichi, sibbene pare piuttosto essere frutto dei numerosi e non coordinati interventi legislativi in materia, svariatamente succedutisi e stratificatisi nel tempo.

Essa segnatamente investe, intanto, l'età della prole nei cui confronti il rapporto genitoriale risulta tutelato.

Età che, se nella fase cautelare figura ristretta ai sei anni³⁴, nella fase esecutiva, invece, assume connotazioni variamente e incongruamente diversificate, e, comunque, in più occasioni, figura dilatata fino ai dieci anni³⁵.

Sicché, a tacer d'altro, in punto si profila *in primis* – in modo prorompente – una preliminare, e naturale, considerazione: posto che la formazione del bambino può essere gravemente pregiudicata dall'assenza di una figura genitoriale, appare di certo, a dir poco, “risibile”, il ritenere che il detto rischio di grave pregiudizio per la formazione del bambino, derivante, appunto, dall'assenza della figura genitoriale, sussista solo fino all'età di sei anni se il genitore versi in stato di carcerazione di “tipo” cautelare e, di contro, esso sussista invece fino alla diversa e più ampia età di dieci anni se, viceversa, il genitore versi in stato di carcerazione di “tipo” esecutivo.

Ma vi è di più.

La disomogeneità in parola che, nella tutela del rapporto genitoriale nei confronti della carcerazione, vede incongruamente stabilita una minore età della prole tutelata nella fase cautelare rispetto alla fase esecutiva, appare, addirittura, aberrante.

Basti appena pensare, infatti, che nella detta fase cautelare – a differenza di quella esecutiva – non figura ancora accertata la penale responsabilità dell'imputato-genitore, e, dunque, il *favor libertatis* – ovvero, per dirla in modo tendenzialmente speculare, la *repulsio carceris* – dovrebbero di certo, al contrario di quanto invece oggi risulta sancito, essere di gran lunga maggiori rispetto alla fase esecutiva.

Ulteriore sbavatura normativa risulta poi registrabile a proposito della disciplina dei concreti parametri di operatività dei limiti alla carcerazione nei confronti del padre del minore.

Operatività, che, nella fase cautelare – come si è sopra rilevato³⁶ –, risulta condizionata alla circostanza che “la madre sia deceduta” o che essa “sia assolutamente impossibilitata a dare assistenza alla prole”. Con ciò, dovendosi segnatamente ritenere³⁷, attesa l'assoluta infungibilità della figura genitoriale, e in assenza di esplicite disposizioni ostative, che l'opera-

³¹ Su tutte queste tematiche, v. più diffusamente, dello scrivente, *Il trattamento dei condannati* cit., 154 e segg. e A. Pennisi, *Le misure alternative alla detenzione*, in AA.VV., *Manuale della esecuzione penitenziaria*, a cura di P. Corso, cit., 237 e segg. e 245 e segg.

³² Innovati ad opera della L. 8 marzo 2001, n. 40 cit.

³³ Al riguardo, v. ancora il nostro *Il trattamento dei condannati*, cit., 154.

³⁴ V. *supra*, paragrafo 2°.

³⁵ V. paragrafo precedente.

³⁶ V. paragrafo 4°.

³⁷ V. ancora *supra*, paragrafo 4°.

tività del divieto carcerario nei confronti del padre sia assolutamente sussistente anche nel caso in cui la prole possa essere affidata a congiunti o a altri familiari disponibili o a strutture assistenziali.

Al contrario, l'infungibilità della figura genitoriale paterna, a fronte del divieto carcerario, risulta talora invece dubbia e, in alcune specifiche fattispecie, addirittura espressamente negata, nell'ambito della disciplina della fase esecutiva.

Così succede, ad esempio, nel contesto di cui agli artt. 21 *bis*, 3° comma, e 47 *quinquies*, 7° comma, L. 26 luglio 1975, n. 354 cit., dove figura rispettivamente stabilito che l'assistenza all'esterno dei figli minori, da un lato, e la detenzione domiciliare speciale, dall'altro lato, possono essere concesse al padre detenuto "se la madre è deceduta o impossibilitata" "e non vi è modo di affidare la prole ad altri che al padre"³⁸.

Di talché la figura genitoriale paterna, nei casi in

questione, non solo non risulta minimamente riconosciuta come infungibile, ma risulta totalmente svilita e nientemeno degradata e relegata a ultimissima ipotesi opzionalmente percorribile, subordinata com'è, la sua entrata in gioco, alla condizione che non vi sia "modo" di affidare la prole ad "altri".

E, di certo, appare francamente difficile poter pensare che l'infungibilità, nei confronti dei figli minori, della figura genitoriale paterna, possa subire mutilazioni, limitazioni, variazioni, o oscillazioni, a seconda che la vicenda carceraria del genitore vada ad inserirsi nella fase cautelare piuttosto che in quella esecutiva.

Insomma – avviandoci, così, a concludere –, è il caso di segnalare come sarebbe ben più che auspicabile una opportuna e congrua rivisitazione normativa di questa materia, anche al fine di renderla più giusta, più umana e, in specie, pure più omogenea.

³⁸ V. paragrafo precedente.

Percorsi di giurisprudenza

La divisione: profili sostanziali, processuali e tributari

a cura di Marta Magliulo, Clara Sgobbo e Sarah Supino

La divisione, che sovente trae origine da una vicenda successoria, apparentemente semplice nei suoi sviluppi applicativi, impone spesso la soluzione di numerose e non facili questioni. L'indagine, condotta sulla scorta dei più recenti arresti giurisprudenziali, intende offrire un panorama aggiornato delle diverse questioni che devono essere affrontate alla luce delle diverse discipline incidenti sul procedimento divisorio.

La comunione ereditaria

Perché si possa parlare di divisione ereditaria occorre innanzitutto fare un accenno al concetto di comunione ereditaria; quest'ultima si viene a formare, in forza di successione per legge e/o testamentaria, tutte le volte in cui non sia possibile individuare immediatamente la concreta porzione di patrimonio ereditario spettante ai coeredi, bensì solo una quota astratta dello stesso. Si ritiene, difatti, che la **quota ereditaria** indichi la frazione ideale di tutto il patrimonio ereditario spettante al coerede, rappresentando quindi la misura cui lo stesso coerede concorre ai vantaggi ed ai pesi della comunione (Basini, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni*, diretto da G. Bonilini, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 3). Salvo nei casi di cosiddetta "divisione del testatore", di cui si avrà modo nel proseguo di dire, quando si apre una successione alla quale partecipano più eredi, si avrà sempre comunione ereditaria e lo strumento principe atto a consentire la trasformazione della quota astratta del patrimonio ereditario in quota concreta è rappresentato dalla divisione (Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, II, 1293). La divisione potrà essere attuata attraverso la stipula di un contratto di divisione, oppure a seguito dell'esercizio di un'azione giudiziale. Si avrà la prima delle due ipotesi qualora tra tutti i coeredi vi sia accordo in ordine a come procedere all'assegnazione del patrimonio ereditario, mentre si verterà nel secondo caso tutte le volte in cui sia stata constatata l'impossibilità di addivenire, tra le parti, ad un accordo divisionale; in quest'ultima ipotesi, il giudice potrà anche decidere di delegare le operazioni divisionali ad un notaio, pur rimanendo competente a risolvere con ordinanza eventuali contestazioni che dovessero sorgere innanzi al soggetto delegato ex art. 790 c.p.c.

La disciplina codicistica

All'interno del codice civile due sono le discipline in tema di divisione, e precisamente: una normativa generale rappresentata dagli artt. 1111 e segg. c.c., ed una speciale attinente specificamente all'ipotesi di divisione ereditaria, rappresentata dagli artt. 713 e segg. c.c.; le due normative sono soggette ad un peculiare meccanismo di compenetrazione: difatti, alla divisione ereditaria si applicheranno le norme generali sulla divisione, in base al principio secondo il quale la disciplina generale si applica anche a quella speciale purché non sia diversamente stabilito, così come, a norma dell'art. 1116 c.c., alla divisione ordinaria si applicheranno le norme sulla divisione ereditaria (se non in contrasto con queste).

Oggetto della comunione ereditaria: i debiti ed i crediti

Particolarmente discusso in dottrina ed in giurisprudenza è se i debiti ed i crediti ereditari debbano considerarsi rientranti nella comunione ereditaria o meno.

Le due problematiche verranno trattate partitamente.

Con riferimento ai **debiti ereditari**, secondo l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante (cfr. Forchielli-Angeloni, *Della divisione*, artt. 713-768, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 2000, 42; **Cass. civ., 13 ottobre 1992, n. 11128**, in *Giust. Civ.*, 1993, 6, 1566; **Cass. civ., 25 ottobre 2000, n. 14063** in *Giust. Civ. Mass.*, 2000; **Cass., 5 settembre 2006, n. 19062**, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006) i debiti non entrano nella comunione ereditaria, ripartendosi tra gli eredi, e, pertanto, non sono oggetto di divisione ereditaria. L'estraneità dei debiti si ricava, in particolare, dall'art. 754 c.c., che stabilisce come i coeredi siano tenuti al pagamento dei debiti e pesi ereditari in proporzione alle loro quote ereditarie; il rischio di insolvenza di uno dei coeredi, quindi, rimane in capo al creditore del defunto, non potendo quest'ultimo pretendere dagli altri coeredi il pagamento di quanto non sia stato pagato dall'erede insolvente. Questo sistema generale subisce, a norma dell'art.

752 c.c., una deroga nell'ipotesi in cui il *de cuius* disponga una diversa ripartizione dei debiti tra i coeredi: è bene, tuttavia, specificare che detta deroga inerisce alla sola gestione dei rapporti interni tra gli eredi. Più precisamente, il *de cuius* potrà, ad esempio, disporre che la sola quota di uno dei coeredi sia gravata dai debiti ereditari, ma questa determinazione non potrà andare a ledere il diritto dei creditori di escutere ognuno dei coeredi (ovviamente, ciascuno in modo proporzionale alla propria quota ereditaria). La differenza starà, allora, nel fatto che, dopo aver soddisfatto per quanto di propria competenza il creditore, il coerede potrà agire in regresso nei confronti del condividente individuato dal testatore quale unico "responsabile" dei debiti ereditari (per una più ampia disamina sul punto, cfr. Colombo, sub art. 752, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, Artt. 713-768 octies a cura di Cuffaro, Delfini, Milano, 2010, 263; Padula, *Debito e pesi ereditari: profili di derogabilità al principio della divisione "ipso iure e pro quota"*, in *Vita Notar.*, 1990, 1-3, 307).

Quanto, invece, ai **crediti ereditari**, secondo una parte della – risalente – dottrina (cfr. tra gli altri Burdese, *Comunione e divisione ereditaria*, in *Enc. Giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, 2; Gazzara, *Divisione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 431) e della giurisprudenza (cfr. tra le altre **Cass. civ.**, 9 agosto 2002, n. 12128, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002; **Cass. civ.**, 5 maggio 1999, n. 4501, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999; **Cass. civ.**, 28 febbraio 1984, n. 1421, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984; **Cass. civ.**, 5 gennaio 1979, n. 31, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979) questi non formerebbero comunione ereditaria, bensì si frazionerebbero, sin dal momento dell'apertura della successione, tra gli eredi, in proporzione alle quote di cui questi sono titolari; secondo altra parte della dottrina (cfr. tra gli altri Busnelli, *Comunione ereditaria*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, 279; Tafuri, *Il problema della divisione (automatica e non) dei creditori ereditari*, in *Corriere Giur.*, 1993, 59; Azzariti, *Sul diritto o meno del coerede a riscuotere anche prima della divisione della quota parte di un credito ereditario, in superamento alla massima "nomina ereditaria ipso iure dividuntur"*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, 4, 361) e della giurisprudenza (cfr. tra le altre **Cass. civ.**, 13 ottobre 1992, n. 11128, in *Giust. Civ.*, 1993, 6, 1566, con nota di Di Mauro, *Nomina ereditaria ipso iure non dividuntur*; **Cass. civ.**, 5 settembre 2006, n. 19062, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006), invece, i crediti ereditari entrerebbero a far parte della comunione ereditaria così come tutti gli altri beni che la compongono, con la diretta conseguenza che in sede di divisione dovrà provvedersi alla loro ripartizione. Quest'ultimo orientamento ha trovato, da ultimo, accoglimento in una recente pronuncia della Cassazione a Sezioni unite (**Cass., Sez. un.**, 28 novembre 2007, n. 24657, in *Fam. Pers. e Succ.*, 2008, 305, con nota di Di Mauro, *Crediti del de cuius e pluralità di eredi*); la Suprema Corte, infatti, ha stabilito che, essendo la regola della ripartizione automatica di cui all'art. 752 c.c. prevista solo per i debiti, questa non possa trovare applicazione anche con riguardo ai crediti, la cui disciplina è riconducibile all'art. 727 c.c. – il quale, nello stabilire come le porzioni debbano essere formate, fa riferimento anche ai crediti; ciò lascia facilmente supporre come lo stesso legislatore abbia inteso ricomprendere i crediti all'interno della comunione ereditaria. Sempre a sostegno di tale tesi, le Sezioni unite portano gli artt. 757 e 760 c.c.: il primo, prevedendo che il coerede al quale sia stato assegnato il credito succede nello stesso al momento dell'apertura della successione, rivela infatti che i crediti ricadono nella comunione; il secondo, escludendo la garanzia per insolvenza del debitore assegnato ad un coerede, necessariamente presuppone che i crediti siano inclusi nella comunione ereditaria.

Il problema della "quotina"

In dottrina e giurisprudenza si è discusso molto se colui che partecipa alla comunione ereditaria sia titolare della sola quota dell'intero patrimonio ereditario o anche di una singola quota su ogni singolo bene che lo compone. Secondo una risalente giurisprudenza (**Cass. civ.**, 13 agosto 1964, n. 2308) ed una parte della dottrina (cfr. Fedele, *La comunione*, Milano, 1967, 293) nessuna norma escluderebbe l'esistenza accanto ad una quota sul tutto (c.d. "quotona") di una quota sui singoli beni (c.d. "quotina"), sulla scorta di questo sarebbe possibile disporre di quote sui singoli beni creando, accanto alla comunione ereditaria, una comunione ordinaria; conseguentemente, per sciogliere le due comunioni occorrerebbe addivenire a due distinte divisioni (cfr. in tal senso Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, 1306). Secondo un'altra parte della dottrina (Burdese, *La divisione ereditaria*, cit., 37) e della giurisprudenza (cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 18 marzo 1981, n. 1609, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981; **Cass. civ.**, 9 giugno 1987, n. 5042, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987; **Cass. civ.**, 1° luglio 2002, n. 9543, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002), invece, prima che intervenga la divisione il coerede può disporre della sua quota sul tutto con un atto ad effetti reali, mentre potrà disporre della sua quota sul singolo bene con un atto che avrà solo effetti obbligatori, perché sarà subordinato all'effettiva assegnazione di quel dato bene in sede di divisione (c.d. alienazione dell'esito divisionale); si ritiene, infatti, che si tratti di una *condicio iuris*, che opera a prescindere da un'espressa manifestazione di volontà delle parti (cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 15 febbraio 2007, n. 3385, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007; **Cass. civ.**, 2 agosto 1990, n. 7749, in *Giur. It.*, 1991, I, 122; **App. Cagliari**, 6 marzo 2002, in *Riv. Giur. Sarda*, 2003, 636, con nota di Vacca, *L'acquisto mortis causa e l'acquisto inter vivos di quota ereditaria da parte di un terzo estraneo trasforma la comunione ereditaria in comunione ordinaria?*; **Cass.**, 15 giugno 1988, n. 4092, in *Arch. Civ.*, 1988, 1032). Quale conseguenza al fatto che la vendita da parte del coerede dei diritti lui spettanti su determinati beni non comporta un effetto reale immediato, si avrà che l'acquirente non subentrerà nella comunione ereditaria, a meno che non risulti, anche dal comportamento delle

parti l'intenzione di trasferire l'intera quota spettante all'alienante (cfr. **Cass. civ., 19 gennaio 2012, n. 737**, in *Vita Notar.*, 2012, 2, 657, con nota di Ciarlegio e Di Benedetto, *L'alienazione della "quotina" e il diritto di prelazione*. **Cass. civ., 4 gennaio 2011, n. 97**, in *Giust. Civ. Mass.*, 2011, la quale ha negato la sussistenza di una vendita di quota ereditaria a fronte dell'assenza di elementi che dimostrassero l'intento delle parti di sostituire nella comunione ereditaria i terzi acquirenti ai coeredi alienanti). Nell'ipotesi in cui si dovesse ravvisare la volontà del cedente di trasferire l'intera (o parte) della sua quota ereditaria opererà, quindi, l'istituto del retratto successorio (di cui in seguito si avrà modo di dire più in esteso), mentre nel caso in cui ci si limiti a trasferire diritti su di uno specifico bene della comunione (con gli effetti obbligatori di cui già si è detto), non entrando l'acquirente a far parte della comunione ereditaria, il retratto successorio non troverà applicazione.

Retrato successorio

Al coerede che partecipa ad una comunione ereditaria è riconosciuto, a norma dell'art. 732 c.c., nell'ipotesi in cui un altro condividente voglia cedere ad un terzo estraneo la sua quota ereditaria o parte della stessa, il **diritto di prelazione** e, conseguentemente, il **diritto di riscatto** per l'ipotesi di omessa notificazione della proposta di alienazione a norma di legge (in tema di retratto successorio cfr. Coppola, *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da G. Bonilini, *Comunione e divisione ereditaria*, Milano, 2009, 71; **Cass. civ., 27 novembre 2006, n. 25041**, in *Riv. Notar.*, 2008, 1, 145, con nota di Musolino, *L'esercizio del diritto di prelazione del coerede*).

La ratio dell'istituto è quella di impedire l'ingresso di estranei nella comunione e questo, secondo parte della dottrina (cfr. Bonilini, voce "Retrato successorio", in *Digesto Civ.*, vol. XVII, Torino, 1998, 424) non tanto perché la comunione si viene – di norma – a formare tra soggetti legati da un vincolo di parentela, bensì per un generale *favor* del legislatore nei confronti di una compagine particolarmente qualificata, ovvero sia quella dei coeredi. In concreto, la norma ha lo scopo di evitare l'insorgere di possibili controversie, nonché il verificarsi di un maggior frazionamento del patrimonio; essa, contestualmente, tutela l'interesse del coerede a vedere espansa la propria quota mediante l'acquisizione di quella altrui. I presupposti essenziali perché sorga il diritto di prelazione (ed il corrispondente diritto di riscatto) in capo agli altri condividenti sono il trasferimento della quota o di parte di essa ad un soggetto estraneo alla comunione e che esista e permanga uno stato di comunione ereditaria (si presti però attenzione, perché parte della giurisprudenza ritiene che il perdurante stato di comunione ereditaria faccia difetto nel caso in cui questa sia ridotta a singoli beni in quanto intervenute precedenti operazioni divisionali, cfr. in tal senso **Trib. Torino, 23 marzo 1984**, in *Giur. It.*, 1985, I, 563; **Cass. civ., 21 aprile 1997, n. 3424**, in *Vita Notar.*, 1997, 878; **Cass. civ., 13 settembre 2004, n. 18351**, in *Giust. Civ.*, 2005, 7/8, 1854; **Cass. civ., 23 febbraio 2007, n. 4224**, in *Notariato*, 2008, 4, 403, con nota di Spatafora, *Sui presupposti del retratto successorio: ovvero quando sussista lo stato di comunione ereditaria*; **Cass. civ., 19 giugno 2008, n. 16642**, in *Vita Notar.*, 2008, 3, 1437, a termini della quale il diritto di prelazione di cui all'art. 732 c.c. presuppone una situazione in cui la maggior parte delle varie componenti dell'asse ereditario si trovino ancora nello stato di indivisione quale risultante al momento dell'apertura della successione, sicché, ove siano state compiute operazioni divisionali che abbiano portato ad eliminare tale stato, la comunione residuale sugli immobili si trasforma in comunione ordinaria senza la possibilità di applicare l'art. 732 c.c.; *contra*, **Cass. 30 gennaio 2006, n. 1852**, in *Fam. Pers e Succ.*, 2006, 839; **Cass. civ., 28 ottobre 2010 n. 22086**, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010 secondo la quale se l'erede aliena ad un estraneo la quota dell'unico residuo cespite ereditario, si presume che abbia ceduto la sua quota e pertanto il coerede può esercitare il retratto successorio).

Particolarmente controversa è la trasmissibilità *mortis causa* del diritto di prelazione: autorevole dottrina (cfr. tra gli altri Capozzi, *Successioni e donazioni*, II, Milano, 2009, 1421; Giardini, *In tema di trasmissibilità della prelazione ereditaria ex art. 732 c.c. agli eredi dei coeredi*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1993, I, 692; De Cupis, *Sull'applicabilità della prelazione ereditaria all'erede del coerede*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, II, 613) ritiene che l'art. 732 c.c. sia una norma a carattere eccezionale che integra un diritto personalissimo; pertanto, sarebbero "coeredi", a norma del sopraindicato articolo, solo coloro che succedono direttamente al *de cuius* (cfr. in tal senso **Cass. civ., 22 ottobre 1992, n. 11551**, in *Nuova Giur. Comm.*, 1993, I, 687; **Cass. civ., 11 maggio 1993, n. 5374**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993; **Cass. civ., 21 aprile 1997, n. 3424**, in *Vita Notar.*, 1997, 878; **Cass., 16 marzo 2012, n. 4277**, in *Giur. It.*, 2013, 2, 327, con nota di Fusco, *L'intrasmissibilità agli eredi del coerede della prelazione ereditaria*, secondo la quale il diritto di prelazione di cui all'art. 732 c.c. inerisce alla qualità di coerede, costituisce un diritto personale ed intrasmissibile e non, invece, una qualità intrinseca alla quota o una situazione giuridica autonoma che possa essere trasferita da sola, dal che consegue che tale diritto non possa circolare per successione *mortis causa* e non spetti pertanto all'erede del coerede).

La divisione ereditaria

Il carattere transitorio della comunione

A norma dell'art. 713 c.c., uno qualunque dei coeredi ha diritto **di domandare in ogni tempo la divisione**; tale diritto di natura potestativa ed imprescrittibile manifesta il carattere transitorio della comunione e trova fondamento non solo nell'interesse individuale ad avere beni in proprietà esclusiva, ma anche nell'interesse collettivo volto ad evitare intralci alla libera circolazione dei beni (per una più

ampia disamina in ordine alla natura transitoria della comunione, cfr. Barela, *La Durata della comunione ereditaria*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2012, fasc. 3, 214 e segg.). La natura dichiarativa, con effetti retroattivi, dell'atto di scioglimento è stabilita dallo stesso legislatore all'art. 757 c.c., secondo il quale ogni coerede è reputato solo ed immediato successore in tutti i beni che compongono la sua quota, e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni ereditari (cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 29 aprile 2003, n. 6653, con nota di Musolino, *Natura ed effetti della divisione*). Condizione essenziale perché venga riconosciuta la facoltà di domandare la divisione è che il richiedente sia erede e, quindi, che lo stesso abbia accettato, espressamente o tacitamente, l'eredità (cfr. **Cass. civ.**, 30 ottobre 1992, n. 11831, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992). Per quando fino ad ora detto, la durata della comunione ereditaria è commisurata alla scelta dei coeredi: se nessuno di questi volesse esercitare la facoltà di chiedere la divisione, la comunione potrebbe – in astratto – durare in perpetuo. Come già anticipato, in base a se vi sia, o meno, accordo tra tutti i coeredi in ordine alla decisione di sciogliere la comunione e alle assegnazioni da farsi ai coeredi stessi, si giungerà ad una divisione, attraverso lo strumento dell'atto di divisione o attraverso un provvedimento del giudice.

Esistono delle ipotesi in cui il diritto a chiedere la divisione può essere sospeso, e precisamente per volontà del testatore, delle parti, della legge, o per provvedimento dell'autorità giudiziaria.

A norma dell'art. 713, secondo e terzo comma, c.c., il testatore può disporre che, nel caso in cui tutti o parte dei suoi eredi siano minorenni, la divisione non abbia luogo fino ad un anno dal raggiungimento della maggiore età dell'ultimo nato, oppure, ancora, il testatore può impedire che la divisione abbia luogo prima che sia trascorso un termine non superiore a cinque anni dalla sua morte; in tutte queste ipotesi, tuttavia, il legislatore consente all'autorità giudiziaria, qualora gravi circostanze lo richiedano e su istanza di uno o più coeredi, di disattendere la volontà del *de cuius*, autorizzando la divisione.

Ulteriore limite alla facoltà di chiedere la divisione è dato dall'ipotesi in cui i condividenti stipulino un "patto di indivisione"; questo tuttavia non potrà avere durata maggiore a dieci anni: il patto avente durata maggiore verrebbe *ex lege* ridotto.

A norma dell'art. 717 c.c., anche il giudice, dietro richiesta di uno dei condividenti, può sospendere la divisione per un periodo che non ecceda i cinque anni ed a condizione che la stessa possa pregiudicare gli interessi di alcuni condividenti.

Da ultimo, esistono ipotesi in cui è la legge a prevedere la sospensione della divisione e, tra queste, quando tra i chiamati alla successione vi sia un nascituro. La legge distingue in base a se si tratta di nascituro concepito o non concepito. In caso di nascituro concepito, la divisione non potrà avere luogo fino alla nascita dello stesso; mentre, in caso di nascituro non concepito, il fatto non costituirà una causa di sospensione della divisione e i coeredi potranno procedere alla divisione anche se l'autorità giudiziaria potrà disporre le opportune cautele: l'evento nascita in tale ipotesi costituirà, quindi, condizione risolutiva della divisione effettuata tra i coeredi esistenti (cfr. in tal senso **Cass.**, 17 maggio 1984, n. 3049, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984 secondo la quale l'erede sotto condizione risolutiva è da considerarsi erede a tutti gli effetti giuridici, sia per quanto riguarda gli atti di amministrazione sia per quanto concerne gli atti dispositivi che interessano la quota spettantegli sul patrimonio ereditario; pertanto, deve ritenersi legittimato a partecipare alla divisione dei beni ereditari con gli altri coeredi, così come è legittimato ad alienare a terzi la sua quota, sotto condizione risolutiva. La definitiva attribuzione dei beni in suo favore rimane, però, rimessa al futuro verificarsi o meno della condizione risolutiva; l'avverarsi di questa determina l'inefficacia dell'atto divisorio limitatamente ai beni compresi nella quota del condividente sotto condizione risolutiva, poiché la sopravvenienza di quest'ultima non incide sulla persistente validità ed efficacia delle attribuzioni di quote agli altri coeredi, che conservano integra la propria posizione giuridica. Trinchillo, *Riflessioni sui nascituri e sull'articolo 715 c.c.*, in *Riv. Notar.*, 2000, 3, 621).

Il contratto di divisione

Il contratto di divisione è un contratto consensuale, a prestazioni corrispettive, con efficacia estintivo-costitutiva, attraverso il quale si giunge allo scioglimento della comunione mediante l'apporzionamento a ciascun coerede del patrimonio ereditario. Caratteristica essenziale è la circostanza che, a pena di nullità, è necessaria la **partecipazione di tutti i condividenti** (mentre la sottoscrizione dell'atto da parte di tutti i condividenti potrà, tuttavia, avvenire anche non simultaneamente, a condizione che nelle more non sia intervenuta la revoca del consenso delle parti che avevano già provveduto alla sottoscrizione dell'atto cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 6 ottobre 2000, n. 13335, in *Mass. Giur. It.*, 2000). La necessaria partecipazione all'atto di tutti i condividenti è confermata anche dalla necessità – in sede di divisione giudiziale – del litisconsorzio necessario a norma dell'art. 784 c.p.c. A lungo si è discusso in ordine alla natura dichiarativa o costitutiva del contratto di divisione. Se a questo venisse riconosciuta natura dichiarativa, lo stesso varrebbe solo ad individuare lo specifico oggetto di cui il coerede è titolare, rimanendo inalterato il diritto originariamente acquisito dal condividente; se, invece, avesse natura costitutiva, il coerede, nel momento dell'assegnazione del bene, diverrebbe titolare di un nuovo diritto. Dottrina e giurisprudenza prevalenti (cfr. Giannatasio, *Delle successioni. Divisione. Donazione*, in *Comm. cod. civ.*, Torino, 1980, 7; Cicu, *Successioni per causa di morte. Parte generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1961, 389; Bonilini, *La divisione*, in *Digesto civ.*, VI, Torino, 1990, 485; **Cass. civ.**, 22 dicembre 1986, n. 7840, in *Giust. Civ. Mass.*, 1986; **Cass. civ.**, 20

marzo 1991, n. 2975, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991), traendo le loro ragioni dall'analisi dell'art. 757 c.c. – secondo il quale, come già accennato, ogni coerede è reputato solo ed immediato successore dei beni componenti la sua quota sin dall'apertura della successione e si considera come se non avesse mai avuto la proprietà degli altri beni – ritengono che la divisione abbia natura dichiarativa; pertanto, indipendentemente da quando si procederà alla stipula del contratto di divisione, il coerede condividente risulterà titolare del diritto assegnatogli sin dal momento dell'apertura della successione ereditaria (*contra* Capozzi, *op. cit.*, 1318 secondo il quale la divisione avrebbe natura costitutiva, in quanto non può sostenersi la preesistenza della situazione giuridica determinata dalla divisione, dato che nella realtà giuridica esisteva la comunione e che l'immediata successione dei condividenti, di cui all'art. 757 c.c., nei diritti assegnati è solo un fenomeno di retroattività assoluta – perché operante anche verso i terzi – del negozio giuridico, che ha comunque efficacia costitutiva).

La collazione

La collazione è l'atto, preliminare alla divisione, attraverso il quale determinate categorie di soggetti conferiscono alla massa ereditaria le liberalità ricevute dal *de cuius*. A norma dell'art. 737 c.c. i figli, i loro discendenti ed i coniuge, prima di procedere alla divisione della massa ereditaria, devono conferire tutto ciò che hanno ricevuto dal *de cuius* in forza di donazione diretta o indiretta, salvo che lo stesso dante causa non li abbia dispensati. Pertanto, perché un soggetto sia tenuto ad adempiere all'obbligazione collazionaria deve: a) rivestire la qualifica di coerede (e quindi l'esistenza di un *relictum*), b) rivestire la qualità di donatario del *de cuius*, c) non essere stato dispensato dalla collazione dal donante (cfr. in tal senso Casulli, *Collazione delle donazioni*, in *Noviss. Dig. It.*, III, 1959, 461; **Cass. civ.**, 9 luglio 1975, n. 2704; **Cass.**, 17 novembre 1979, n. 5982, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979. *Contra* Forchielli, *Collazione*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 3; Mengoni, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950, 128; Burdese, *La divisione ereditaria*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1980, 328 che ritiene possa aversi collazione anche senza la presenza di un *relictum*). La collazione avviene normalmente "per imputazione" ma, nel caso in cui l'oggetto della donazione sia un bene immobile, il coerede/donatario può scegliere di optare per la collazione in natura. Se la collazione è fatta per imputazione, il donatario imputerà alla sua quota il valore del bene donatogli (se il valore da imputare supererà il valore della quota, il coerede sarà tenuto a versare conguagli agli altri coeredi); la collazione in natura, invece, prevede la "restituzione" alla massa ereditaria del bene donato, che cesserà di appartenere al coerede e rientrerà nella massa ereditaria. Data la peculiare operatività di questo istituto, il legislatore pone quale condizione preliminare per poter optare per la collazione in natura – oltre la circostanza che si tratti di beni immobili – il fatto che gli stessi non siano stati alienati né ipotecati dal donatario.

Non tutte le donazioni sono, tuttavia, soggette a collazione: infatti, a norma dell'art. 742 non lo sono, ad esempio, quelle sostenute per il mantenimento, per l'educazione o per malattia, né quelle ordinarie fatte per l'acquisto di abbigliamento o in occasione delle nozze.

È nel potere del donante esonerare il donatario dall'obbligo di conferire ai coeredi ciò che ha ricevuto dal defunto per donazione; questa **dispensa**, tuttavia, non potrà produrre effetti se non nei limiti della quota disponibile a norma dell'art. 737,2 c.c. (per una più ampia disamina dell'argomento cfr. Di Mauro, *La dispensa dalla collazione*, in *Fam., Pers. e Succ.*, 2010, 1, 63).

Oggetto della collazione sono le donazioni sia dirette che indirette.

Con riferimento a quest'ultima categoria, si è posto il problema di cosa fosse oggetto della donazione indiretta nello specifico caso di intestazione di beni in nome altrui, al fine di determinare cosa dovesse essere oggetto di collazione. L'intestazione di beni in nome altrui, infatti, può avvenire in due modi: a) un soggetto dona ad un altro soggetto del denaro perché questo possa acquistare con lo stesso un immobile; b) un soggetto paga il corrispettivo di un immobile, che tuttavia viene intestato ad un altro soggetto. Nel primo dei due casi la giurisprudenza (cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 15 novembre 1997, n. 11327, in *Riv. Notar.*, 1998, 182; **Cass. civ.**, 24 febbraio 2004, n. 3624, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004) è giunta a ritenere che oggetto della donazione sia soltanto il denaro, e che quindi oggetto di collazione dovrà essere il denaro e non l'immobile, perché l'acquisto del bene costituisce autonoma e distinta determinazione del donatario.

Nel secondo caso, invece, la giurisprudenza (cfr. in tal senso **Cass. civ.**, 6 maggio 1991, n. 4986, in *Vita Notar.*, 1991, 987; **Cass.**, **Sez. un.**, 3 agosto 1992, n. 9282, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2991; **Cass. civ.**, 29 maggio 1998, n. 5310, in *Il civilista*, 2011, 9, 8) è giunta a ritenere che oggetto della donazione sia l'immobile, in quanto in tale ipotesi la compravendita costituisce strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, integrando una donazione indiretta del bene stesso e non del denaro; conseguentemente, in caso di collazione il conferimento dovrà avere ad oggetto l'immobile, non il denaro impiegato per il suo acquisto.

A norma dell'art. 747 c.c., la collazione per imputazione che riguarda beni immobili si fa avuto riguardo al valore dell'immobile al tempo dell'apertura della successione. La collazione, invece, di una somma di denaro viene calcolata secondo il valore nominale della stessa, senza tenere conto della svalutazione monetaria intervenuta tra il giorno della donazione e quello della morte del donante (cfr. sul tema Cuffaro, *La collazione e il principio nominalistico*, in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale* a cura di Perlingieri, Sesta, I, Napoli, 2007, 573).

Non bisogna confondere la collazione con l'imputazione: la seconda di queste figure ha, infatti, un campo applicativo diverso; il legislatore, a norma dell'art. 564,3 c.c., dispone che il legittimario che voglia agire in riduzione debba imputare alla sua porzione di legittima le donazioni ed i legati a lui fatti (salvo non ne sia stato dispensato espressamente).

La collazione non va neanche confusa con l'istituto dell'imputazione dei debiti: benché il legislatore li disciplini all'interno del medesimo art. 724 c.c., gli istituti rimangono tra di loro autonomi (cfr. in tal senso Capozzi, *op. cit.*, 1340 e per una più ampia disamina sul punto cfr. Di Mauro, *Considerazioni sull'imputazione dei debiti e i prelevamenti della divisione*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2013, 3, 652).

La fasi della divisione

Il codice civile prescrive alcune "fasi della divisione": queste sono, normalmente, applicate alla divisione giudiziaria, ma i coeredi possono scegliere di prenderle a riferimento anche nella divisione volontaria.

Per la formazione delle quote, i dividendi potranno procedere ad una divisione in natura o ad una divisione con conguagli di denaro; i **conguagli** hanno la funzione di annullare l'ineguaglianza in natura delle quote (sulla natura del conguaglio quale credito di valore soggetto a rivalutazione cfr. **Cass. civ.**, **29 maggio 2007, n. 12498**, in *Giur. It.*, 2007, 11, 2438). L'ineguaglianza delle quote potrà essere oggettiva, come nel caso di cui all'art. 720 c.c. di cui si dirà, o soggettiva, ovvero sia derivante dalla volontà dei dividendi di assegnare ad uno una quota di valore superiore.

Tra le norme che disciplinano le fasi della divisione due, malgrado il legislatore lasci liberi i dividendi di ripartire i beni nel modo che ritengono più opportuno, sono inderogabili: l'art. 720 c.c. avente ad oggetto i **beni immobili non comodamente divisibili** e l'art. 722 c.c. avente ad oggetto la disciplina dei **beni indivisibili nell'interesse della produzione nazionale**.

Infatti, nel caso in cui nell'asse ereditario vi siano beni non comodamente divisibili, o il cui frazionamento potrebbe arrecare pregiudizio alle ragioni della pubblica economia o dell'igiene, se la divisione non può essere effettuata senza il loro frazionamento due sono le possibili scelte date ai coeredi: o i beni vengono assegnati ad uno solo dei coeredi, avente diritto alla quota maggiore (o a più coeredi che ne facciano congiuntamente richiesta); o, in alternativa, si deve procedere alla vendita dei beni all'incanto. Medesimo discorso vale per i beni che sono dichiarati indivisibili nell'interesse della produzione nazionale.

In ordine al concetto di non comoda divisibilità, la giurisprudenza è giunta a ritenere che essa si verifichi quando si richiederebbe di operare un frazionamento nocivo o eccessivamente oneroso dei beni o imporre su di loro gravose servitù, ovvero ancora assegnarli così che essi non possano realizzare la loro giusta e piena funzionalità, diminuendone il valore in modo irrimediabile; diversamente, invece, il difetto di omogeneità tra le porzioni determinato dalla necessità di disporre cospicui conguagli in capo ai coeredi non è ragione sufficiente per privare alcuni dei dividendi del diritto a conseguire il bene in natura (**Cass. civ.**, **11 luglio 2011, n. 15212**, in *Fam. e Dir.*, 2011, 12, 1091, con nota di Ciatti, *L'incomoda divisibilità degli immobili compresi nell'asse ereditario*. **Cass. civ.**, **2 marzo 2006, n. 4594**, in *Giur. It.*, 2007, 2, 350; **Cass. civ.**, **29 marzo 2007, n. 12498**, in *Giur. It.*, 2007, 11, 2438).

Le possibilità del testatore di incidere sulla divisione

Il legislatore prevede alcune ipotesi nelle quali il testatore può incidere sulla divisione dell'asse ereditario che si formerà all'apertura della sua successione. Più precisamente, gli artt. 733 e 734 c.c. disciplinano rispettivamente il cosiddetto assegno divisionale semplice (o norma date dal testatore per la divisione) ed il cosiddetto assegno divisionale qualificato (o divisione fatta dal testatore), mentre l'art. 706 c.c. disciplina la divisione dell'esecutore testamentario.

Norma date dal testatore per la divisione

Nell'analisi dell'art. 733 c.c. è bene innanzitutto trattare distintamente il primo dal secondo comma (quest'ultimo ha ad oggetto la **divisione rimessa all'opera del terzo**).

Il testatore, dopo aver istituito i suoi eredi determinando le loro quote astratte, può individuare le regole cui gli stessi dovranno attenersi nella formazione delle porzioni. A differenza dell'assegno divisionale qualificato, di cui si dirà, queste regole dettate dal *de cuius* hanno valore solo obbligatorio; si ritiene infatti che abbiano natura di *modus* (cfr. in tal senso **Cass.** **9 marzo 1979, n. 1481**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979; **Cass. civ.**, **17 luglio 2006, n. 16216**, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006 secondo la quale "La disposizione testamentaria con cui un determinato bene viene destinato ad uno dei coeredi, comprendendolo nella quota di sua spettanza, ha natura di norma volta a regolare la futura divisione, ai sensi dell'art. 733 c.c., e, esprimendo una mera preferenza in favore dell'erede, ha efficacia obbligatoria e non reale, effetto che invece si verificherebbe se il testatore, procedendo immediatamente alla divisione, assegnasse direttamente il bene."); difatti, rispetto all'ipotesi di un legato obbligatorio, si ritiene preferibile la natura di onere, in quanto manca un soggetto beneficiario e le norme date dal testatore tendono a soddisfare un suo particolare interesse (che potrebbe essere anche potenzialmente in contrasto con quello del coerede interessato: conseguentemente, all'apertura della successione si formerà la comunione ereditaria tra i coeredi che, tuttavia, in sede di divisione dovranno attenersi alle norme dettate dal testatore, salvo che l'effettivo valore dei beni non corrisponda a quello delle quote stabilite dal *de cuius*).

Al 2° co. dell'art. 733 c.c., invece, il legislatore prevede come il testatore possa disporre che la divisione venga effettuata secondo la stima di una persona dallo stesso designata, a condizione che non si tratti di un erede o di un legatario. Si discute in ordine a quale sia l'effettiva natura dei poteri attribuiti dal testatore al terzo e si ritiene prevalentemente che questa non integri una divisione effettiva operata dal terzo, ma la sola predisposizione di un progetto di divisione; quindi, anche in questa ipotesi, la natura è quella obbligatoria (cfr. in tal senso **Cass. civ., 14 luglio 1983, n. 4826**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983 secondo la quale “per aversi la divisione *inter liberos*, la quale impedisce il nascere della comunione ereditaria e realizza l'identico risultato pratico conseguibile con la divisione amichevole o giudiziale, occorre che gli eredi siano chiamati a succedere in quote concrete, formate dal medesimo testatore mediante la specificazione dei singoli beni destinati a far parte di ciascuna quota con un atto avente, nel contempo, effetti dispositivi e reali, mentre si versa nella ipotesi prevista dall'art. 733 c.c. vigente ove il testatore si limiti a dettare, con effetti meramente obbligatori per gli eredi, le norme per la futura divisione. Lo stabilire se una attribuzione in *rebus certis* sia direttamente effettuata dal testatore con efficacia reale (con acquisto immediato del cespite da parte dell'istituto e conseguente esclusione delle cose così assegnate dalla comunione ereditaria), o debba invece riconoscersi alla stessa efficacia meramente obbligatoria (in guisa da non impedire rispetto alle cose in questione il sorgere della comunione ereditaria), è una questione di interpretazione della volontà del *de cuius*.”). Questo progetto vincherà gli eredi, salvo che l'autorità giudiziaria non lo riconosca contrario alla volontà del testatore o manifestamente iniquo.

La divisione del testatore

La regola che vede, al momento dell'apertura della successione, in presenza di più coeredi, il formarsi di una comunione ereditaria subisce una deroga nel caso di assegno divisionale qualificato.

Il legislatore all'art. 734 c.c. dispone che il testatore possa dividere i suoi beni tra gli eredi comprendendo nella divisione anche la parte non disponibile; in questa ipotesi, la comunione non si viene a formare neanche per un istante ideale e gli eredi, accettata l'eredità, acquisteranno immediatamente i singoli cespiti loro assegnati dal *de cuius* (cfr. in tal senso **Cass. civ., 14 luglio 1983, n. 4826**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1983). L'istituto si compone di due negozi autonomi, anche se collegati: l'istituzione e la divisione; la loro autonomia rileverà soprattutto in ipotesi di nullità *ex* 735 c.c., che riferendosi alla sola divisione lascerà intatta l'istituzione. Due sono i limiti imposti dalla legge al testatore che voglia dar luogo ad un assegno divisionale qualificato: a) la proporzione fra il valore della quota e quello dei beni assegnati (art. 763,2 c.c.); b) il dovere di ricomprendere nella divisione anche i legittimari attribuendo loro almeno la quota spettantegli *ex lege* (art. 735 c.c.).

A norma dell'art. 763,2 c.c. la divisione può essere rescissa nel caso in cui taluno dei coeredi provi che il valore dei beni assegnati è inferiore di oltre un quarto rispetto alla sua quota. A norma dell'art. 735,1 c.c., viene disposta la nullità della divisione nel caso in cui sia pretermesso un legittimario o un erede istituito; secondo la giurisprudenza (cfr. **Cass. civ., 23 marzo 1992, n. 3599**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1992) la divisione in questa ipotesi sarebbe nulla solo ove non fossero lasciati fuori dalla divisione beni sufficienti a formare le porzioni dei soggetti pretermessi. Si ponga in evidenza il fatto che, per quanto la norma sancisca la nullità della donazione, resta vivo il principio generale secondo il quale il legittimario pretermesso, fino a quando non ha vittoriosamente esperito l'azione di riduzione non potrà partecipare, *ipso iure* alla comunione ereditaria (cfr. in tal senso tra le altre **Cass. civ., 11 giugno 2003, n. 9424**, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003).

Al 2° comma, invece, la norma in commento stabilisce che il coerede leso nella quota di riserva può esercitare l'azione di riduzione contro gli altri coeredi. La differenza tra il primo ed il secondo comma è data dal fatto che nel primo comma l'erede è pretermesso, mentre nel secondo è istituito ma apporzionato con una quota inferiore a quella che la legge gli riconosce.

Da ultimo è particolarmente discusso se, nella divisione fatta dal testatore, questo possa far ricorso ad uno strumento tipico della divisione (ordinaria così come ereditaria): i conguagli. Specificamente ci si domanda se il *de cuius* per ovviare ad eventuali sperequazioni possa disporre che la quota spettante ad un coerede sia costituita in tutto o in parte da denaro non facente parte dell'asse ereditario, ma rinvenibile in capo al coerede assegnatario di beni di valore superiore alla sua quota. Parte della giurisprudenza risalente (cfr. **Cass. civ., 6 aprile 1963, n. 886** e **Cass. civ., 2 ottobre 1974, n. 2560**) ha negato questa possibilità, ritenendo possibile prevedere dei conguagli solo nell'ipotesi in cui gli stessi siano rappresentati da denaro dell'eredità. Altra parte, invece, della giurisprudenza (cfr. tra le altre **Cass. civ., 24 febbraio 1995, n. 2117**, in *Riv. Giur. Edilizia*, 1995, I, 1025; **Cass. civ., 22 novembre 1996, n. 10306**, in *Giust. Civ. Mass.*, 1996; **Cass. civ., 22 giugno 2005, n. 13380**, in *Riv. Notar.*, 2006, 3, 777; **Cass. civ., 16 gennaio 2007, n. 862**, in *Vita Notar.*, 2007, 1, 205) ha affermato che il testatore ben possa far ricorso allo strumento del conguaglio in denaro sia per correggere le ineguaglianze in natura delle quote sia per assicurare il valore originario delle varie assegnazioni onde evitare che fluttuazioni dei prezzi del mercato o altri eventi possano creare sperequazioni.

La divisione dell'esecutore testamentario

Da ultimo, a norma dell'art. 706 c.c., il testatore può disporre che l'esecutore testamentario – quando non sia erede o legatario – proceda alla divisione tra gli eredi dei beni dell'eredità. A ben vedere, la divisione dell'esecutore testamentario altro non è che una specificazione della divisione rimessa all'opera di un terzo – come anche confermato dal rinvio che il legislatore opera all'art. 733 c.c.

Tuttavia, occorre evidenziare come tale rinvio debba essere inteso nei limiti della compatibilità; difatti, l'esecutore testamentario non si limiterà a proporre un progetto di divisione vincolante, bensì dovrà procedere alla formazione delle porzioni (si ritiene infatti che il rinvio operi più che altro con riferimento alla possibilità per gli eredi di impugnare la divisione operata dall'esecutore testamentario, se contraria alla volontà del testatore o manifestamente iniqua). Se ne deduce che questa tipologia di divisione, all'opposto di quella di cui all'art. 733 c.c., produca effetti reali, avendo quindi il potere di far cessare la comunione.

Si discute se gli eredi possano prevenire l'attività dell'esecutore testamentario procedendo loro stessi a divisione; autorevole dottrina (cfr. in tal senso tra gli altri Talamanca, *Successioni testamentarie*, Artt. 679-712, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1976, 521) ha osservato come i coeredi abbiano la possibilità di esautorare l'esecutore dal potere di procedere alla divisione (anticipandolo nel tempo), perché sono loro ad essere i titolari dell'interesse sostanziale su cui la divisione deve incidere e perché il testatore con ogni probabilità si affida all'esecutore testamentario, supponendo il verificarsi di un disaccordo tra coeredi che, nell'ipotesi qui contemplata, non sussisterebbe.

La disciplina processuale della divisione

Oggetto del giudizio

Il giudizio di divisione, disciplinato dagli artt. 784-791 c.p.c. e 194-195 disp. att. c.p.c., è un processo speciale di cognizione volto, da un lato, ad accertare il diritto potestativo dei dividendi a conseguire la divisione del patrimonio comune e, dall'altro, a determinare le modalità d'attuazione di tale divisione (**Cass., 8 settembre 1986, n. 5462**).

Il processo è, dunque, distinto in due cadenze procedimentali, scandite da ordinanze ovvero da sentenze in ragione dell'insorgere o meno tra i dividendi di contestazioni (**Trib. Genova, 29 novembre 2007**).

Pluralità di fasi e unitarietà del processo

Il giudizio si svolge in tre fasi:

- formazione dell'asse patrimoniale (c.d. assificazione);
- formazione delle quote;
- attribuzione delle quote agli aventi diritto.

Tale sequenza progressiva è funzionale al conseguimento di un duplice effetto: il venir meno dello stato di comunione e la trasformazione dei diritti "pro quota" dei singoli partecipanti in altrettanti diritti individuali di proprietà esclusiva su determinate porzioni di beni comuni (**cfr. Cass., 4 marzo 2011, n. 5266**).

Tuttavia, secondo la giurisprudenza costante, tale articolazione in fasi non vale ad inficiare la natura complessivamente unitaria del giudizio (cfr. **Cass., 23 novembre 2007, n. 24443; Cass., 6 luglio 1997, n. 2983; Cass., 16 novembre 1996, n. 10066; Cass. civ., 17 maggio 1995, n. 5415**).

Soggetti del giudizio

Ai sensi dell'art. 784 c.p.c., le domande di divisione ereditaria o di scioglimento di qualsiasi altra comunione devono proporsi in confronto di tutti gli eredi o condomini e dei creditori oppositori, ove ne siano.

A tal riguardo, la giurisprudenza ha precisato che il processo deve necessariamente svolgersi nei confronti di tutti coloro che partecipano alla comunione al momento della proposizione della domanda. Pertanto, la qualità di litisconsorte necessario deve essere valutata sia sul piano materiale, con riferimento al cespite da dividere, sia sul piano cronologico, con riferimento all'atto di instaurazione del giudizio. (**Cass., 30 marzo 2009, n. 7626; Cass., 26 aprile 1993, n. 4891**).

È evidente che il litisconsorzio trova applicazione in ogni grado del processo sino al venir meno dello stato di comunione mediante l'attribuzione ai singoli delle quote ad essi spettanti. Di conseguenza, anche in fase di appello, qualora l'appellante non abbia provveduto alla citazione di uno o più dividendi, il giudice di secondo grado dovrà ordinare l'integrazione del contraddittorio ex art. 331 c.p.c. (**Cass., 11 giugno 2013, n. 14654. e Cass., 4 aprile 2001, n. 4948**).

La prima fase del giudizio

Mediazione obbligatoria e domanda di divisione congiunta

A seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 28/2010, il giudizio di divisione deve essere preceduto, a pena d'improcedibilità, dal previo esperimento del tentativo di mediazione: la domanda di mediazione e la fissazione del primo incontro devono essere comunicate a tutti i litisconsorti necessari.

Con il D.L. n. 69/2013 (c.d. decreto «del fare»), è stata introdotta la nuova disciplina della divisione su domanda congiunta ex art. 791 bis: in linea con gli obiettivi di celerità ed efficienza della riforma, la novità legislativa consente di pervenire alla divisione di beni senza dover ricorrere al processo contenzioso dinanzi al giudice civile. In assenza di contestazioni, gli eredi o condomini e gli eventuali creditori e aventi causa che abbiano notificato o trascritto l'opposizione alla divisione possono, con ricorso congiunto al tribunale competente per territorio, domandare la nomina di un notaio o di un avvocato avente sede nel circondario al quale demandare le operazioni di divisione.

Atto introduttivo e competenza

In caso di esito negativo del tentativo di mediazione, il procedimento si instaura con atto di citazione, secondo la disciplina dettata in materia di processo ordinario, anche in relazione alle costituzione delle parti (**Cass., 22 giugno 2011; cfr. anche Corte cost., 29 ottobre 2009, n. 276**). Data l'iniziale posizione paritaria dei dividendi, è consentito che più soggetti siano rappresentati dallo stesso difensore: tuttavia, qualora tra i soggetti insorga successivamente un conflitto di interessi, si avrà inefficacia delle procure e nullità degli atti compiuti e dei provvedimenti adottati nel giudizio (**Cass., 8 aprile 1983, n. 2493**).

La trascrizione della domanda di divisione è richiesta ai soli fini dell'osservanza dell'onere della continuità. Ne consegue che coloro che siano subentrati a titolo particolare nella quota del dividendo nel corso del giudizio, pur subendo gli effetti della decisione al pari dei loro danti causa, sono legittimati ad impugnare la sentenza ove la ritengano lesiva dei loro diritti (**Cass., 25 gennaio 2000, n. 821**). A ciò si aggiunga che la trascrizione della domanda giudiziale di divisione non rende inefficace l'ipoteca iscritta successivamente sul bene dal creditore di uno dei comunisti, ma esime i comproprietari dall'onere di chiamare in giudizio il creditore affinché lo scioglimento della comunione abbia effetto nei suoi confronti. E ciò anche se l'approvazione dell'attribuzione delle quote nel giudizio di divisione avvenga dopo l'iscrizione dell'ipoteca, avuto riguardo all'effetto di prenotazione che si riconnette alla trascrizione della domanda di divisione (**Cass., 10 settembre 2009, n. 19550**).

Il valore delle cause per divisione si determina da quello della massa attiva da dividersi, intesa come massa al lordo dei debiti, *ex art. 12 c.p.c.* Se la competenza spetta al tribunale (senza dubbio se la divisione attiene a beni immobili), provvede l'organo monocratico.

Quanto alla competenza per territorio, occorre distinguere: se si tratta di cause ereditarie, è competente il giudice del luogo dell'aperta successione, da intendersi come luogo dell'ultimo domicilio del defunto, *ex art. 22 c.p.c.*; in caso di comunione ordinaria, la domanda va proposta dinanzi al giudice del luogo dove si trovano i beni comuni o la maggior parte di essi, come stabilito dall'*art. 23 c.p.c.*

Domande nuove

Nell'ambito del giudizio divisorio, in linea con il principio generale di cui all'*art. 101 c.p.c.*, trova applicazione il divieto di mutamento della domanda, salvo che la domanda nuova, introdotta nel corso del giudizio di primo grado, sia stata accettata da controparte ovvero notificata al contumace (*art. 292 c.p.c.*).

Un esempio: proposta domanda di divisione ereditaria in tante quote corrispondenti al numero degli eredi, costituisce domanda nuova, inammissibile in corso di giudizio, l'istanza diretta alla divisione dei beni e attribuzione delle relative quote soltanto in favore di alcuni eredi, con esclusione di altri.

Come accennato, su tale domanda nuova, il giudice istruttore non può provvedere in assenza di accettazione (o non opposizione) delle parti costituite, ovvero di notificazione personale al contumace in base all'espresso disposto dell'*art. 292 c.p.c.*

Più in generale, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, in sede di divisione ereditaria, le richieste di ciascun coerede di prelevamenti dal *relictum* a soddisfazione di crediti verso di *de cuius* configurino delle vere e proprie domande nuove, volte ad ottenere l'attribuzione diretta di un bene della vita (credito) e, correlativamente, a diminuire la massa da dividere (**Cass., 6 marzo 1980, n. 1521**).

La specialità del processo di divisione rispetto al rito ordinario di cognizione di cui agli *artt. 163 ss. c.p.c.* è data, in primo luogo, dai due distinti momenti di cui agli *artt. 785 e 789 c.p.c.*

Nell'ambito di un procedimento che si apre con atto di citazione e segue le regole del processo ordinario di cognizione, l'elemento di novità si rintraccia in quelle disposizioni che attraverso il meccanismo della non contestazione tentano di abbreviare il giudizio.

La prima fase del giudizio è volta alla cognizione delle questioni concernenti il fondamento del diritto alla divisione. Secondo quanto disposto dall'*art. 785 c.p.c.*, in assenza di contestazioni sul diritto alla divisione, essa è disposta con ordinanza dal giudice istruttore e la fase si conclude in via semplificata.

Nel processo di divisione, contestazioni possono sorgere sia con riferimento al diritto stesso di procedere a divisione *ex art. 785 c.p.c.*, sia limitatamente al progetto di divisione *ex art. 789 c.p.c.*

Eventuali contestazioni devono essere espressamente sollevate nell'udienza fissata per la discussione del progetto di divisione: l'*art. 789 c.p.c.*, ai fini della dichiarazione di esecutività del progetto di divisione, richiede espressamente che non sorgano contestazioni nell'udienza all'uopo convocata (**Cass. 22 giugno 2004, n. 11575; arg. ex Cass., 4 novembre 1995, n. 11523; Cass., 20 febbraio 1988, n. 1778; Cass., 4 aprile 1987, n. 3262**).

La seconda fase del giudizio**Progetto di divisione e udienza di discussione**

Il giudice istruttore, ai sensi dell'*art. 789 c.p.c.*, predispose un progetto di divisione, di norma con l'assistenza di un consulente tecnico d'ufficio.

Il progetto è depositato in cancelleria e, contestualmente, è fissata l'udienza di discussione del progetto con decreto da comunicare alle parti.

Come accennato, all'udienza di discussione, ove non sorgano contestazioni sul progetto, il giudice

istruttore dichiara quest'ultimo esecutivo, provvedendo in forma semplificata con ordinanza non impugnabile *ex art. 789 c.p.c.*, correlata dalle disposizioni necessarie per l'estrazione a sorte dei lotti. In caso contrario, il giudice rimette la causa in decisione, previa l'eventuale istruzione davanti al collegio *ex art. 187 c.p.c.*, che conseguentemente pronuncia sentenza con la quale approva o non approva il progetto di divisione.

Controversa è la natura delle sentenze che concludono le singole fasi del giudizio.

La giurisprudenza largamente maggioritaria ritiene costituisca sentenza definitiva solo quella che scioglie la comunione rispetto a tutti i beni che ne facevano parte, mentre le eventuali sentenze che concludono le singole fasi del procedimento avrebbero carattere strumentale e natura di sentenza non definitiva (**Cass., 7 marzo 2007, n. 5203; Cass., 16 novembre 1996, n. 10066**).

Sul punto, la Cassazione ha precisato che il principio dell'unitarietà del processo di divisione non esclude che, nel suo ambito, possano distinguersi sentenze non definitive, strumentali e preordinate alla successiva determinazione della consistenza dell'asse ereditario, e sentenze definitive che esauriscono l'intera materia del contendere, pur rimettendo ad una successiva fase le operazioni relative alla concreta determinazione ed all'attribuzione delle quote (**Cass., 21 aprile 1994, n. 3788; Cass., 18 maggio 1994, n. 4827**).

Natura dell'ordinanza e rimedi esperibili

La natura dell'ordinanza *ex art. 789 c.p.c.* è dibattuta: si è alternativamente parlato di un provvedimento decisorio a carattere sommario o, più semplicemente, di un provvedimento di omologazione di un accordo concluso tra le parti.

La giurisprudenza sul tema appare confusa nell'individuare sia i vizi che ne legittimano l'impugnazione sia gli eventuali rimedi esperibili.

La Suprema Corte ha ammesso che l'ordinanza in questione, pur definita dalla legge non impugnabile, sia ricorribile per cassazione *ex art. 111 Cost.*, qualora risulti emanata in presenza di contestazioni, vale a dire in difetto dei presupposti che ne legittimano la pronuncia (**Cass., 28 settembre 2006, n. 21064; Cass., 30 luglio 2004, n. 14575; Cass., 7 marzo 1996, n. 1818**).

In particolare, poiché il progetto di divisione deve comprendere l'intera massa da dividere, l'ordinanza del giudice istruttore che, in difetto di un'espressa volontà dei dividendi, approvi un progetto di divisione parziale, costituisce un provvedimento abnorme che, avendo carattere dispositivo dei diritti delle parti, è impugnabile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. e non è revocabile da parte del giudice che lo ha emesso, dato il principio di conversione dei motivi di nullità della sentenza in motivi di impugnazione (**Cass., 24 maggio 1990, n. 4699**).

La giurisprudenza ha, dunque, posto l'accento sul contenuto decisorio del provvedimento, idoneo ad incidere in via definitiva su situazioni giuridiche soggettive, e sulla sua definitività, data l'assenza di meccanismi idonei a consentire il suo riesame (**Cass., 28 settembre 2006, n. 21064; Cass., 10 ottobre 1997, n. 9849**).

Criteri di determinazione delle quote

Fatte salve le disposizioni in materia di immobili non comodamente divisibili e di beni indivisibili nell'interesse nazionale (artt. 720 e 722 c.p.c.), le porzioni devono essere formate comprendendo una quantità di mobili, immobili e crediti di pari natura e qualità, in proporzione all'entità di ciascuna quota *ex art. 728 c.c.*

Tale principio non ha, tuttavia, natura assoluta e vincolante, costituendo un mero criterio di massima. Resta ferma in capo al giudice la facoltà di formare i lotti sulla base di diversi parametri, nonché di valutare, ad esempio, se l'interesse dei dividendi possa essere più adeguatamente soddisfatto attraverso l'attribuzione di un intero immobile, piuttosto che attraverso il suo frazionamento. Il relativo giudizio è incensurabile in cassazione, se adeguatamente motivato (**Cass., 16 giugno 2008, n. 16219**).

Peraltro, si è sostenuto che il principio di cui all'art. 1114 c.c., per il quale la divisione ha luogo in natura se la cosa può essere comodamente divisa in porzioni corrispondenti alle quote dei partecipanti, non esclude la possibilità del ricorso al correttivo dei conguagli in denaro, previsto dall'art. 728 c.c. (**Cass., 24 febbraio 1995, n. 2117**).

Immobili non comodamente divisibili

Qualora nella comunione rientrino immobili non comodamente divisibili e la divisione dell'intera sostanza non possa effettuarsi senza il loro frazionamento, l'art. 720 c.c. stabilisce che essi debbano essere compresi: a) per intero con addebito dell'eccedenza nella porzione di uno dei dividendi con diritto alla quota, o b) nelle porzioni di più dividendi che ne richiedano congiuntamente l'attribuzione.

L'addebito dell'eccedenza, ai sensi dell'art. 720 c.c., a carico del dividendo assegnatario dell'intero bene ed a favore di quello non assegnatario (o assegnatario di un bene di valore inferiore alla propria quota di partecipazione alla divisione), prescinde dalla domanda delle parti, in quanto attiene alle concrete modalità di attuazione del progetto divisionale devolute alla competenza del giudice, perseguendo la sentenza di scioglimento della comunione il mero effetto di perequare il valore delle rispettive quote (**Cass., 23 maggio 2013, n. 12779**).

In mancanza di richieste di attribuzione, la disposizione configura la vendita all'incanto come rimedio

residuale a cui ricorrere quando nessuno dei condividenti voglia giovare della facoltà di attribuzione dell'intero (**Cass., 13 maggio 2010, n. 11641**).

Il giudizio di appello

ius novorum

La giurisprudenza ha ritenuto il giudizio di scioglimento di comunioni non del tutto compatibile con le scansioni e le preclusioni che disciplinano il processo in generale: in tale procedimento, i singoli condividenti intraprendono le loro strategie difensive anche all'esito dei comportamenti assunti dalle altre parti con riferimento al progetto di divisione e gli eventuali sopravvenuti atti negoziali traslativi, modificando il numero e l'entità delle quote, acquisiscono necessariamente rilievo.

Sulla base di tali premesse, si è affermato il diritto delle parti del giudizio divisorio di mutare, anche in sede di appello, le proprie conclusioni (**Cass., 17 aprile 2013, n. 9367**).

Nello specifico, la Suprema Corte ha chiarito che, nel giudizio di divisione di un immobile strutturalmente o funzionalmente non frazionabile, la richiesta di attribuzione dell'intero compendio immobiliare ai sensi dell'art. 720 c.c. può essere proposta per la prima volta anche in appello, integrando tale istanza una mera modalità di attuazione della divisione: in quanto diretta al già richiesto scioglimento della comunione, essa non costituisce domanda nuova ma mera specificazione di quella, comune a tutte le parti, volta a porre fine allo stato di comunione.

Tuttavia, ove nel giudizio di primo grado una delle parti abbia formulato domanda di attribuzione dell'intero compendio, mentre l'altra si sia limitata ad opporsi alla divisione, quest'ultima non potrà più proporre la domanda di attribuzione per la prima volta in grado di appello (**Cass., 3 maggio 2010, n. 10624; Cass., 28 maggio 2008, n. 14008; Cass., 28 novembre 1998, n. 12111**).

Analogamente, la giurisprudenza ha affermato che la richiesta di attribuzione di beni determinati può essere proposta per la prima volta in appello, non costituendo domanda in senso proprio; essa, tuttavia, è inammissibile se formulata soltanto con la comparsa conclusionale del giudizio di secondo grado, e, quindi, al di fuori di ogni possibilità di discussione nel contraddittorio tra le parti (**Cass., 14 agosto 2012, n. 14521**).

Al contrario, costituisce una *mutatio* e non una semplice *emendatio libelli* la richiesta di estendere lo scioglimento della comunione a beni in relazione ai quali in primo grado era stato chiesto che permanesse lo stato di comunione *pro indiviso*: tale richiesta introduce nuovi temi d'indagine e non determina soltanto una diversa modalità di realizzazione della divisione (nel caso di specie, la Suprema Corte ha cassato la pronuncia del giudice di secondo grado che, in una controversia per la divisione di un immobile, composto da un fabbricato e da un'area esterna allo stesso, aveva ritenuto una mera modalità divisionale la domanda prospettata per la prima volta in appello di procedere alla divisione anche dell'area esterna adibita a giardino comune al fabbricato) (**Cass., 28 aprile 2011, n. 9472**; nello stesso senso già **Cass., 13 dicembre 2005, n. 27410**).

La disciplina delle spese

Interesse comune e soccombenza

Il fatto che il giudizio di scioglimento della comunione si svolga nell'interesse comune dei condividenti rende complesso individuare una parte soccombente in senso tecnico.

A tal riguardo, la giurisprudenza ha chiarito che, se da un lato, le spese necessarie allo svolgimento del giudizio nel comune interesse devono essere poste a carico della massa, gravando su tutti in proporzione alle rispettive quote, dall'altro, valgono i principi generali sulla soccombenza per quelle spese che, secondo il prudente apprezzamento del giudice, siano conseguenza di eccessive pretese o di inutili resistenze di una parte (**Cass., 13 febbraio 2006, n. 3083**).

Spese legali

Con riferimento ai compensi dei difensori, la Suprema Corte ha stabilito che la loro quantificazione debba essere effettuata sulla base del valore del patrimonio da dividere ovvero sulla base del valore della quota, a seconda che la controversia concerna l'entità del primo o della seconda (**Cass., 13 novembre 1997, n. 11222**).

La disciplina tributaria della divisione

Stante la natura dichiarativa della divisione, vien da sé che, nell'ambito dell'imposizione indiretta, essa rilevi prioritariamente ai fini dell'imposta di registro. La divisione, infatti, è priva di quegli effetti traslativi che invece si pongono a fondamento degli altri prelievi indiretti, per tutti l'IVA, effetti invero anticipati al momento della costituzione della comunione (salvo quanto si preciserà nel seguito a proposito dei conguagli divisionali). Sull'atto di divisione grava, dunque, l'imposta di registro (e, con essa, l'imposta di bollo, le tasse ipotecarie e i tributi speciali catastali, non operando nel caso di specie il c.d. assorbimento previsto al 3° comma dell'art. 10, d.lgs. 14 marzo 2011, n. 23), come disciplinata dal noto D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il Testo Unico sull'Imposta di Registro (TUR). Precisamente nell'art. 34 del TUR, *ad hoc* rubricato "Divisioni", la fattispecie trova una specifica, dettagliata regolamentazione.

Secondo il 1° comma di tale art. 34, "la divisione, con la quale ad un condividente sono assegnati beni

per un valore complessivo eccedente quello a lui spettante sulla massa comune, è considerata vendita limitatamente alla parte eccedente”. Il comma, pur non avendo espressamente un contenuto definitorio della fattispecie che ci occupa, comunque *a contrario* chiarisce quanto – come anticipato – è ormai pacifico in campo fiscale: l’atto di divisione ha senz’altro natura dichiarativa, se la *pars quanta* assegnata ai condividenti corrisponde alla *pars quota*, cioè alla quota di diritto che i medesimi vantano sulla massa divisionale (Cass., 24 luglio 2000, n. 6959; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20645; Cass., 15 giugno 2010, n. 14398).

La ratio della disciplina

La qualificazione dell’atto divisorio come atto di natura dichiarativa comporta, come ovvia conseguenza logica, che il medesimo sarà assoggettato ad imposizione con l’aliquota propria degli “atti di natura dichiarativa”, pari all’1% (TUR, Tariffa, parte I, art. 3), che grava sul valore dell’intera massa divisionale ove non siano previsti conguagli (nel qual caso, come meglio si dirà nel seguito, si applica tutt’altra disciplina). La misura relativamente lieve dell’aliquota risponde ad una precisa logica impositiva, peraltro coerente con il principio di capacità contributiva di cui all’art. 53 Cost. Un più gravoso prelievo avrebbe infatti rischiato di realizzare in capo al contribuente inciso una doppia imposizione, la prima all’atto di acquisto in comunione dei beni (e dei diritti) oggetto della massa divisionale, la seconda all’atto della divisione di quella medesima massa. L’aliquota dell’1% reca dunque in sé la misura di una capacità contributiva che senz’altro si manifesta all’atto dello scioglimento della comunione (si pensi, per esempio, all’acquisizione del pieno godimento dei beni oggetto della massa) e che è idonea a giustificare un prelievo in misura proporzionale; tuttavia, tale prelievo è comunque lieve, proprio perché commisurato ad un altrettanto lieve “arricchimento” (Cass., 17 dicembre 1994, n. 10857, ove si legge che “la tassa in misura proporzionale ribadisce dal canto suo la rilevanza del valore economico dell’effetto giuridico considerato, laddove invece le previsioni, per altre ipotesi, di tassazione in misura fissa fanno rilevare la mera oggettività fiscale di un atto che mediante la registrazione richiese un certo grado di certezza formale”).

L’eccedenza tra la *pars quota* e la *pars quanta*

Quanto finora illustrato vale solo se (e solo nella misura in cui) vi sia corrispondenza tra *pars quota* spettante e *pars quanta* assegnata a ciascuno dei condividenti. E infatti, proprio l’art. 34 già citato dispone, sempre al 1° comma, che ove questi ultimi ricevano attribuzioni superiori alle rispettive quote di diritto e vi siano dunque scostamenti tra la correlativa *pars quota* e il valore dei beni assegnati (o dei debiti assunti), “la divisione [...] è considerata vendita limitatamente alla parte eccedente”. Tale presunzione opera *turis et de iure*, per cui prescinde dall’effettiva corresponsione di un conguaglio ai fini civilistici (come unanimemente riconosciuto dalla dottrina e precisato inoltre dalla risoluzione dell’Agenzia delle Entrate n. 136/E del 14 giugno 2007).

Sul significato del suddetto inciso non v’è uniformità di vedute. Al riguardo, si è detto (Cass., 23 aprile 2014, n. 9166; Cass., 24 luglio 2000, n. 9659) che quando viene assegnata ad alcuni condividenti un’eccedenza rispetto alla quota di diritto, in relazione a tale porzione si produce un effetto traslativo-costitutivo, alla stregua di una vera e propria “cessione con corrispettivo”; tale principio sarebbe codificato proprio nell’art. 34 del TUR. Tuttavia, si è anche detto che una siffatta “riqualificazione” opera ai soli fini tributari (Cass., 20 marzo 1991, n. 3003; sent. 4 giugno 2007, n. 13009), con la conseguenza che la divisione con conguagli non si riqualifica a tutti gli effetti, *in parte qua*, in un atto di trasferimento: il legislatore si limita ad equiparare, solo fiscalmente, l’attribuzione di detta eccedenza (e la correlativa corresponsione del conguaglio) ad un negozio traslativo, operando un giudizio di equivalenza tra fatti che sono e restano civilisticamente diversi, ma che comportano le medesime implicazioni sul piano della capacità contributiva manifestata. Questa seconda opinione sembra preferibile. Tanto più che, in senso ulteriormente restrittivo, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che “l’ipotesi di presunta vendita immobiliare [è] sancita dall’art. 34, comma 1, del TUR ai soli fini dell’omonima tassa” (Cass., 22 marzo 2006, n. 6398; nello stesso senso, Cass., 19 maggio 2008, n. 12610), cosicché dovrebbe ritenersi che l’equiparazione di cui all’art. 34 operi esclusivamente entro la latitudine dell’imposta di registro (e degli indici di capacità contributiva ivi rilevanti), restando dunque ininfluenza con riferimento alle altre imposte (per tutte, l’IVA).

I conguagli divisionali

Ai sensi del 2° comma del citato art. 34, “i conguagli superiori al cinque per cento del valore della quota di diritto, ancorché attuati mediante accollo di debiti della comunione, sono soggetti all’imposta con l’aliquota stabilita per i trasferimenti mobiliari fino a concorrenza del valore complessivo dei beni mobili e dei crediti compresi nella quota e con l’aliquota stabilita per i trasferimenti immobiliari per l’eccedenza” (anche se sembra più corretto ritenere che la maggiore imposta gravi sulla attribuzione dell’eccedenza, per l’appunto riqualificata in cessione, piuttosto che sul conguaglio in sé). Le assegnazioni che non corrispondono esattamente alle rispettive quote di diritto sono dunque ritenute traslative nei limiti dell’eccedenza e come tali assoggettate ad imposizione, di talché i relativi conguagli sono assimilati a “corrispettivi di vendita”. Per ragioni di completezza, deve anche segnalarsi un recente filone giurisprudenziale che desta perplessità – sviluppatosi con riferimento alle comunioni *mortis causa* – secondo il quale, se i condividenti corrispondono come conguaglio somme di denaro

estranee all'asse ereditario, così compensando lo scostamento tra la *pars* quota e la *pars* *quanta*, non si determinano effetti traslativi (**Cass., 16 novembre 2012, n. 20119; Cass., 30 luglio 2010, n. 17866**); come rilevato dalla dottrina, tale orientamento rischierebbe addirittura di "svuotare di significato" l'art. 34.

Due le notazioni importanti da evidenziare con riferimento alla predetta norma.

Il margine del 5%

La prima attiene alla misura del "margine di tolleranza" del 5%, teso ad "evitare la pretesa di una perfetta ed assoluta corrispondenza tra quota di diritto e quota di fatto", come chiarito dalla risoluzione ministeriale n. 260455 del 25 marzo 1991. Secondo l'interpretazione preferibile (sebbene non unanimemente condivisa), la disposizione ha assunto nel TUR un nuovo e diverso significato rispetto alla previgente disciplina di cui al D.P.R. n. 643 del 26 ottobre 1972, che già prevedeva una simile statuizione. In particolare, l'antevigente art. 32 del D.P.R. n. 643 assoggettava ad imposizione i conguagli "se superiori" al 5%, così configurandosi tale margine di tolleranza come condizione di applicabilità della disciplina ivi prevista (*i.e.*, l'intero conguaglio è assoggettato ad imposizione *solo se* superiore al 5%). Nel nuovo TUR, il 5% *de quo* non è più (soltanto) *condizione*, ma sembra piuttosto *misura* della tolleranza: l'art. 34 assoggetta infatti ad imposizione i conguagli "superiori" al 5% (*i.e.*, il conguaglio è assoggettato a imposizione *per la parte in cui* supera il 5% della quota di diritto) (così, **Comm. trib. reg. di Perugia, 1° agosto 2012, n. 145**). L'interpretazione sembra preferibile già solo per la conferma evolutiva che si trae dalla modifica normativa; e ciò a voler tacere in merito alla disparità di trattamento tributario che, qualora si accettasse l'avversa opinione, si verificherebbe tra le divisioni con conguagli sotto-soglia e quelle con conguagli oltre-soglia (si pensi al caso limite di un conguaglio del 4,99%, assoggettato esclusivamente all'aliquota sugli atti dichiarativi dell'1%, e di un conguaglio del 5,01% che, se si accettasse l'opinione opposta a quella qui propugnata, sconterebbe interamente – e non solo per lo 0,01% – l'aliquota prevista per gli atti di trasferimento).

Le aliquote

La seconda attiene alla misura delle aliquote applicabili al conguaglio, che sono quelle "per i trasferimenti mobiliari fino a concorrenza del valore complessivo dei beni mobili e dei crediti compresi nella quota e con l'aliquota stabilita per i trasferimenti immobiliari per l'eccedenza". La norma esprime una evidente preferenza per l'applicazione delle aliquote più favorevoli (previste per i trasferimenti mobiliari) rispetto a quelle più gravose (previste per gli immobili). In altre parole, il legislatore presume che i dividendi scelgano di "cedere" prima tutti i beni mobili compresi nella quota e dopo, solo ad esaurimento di questi ultimi, i beni immobili. Vien da sé che, se il conguaglio tassabile è di valore inferiore al valore complessivo dei mobili ricompresi nella quota, esso sarà interamente assoggettato alla minore aliquota prevista per la cessione dei valori mobiliari.

I "conguagli coatti"

Ugualmente è tassabile, in forza del 3° comma dell'art. 34 cit., il conguaglio non già dichiarato dai contribuenti, bensì emerso dal successivo accertamento dell'Ufficio. Da un'interpretazione formalistica del comma, potrebbe desumersi che sia considerato conguaglio il maggior valore *in sé*, come rideterminato in sede di rettifica. Depone, però, in senso contrario la più corretta interpretazione sistematico/teleologica della norma (del resto accolta dalla dottrina maggioritaria), che vuole piuttosto assoggettare al trattamento previsto dal precedente comma (e dunque alle maggiori aliquote che gravano sui trasferimenti) la sola differenza tra le quote di fatto accertate dall'Ufficio e le quote di diritto spettanti ai dividendi. Resta naturalmente fermo, a prescindere da tale disposizione, il potere dell'Amministrazione di rettificare in aumento anche il valore della massa divisionale non interessata dai conguagli, applicando su tale valore l'aliquota dell'1%.

La massa divisionale

L'eventuale eccedenza delle quote di fatto rispetto alle quote di diritto viene determinata avendo riguardo alla "massa comune", le cui regole di individuazione e valorizzazione variano a seconda che si tratti di comunioni ereditarie ovvero di comunioni *inter vivos*.

Le comunioni ereditarie

Nelle comunioni ereditarie, la massa comune è costituita "dal valore, riferito alla data della divisione, dell'asse ereditario netto determinato a norma dell'imposta di successione", di cui al d.lgs. n. 346 del 31 ottobre 1990, di recente "riesumato" dal d.l. 3 ottobre 2006, n. 262. In particolare, l'art. 8 del d.lgs. n. 346, rubricato "base imponibile", dispone che "il valore globale netto dell'asse ereditario è costituito dalla differenza tra il valore complessivo, alla data dell'apertura della successione, dei beni e dei diritti che compongono l'attivo ereditario, determinato secondo le disposizioni degli articoli da 14 a 19, e l'ammontare complessivo delle passività deducibili e degli oneri diversi da quelli indicati nell'art. 46, comma 3". La massa divisionale è dunque determinata dalla somma algebrica (**Cass., 5 marzo 1991, n. 2312**) di tutti i beni e diritti che formano l'attivo ereditario (cioè, *ex art.* 9 del d.lgs. n. 346 cit., da tutti quelli che formano oggetto della successione, ad eccezione di quelli di cui agli artt. 2, 3, 12 e 13 del medesimo d.lgs.) e delle passività deducibili come da sez. III dello stesso d.lgs. n. 346. Il valore di tali beni deve essere determinato "alla data della divisione", e dunque ad una data *diversa e successiva* rispetto a quella assunta per l'individuazione dei beni oggetto della massa e per la costitu-

zione della medesima. Secondo la giurisprudenza (**Cass., 10 aprile 2006, n. 8335; Comm. trib. reg. di Roma, 31 marzo 2011, n. 135**), dalla massa devono essere escluse le donazioni oggetto di collazione. Due le ragioni a suffragio della tesi. La prima è sistematica: nella disciplina dell'imposta sulle successioni e donazioni, le liberalità del *de cuius* destinate ai successori rilevano "solo ai fini della determinazione delle aliquote applicabili", e tale norma "entra" nell'art. 34 del TUR in forza dell'espresso rinvio di cui al suo comma primo. La seconda è costituzionale (ma si ravvisano opinioni contrarie in dottrina): l'applicazione dell'imposta sulla divisione duplicherebbe in tali circostanze l'applicazione dell'imposta sulle successioni e donazioni che, nella normalità dei casi, è già stata versata dal successore (**Cass., 15 maggio 2008, n. 12238**). Il valore dei beni, riferito alla data della successione, deve essere calcolato secondo gli stessi criteri previsti ai fini dell'imposta sulle successioni.

Le comunioni *inter vivos*

Diversa è la regola di individuazione e valorizzazione della massa divisionale in presenza di una comunione *inter vivos*, nel qual caso la massa comune è costituita "dai beni risultanti da precedente atto che abbia scontato l'imposta propria dei trasferimenti", in coerenza con la giustificazione costituzionale del prelievo "lieve" (1%), di cui si è già detto. Occorre, in proposito, aver riguardo ai beni oggetto di precedente negozio che abbia scontato la *propria* imposta sui trasferimenti, pertanto il riferimento è anche agli atti negoziali assoggettati ad IVA (si pensi, per tutte, alle scritture private non autenticate, incise da IVA – sussistendone i presupposti – e da sottoporre a registrazione solo in caso d'uso, *ex art. 5, 2° comma, del TUR*). Il valore dei beni va invece individuato, anche in tal caso, al momento della divisione, secondo le ordinarie norme del TUR (artt. 51 e 52) (in proposito, deve rilevarsi che la **Cass., 31 ottobre 2006, n. 23496**, ha precisato che, ai sensi dell'art. 726 del codice civile, "l'unico criterio per la stima dei beni immobili oggetto di divisione è costituito dal loro valore venale, ovvero dal relativo prezzo di mercato", pertanto i criteri previsti dagli articoli del TUR – con particolare riferimento al criterio della rivalutazione della rendita catastale – sono validi solo entro i confini dell'imposta ivi disciplinata).

Le masse plurime

Quando i beni oggetto della comunione che devono essere divisi sono stati acquistati in forza di titoli diversi, si verifica il c.d. fenomeno delle masse plurime. Fino ai primi anni '60, la fattispecie dava pacificamente luogo, secondo la dottrina e la giurisprudenza (**Comm. trib. centr., 30 dicembre 1946, n. 86405**, in *Riv. Reg. Fisc.*, 1947, 310) ad una comunione unica. Una fondamentale pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (**Cass., 18 ottobre 1961, n. 2224**, in *Foro It.*, 1962, I, 1549, che recepiva l'orientamento già previamente condiviso da alcune pronunce della **Commissione Tributaria Centrale, ex multis dec. 2 marzo 1953, n. 45300**, in *Ras. Tasse*, 1953, 465; **dec. 3 febbraio 1961, n. 37016**, in *Rass. Trib.*, 1962, 77) segnò poi il *revirement* giurisprudenziale sul tema, chiarendo che "se più sono i titoli di provenienza dei beni goduti in collettività, non si ha un'unica comunione, bensì una pluralità di comunioni; ossia si hanno tante comunioni, quanti sono i titoli di provenienza dei beni. [...] La pluralità di titoli, importando pluralità di masse, porta alla conseguenza che ciascun partecipante non vanta sulla totalità dei beni un diritto corrispondente alla somma delle singole frazioni [...] Ove, in sede di divisione, si verifichi una divergenza dal rapporto reale preesistente [...] il negozio viene ad assumere un contenuto modificativo del precedente rapporto e, nei limiti della eccedenza della quota assegnata, opera un'attribuzione patrimoniale di contenuto traslativo". Tale *revirement* fu di seguito recepito prima dalla giurisprudenza di merito (*ex plurimis*, **Comm. trib. centr., dec. 3 febbraio 1971, n. 1637**, in *Comm. Centr. Imp.*, 1971, I, 591) e poi dal legislatore, che – nell'art. 32 del D.P.R. n. 634/1972 e nel successivo art. 34 del TUR – ha sancito che "le comunioni tra i medesimi soggetti, che trovano origine in più titoli, sono considerate come una sola comunione" solo quando "l'ultimo acquisto deriva da successione a causa di morte" (prescrizione poi correttamente attuata dalla giurisprudenza, per tutte **Cass., 4 giugno 2007, n. 13009**).

Le comunioni ereditarie

La norma ha così stabilito che soltanto quando l'ultimo acquisto deriva da successione a causa di morte, anche a fronte di più titoli costitutivi si avrà una sola comunione, una sola massa e, vien da sé, una sola divisione. La *ratio* di una tale differenziazione è ben chiarita dalla giurisprudenza: le comunioni *eventa mortis* prescindono dalla volontà dei contraenti (non potendo quindi dar luogo a fenomeni elusivi) e, peraltro, hanno spesso ad oggetto masse di medesima provenienza, come nel caso di eredità di genitori o di congiunti (**Comm. trib. centr., 18 settembre 1990, n. 5888**), così trovando, nel quarto comma dell'art. 34, una specifica disciplina di vantaggio, seppure con due importanti limitazioni. La prima: le comunioni devono essere costituite "dai medesimi soggetti", tali al momento della divisione. È infatti pacifico che le variazioni soggettive dei comunisti, a seguito di atti traslativi delle quote *inter vivos* o *mortis causa*, sono ininfluenti ai fini di specie (**Comm. trib. reg. di Torino, Sez. 12, 11 novembre 2008; Comm. trib. prov. di Pesaro, 28 maggio 2008, n. 82; Comm. trib. prov. di Pesaro, sentt. nn. 95 e 96 del 15 maggio 2007**). La seconda: l'ultimo acquisto di quote deve derivare da successione per causa di morte. Tale condizione reca in sé la finalità antielusiva di cui si è già detto (l'ultimo acquisto deve essere estraneo alla sfera volitiva dei condividenti) nonché la valorizzazione e

l'autonoma regolamentazione, come si è *retro* illustrato, delle comunioni di carattere familiare, da sempre considerate "unico patrimonio", anche se plurime nei titoli costitutivi.

Le comunioni
inter vivos

Non così per le comunioni originate da atti *inter vivos*, per le quali non opera la "*reductio ad unum*" che, come detto, l'art. 34 riserva alle comunioni ereditarie. Si pensi, ad esempio, al caso in cui due condividenti, comproprietari di due differenti beni acquistati *inter vivos* in forza di titoli distinti, procedano contestualmente allo scioglimento di entrambe le comunioni. In detta circostanza, si avranno due comunioni e due distinte masse da dividere, di talché, ove nella contestuale divisione dei due beni l'uno sia assegnato per intero al primo condividente e l'altro sia assegnato al secondo, si verificherà in relazione a ciascuno dei due beni un fenomeno traslativo (e si avrà di conseguenza una più gravosa imposizione, con tassazione dei relativi conguagli), "come se" il primo condividente avesse ceduto al secondo una parte del bene assegnato in divisione a quest'ultimo e "come se" avesse da quest'ultimo acquistato una parte del bene assegnatogli. Potrebbe semmai aversi una limitazione degli effetti fiscali qualora si considerasse che lo scambio tra le rispettive quote integri "un negozio che ha l'apparenza del negozio dichiarativo, ma la vera sostanza di un negozio traslativo (permuta)" (in questi termini, la predetta **Cass.**, 18 ottobre 1961, n. 2224; nello stesso senso, **Comm. trib. reg. di Perugia**, 1° agosto 2012, n. 145; **Comm. trib. centr.**, 18 settembre 1990, n. 5888; **Comm. trib. centr.**, 10 febbraio 1988, n. 1222), con conseguente applicazione dell'imposta sul valore del solo conguaglio che dà luogo alla maggiore imposta *ex* art. 43, 1° comma, lett. b) del TUR. Occorre tuttavia evidenziare che la giurisprudenza ha inteso attenuare la rigidità del principio, chiarendo che i condividenti che vogliono addivenire allo scioglimento contestuale di più comunioni possono riunificare le medesime in un'unica massa – mediante uno specifico ed apposito negozio giuridico – e poi dividere quest'ultima (e non le plurime masse preesistenti). Diventa così "possibile procedere ad una sola divisione invece che a tante divisioni quante sono le masse" (**Cass.**, 21 maggio 1979, n. 2937; **Cass.**, 30 marzo 1985, n. 2231; **Cass.**, 15 maggio 1992, n. 5798; **Cass.**, 9 gennaio 2009, n. 314; **Cass.**, 6 febbraio 2009, n. 3029; **Cass.**, 10 aprile 2012, n. 5694).

Dottrina e attualità giuridiche

L'amministrazione attraverso i privati

a cura di Adolfo Angeletti*

Attività amministrativa e soggetti privati, di Giorgio Pastori

Gli atti di autoamministrazione, di Stefano Salvatore Scoca

Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate, di Andrea Maltoni

Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive, di Barbara Mameli

Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi, di Enrico Follieri

Attività amministrativa e soggetti privati**

Giorgio Pastori

L'Autore, nel trarre le conclusioni dell'annuale Convegno dell'Aipda, rileva come negli ordinamenti contemporanei si ammetta in maniera crescente che attività amministrative per fini pubblici o di interesse generale siano svolte da soggetti privati e sottolinea quindi come il diritto amministrativo venga oggi a configurarsi come l'insieme dei principi e delle garanzie comuni che debbono presiedere in ogni ordinamento allo svolgimento dell'attività amministrativa quale che sia la natura pubblica o privata dei soggetti che la esercitano.

Amministrazione pubblica in senso oggettivo e soggetti privati

Il Convegno era intitolato a "Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica". Le relazioni e gli interventi hanno tuttavia offerto l'occasione per una riflessione di carattere più ampio e generale sul rapporto fra attività amministrativa e soggetti privati.

Il punto di partenza che accomuna tutte le relazioni e gli interventi è stata infatti la constatazione che nei diversi ordinamenti presi in esame si riconosce che l'attività amministrativa (di regolazione come di prestazione) possa essere esercitata anche da soggetti privati (privati in senso sostanziale) sia che questi siano o non siano a vario titolo inseriti nelle strutture dipendenti dalle istituzioni di governo ovvero nelle pubbliche amministrazioni in senso proprio.

La prospettiva di fondo che ha accomunato gli interventi dei colleghi italiani come di quelli stranieri è dunque quella ora espressa sinteticamente dal comma 1 *ter* dell'art. 1 della legge generale sull'attività amministrativa n. 241/1990 nella

sua versione ultima dettata dall'art. 1, 37° comma, L. n. 190/2012, che merita di essere ora richiamata: "I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1 con un livello di garanzia non inferiore a quello a cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge".

Dalla norma emergono almeno tre indicazioni di fondo: in primo luogo, che non vi è corrispondenza (semai in passato ve ne sia stata), fra pubbliche amministrazioni e attività amministrativa, fra profilo soggettivo e profilo oggettivo della pubblica amministrazione; in secondo luogo, che il profilo oggettivo, dell'attività amministrativa, è il dato preliminare ed unificante che viene in considerazione a prescindere dalla possibile diversità dei soggetti pubblici e privati che vi siano preposti; in terzo luogo, che indipendentemente dai soggetti che vi sono preposti, nello svolgimento dell'attività amministrativa (quale elemento ancor più unificante) si applicano sempre i medesimi criteri e

* I contributi sono stati sottoposti, in forma anonima, alla valutazione di un referee.

** Il testo riproduce le Considerazioni conclusive esposte al termine del Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo (AIPDA) tenutosi a Milano il 27-28 settembre 2013 su "Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica". I richiami nel testo sono alle relazioni e agli interventi svolti o presentati nel corso del Convegno da G. Greco, M. D'Alberti, A. Massera, F. Mangano, G. Marcou, A. Pioggia, J. Schwarze, M. Dugato, M. Elliot, F. Goisis, che saranno pubblicati negli Atti a cura dell'AIPDA, nonché a V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino,

2011 e alla Prefazione di N. Irti al volume, a G. Sciallo, *L'organizzazione amministrativa*, Torino, 2013 e a R. Ursi, *Società ad evidenza pubblica*, Napoli, 2012.

Sul tema sono stati inoltre tenuti presenti fra gli scritti più recenti G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa*, a cura di G. Falcon-B. Marchetti, Padova, 2013 e *Pubblico e privato oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, a cura di B. Marchetti, Padova, 2013, nonché le parti ad esso dedicate nei più recenti manuali (D'Alberti, Merloni, Clarich).

principi e devono essere assicurati nei riguardi dei destinatari i medesimi diritti e garanzie, nonché conseguentemente i relativi mezzi di tutela.

Il che sembra trovare conferma ora anche nell'art. 7, 2° comma del Codice del processo amministrativo (D.Lgs. n. 104/2010) allorché dispone, pur con norma non perfettamente coordinata con la precedente, che "Per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto del procedimento amministrativo", mostrando che anche ai fini della tutela giurisdizionale viene in rilievo preliminarmente e discriminante la sussistenza di un'attività amministrativa in senso oggettivo (Goisis).

Quanto dice sintetizzando il comma 1 *ter* appare, d'altronde, coerente con la visione costituzionale della pubblica amministrazione, quale emerge dall'originario 1° comma (ora 2° comma) dell'art. 97 Cost. che pone al centro della sua previsione i principi dell'attività amministrativa (il buon andamento e l'imparzialità) per poi trarne le implicazioni sul piano organizzativo delle strutture o degli uffici. Ed è inoltre coerente con la visione comunitaria europea dell'amministrazione quale emerge in particolare dalle ultime riforme dei Trattati e dalla Carta di Nizza.

Il che è anche espressione del modificarsi dei rapporti fra amministrazione e società ben sintetizzato dall'affermarsi nella vita sociale di rapporti di complementarietà o di integrazione fra l'una e l'altra, riconducibile ad una più estesa applicazione del principio di democrazia e del conseguente principio di sussidiarietà sociale.

Ciò che appare dalle relazioni e dagli interventi del Convegno, come d'altronde risulta dalle più recenti sistemazioni della dottrina (Cerulli Irelli), è dunque che la prospettiva da cui porsi è quella del profilo oggettivo-funzionale dell'amministrazione, della considerazione dell'amministrazione nelle finalità e nelle modalità che la caratterizzano in maniera trasversale.

Si veda come negli interventi dei colleghi stranieri si riscoprono, in un rinnovato contesto politico istituzionale, antichi riferimenti concettuali. Gerard Marcou, con riguardo all'ordinamento francese, ci ha detto che il diritto amministrativo è il "diritto dell'azione amministrativa" mostrando come la nozione francese di *service publique* faccia comunque sempre riferimento al profilo oggettivo funzionale e come il *service publique* sia soggetto alla stessa disciplina e alle stesse forme di tutela quale che sia il soggetto che la esercita. A sua volta Mark Elliot, considerando il sistema amministrativo inglese, mostra come si debba muovere dalla constatazione se si sia presenza o meno di una *function of a public nature*, ancorché svolta da soggetti privati, per trarne poi le corrispondenti implicazioni in tema di disciplina e di tutela. Infine Jurgen Schwarze, con riguardo all'ordinamento tedesco e ad una recente significativa figura di attività amministrativa svolta da un soggetto associativo privato o meglio da una rete di soggetti privati (*Presse-Grosso*), fa riferimento alla nozione della *Daseinsvorsorge* che considera corrispondente a quella di servizio pubblico in senso oggettivo.

Le attività regolatorie esercitate da soggetti privati o ibridi su scala sovranazionale, internazionale, europea, quali illustrate nella relazione di Marco D'Alberti, sono infine altrettanti esempi significativi del formarsi di un diritto amministrativo transnazionale che prende le mosse dalla considerazione della natura dell'attività svolta per poi correlarvi i principi e le garanzie per questa necessari.

Attività amministrativa pubblica di soggetti privati e principi e garanzie comuni

Se questa è la prospettiva da cui porsi, si può anche rilevare che essa sembra identificare il nucleo oggi proprio del diritto amministrativo: quello di essere il diritto dei principi e delle garanzie comuni che attengono all'attività amministrativa, sia di regolazione che di prestazione, nel perseguire i fini o gli interessi della collettività o del gruppo sociale di riferimento e che corrispondono nel medesimo tempo ad altrettanti diritti dei consociati (in contrapposizione da questo punto di vista all'attività di impresa). Ed è ciò che fa oggi del diritto amministrativo un diritto tendenzialmente transnazionale.

Da qui le ulteriori implicazioni per la disciplina dell'attività amministrativa così concepita quando sia svolta da soggetti privati ed anche da soggetti pubblici.

Innanzitutto, ne scaturisce la relativa indifferenza delle tecniche o delle modalità con cui l'attività è esercitata, vale a dire con modalità di diritto pubblico o di diritto privato per usare le partizioni tradizionali (Irti). Ciò che importa è l'affermazione e il rispetto dei principi e delle garanzie che oggi si conviene costituiscano il diritto amministrativo, come diritto dei principi e dei diritti da osservarsi nell'agire amministrativo e che ne formano il patrimonio comune, derivante fra l'altro sia da principi di diritto pubblico che di diritto privato (D'Alberti) e, a ben vedere, immanente sia all'amministrazione pubblica che all'amministrazione privata con riguardo alla collettività o al gruppo di riferimento.

Coerentemente dunque si è detto nel Convegno (Pioggia) che il discrimine fra diritto pubblico e diritto privato non passa fra attività provvedimento e attività negoziale, ma passa all'interno della disciplina dell'amministrazione-funzione. Vi è un patrimonio di principi e garanzie (diritti) che investe l'una e l'altra tecnica o modalità e che va complessivamente (e in ogni caso) osservato, essendo a tal fine irrilevante che si tratti di attività amministrativa resa con modalità di diritto privato o di diritto pubblico. Si pensi a come la formazione dei contratti della pubblica amministrazione, che in tutti gli ordinamenti europei è proceduralizzata e retta da regole comuni, venga considerata da noi e in altri Paesi attività di diritto pubblico, mentre in altri è considerata attività precontrattuale di diritto privato. La sostanza dei principi e delle garanzie pare tuttavia essere equipollente.

Peraltro è stato rilevato che la preposizione e lo svolgimento di attività amministrativa in capo a privati può dar luogo ad una duplicazione di ruoli fra vigilanza e controllo pubblico e regolazione o servizio svolto dai privati (D'Alberti). Nel medesimo tempo si è ribadito che ogni attività avente in sé i caratteri funzionali dell'amministrazione pubblica non può o non deve essere sottratta alla tutela giurisdizionale propria dell'attività amministrativa (Elliot-Goisis).

In secondo luogo, secondo la prospettiva accolta è altrettanto coerente che si sia affermata anche l'indifferenza della qualificazione o della natura del soggetto rispetto all'attività cui è preposto. Potenzialmente possono essere impiegate le diverse figure soggettive offerte dal mondo delle persone del diritto privato, grazie anche alla relativa flessibilità di conformazione statutaria e organizzativa che queste presentano. Ma non va dimenticato – come è stato più volte sottolineato – che l'esigenza di assicurare l'affermazione e il rispetto dei principi e delle garanzie della funzione si

riverbera, si ripercuote, implicando specifici vincoli, anche sull'organizzazione dei soggetti privati.

L'organizzazione (o la struttura) è servente alla funzione, come insegna d'altra parte sempre l'art. 97 Cost. E come tali i principi della funzione si traducono o si possono tradurre in principi o vincoli organizzativi. Esempari in tal senso sono le specifiche modalità organizzative che devono essere predisposte per assicurare l'indipendenza della regolazione anche da parte di soggetti privati (D'Alberti).

In terzo luogo è emersa un'ulteriore implicazione, sempre in coerenza con l'idea che ciò che importa è la presenza di un'attività amministrativa in sé considerata o di regolazione o di servizio di interesse generale con rilevanza economica o meno (per usare la terminologia comunitaria ormai invalsa nel nostro e negli altri ordinamenti nazionali), a parte la mera attività imprenditoriale (Pioggia).

È emerso (soprattutto dall'illustrazione delle esperienze straniere) che il collegamento fra attività amministrativa pubblica e soggetti privati non è necessariamente dato da una investitura di tipo provvedimentale o contrattuale o comunque organizzativo (mediante concessione o delegazione) da parte di amministrazioni pubbliche in senso proprio (le c.d. *governmental administrations*) ovvero in qualche modo da incorporazione anche indiretta in queste. Ma può esser dato da una qualificazione legislativa della funzione come tale o dalla stessa natura dell'attività di regolazione o di servizio ove presenti i caratteri di una necessaria strumentalità a fini di interesse generale riconosciuti dalla legge (per il suo carattere monopolistico o per un collegamento funzionale con questi) (Elliot-Schwarze).

Nel medesimo tempo guardando sempre ai caratteri della funzione sono stati ravvisati dei limiti all'esercizio di funzioni pubbliche da parte di privati non potendosi ritenere che possano essere esercitate le funzioni identificative dello Stato che comportano l'uso della forza (c.d. *fonctions régaliennes*). Come inversamente non sono comprimibili (pubblicizzandole) le attività che siano espressione di libertà e diritti di libertà dei privati (Manganaro).

I soggetti privati moduli organizzativi dell'attività amministrativa pubblica

Questa sembra essere la prospettiva che accomuna oggi in generale gli ordinamenti considerati in tema di attività amministrativa esercitata da soggetti privati. Ed è sulla base di tale prospettiva che si può dire sia stato affrontato anche il tema specifico del Convegno: "le amministrazioni pubbliche in forma privatistica" secondo la dizione invalsa ormai nella sistemazione dottrinale (Greco-Cerulli Irelli), al pari di quella di "organizzazioni pubbliche in forma privatistica" (Sciullo).

Si è visto come queste siano costituite da un complesso di soggetti che per definizione sono variamente collegati, se non incorporati, nell'organizzazione delle strutture dipendenti dalle istituzioni di governo, avendo peraltro il carattere di soggetti privati, pur essendo espressione di iniziative e di risorse pubbliche in tutto o in parte: enti *profit* (societari) e *no profit* (associazioni e fondazioni) e risultando per lo più dalla esternalizzazione o dalla trasformazione di strutture precedentemente definite pubbliche, disposte al fine di conseguire condizioni di maggior efficienza o al fine di associare privati e risorse private nella conduzione dell'attività amministrativa.

Dal momento che queste figure sono scaturite (e in nu-

mero notevole) da vicende distinte, episodiche e sono state specie in tempi recenti oggetto di non poche variazioni di disciplina è certo difficile formulare al riguardo considerazioni sufficientemente unitarie.

È vero peraltro che anch'esse paiono inquadrarsi – come è stato anche messo in rilievo dalle relazioni e dalla dottrina – nella prospettiva accolta dal comma 1 *ter* dell'art.1 della L. n. 241: di essere in linea di principio soggetti privati preposti ad attività amministrativa pubblica secondo la distinzione basilare fra profilo soggettivo e profilo oggettivo dell'amministrazione, che d'altronde è stata già applicata nei decenni passati in senso inverso per la figura degli enti pubblici economici. Se per questi enti si distingueva fra soggetto pubblico e attività imprenditoriale (e lo stesso si dica di quelle che vengono chiamate ora imprese pubbliche), ora si è in presenza di soggetti privati e attività amministrativa pubblica.

La tradizione italiana di far coincidere la soggettività pubblica dell'ente con la natura oggettivamente pubblica dell'attività svolta ha indotto spesso (sia il legislatore che la giurisprudenza) a far rientrare le nuove figure fra gli enti pubblici, rispolverando in particolare la giurisprudenza, come si è rilevato (Dugato), la teoria degli indici di pubblicità degli enti. Si può osservare che, nella prospettiva di una concezione oggettivo-funzionale dell'agire amministrativo, semmai gli indici di pubblicità andrebbero ricercati con riguardo all'attività e non ai soggetti.

Se è vero che questi soggetti restano variamente incorporati nell'apparato pubblico, essi appaiono piuttosto "moduli organizzativi" dell'attività amministrativa pubblica e come tali vanno considerati indipendentemente dall'essere enti privati. La stessa Corte costituzionale parla di "attività amministrativa in forma privatistica" e non di soggetti o amministrazioni pubbliche (sent. n. 326/2008 e n. 148/2009). È d'altra parte quanto è confermato dalla figura europea (poi introdotta nell'ordinamento interno) dell'organismo di diritto pubblico che, al fine dell'applicazione di discipline determinate (la disciplina delle procedure contrattuali), individua una figura di soggetto in base al fatto che questo svolga attività amministrativa (ovvero non svolga attività imprenditoriale) e sia in "controllo" delle istituzioni di governo (per nomina, vigilanza o risorse finanziarie) essendo irrilevante che si tratti di persona giuridica privata.

È ancora il rapporto funzione-struttura, dalla funzione alla struttura, che va tenuto presente con riguardo sia ai moduli organizzativi societari sia a quelli offerti dagli enti *no profit* senza con ciò dover mettere in questione la personalità giuridica pubblica o privata e l'appartenenza o meno di tali figure alla disciplina in linea di principio del Codice civile.

(Segue): le società di capitali e gli enti *no profit*

Che sia così, circa le società c.d. pubbliche, ben lo mette in evidenza la tormentata storia del loro impiego quale illustrata da Alberto Massera che ci ha parlato di una storia al plurale mostrando come la vicenda di queste società si incroci innanzitutto con quello della distinzione fra attività amministrativa e attività imprenditoriale, fra il diverso tipo di attività svolte commesse a queste società.

Da un lato, l'incontrollato impiego dello strumento societario ai primi anni novanta ha avuto di mira in buona parte lo svolgimento di attività amministrativa (specie di servizi pubblici o di interesse generale), ma in parte non trascurabile ha rispecchiato anche l'intento di utilizzare lo

strumento per svolgere attività imprenditoriale (non relativa a servizi di interesse economico generale) in dispregio dei principi e delle regole della concorrenza. Talché le più recenti misure di contenimento o di sfavore hanno avuto l'opposto intento, dapprima di impedire lo svolgimento di attività imprenditoriali di vario genere in condizioni non concorrenziali (art. 13, D.L. n. 223/2006 conv. in L. n. 248/2006) e, dopo, di ricondurre e l'impiego del modulo societario nell'ambito delle attività istituzionali degli enti partecipanti (art. 3, 27° comma, L. n. 244/2007). Si vedano in particolare da ultimo le norme che, dopo che è stato limitato l'utilizzo delle società per i c.d. servizi strumentali a quelle costituite secondo i dettami comunitari dell'*inhouse providing*, sono arrivate a proibirne in generale l'impiego (art. 4, D.L. n. 95/2012 conv. in L. n. 135/2012), salva l'autonomia regionale in materia (per cui si veda Corte cost. n. 229/2013) (Pioggia).

D'altro lato, in relazione alla natura dei compiti affidati, si sono venuti enucleando tipi di società diverse per struttura in correlazione, anche se non perfettamente, con il diverso tipo di attività svolta: da quelle a partecipazione totalitaria che svolgono attività amministrativa di regolazione (le c.d. quasi amministrazioni), a quelle di attività di servizi o strumentali con i requisiti dell'*inhouse providing*, che anche per i requisiti richiesti appaiono come organi indiretti dell'amministrazione o delle amministrazioni pubbliche costitutive (Corte cost. n. 229/2013 cit.), a quelle a partecipazione societaria mista pubblica e privata per la gestione di servizi pubblici o di interesse generale, per cui si sono posti e si pongono i maggiori problemi di configurazione e di funzionamento (Greco).

Si è obiettato che il modello di società per azioni tracciato nel codice civile, anche dopo le recenti riforme, sarebbe incompatibile, per essere caratterizzato dal fine di lucro, con il suo impiego come strumento o modulo organizzativo di attività amministrativa pubblica in presenza di un socio privato. Per vero, non sembra essere il fine di lucro un carattere distintivo del modello societario (come è apparso già negli anni dominati dall'esperienza delle partecipazioni statali ed è di recente confermato dalla figura dell'impresa sociale di cui alla L. n. 118/2005 e al D.Lgs. n. 153/2006).

D'altro canto, le società di capitali miste, per il fatto che il socio privato deve essere scelto con gara avente il doppio oggetto (della partecipazione alla società e dell'affidamento del servizio) e che il ruolo del socio non può che essere prefissato nel contratto iniziale di società, risultano essere una sorta di *partneriato* contrattuale e non istituzionale. Tanto che le si definisce in analogia ai contratti delle pubbliche amministrazioni come società ad evidenza pubblica, così da farle rientrare anch'esse tra i moduli organizzativi dell'attività di servizio pubblico cui sono preposte (Ursi).

Ciò che importa anche al riguardo è pertanto la conformazione statutaria (e prima ancora contrattuale) della *governance* della società, vale a dire dell'oggetto, della struttura e dei rapporti interni alla società stessa. A questi fini, si è sottolineato di recente che si presterebbe meglio il più duttile modello della società a responsabilità limitata (Ursi), sebbene dopo le recenti riforme anche il modello della società per azioni presenti non poche possibilità di adattamento flessibile.

Diventa perciò determinante il contratto iniziale di società con l'avvertenza che il modello societario deve poter essere integrato o adattato solo nella misura strettamente

necessaria richiesta dal tipo di attività svolta per cui debbono valere i principi e le garanzie suoi propri.

Nel medesimo tempo, come è noto, da non pochi anni si è incrementato l'impiego di figure di enti *no profit* (fondazioni, associazioni) grazie anche ai caratteri della loro disciplina civilistica (peraltro sempre in attesa della ormai mitica riforma del libro I del codice civile). Queste figure hanno comunque in sé come elemento caratterizzante il perseguimento di un fine non lucrativo e possono strutturarsi più facilmente in modo idoneo al conseguimento di fini di interesse generale senza che con ciò sia snaturato il modello. Anche al riguardo quello che risulta determinante è l'adeguatezza del modello organizzativo, della *governance*, al tipo di attività svolta. Non va dimenticato infatti che tutte le figure richiamate sono nate dall'esigenza di "differenziare" l'organizzazione amministrativa, oltre che di acquisire competenze e risorse finanziarie private. E, come è stato spesso notato, è illogico cercare di recuperare indirettamente la qualificazione pubblicistica del soggetto sostituito riportandola nel nuovo.

Non sarebbe tuttavia inutile qualche norma cornice che abbia riguardo all'uno e all'altro tipo di enti privati *non profit* come delle società di capitali per dare più compiuta configurazione a quelli che la recente L. n. 190/2012 e il conseguente D.Lgs. n. 33/2013 oggi individuano cumulativamente come "enti privati in controllo pubblico" senza tuttavia definirli.

Il duplice volto dell'attività dei soggetti espressione di sussidiarietà sociale

Lo sguardo del convegno si è tuttavia ampliato, come già si ricordava, grazie in particolare alla relazione di Francesco Manganaro, alla considerazione di come oggi lo svolgimento di attività di interesse generale, se non tecnicamente di attività amministrativa pubblica, abbia trovato riconoscimento mediante l'introduzione del principio di sussidiarietà sociale nell'art. 118, ult. comma, Cost. e alla previsione di una molteplicità di figure che spesso vengono associate allo svolgimento dell'attività amministrativa in sede di partecipazione alle decisioni di indirizzo e di programma (organizzazioni civiche), sia in sede di attuazione delle stesse (sulla base di convenzioni e altre forme contrattuali) e formano oggetto di apposite incentivazioni e agevolazioni.

Sono figure che esprimono, come detto dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 300/2003, le "libertà sociali" non essendo né pubbliche amministrazioni, né soggetti imprenditoriali. Sono tra amministrazione e mercato, espressione del terzo settore o comunque di una libertà attiva dei cittadini singoli e associati ovvero di una cittadinanza attiva, che anticipa, integra, promuove, sollecita le scelte e gli impegni dei pubblici poteri: un *tertium genus* di enti di interesse generale.

Come è stato messo in rilievo da Manganaro, essi possono essere associati, mediante forme di *partneriato* contrattuale, alle pubbliche amministrazioni e in tal caso vengono a far parte delle "amministrazioni pubbliche in forma privatistica" o, meglio, vengono a svolgere attività amministrativa pubblica e ad essere sottoposti ai principi e alle garanzie della funzione svolta. Altrimenti essi rappresentano forme di gestione sociale di interessi e bisogni collettivi che rimangono interamente disciplinate dal diritto privato, per quanto eventualmente sottoposte, per le finalità perse-

gite e per le misure di agevolazione e di sostegno di cui godono, a regolazione e a vigilanza pubbliche.

È questo il duplice e complementare volto del principio di sussidiarietà sociale: di essere fondamento della cittadinanza attiva, dell'assunzione di fini altruistici da parte dei cittadini singoli e associati e, nel medesimo tempo, di regola preferenziale a favore dello svolgimento di attività

amministrativa da parte delle stesse entità private espressione delle formazioni sociali o dell'associazionismo privato. Il che prefigura un'amministrazione più ampiamente diffusa nella società.

È questo un ulteriore aspetto che dà conferma di come l'amministrazione pubblica sia da considerare primariamente nella prospettiva oggettivo-funzionale suindicata.

Gli atti di autoamministrazione

Stefano Salvatore Scoca

Il saggio, partendo dalla elaborazione dottrinale di autoamministrazione, ne analizza la nozione, sin dalla sua formulazione, sul piano dogmatico. In particolare, l'indagine si concentra sugli atti di autoamministrazione tra i quali spicca, quantomeno per le ricadute pratiche e per le applicazioni giurisprudenziali, la s.c.i.a. L'autoamministrazione è nozione foriera di importanti implicazioni, prima tra tutte la collocazione dei relativi istituti nell'ambito della semplificazione o liberalizzazione. L'analisi critica, inoltre, consente di individuare alcuni nuovi istituti che, stando ai recenti approdi dottrinari, meglio sembrano soddisfare la nozione di autoamministrazione, tra i quali vanno citati gli accordi ex art. 11, L. n. 241/1990 e i contratti di PPP.

Nascita ed evoluzione della nozione di autoamministrazione

Il termine autoamministrazione ha diversi significati nel diritto amministrativo¹. In una prima accezione – di stampo prettamente burocratico – esso è utilizzato per descrivere la gestione dell'apparato amministrativo da parte della stessa amministrazione; in un'altra accezione è considerato alla stregua di un sinonimo di autonomia amministrativa dei soggetti pubblici; infine – in forza di elaborazione dottrina – con esso si intende la spoliatura del potere pubblico a favore dell'autonomia privata, ponendosi così come elemento che si accompagna, o che doppia, le nozioni di semplificazione e liberalizzazione dell'attività amministrativa². Va immediatamente rilevato che tale nozione di autoamministrazione è concetto diverso dall'esercizio privato di funzioni pubblicistiche, consistendo queste ultime in forme di amministrazione svolta da soggetti investiti di uffici al di fuori dell'organizzazione amministrativa pubblica³.

È proprio in tale ultimo significato che l'autoamministrazione merita una particolare indagine, allo scopo di valutare se il sistema amministrativistico italiano sia improntato alla rigida esecuzione dell'azione amministrativa esclusivamente da parte di soggetti pubblici, ovvero se contempra, e fino a quale punto, la possibilità per il privato di farsi amministrazione previa una regolamentazione idonea consentirgli l'esercizio della funzione pubblica. In termini diversi, la figura dell'autoamministrazione – intesa nel senso da ultimo compendato – pone il problema di un sistema

diviso tra esigenza di semplificare e liberalizzare l'attività amministrativa e, di contro, la necessità che quest'ultima rimanga, quantomeno sotto il profilo del controllo, saldamente nelle mani delle amministrazioni⁴. Proprio gli atti di autoamministrazione, infatti, impongono una maggiore regolamentazione dell'attività affidata alla competenza del privato.

Nei primi studi sulla nozione di autoamministrazione la dottrina si è concentrata preliminarmente sui modelli dell'azione amministrativa, fornendone tre macro-suddivisioni: due modelli c.d. estremi e un modello intermedio, analizzato in varie sfumature⁵. Passo successivo è stato quello di delineare gli istituti che potessero esprimere il concetto di autoamministrazione, e tali sono stati considerati il silenzio significativo e la d.i.a. (oggi s.c.i.a.). Coerentemente si è rilevato che l'autoamministrazione non consiste nella autogestione degli interessi pubblici da parte del privato, piuttosto sta a significare che "l'attività privata, benché succedanea a quella dell'amministrazione, rimane semplicemente privata senza minimamente assumere il carattere dell'attività amministrativa, mentre è il complessivo rapporto con la Pubblica Amministrazione che (...) rimane profondamente trasformato e modificato"⁶.

La dottrina successiva, partendo dalle analisi di chi ha elaborato la nozione in parola⁷, è giunta alla teorizzazione dell'autoamministrazione sociale (o in senso lato) e personale, da intendersi, la prima, come "societarizzazione delle funzioni così da realizzare appunto l'autoamministrazione

¹ Sul punto Bartolomei, *Autoamministrazione*, in *Enc. Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 333-334.

² Tale accezione è dovuta in particolare agli studi di Pastori, *La disciplina generale dell'attività amministrativa. Considerazioni introduttive*, in *Quaderni Regionali*, 1987, spec. 903; Id., *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, II, 1303 e segg.; Falcon, *L'autoamministrazione dei privati*, in *Procedimenti e accordi nell'amministrazione locale*, (Atti del XLII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna), Milano, 1997, 139 e segg.

³ In tal senso Pastori, *op. ult. cit.*, 1321.

⁴ Così evidenziava il problema di fondo dell'autoamministrazione Falcon, *op. ult. cit.*, 143: "nella prospettiva che qui interessa non è rilevante tanto la quantità delle attività regolate, quanto le modalità di controllo del rispetto delle regole, il modo in cui le regole vengono amministrate".

⁵ Falcon, *op. ult. cit.*, 144 e segg., distingue tra il modello "dell'attività privata soggetta a mera ed eventuale vigilanza amministrativa" e quello "dell'attività privata soggetta a specifico preventivo consenso dell'amministrazione" come modelli c.d. estremi, mentre individua il modello intermedio, almeno sul piano del diritto positivo, negli artt. 19 e 20, L. n. 241/1990.

⁶ Falcon, *op. ult. cit.*, 151.

⁷ Sul punto Pastori, *op. ult. cit.*, 1307 e 1321 partendo dalla concezione oggettivo funzionale dell'amministrazione rileva come quest'ultima possa essere diffusa nella società a opera della stessa e dei consociati. Sulla nozione di autoamministrazione sociale e personale, che riprendono gli importanti spunti di Pastori, Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, spec. 73 e segg. e spec. 189 e segg.

(in senso oggettivo) della società civile”⁸; la seconda, definita anche autoamministrazione in senso stretto, si traduce nel concreto autoamministrarsi da parte del cittadino. La ricostruzione dottrinale ha scandagliato, inoltre, le diverse ipotesi di atti di autoamministrazione, inquadrando in essa non solo la d.i.a. (s.c.i.a.), ma anche le autocertificazioni, lo sportello unico per le attività produttive e numerosi altri atti che si sostanziano nella preventiva denuncia da parte del privato⁹.

L'introduzione degli istituti di autoamministrazione, tuttavia, impongono all'attenzione dell'interprete alcune problematiche di non poco momento, quali la responsabilità dei soggetti di autoamministrazione, con il relativo corollario della buona fede, l'applicabilità della disciplina della funzione pubblica all'autoamministrarsi e le forme della tutela giurisdizionale¹⁰.

La dottrina infatti ha posto in evidenza numerose criticità e gli elevati costi (economici e sociali) dell'autoamministrazione¹¹, mettendone in luce numerose criticità con particolare riferimento al principio di imparzialità, alla responsabilità, al principio di legalità¹².

Gli atti di autoamministrazione

Ricostruite, seppur per sommi capi, la genesi e l'elaborazione della nozione di autoamministrazione, ne deve essere verificata la solidità sul piano dogmatico, così come deve essere sciolto il nodo se essa sia inquadrabile come strumento di semplificazione ovvero di liberalizzazione.

Aderendo alla impostazione di Falcon, il quale tuttavia contesta tale nozione, si può ritenere che di autoamministrazione possa parlarsi allorché il privato amministri “da solo i propri interessi, decidendo responsabilmente se agire secondo la legge o contro la legge”¹³. Se tale è il nucleo della figura, si può sostenere che l'autoamministrazione comporta una spoliatura, o meglio uno spostamento diacronico rispetto alla scelta effettuata dal privato, del potere pubblicistico di amministrare attribuendo la funzione pubblica (o delegandola) al privato che dovrà autoregolamentarsi nel perseguimento del suo interesse personale, non disgiunto però dall'interesse pubblico. Vi è dunque una norma che non liberalizza l'attività del privato, la quale rimane pur sempre soggetta a un atto di assenso, che potrà intervenire, anche in modo tacito (o implicito), in un momento successivo alla autodeterminazione del privato. In tale ricostruzione, detto diversamente, la norma dovrà imporre delle regole di esercizio della funzione pubblica al privato, il quale dovrà effettuare una valutazione discrezionale (tecnica) circa i presupposti e i requisiti richiesti dalla legge per l'atto di assenso, al fine di verificare la compatibilità dell'interesse personale con quello pubblico. Le conseguenze sono importanti laddove si consideri che il privato diviene autoamministrazione (oggettivamente intesa) in quanto soddisfa un interesse pubblico. In sostanza tale

modello delinea la seguente situazione: l'attività del privato rimane soggetta ad atto amministrativo di assenso (anche tacito o implicito), e il privato si vede gravato dell'esercizio di una funzione pubblica, con le relative conseguenze sul piano dello statuto giuridico della sua azione. Pertanto, l'autoamministrazione vive nei confini del potere amministrativo e più precisamente nell'ambito degli atti di assenso ampliativi della sfera giuridica del destinatario. In altre parole non può esistere autoamministrazione laddove non vi è esercizio della funzione pubblica. Invero, il cittadino potrà in essere attività privata, imponendo all'amministrazione un controllo che si pone a valle (ma a ben vedere anche a monte) della scelta da lui operata. L'autoamministrazione, così intesa, significa produzione di attività privatistica idonea a sollecitare una valutazione dell'amministrazione che potrà concretizzarsi in un controllo successivo, come nel caso della s.c.i.a., in un silenzio significativo della stessa o in altri analoghi istituti. Sembra però condivisibile il rilievo critico secondo cui non si può ritenere che il cittadino “diventa responsabile (della cura) dell'interesse pubblico [a]ssumendo in proprio il compito della pubblica amministrazione”¹⁴.

Dell'autoamministrazione può darsi peraltro una diversa nozione, che la avvicina a quella di amministrazione consensuale: si tratta di spostare il punto di fuoco, di talché essa si presta a essere intesa nel senso di cogestione dell'interesse pubblico da parte del privato. Prendendo le mosse da attenta dottrina¹⁵, si può parlare di autoamministrazione in caso di accordi provvedimentali, ma anche nei contratti di partenariato pubblico privato (c.d. contratti di PPP). In tali ipotesi l'amministrazione valuta l'interesse pubblico da curare, ma si avvale della collaborazione del privato nella concreta attuazione; con la conseguenza che non vi è valutazione da parte dell'interessato dell'interesse pubblico, ma soltanto la concreta cura dell'interesse pubblico.

A questo proposito non è inutile ricordare che se per attività dell'amministrazione si intende solo quella che si concretizza in provvedimenti, è ben possibile che laddove questi ultimi non siano (concretamente) presenti vi possa essere autoamministrazione nel senso di sostituzione del cittadino all'amministrazione (in senso oggettivo); ma se invece si concepisce l'azione amministrativa anche quando questa non sfoci in attività provvedimentale, ma esclusivamente procedimentale, non si può parlare di autoamministrazione.

Il nucleo dell'autoamministrazione consiste, dunque, nella possibilità del privato di perseguire il proprio interesse personale in autonomia, cioè senza l'attività dell'amministrazione: e la mancanza di attività amministrativa è apprezzabile sia nella fase preventiva di assenso, sia nella fase successiva di controllo. Ma se si analizzano i casi della d.i.a. (oggi s.c.i.a.) e del silenzio-assenso, ci si avvede che ciò che manca è il provvedimento, non certamente il procedimento amministrativo, il quale deve sempre essere avviato: detto diversamente, il privato non è autonomo nel-

⁸ Duret, *op. ult. cit.*, 73. La locuzione sottintende non l'abbandono dello statuto pubblicistico, bensì l'autoconformazione della fattispecie da parte del privato, residuando poteri di controllo in capo all'amministrazione.

⁹ Duret, *op. ult. cit.*, 189 e segg.

¹⁰ Duret, *op. ult. cit.*, 305 e segg.

¹¹ In tema Falcon, *op. ult. cit.*, 190 e segg.; Travi, *La liberalizzazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 645 e segg.; Id., *Semplificazione e tutela del cittadino*, in *Riv. Giur. Urbanistica*, 1998, 105 e segg.; sui

costi concreti le indicazioni di Volpe, *I costi dell'autoamministrazione*, in *www.amministrativisteneti.it*, 2010.

¹² Falcon, *op. ult. cit.*, *passim*; riprese e ampliate da L. Ferrara, *Dia (e silenzio-assenso) tra autoamministrazione e semplificazione*, in *Dir. Amm.*, 2006, 759 e segg.

¹³ Falcon, *op. ult. cit.*, 151; nello stesso senso sembra orientarsi L. Ferrara, *op. ult. cit.*, 761.

¹⁴ L. Ferrara, *op. ult. cit.*, 761-762.

¹⁵ Pastori, *op. ult. cit.*, 1305 e segg., il quale descrive la concezione oggettivo-funzionale dell'amministrazione.

l'amministrarsi, ma è soggetto ad attività valutativa dell'amministrazione che non si esaurisce nel solo controllo postumo (nel caso della s.c.i.a.), ma comprende anche la valutazione degli interessi compresenti, in caso di segnalazione certificata o di silenzio-assenso. Ciò che sembra essere omesso, anche nelle attuali ricostruzioni giurisprudenziali della s.c.i.a., è la permanenza e pervasività dell'azione amministrativa, la quale, seppure tacita, è certamente riconoscibile in fase di valutazione e di controllo. Spogliando la s.c.i.a. di ogni valenza ideologica, si ha che essa consente di avviare immediatamente un'attività privata, ma proprio il fatto che debba essere effettuata una segnalazione all'amministrazione descrive un meccanismo in forza del quale quest'ultima deve avviare un procedimento di valutazione (entro 60 giorni) e successivamente di controllo. L'attività non è libera, ciò che è libera è la scelta del privato di avviare immediatamente l'attività (contemporaneamente alla segnalazione), ovvero attendere il termine di cui al 3° comma dell'art. 19, L. n. 241/1990. Così ricostruita la s.c.i.a., ci si avvede che il rispetto della legge è un elemento ovvio, come lo è negli atti autorizzatori "classici"; che l'attività non è libera, ma soggetta a valutazione della p.a.; che non vi è valutazione degli interessi (pubblici e privati) compresenti da parte del privato; che l'unico elemento di autonomia, in capo al privato, concerne la scelta di avviare immediatamente l'attività o attendere i 60 giorni.

Tuttavia l'attuale ricostruzione giurisprudenziale della s.c.i.a. va in senso diametralmente opposto a quello qui prospettato.

Infatti, l'Adunanza plenaria del Cons. di Stato n. 15/2011¹⁶, qualifica la s.c.i.a. come "atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge", in un ambito liberalizzato temperato. In tale ricostruzione l'attività di controllo dell'amministrazione viene considerata staccata dalla segnalazione, tanto che quest'ultima non può essere impugnata dal terzo danneggiato, mentre può esserlo l'inattività nel controllo dell'amministrazione. Tuttavia, l'impostazione dell'Adunanza plenaria non persuade: la segnalazione, invero potrebbe pianamente essere qualificata alla stregua di un atto di avvio del procedimento amministrativo che può concludersi con un non-provvedimento dell'amministrazione e, in quanto atto di avvio, fonda nell'amministrazione il dovere di attivarsi e di procedere. In sostanza quel che può mancare è il provvedimento, ciò che non può mancare è il procedimento amministrativo destinato a concretarsi non solo nell'attività di controllo, ma anche, e ancor prima, in quella di valutazione. E, come già ricordato, si ha funzione amministrativa non solo in presenza di attività provvedimento ma anche in caso di sola attività procedimentale¹⁷, con la possibilità, legislativamente prevista, che l'amministrazione non si pronunci; ne consegue che la s.c.i.a. dovrebbe dar luogo a un procedimento amministrativo su impulso di parte, che si potrà concludere o con l'emanazione di atti amministrativi nei termini di cui ai commi 3° o 4° dell'art. 19 della L. n. 241/1990, oppure senza nessun

provvedimento espresso. Da qui scaturiscono alcuni corollari. Ciò che risponde alla logica norma-fatto-effetto è solo la segnalazione che consente il contestuale avvio dell'attività, ma quest'ultima rimane pur sempre soggetta alla valutazione operata dall'amministrazione (norma-potere-effetto). E infatti, a seguito della segnalazione prende doverosamente avvio il procedimento amministrativo il quale, a sua volta, dovrebbe comportare l'attivazione delle tutele procedimentali a favore di tutti i soggetti comunque interessati. In tale contesto, a ben guardare, l'amministrazione non esercita poteri di controllo (eventuali e postumi), ma valutazioni tecniche¹⁸, con la conseguenza che la mancata emanazione del provvedimento nei termini di cui al 3° comma rende l'amministrazione inadempiente. Si aggiunga che la modifica introdotta (con la L. n. 148/2011) al comma 6 *ter* dell'art. 19, più che confermare l'impostazione dell'Adunanza plenaria, sembra estendere una coperta normativa che tuttavia mal si concilia con la possibilità, per l'amministrazione, di esercitare i poteri di autotutela (3° comma), dal momento che tale disposizione afferma espressamente che la s.c.i.a. (la denuncia e la dichiarazione) non costituisce provvedimento "tacito" direttamente impugnabile. Se non si tratta di provvedimento "tacito" vien da chiedersi su cosa possa esercitare il potere di autotutela la pubblica amministrazione. Ed infatti, se la segnalazione non costituisce provvedimento implicito, ma atto del privato, la domanda più logica è quale (o cosa) sia l'oggetto dell'esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione¹⁹, tenuto conto altresì che, scaduto il termine di 60 giorni (da intendersi come perentorio), questa potrà intervenire solo in caso di danno "per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente". Se ciò è vero, ed è lo stesso giudice amministrativo a rilevarlo, in realtà non si può nemmeno affermare che all'amministrazione residui solo un potere (amministrativo) di controllo, in quanto questa esercita la funzione pubblica sin dalla segnalazione, non diversamente dagli "ordinari" procedimenti su istanza di parte. Ora si potrà rilevare che il potere di controllo si sostanzia nella valutazione di un fatto già esistente, ma il vero è che l'attività del privato è da considerarsi condizionatamente libera, a patto, cioè, che l'amministrazione verifichi (e non controlli soltanto) che i requisiti e i presupposti di legge siano presenti e coerenti, e, in ultima analisi, che vi sia compatibilità tra l'attività del privato e gli interessi pubblici cui l'amministrazione è preposta. La segnalazione è senz'altro, quindi, un atto del privato (così come lo è l'istanza che esso inoltra all'amministrazione), ma l'effetto abilitativo nasce non dal mancato esercizio dei poteri amministrativi, ma al contrario dal loro esercizio attraverso la valutazione di conformità alla norma. L'unica differenza con il regime del silenzio-assenso è che è spostato il limite temporale dell'esercizio dell'attività privata. A intendere in siffatti termini la s.c.i.a.,

¹⁶ Cons. di Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Giur. It.*, 2012, 4, con nota di Boscolo.

¹⁷ Sul punto non si può non richiamare la fondamentale e notissima intuizione di Benvenuti, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, II, 118 e segg.

¹⁸ Sul fatto che in materia di scia si operino valutazioni tecniche, ovvero che essa sia ammessa solo in caso di attività vincolata per tutti Paolantonio, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti*

giuridici, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, spec. 372, il quale rileva che l'accertamento dei requisiti o presupposti non esclude che tra questi figurino provvedimenti ad alto tasso discrezionalità o di discrezionalità tecnica.

¹⁹ In tema le interessanti considerazioni di Boscolo, *Scia e poteri in autotutela*, cit.. In giurisprudenza Corte cost., 16 luglio 2012, n. 188, in *www.cortecostituzionale.it*.

si garantirebbe anche una tutela immediata non solo ai terzi, i quali avrebbero la possibilità di partecipare al procedimento amministrativo, cosa che l'art. 19 non sembra escludere, ma anche al soggetto interessato, il quale non resterebbe *sub condicione* praticamente *sine die*. Ovviamente anche la tutela giurisdizionale ne trarrebbe maggiore linearità ed effettività, in quanto anziché impugnare un atto di inerzia dell'amministrazione (quello che la Adunanza plenaria definisce un "provvedimento tacito di diniego" all'adozione di atti inibitori o repressivi) si impugnerebbe un atto (tacito) di erroneo esercizio del potere amministrativo. Tuttavia il comma 6 *ter* dell'art. 19 impone di impugnare l'inerzia dell'amministrazione quanto all'esercizio delle verifiche di sua competenza con lo strumento di cui all'art. 31, commi 1°, 2° e 3°, c.p.a.²⁰

Medesime conclusioni si debbono rassegnare con riferimento al silenzio-assenso, anche se in tal caso vi è un comportamento a effetti provvedimenti dell'amministrazione, e allo sportello unico²¹, che altro non è se non una forma di semplificazione amministrativa; mentre, per quel che concerne l'autocertificazione, essa esaurisce in sé la sua funzione, che è strumentale a presentare una domanda all'amministrazione diretta ad ottenere un provvedimento amministrativo.

Nuove ipotesi di istituti di autoamministrazione

Di diversa natura, e funzionali a soddisfare l'autoamministrazione, intesa come cogestione concreta dell'interesse pubblico, appaiono gli istituti degli accordi provvedimentali. In questa ottica appaiono, altresì, conformi alla nozione di autoamministrazione i contratti di partenariato pubblico privato che oggi trovano una disciplina positiva nel D.Lgs. n. 163/2006²², il cui art. 3, comma 15 *ter*, li definisce come quei contratti che hanno per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione

dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti²³. Tra questi, oltre al *project financing* rientrano, a titolo esemplificativo, la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria (art. 3, comma 15 *bis* e 160 *bis*, D.Lgs. n. 163/2006), il contratto di disponibilità (art. 3, comma 15 *bis*, 1 e 160 *ter*, d.lgs. n. 163/2006), le società miste.

Tanto gli accordi quanto i contratti di PPP presentano alla loro base una ponderazione degli interessi compresenti (pre)effettuata dalle amministrazioni competenti, ma consentono al privato di cooperare per la soddisfazione dell'interesse pubblico, oltre che del suo interesse privato, il quale ultimo si realizza con l'ampliamento della sua sfera giuridica. In tali ipotesi, a differenza delle precedenti, non si pone una eventuale e potenziale conflittualità tra interessi pubblici e privati del soggetto privato che "collabora" con l'amministrazione, quanto piuttosto una condivisione – o coincidenza – dei fini dell'uno e dell'altro.

Da quanto sopra emerge che l'autoamministrazione non si svolge in un ambito di liberalizzazione, in quanto l'attività del privato è sottoposta a una valutazione degli interessi in giuoco da parte dell'amministrazione, la quale comunque dovrà porre in essere un'attività (quantomeno procedimentale) onde valutare, a monte o a valle, la richiesta o la segnalazione dell'interessato. Può parlarsi di liberalizzazione, infatti, non in quanto non vi sia necessità di un provvedimento amministrativo, ma solo in quanto dall'attività amministrativa si prescinda *in toto*²⁴: la liberalizzazione delle attività private, che assurge a criterio generale di trattamento delle attività economiche private per effetto dell'art. 3, D.L. 13 agosto 2011, n. 138 e della attuazione della c.d. direttiva Bolkestein²⁵, consiste nella loro sottrazione a interventi preventivi o successivi (in funzione di autorizzazione o controllo) dell'amministrazione. Diversamente sembra però orientarsi la giurisprudenza amministrativa (quantomeno con riferimento alla s.c.i.a.) allorché afferma che si tratta di istituto funzionale a delineare "un modello di liberalizzazione temperata che sostituisce l'assenso preventivo con il controllo successivo"²⁶.

²⁰ Per una applicazione della disposizione appena citata cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 4 febbraio 2014, n. 500, in *www.giustizia-amministrazione.it*.

²¹ Per tutti M. D'Orsogna, *Unificazione funzionale e sportello unico*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 471 e segg.; Merusi, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2011, 741 e segg.; Portaluri, *La nuova autorizzazione unica ambientale (a.u.a.). quadro normativo e spunti critici*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2013, 3 e segg.

²² La corretta allocazione dei rischi contrattuali, conformemente ai criteri contenuti nelle decisioni Eurostat, è essenziale affinché l'operazione possa essere qualificata come contratto di PPP e dunque consentire che l'intervento possa essere qualificato *off balance*, e, in particolare, per non essere incluso nel calcolo del disavanzo e del debito pubblico. In tal senso AVCP, *Determinazione n. 4 del 22 maggio 2013*, in *www.avcp.it*. In dottrina, per tutti, Dipace, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006.

²³ Rispetto ai tre rischi classificati dall'Eurostat (ossia di costruzione, di domanda e di disponibilità), almeno due – normalmente quelli di costruzione e di domanda/disponibilità negli interventi relativi alla realizzazione di opere pubbliche – devono pienamente sussistere in modo sostanziale e non solo formale, a carico del privato. In tal senso, *ex multis*, Corte conti, Sezioni riun. contr., 16 settembre 2011, n. 49; Id., Sez. contr., Emilia Romagna, 19 gennaio 2012, n. 5/2012/PAR, reperibili su *www.corteconti.it*.

²⁴ In tema le importanti considerazioni di Travi, *La liberalizzazione*, cit., 647.

²⁵ In tema, per tutti, cfr. D'Acunto, *Direttiva servizi 2006/123/CE: genesi, obiettivi e contenuto*, Milano, 2009; Longobardi, *Attività economiche e semplificazione amministrativa. "La direttiva Bolkestein" modello di semplificazione*, in *Amministrazioni in cammino - Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienze dell'amministrazione*, 2010; Lottini, *Il mercato europeo, profili pubblicistici*, Napoli, 2010; Parisio, *Direttiva, Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, a.p. 29 luglio 2011 n. 155*, in *Foro Amm. TAR*, 2011, 2978 e segg. Per un'analisi dell'impatto del diritto comunitario sulla semplificazione interna Lazzara, *La semplificazione dell'azione amministrativa ed il procedimento tra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. Nuove Autonomie*, 2008, 475 e segg.

²⁶ Così Cons. di Stato, Ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, cit. In tema di liberalizzazione cfr. Sciallo, *Modelli ricostruttivi di dia e tutela del controinteressato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 975 e segg., il quale ha rilevato che "se per liberalizzazione si intende la soppressione delle regole che sottopongono l'attività privata a poteri amministrativi, ossia la sottrazione di tale attività al regime amministrativo (...), sicuramente la Dia edilizia e la Dia dell'attuale art. 19 della l. n. 241/1990 (...), non possono considerarsi misure di liberalizzazione". Viceversa si può ritenere che la dia sia strumento di liberalizzazione nel caso in cui si consideri "l'espressione liberalizzazione in un significato 'debole' e cioè si considera se, nell'ambito di detto regime, l'intrapresa dell'attività sia nella piena disponibilità dell'interessato o sia sottoposta alla possibile ostruzione da parte della pubblica amministrazione". L'Adunanza plenaria, sembra aver optato per tale seconda ricostruzione.

E dunque, se per autoamministrazione si intende il rispetto della legge da parte del privato, ogni atto (o attività) del privato che resti nei limiti della legge è autoamministrazione; se si attribuisce rilievo centrale alla valutazione dell'interesse pubblico da parte del privato, non si può parlare di autoamministrazione ma di esercizio privato delle funzioni pubbliche; se ci si riferisce ad attività private liber(e)alizzate, si ha semplicemente esercizio di autonomia privata; infine, se per autoamministrazione si intende la cessione di un interesse pubblico preventivamente valutato dall'amministrazione, il privato soddisfa il proprio interesse conformemente all'interesse pubblico.

Ebbene, come accennato gli atti di autoamministrazione, intesi nell'accezione che qui si condivide²⁷, vivono proprio all'interno dello statuto amministrativo, modificando soltanto il tempo e il modo dell'esercizio della funzione da parte dell'amministrazione: essi possono così essere considerati funzionali a realizzare la semplificazione amministrativa²⁸. Soltanto se dell'autoamministrazione si fornisce un'accezione diversa, e la si intende come autonomia del privato di amministrare da sé i propri interessi, si può ritenere che essa realizzi la – o viva nella – liberalizzazione.

Attività amministrative e soggetti di diritto privato: le società partecipate

Andrea Maltoni

Nell'ultimo decennio il legislatore è intervenuto più volte nell'intento di definire un quadro di regole e principi applicabili alle attività a "regime amministrativo" dei soggetti privati, che assicurasse agli amministrati un livello di tutela non inferiore a quello ottenibile nei confronti delle p.a. Le società a partecipazione pubblica, in controllo pubblico, là dove esercitino funzioni amministrative continuano però ad essere considerate in modo differenziato, in ragione del fatto che normative disomogenee le sottopongono a vincoli pubblicistici, sul presupposto che siano da assimilare a p.a. La giurisprudenza, con riferimento alle società pubbliche, ha distinto le "attività amministrative in forma privatistica" dalle attività di impresa. Quest'ultima classificazione non sembra però trovare fondamento nella disciplina positiva e pare poco aderente alla "natura delle cose".

Premessa

A partire dagli anni '90 del secolo scorso il tema dell'esercizio privato di attività amministrative è stato rivalutato soprattutto ad opera della giurisprudenza amministrativa. Dapprima, il richiamo di antiche teoriche, quali quella dell'organo indiretto e del *munus publicum*, e, successivamente, il riconoscimento che la sottoposizione di determinati soggetti privati (anche quelli non qualificabili come organismi di diritto pubblico) all'obbligo *ex lege* di indire procedure di evidenza pubblica comportava l'esercizio da parte dei medesimi di poteri amministrativi, denotano come la giurisprudenza avesse inteso assicurare una tutela piena ed

effettiva alle posizioni soggettive degli aspiranti contraenti (qualificabili in termini di interessi legittimi), che fossero lese dagli atti inerenti alle procedure di aggiudicazione¹. Ed è questo, a ben vedere, il filo rosso che lega gli interventi del legislatore, anche quelli più recenti, con i quali sono state introdotte disposizioni sia di diritto sostanziale che di diritto processuale in tema di attività amministrative dei soggetti privati. Al fine di assicurare una adeguata tutela giurisdizionale già l'art. 6, L. 21 luglio 2000, n. 205, nonché l'art. 33, 2° comma, lett. d), D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, come sostituito dall'art. 7, 1° comma, lett. a), L. n. 205/2000 avevano attribuito al giudice amministrativo in sede esclusiva la cognizione delle controversie aventi ad

²⁷ Di diverso avviso Duret, *op. ult. cit.*, *passim*.

²⁸ In tema, per tutti, cfr. Parisio, *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997, n. 127*, Milano 1998; Vandelli-Gardini (a cura di), *La semplificazione amministrativa*, Bologna, 1999; Cassese e altri (a cura di), *L'Italia da semplificare*, Bologna, 1998; Casetta, *La difficoltà di "semplificare"*, in *Dir. Amm.*, 1998, 335 e segg.; Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa*, *ibidem*, 385 e segg.; Cugurra, *La semplificazione del procedimento amministrativo nell'art. 17 della l. 15 maggio 1997, n. 127, ibidem*, 479; Vesperini, *La semplificazione dei procedimenti amministrativi*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1998, 655 e segg.; Clarich, *Modelli di semplificazione nell'esperienza comparata, ibidem*, 679 e segg.; Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor, ibidem*, 699 e segg.; A. Sandulli, *La semplificazione, ivi*, 1999, 757 e segg.; R. Ferrara, *Le "complicazioni" della semplificazione amministrativa: verso un'amministrazione senza qualità?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1999, 323 e segg.; Id., *Procedimento amministrativo, semplificazione e realizzazione del risultato: dalla "libertà dell'amministrazione" alla libertà dell'amministrazione?*, in *Dir. e Società*, 2000, 101 e segg.; Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa. I. Profili critici e principi ricostruttivi*, Napoli, 2000; Amorosino, *Lo stallo della semplificazione amministrativa: fattori critici e ipotesi di rilancio*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 1887 e segg.; Id., *La semplificazione amministrativa e le recenti modifiche normative alla disciplina generale del procedimento, ivi*, 2005, 2635; Lazzara, *Procedimento e semplificazione*, Roma, 2005; Id., *Principio di sempli-*

ficazione e situazioni giuridico-soggettive, in *Dir. Amm.*, 2011, 679 e segg.; Immordino, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Milano, 2005, 255 e segg.; Spasiano, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 3041 e segg.; Arena, *L'implementazione della semplificazione amministrativa*, in *www.giustamm.it*; S.S. Scoca, *Semplificazione e ripartizione delle competenze legislative*, in *Riv. Nuove Autonomie*, 2012, 265 e segg.

¹ Si v. Cons. di Stato, Sez. V, 21 ottobre 1991, n. 1250, in *Dir. Proc. Amm.*, 1992, 860 ss.; Cons. di Stato, Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 1577, in *Cons. Stato*, 1996, I, 1956 ss.; Cons. di Stato, Sez. V., 28 ottobre 1998, n. 1478, in *Foro It.*, 1999, III, 180 ss., con nota di Garofoli, *Sviluppi in tema di giurisdizione amministrativa e regole costituzionali: organo indiretto, nozione comunitaria di amministrazione aggiudicatrice, riparto per blocchi di materie (d.lgs. 80/98)*; Cons. di Stato, Sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 1057 ss., con nota di Cerulli Irelli, *"Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni*; Cons. di Stato, Sez. V, 4 luglio 1999, n. 2423, in *http://www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. di Stato, Sez. VI, 9 maggio 2000, n. 2681, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1185 ss.; Cons. di Stato, Sez. V, 31 ottobre 2000, n. 5894, in *Foro It.*, 2001, 161 ss.; Cass., Sez. un., 13 febbraio 1999, n. 64, in *Urb. e Appalti*, 1999, 616 ss., con commento di De Gioia e Mameli, *Le sezioni unite cambiano rotta sugli appalti comunitari indetti dalle s.p.a. miste*.

oggetto gli atti delle procedure di evidenza pubblica indette anche da soggetti privati che vi fossero tenuti *ex lege*. Peraltro, all'art. 34, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 – sostituito dall'art. 7, L. n. 205/2000 – si prevedeva la devoluzione delle controversie riguardanti gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparati in materia urbanistica ed edilizia alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo². Nella prima fase, gli interventi del legislatore se, per un verso, hanno inteso risolvere una questione attinente al riparto di giurisdizione – connessa al fatto che anche soggetti privati, in alcune ipotesi, risultavano sottoposti al rispetto di regole di evidenza pubblica – per l'altro, hanno preso atto che i mutamenti prodottisi nell'ordinamento avevano determinato un allargamento del concetto di “soggetto pubblico” e di quello di “atto amministrativo”. Detta prospettiva è stata poi rafforzata dalla sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale³, nella quale, non soltanto si è riconosciuto che le materie che il legislatore riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo debbono partecipare della medesima natura di quelle in relazione alle quali sussiste la giurisdizione generale di legittimità, nel senso che la pubblica amministrazione e i soggetti alla stessa equiparati debbono agire come autorità, ma è stata altresì apportata una modifica all'art. 33, D.Lgs. n. 80/1998, al fine di sottoporre alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative a provvedimenti adottati anche da gestori di pubblici servizi in un procedimento amministrativo disciplinato dalla L. 7 agosto 1990, n. 241⁴. Nella seconda fase, il percorso di ridefinizione dei concetti testé indicati è proseguito con interventi rilevanti sia sul piano del diritto sostanziale che su quello del diritto processuale. Ci si riferisce, in particolare, all'art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990, introdotto dall'art. 1, 1° comma, lett. b), L. 11 febbraio 2005, n. 15, successivamente modificato dall'art. 1, 37° comma, L. 6 novembre 2012, n. 190, e dall'art. 7, 2° comma, D.Lgs. n. 104/2010, n. 104 (Codice del processo amministrativo). A ben vedere, tra le due disposizioni richiamate pare potersi delineare una simmetria: con la prima si è perseguito l'obiettivo di assicurare ai destinatari dei provvedimenti e ai terzi un livello di garanzie con riguardo alle attività amministrative esercitate dai privati – le quali, in virtù della loro sottoposizione al rispetto dei principi di cui all'art. 1, 1° comma, L. n. 241/1990, sono state proceduralizzate – non inferiore a quello ottenibile nei confronti delle pubbliche amministrazioni⁵; la seconda disposizione, ampliando la nozione di amministrazioni pubbliche per ricomprendervi anche “i soggetti ad esse equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”, ha inteso uniformare la tutela giurisdizionale assicurata agli amministrati in relazione all'attività amministrativa proceduralizzata, a prescindere dal fatto che essa sia esercitata da enti pubblici o da soggetti privati.

Il regime delle attività e degli atti amministrativi dei privati e delle società pubbliche

Come si è evidenziato, le attività amministrative cui fa riferimento l'art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990 sono quelle assoggettate al regime amministrativo, in ragione del fatto che, per un verso – in seguito all'integrazione, operata all'art. 1, 1° comma, L. n. 241 cit. dall'art. 7, 1° comma, L. 18 giugno 2009, n. 69 – tali attività sono rette dagli stessi principi e criteri cui è sottoposta l'attività amministrativa delle pubbliche amministrazioni, e per l'altro, ai privati esercenti dette attività sono applicabili l'art. 2 *bis*, 1° e 2° comma, L. n. 241/1990 – aggiunti dall'art. 7, L. n. 69/2009 – che estendono ad essi sia l'obbligo di concludere il procedimento amministrativo entro il termine previsto, sia l'obbligo di risarcire il danno cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa di detto termine.

Né, d'altra parte, tenuto conto che all'art. 1, 1° comma, L. n. 241/1990, sono stati codificati soltanto alcuni principi e criteri generali dell'azione amministrativa proceduralizzata, può revocarsi in dubbio che quest'ultima sia sottoposta ad un insieme ben più ampio di principi, molti dei quali di elaborazione giurisprudenziale. Ne consegue che l'applicazione all'attività amministrativa dei soggetti privati dei criteri e dei principi di cui al 1° comma dell'art. 1, L. n. 241/1990, da un canto, attesta che quest'ultima, al pari dell'attività amministrativa delle amministrazioni è un'attività proceduralizzata, e, dall'altro, comporta la sottoposizione della stessa attività al rispetto non di tutte le disposizioni della L. n. 241/1990, bensì soltanto di quelle di principio, sempre che non siano riferibili soltanto a organizzazioni pubbliche. Del resto, se così non fosse risulterebbe difficile giustificare il fatto che, a norma dell'art. 1, comma 1 *ter*, L. cit., il livello di garanzie assicurato agli amministrati con riferimento alle attività amministrative esercitate dai privati, sottoposte al rispetto dei principi indicati al 1° comma dell'art. 1, L. n. 241 cit., e alle attività delle amministrazioni pubbliche, cui si applicano le disposizioni della L. n. 241, deve essere sostanzialmente equiparabile. Conclusione, questa, che trova conferma anche sul piano processuale – come si è anticipato – nella previsione di cui all'art. 7, D.Lgs. n. 104/2010, ai sensi della quale sono attribuite alla giurisdizione generale di legittimità del giudice amministrativo le controversie relative ad atti, provvedimenti o omissioni delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti privati alle prime “equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo”. Occorre, però, tener conto che l'esercizio delle attività amministrative da parte dei soggetti privati presuppone il conferimento (*ex lege* o in base ad apposito atto dell'amministrazione autorizzata dalla legge) di potestà amministrative, di tal che i casi di esercizio privato di attività amministrative debbono essere disciplinati dal diritto positivo. In tale prospettiva, la disciplina riferibile all'attività amministrativa dei privati, desumibile ai sensi dell'art. 1, comma 1 *ter*, L. cit. assume i connotati di normativa integrativa, nelle ipotesi in cui la norma di conferimento (o di auto-

² Si v. ora l'art. 133, 1° comma, lett. e), n. 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

³ Si v. Corte cost., 5 luglio 2004, n. 204 ed anche Corte cost., 3 maggio 2006, n. 191, in <http://www.cortecostituzionale.it>

⁴ Per una più ampia disamina di tali aspetti sia consentito rinviare a Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, spec. 44 e seg. Si v. ora l'art. 133, 1° comma, lett. c), D.Lgs. n. 104/2010.

⁵ Si consideri, infatti, che, a norma del comma 1 *ter* dell'art. 1, L. n. 241/1990, come modificato dall'art. 1, 37° comma, L. n. 190/2012, “I soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”.

rizzazione al conferimento) del potere non definisca il regime dell'attività o lo disciplini in modo incompleto, ovvero individui garanzie che assicurano un livello di tutela inferiore a quello derivante dall'applicazione delle disposizioni della L. n. 241⁶. La più recente modifica apportata dall'art. 1, 37° comma, L. n. 190/2012 all'art. 1, comma 1 *ter*, L. cit. sembra indicare che spetta all'interprete individuare quella trama di principi che identifica le garanzie essenziali del cittadino nei confronti dell'attività amministrativa, garanzie che debbono assicurare un grado di tutela sostanzialmente equiparabile a quello configurabile nei confronti dell'attività procedimentale delle p.a.

Occorre, tuttavia, osservare che, con riferimento "all'esercizio delle funzioni amministrative" (*i.e.* delle attività a regime amministrativo) da parte delle società a partecipazione pubblica, segnatamente alle società con totale o prevalente capitale pubblico, nell'art. 29, 1° comma, L. n. 241/1990 – come sostituito dall'art. 10, 1° comma, L. n. 69/2009 – detta una disciplina specifica. Essa, in particolare, impone soltanto alle società a totale o prevalente partecipazione pubblica, esercenti funzioni amministrative, l'applicazione di tutte le disposizioni della L. n. 241, sul presupposto, evidentemente, che soltanto tali società siano soggetti equiparati a pubbliche amministrazioni. Ai fini di detta equiparazione rileverebbe non soltanto il profilo funzionale, bensì soprattutto quello organizzativo di tali enti societari. Si può trarre conferma di ciò, nuovamente, dal disposto di cui all'art. 7, 2° comma, D.Lgs. n. 104/2010, là dove si distinguono i soggetti "equiparati" da quelli "comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo".

Se però si passa dal piano delle indicazioni generali a quello più specifico delle regole applicabili all'attività e all'organizzazione delle società pubbliche, non si può non rilevare la frammentarietà e spesso il contenuto disomogeneo delle stesse. Si tratta di regole che costituiscono espressione di una precisa linea di tendenza del diritto positivo, individuabile nella sottoposizione delle società pubbliche ad una serie di vincoli riferibili alle p.a. La *ratio* di detta estensione è ravvisabile nella considerazione che le società a partecipazione pubblica, al ricorrere di determinati presupposti, sono assimilabili alle amministrazioni pubbliche, in quanto "la veste societaria è neutra non essendo ... di per sé incompatibile con il riconoscimento della natura di ente pubblico"⁷. Si deve sottolineare, tuttavia, come per il legislatore talvolta rilevi, a tali fini, il controllo societario in mano pubblica determinato ai sensi del codice civile, mentre altre volte sia richiesta una partecipazione pubblica maggioritaria.

Il presupposto da cui muove il legislatore nel differenziare la disciplina applicabile all'attività amministrativa esercitata dalle società pubbliche rispetto a quella degli altri soggetti privati è ravvisabile nel fatto che non soltanto società legali⁸ o società a statuto speciale, derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici⁹, ma, più in generale, società poste sotto il controllo di amministrazioni pubbliche appaiono riqualificabili come enti pubblici¹⁰. Risulta in tal modo evidente come sia l'estensione a tali società di regole pubblicistiche, che il legislatore ha sempre e soltanto riferito ad organizzazioni amministrative, ad aver indotto ad uniformare il regime dell'attività amministrativa di dette entità societarie a quello delle amministrazioni pubbliche.

Peraltro, il fenomeno di inclusione delle società pubbliche nel novero dei destinatari di discipline pubblicistiche non soltanto risulta quantitativamente significativo, ma è stato anche rafforzato negli ultimi anni. Al riguardo, a titolo meramente esemplificativo, si può richiamare l'art. 18, D.L. 25 giugno 2008, n. 112, conv. con mod. dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, che, mentre al 1° comma, stabilisce che le società che gestiscono servizi pubblici locali, a totale partecipazione pubblica, sono tenute a recepire, con propri provvedimenti, i criteri e le modalità "per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", al 2° comma, prevede che "le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi, anche di derivazione comunitaria, di trasparenza, pubblicità e imparzialità". Inoltre, alle società non quotate a totale o prevalente partecipazione pubblica, nonché alle loro controllate fa riferimento l'art. 21, 2° comma, L. 18 giugno 2009, n. 69, che ha sostituito la lett. c) del comma 52 *bis* dell'art. 3, L. 24 dicembre 2007, n. 244, per sottoporle all'obbligo, previsto per le p.a. che conferiscano "nel medesimo anno allo stesso soggetto incarichi che superino il limite massimo, di assegnare l'incarico medesimo secondo i principi del merito e della trasparenza, dando adeguatamente conto, nella motivazione dell'atto di conferimento, dei requisiti di professionalità e di esperienza del soggetto in relazione alla tipologia di prestazione richiesta e alla misura del compenso attribuito". L'art. 2, 2° comma, D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 ha esteso alle società partecipate interamente da p.a. o partecipate dalle stesse in via maggioritaria purché inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'ISTAT, ai sensi dell'art.

⁶ Per una più ampia disamina di questi aspetti sia consentito il rinvio a Maltoni, *Esercizio privato di pubbliche funzioni*, in *Enc. Dir.*, Annali, I, Milano, 2007, spec. 590 e seg. Per una ricostruzione, invece, in chiave privatistica, soprattutto con riferimento ad attività contrattuali di soggetti privati in funzione regolatoria, si v. Torricelli, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in *Amministrazione pubblica dei contratti* a cura di Sorace, Napoli, 2013, spec. 282 e seg.

⁷ Si v. sul punto Cons. di Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010 n. 5379, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, la quale, ancorché sia riferita al caso della RAI S.p.a., costituisce espressione di un più generale indirizzo della giurisprudenza amministrativa.

⁸ In tema si v. *ex multis*: Ibba, *Le società "legali"*, Torino, 1992, nonché più di recente, Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, 2007 e Gruner, *Enti pubblici a struttura di s.p.a. Contributo allo studio delle società "legali" in mano pubblica di rilievo nazionale*, Torino, 2009.

⁹ Con riferimento a società derivate da processi di privatizzazione,

riqualificate dalla giurisprudenza in senso pubblicistico, si v., ad esempio, Cons. di Stato, Sez. IV, 2 marzo 2001, n. 1206, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 253 e seg., riguardante Poste italiane s.p.a., nonché Cons. di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. Civ.*, 2002, 2309 e seg., con nota di Gigante, *Verso la ripubblicizzazione di Poste italiane S.p.a.*; inoltre si v., con riguardo ad ENEL s.p.a., Cons. di Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 486 e seg., con commento di Pizza, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*.

¹⁰ Con riguardo all'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale la misura della partecipazione detenuta in una società di capitali, che sia affidataria di un servizio pubblico, è rilevante al fine di stabilire la sussistenza di un rapporto di strumentalità con un ente pubblico, si v. Cass., Sez. un., 3 maggio 2005, n. 9096, con commento di Cogliani e Giardino, *S.P.A. partecipate da soggetti pubblici: l'iscrizione nell'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati*, nonché Goisis, *L'applicazione di discipline pubblicistiche a una società in mano pubblica longa manus del socio dominante*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2005, 1186 e seg.

1, 5° comma, L. 30 dicembre 2004, n. 311, l'applicazione delle disposizioni del codice dell'amministrazione digitale. Si aggiunga, inoltre, che al comma 2 *bis* dell'art. 18, D.L. n. 112/2008 – aggiunto dall'art. 19, 1° comma, L. 3 agosto 2009, n. 102, poi sostituito dall'art. 1, 557° comma, L. 27 dicembre 2013, n. 147 – si prevede che i limiti e i divieti alle assunzioni del personale dipendente delle amministrazioni controllanti si applicano anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo, che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero svolgano attività rivolte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, ovvero espletino attività a supporto di funzioni amministrative inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione come individuate dall'ISTAT, *ex art.* 5, 1° comma, L. n. 311/2004¹¹.

Da ultimo, si può segnalare la sottoposizione alle regole di trasparenza e agli obblighi di pubblicazione di determinati dati prevista dalla L. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) e dal D.Lgs. 14 marzo 2013, n. 33¹², degli enti e dei soggetti di diritto privato controllati, partecipati, finanziati e vigilati da p.a. Peraltro, come è stato puntualizzato nella circolare 14 febbraio 2014, n. 1/2014 della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della funzione pubblica, “è da ritenere che tra gli enti privati in controllo pubblico¹³ rientrano le ‘società controllate ai sensi dell’art. 2359 c.c.’, che devono essere sottoposte all’integrale applicazione delle regole di trasparenza, mentre alle società partecipate (con partecipazione minoritaria o comunque diversa da quella descritta dall’art. 2359 c.c.), le regole di trasparenza si dovranno applicare ‘limitatamente’, e con le conseguenze che ne derivano, alla ‘loro attività di pubblico interesse’”¹⁴. Appare chiaro che il presupposto della sottoposizione in misura variabile agli obblighi di trasparenza indicati è individuabile nell’inclusione nel novero delle pubbliche amministrazioni di “tutti quei soggetti che, indipendentemente dalla loro normale veste giuridica, perseguono finalità di interesse pubblico, in virtù di un affidamento diretto o di un rapporto autorizzatorio o concessorio

(e che, proprio in ragione di tale rapporto privilegiato con la pubblica amministrazione, possono vantare una posizione differenziata rispetto agli altri operatori di mercato) e che gestiscono o dispongono di risorse pubbliche”¹⁵.

Orbene, se l'estensione di regole di diritto pubblico a società a partecipazione pubblica ha inciso anche su alcuni aspetti strutturali o organizzativi delle medesime – basti pensare all'obbligo di esperire procedure selettive pubbliche per l'assunzione del personale o agli obblighi di trasparenza prescritti dalla c.d. legge anticorruzione – essa appare dettata da finalità diverse, e in ogni caso non giustifica la totale equiparazione delle società a partecipazione pubblica alle p.a. in punto di regole applicabili all'attività amministrativa. Né, d'altro canto, appare convincente la tendenza di parte della giurisprudenza a riqualificare in senso pubblicistico enti societari privati, tenuto conto che, quand'anche si dovesse approdare a tale soluzione – ma in altre occasioni non si è mancato di rilevarne le incongruenze –, detta riqualificazione non potrebbe mai condurre alla piena equiparazione di enti societari a pubbliche amministrazioni, in quanto nei primi la struttura organizzativa è comunque disciplinata dal diritto privato.

A ben vedere, l'estensione a società partecipate, operata direttamente dalla legge, di normative pubblicistiche, concepite per essere applicate a pubbliche amministrazioni, è operazione apprezzabile in ragione del fatto che è rivolta a specificare le regole di diritto speciale che debbono essere osservate da enti di diritto privato. Nella prospettiva dell'individuazione *ex lege* delle regole pubblicistiche (o della misura in cui le stesse siano) applicabili a enti societari privati, dovrebbe però considerarsi non più necessaria quell'operazione interpretativa in via giurisprudenziale volta a riqualificare enti formalmente privati, atteso che la medesima aveva come finalità appunto quella di sottoporre tali enti al rispetto di disposizioni di diritto speciale che risultavano applicabili soltanto ad organizzazioni pubbliche¹⁶. Questa esigenza sembrerebbe venir meno anche in considerazione della volontà del legislatore di rimarcare

¹¹ La medesima norma dispone, inoltre, che le indicate società adeguano le proprie politiche del personale alle disposizioni vigenti per le amministrazioni controllanti in materia di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per le consulenze.

¹² In particolare all'art. 1, 34° comma, L. n. 190/2012 si prevede che “Le disposizioni dei commi da 15 a 33 si applicano alle amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, agli enti pubblici nazionali, nonché alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea”, e all'art. 11, D.Lgs. n. 33/2013, si dispone che “alle società partecipate dalle pubbliche amministrazioni di cui al comma 1 e alle società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile si applicano, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea, le disposizioni dell'articolo 1, commi da 15 a 33, della legge 6 novembre 2012, n. 190”. Inoltre, all'art. 22 del D.Lgs. n. 33/2013, sono posti a carico degli “enti di diritto privato in controllo pubblico” e alle società partecipate alcuni obblighi di pubblicità volti a rendere conoscibili, mediante la pubblicazione sul sito dell'amministrazione interessata, tutte le scelte organizzative compiute relativamente alla cura degli interessi pubblici assegnati dalla legge. Le società di c.d. di secondo livello, indirettamente controllate dalle p.a. per il tramite di società direttamente controllate, sono invece sottoposte all'obbligo di promuovere soltanto l'applicazione dei principi di trasparenza.

¹³ Ai fini dell'individuazione degli “enti di diritto privato in controllo

pubblico”, la stessa Circolare fa riferimento all'art. 1, 2° comma, lett. c), D.Lgs. 8 aprile 2013 n. 39, recante “Disposizioni in materia di incompatibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico”, che considera tali “le società e gli altri enti di diritto privato che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici, sottoposti a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche, oppure gli enti nei quali siano riconosciuti alle pubbliche amministrazioni, anche in assenza di una partecipazione azionaria, poteri di nomina dei vertici o dei componenti degli organi”.

¹⁴ In Gazz. Uff. Serie Generale n. 75 del 31 marzo 2014. In tale circolare si precisa altresì che l’“attività di interesse pubblico” è quella riferibile “all’esercizio di funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche, di gestione di servizi pubblici o di concessione di beni pubblici”.

¹⁵ Si v. ancora Circ. 14 febbraio 2014, n. 1/2014 della Presidenza del Consiglio, Dipartimento della funzione pubblica, cit.

¹⁶ Detta superfluità affiora anche in una decisione si segno opposto rispetto a quanto testé sostenuto, si v. Cons. di Stato, Sez. VI, 24 novembre 2010, n. 5379, cit., ove si riconosce, per un verso, che “anche a voler prescindere dal tema della qualificabilità di RAI S.p.a. quale ente pubblico, la giurisdizione del giudice amministrativo ... va ritenuta in applicazione dell'inciso finale del citato art. 7, comma 2, C.p.a.”, e, per l'altro, che “il doveroso assoggettamento di RAI S.p.a. ai principi del procedimento amministrativo in sede di reclutamento del personale e conferimento degli incarichi è desumibile dall'art. 18, co. 2, D.L. 25 giugno 2008, n. 112”.

l'obbligo per l'interprete di tener conto della vigenza del principio, che costituisce specificazione di quello più generale di legalità, secondo cui disposizioni di carattere speciale non possono che essere di stretta interpretazione, allorché la loro applicazione sia imposta ad enti privati¹⁷.

In questa ottica, deve rilevarsi come l'obbligo di osservare tutte le disposizioni della legge generale sul procedimento amministrativo nell'esercizio di funzioni amministrative da parte delle società con totale o prevalente capitale pubblico, ex art. 29, 1° comma, L. n. 241/1990 – che, invero, non è chiaro se siano soltanto quelle partecipate da amministrazioni statali, stante il successivo inciso, contenuto nel medesimo articolo, ai sensi del quale “Le disposizioni di cui agli articoli 2-bis, 11, 15 e 25, commi 5, 5-bis e 6, nonché quelle del capo IV-bis si applicano a tutte le amministrazioni pubbliche” –, per un verso, appaia eccessivo e, per l'altro, non possa che essere adempiuto con margini di flessibilità.

Se si esamina anche qualche pronuncia della giurisprudenza in tema di funzioni amministrative esercitate da soggetti privati si può rilevare come sia sufficiente il rispetto delle disposizioni di principio della L. n. 241, che definiscono le garanzie procedurali essenziali, ad impedire che si determini un affievolimento del livello di tutela che deve essere assicurato ai cittadini, là dove i poteri amministrativi siano esercitati da società pubbliche¹⁸.

Ciò, *a fortiori* dopo la modifica apportata dall'art. 1, 37° comma, L. n. 190/2012 all'art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990, che ha individuato esattamente le basi su cui deve valutarsi l'equiparazione dei privati esercenti attività amministrative alle amministrazioni pubbliche. In seguito alla summenzionata modifica, appare del tutto ingiustificata e dunque irragionevole la disposizione contenuta nell'art. 29, 1° comma, L. n. 241/1990, che sottopone ad una disciplina

differenziata l'attività amministrativa di alcune società pubbliche rispetto a quella applicabile, in via generale, ai privati esercenti tali attività, nel cui novero sono comprese anche le società a partecipazione pubblica non maggioritaria.

D'altra parte, laddove vi fosse stata l'esigenza di rendere applicabili a determinati enti societari disposizioni che presuppongono l'adozione di determinate misure organizzative, il legislatore avrebbe dovuto individuare le opportune “forme di adattamento”, specificando, in particolare, le regole alle quali tali enti sono assoggettati, non diversamente da quanto è stato previsto, ad esempio, dal Codice dei contratti pubblici e dal suo regolamento di attuazione con riferimento ai soggetti e agli enti aggiudicatori¹⁹.

L'errore di fondo sul quale è talvolta incorso il legislatore, e che è desumibile in modo evidente dall'esame della disciplina di cui all'art. 29, 1° comma, L. n. 241/1990, è individuabile nel ritenere perfettamente assimilabili certe società pubbliche alle amministrazioni pubbliche, quasi che sia possibile non tener conto dello specifico carattere privatistico della struttura organizzativa dell'ente societario. Carattere, quest'ultimo, che appare invece rilevante persino sul piano del regime degli atti adottati dai privati investiti della titolarità *ex lege* di funzioni amministrative, posto che non sembra configurabile – almeno in tutti i casi in cui specifici limiti non siano individuati dalla legge di disciplina – il vizio di incompetenza²⁰, stante appunto l'irrelevanza all'esterno dell'organizzazione del soggetto privato²¹.

Tuttavia, se si esclude – almeno nelle predette ipotesi di conferimento di funzioni amministrative – la configurabilità in relazione agli atti amministrativi dei privati della forma di invalidità indicata, questi ultimi possono risultare affetti da due dei tre vizi di legittimità (*i.e.* la violazione di legge e l'eccesso di potere²²), senza che sia, al riguardo, possibile

¹⁷ Si v., con riferimento alla coerenza di detto principio, l'art. 4, 13° comma, D.L. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con mod. dalla L. 7 agosto 2012, n. 135, “Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”.

¹⁸ Si v. ad es. T.A.R. Basilicata, Sez. I, 20 aprile 2011, n. 218, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove, con riguardo a una società controllata da un'altra società a partecipazione totalitaria pubblica, si puntualizza che tanto con riferimento all'ipotesi disciplinata dal 1° comma dell'art. 18, D.L. n. 112/2008, quanto in quella di cui al 2° comma del medesimo articolo, il legislatore ha sottoposto le società pubbliche – in sede di reclutamento del personale e di conferimento degli incarichi – mediante la previsione dell'obbligo di conformarsi ad una serie di principi di carattere pubblicistico, a vincoli di trasparenza, imparzialità, pubblicità ed economicità, che, di regola, l'art. 97 Cost. impone alle p.a. In particolare, sottolineano i medesimi giudici, i principi indicati nei commi 1° e 2° dell'art. 18 D.L. cit., che le società pubbliche sono tenute ad applicare nell'attività proceduralizzata rivolta al reclutamento del personale e al conferimento degli incarichi, sono ascrivibili tra i principi generali dell'attività amministrativa richiamati dal 1° comma dell'art. 1, L. n. 241.

¹⁹ Si v. ad es.: gli artt. 64, 66, 67, 68, 70, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 sulle S.O.A.; l'art. 10, 9° comma, D.Lgs. n. 163/2006, l'art. 272, 6° comma, D.P.R. n. 207/2010 riguardanti i settori ordinari, l'art. 342, 2° comma, D.P.R. n. 207/2010 riguardante i settori speciali; tali disposizioni stabiliscono che le stazioni appaltanti, che non sono amministrazioni pubbliche o enti pubblici, in conformità ai principi della L. n. 241/1990, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o più soggetti ai quali affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente allo svolgimento delle attività disciplinate dal Codice dei contratti. Quest'ultima disciplina rende evidente come determinate garanzie per gli aspiranti aggiudicatari non possano esse-

re assicurate mediante la puntuale applicazione di quelle medesime regole che comportano da parte delle amministrazioni pubbliche appaltanti l'adozione di specifiche misure organizzative, posto che dette regole, là dove riferite ad enti privati che agiscono come stazioni appaltanti, non possono che essere attuate in modo flessibile, tenuto conto che la loro organizzazione è disciplinata dal diritto privato.

²⁰ Invero, in ipotesi di tal fatta appare forse più corretto ricostruire l'invalidità degli atti amministrativi adottati dal privato alla stregua di una incompetenza assoluta per difetto assoluto di attribuzione, si v. per tale rilievo Piazza, *Tra autonomia e garanzie. Regimi dell'attività amministrativa di soggetti privati*, Tesi di dottorato di ricerca in Diritto pubblico-diritto urbanistico e dell'ambiente, 2010-2012, ciclo XXV, 73.

²¹ Su tale irrilevanza si v. Cerulli Irelli, “Atti amministrativi” di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 1065 e, più di recente, Pecchioli, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, spec. 649 e seg. Detta conclusione, a nostro avviso, non vale, però, con riferimento alle ipotesi in cui il privato sia investito soltanto nell'esercizio della funzione amministrativa, in virtù di un atto di delega o di un atto di concessione di una p.a. a ciò autorizzata dalla legge, e nell'atto di conferimento siano poste delle limitazioni all'esercizio del potere conferito. Sul punto si v. anche le interessanti considerazioni di Marzuoli, *Note in punto di vizi dell'atto “amministrativo” del soggetto privato*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, spec. 538, che rileva come, laddove il privato agisca come sostituto della p.a. – e quindi, in sostanza, come delegato o concessionario di funzioni amministrative – quantunque “l'organizzazione nel privato non abbia quella funzione di garanzia che ha nel pubblico”, non possa escludersi “che quella funzione di garanzia sia assunta quando e nei limiti in cui il privato esercita un'attività ‘amministrativa’ o ‘di pubblico interesse’”.

²² Si v. ad es. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 27 luglio 2004, n. 3188, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove i giudici amministrativi hanno ravvisato l'illegittimità di un atto di autotutela – consi-

distinguere se essi siano stati adottati da soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati (sempre che una tale distinzione abbia ancora senso).

Per quanto attiene al secondo aspetto che si è evidenziato, deve anche porsi in rilievo come certe disposizioni della L. n. 241 non siano applicabili alle società pubbliche esercenti funzioni amministrative – possono ad esempio richiamarsi le disposizioni sulla semplificazione amministrativa, come quelle sulle conferenze di servizi – oppure lo siano ma soltanto in quanto risultino sottoposte ad una flessibile modulazione, come nel caso delle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5, L. n. 241 sul responsabile del procedimento.

Si potrebbe forse obiettare che l'organizzazione privatistica di alcune società pubbliche costituisce ormai un contenitore vuoto, non essendo rinvenibile in dette società una effettiva autonomia privata, ma non può non rilevarsi come la loro organizzazione rimanga pur sempre disciplinata dal diritto privato²³.

In definitiva, la mancanza negli enti societari partecipati di una struttura organizzativa articolata in distinti uffici, cui sia ricollegabile una sfera di competenza normativamente determinata²⁴, e meri uffici, rende irrilevante all'esterno l'organizzazione dei medesimi enti²⁵, a meno che specifiche garanzie di carattere organizzativo, ma pur sempre connesse al profilo funzionale²⁶, siano espressamente disciplinate dal diritto positivo²⁷.

La distinzione tra attività amministrativa di diritto privato e attività di impresa delle società pubbliche: critica

Il giudice delle leggi, in due decisioni originate da ricorsi promossi in via diretta da alcune Regioni, con i quali erano state prospettate alcune censure in relazione rispettivamente all'art. 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, conv. con mod. dalla L. 6 agosto 2006, n. 248²⁸ e all'art. 3, 27°-32° commi, L. 24 dicembre 2007, n. 244²⁹, ha enucleato una nuova distinzione, *i.e.* quella tra attività amministrativa in forma privatistica e attività di impresa³⁰. In particolare, la Corte,

muovendo dal rilievo che le disposizioni impugnate dovevano essere considerate in ragione dell'oggetto sociale delle società regolamentate, ha ritenuto doversi operare la predetta distinzione, atteso che “nel primo caso vi è attività amministrativa, di natura finale o strumentale, posta in essere da società di capitali che operano per conto di una pubblica amministrazione. Nel secondo caso, vi è erogazione di servizi rivolta al pubblico (consumatori o utenti), in regime di concorrenza”³¹. Le richiamate disposizioni, ad avviso della Consulta, “mirano a separare” (o comunque “a rafforzare la distinzione tra”) le due sfere di attività, al fine di evitare “che un soggetto, che svolge attività amministrativa, eserciti allo stesso tempo attività d'impresa, beneficiando dei privilegi dei quali esso può godere in quanto pubblica amministrazione”. Con riguardo alla disciplina vincolistica contenuta nell'art. 13, D.L. cit. riguardante le società c.d. strumentali, va osservato che essa si limita a stabilire che dette società possono avere ad oggetto (in via esclusiva) soltanto la produzione di beni e servizi “a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento”³², con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative. Si tratta dunque di società che possono svolgere attività c.d. strumentali a favore di p.a. ed esercitare funzioni amministrative, nelle ipotesi in cui siano ad esse conferite dalla legge ovvero con un atto di una p.a. che sia autorizzata *ex lege*. Escludendo per le ragioni già indicate quest'ultimo tipo di attività, non rimane che ipotizzare che il primo tipo di attività sia – stando alla distinzione introdotta dal giudice delle leggi – propriamente qualificabile come “attività amministrativa svolta in forma privatistica”.

Tale impianto ricostruttivo è stato ripreso dai giudici di Palazzo Spada in due decisioni, nelle quali sono stati anche precisati i criteri sulla cui base deve operarsi detta distinzione, individuabili segnatamente: nella modalità di costituzione della società; nella fase di organizzazione; nella natura dell'attività svolta; nel fine perseguito³³. Nella prima

derato esplicazione di un potere amministrativo discrezionale – adottato da una società concessionaria, gestore dei mercati annonari di Milano, in ragione del non corretto esercizio del potere attribuito in concessione alla medesima società.

²³ Si consideri, ad esempio, che, con riguardo alla dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza di determinate opere adottata da R.F.I. S.p.a., i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto che l'amministratore delegato era legittimato ad adottare tale provvedimento amministrativo, posto che il C.d.A. di R.F.I. S.p.a. – coerentemente “con i principi che governano i poteri di rappresentanza delle società” – aveva deliberato di investire proprio l'amministratore delegato dei poteri in materia (si v. Cons. di Stato, Sez. VI, 7 novembre 2006, n. 6553, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

²⁴ Si v. Giannini, *Diritto amministrativo*, I, 1988, 262 e seg.

²⁵ Si consideri anche che, ai sensi dell'art. 2384 c.c., nelle società per azioni, di regola, le limitazioni al potere di rappresentanza che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi.

²⁶ Sulla connessione tra vincoli di carattere organizzativo e garanzie che debbono essere assicurate nell'esercizio di funzioni pubbliche si v. Corte cost., 22 maggio 2013, n. 94, in <http://www.cortecostituzionale.it>, riguardante la disciplina delle S.O.A. In particolare, il giudice delle leggi evidenzia che “il divieto del congiunto esercizio delle attività di certificazione e di attestazione da parte di uno stesso soggetto e le limitazioni alla partecipazione al capitale sociale delle SOA per gli organismi di certificazione sono del tutto coerenti con quella scelta e giustificati in particolare dall'esigenza di garantire il trasparente, imparziale ed indipendente esercizio di una funzione di natura pubblica”.

²⁷ Si v. quanto evidenziato *supra* alla nota 17.

²⁸ A norma dell'art. 13, D.L. cit., “le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti aventi sede nel territorio nazionale”; inoltre, si stabilisce che tali società debbono avere un oggetto sociale esclusivo.

²⁹ In particolare al 27° comma dell'art. 3, L. cit. si prevede che le p.a. “non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società”. I predetti limiti alla costituzione di (e al mantenimento di partecipazioni in) società a capitale pubblico che svolgono attività d'impresa non operano, invece, con riguardo alle società preposte all'espletamento di servizi di interesse generale e alle società che forniscono servizi di committenza o di centrali di committenza a livello regionale a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, 25° comma, D.Lgs. n. 163/2006.

³⁰ Si v. rispettivamente Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326 e Corte cost., 8 maggio 2009, n. 148, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

³¹ Si v. Corte cost., 1° agosto 2008, n. 326, cit.

³² Si v. *ex multis*: Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3766, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

³³ Si v. Cons. di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, nonché

decisione, tali giudici, dopo aver sottolineato che tanto le imprese pubbliche in forma societaria quanto le società che svolgono attività amministrativa non sono riconducibili ad un modello unitario, hanno posto in rilievo con riguardo alle seconde come, tra quelle, siano comprese anche le società-organismi di diritto pubblico, che risultano caratterizzate dal fatto che i loro compiti sono svolti “non con metodo economico ma mediante l’esercizio di una attività che non implica assunzione del rischio di impresa”, di tal che detta nozione di matrice comunitaria, “trasposta sul piano interno, significa che l’organismo deve sostanzialmente perseguire esclusivamente gli interessi pubblici previsti dalle normative di settore”. In definitiva, le differenze tipologiche tra impresa pubblica e organismo di diritto pubblico riguardano “le modalità di svolgimento dell’attività – economica e non economica – e la conseguente possibile compatibilità, esistente soltanto per le imprese pubbliche, tra scopo di interesse pubblico e scopo di lucro”³⁴. A tacer del fatto che suscita perplessità un’operazione interpretativa volta a trasporre categorie del diritto europeo, che trovano applicazione in ambiti ben definiti, sul piano del diritto interno al fine di delineare una distinzione tra nozioni destinate ad avere rilievo soltanto in quest’ultimo, la categoria dell’organismo di diritto pubblico e le implicazioni che dalla stessa sono state desunte non sembrano tener conto della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha riconosciuto come non sia necessario che l’ente abbia in via esclusiva o prevalente lo scopo di soddisfare esigenze di interesse generale non aventi carattere commerciale o industriale, ben potendo perseguire, oltre a tale scopo, anche quello di soddisfare interessi con carattere commerciale o industriale, cosicché “lo status di organismo di diritto pubblico non dipende dall’importanza relativa, nell’attività dell’organismo medesimo, del soddisfacimento di bisogni di interesse generale aventi carattere non indu-

striale o commerciale”³⁵, essendo il medesimo configurabile anche là dove “la soddisfazione dei bisogni di interesse generale costituisce solo una parte relativamente poco rilevante delle attività effettivamente svolte” dall’ente³⁶.

Occorre peraltro considerare che le società c.d. strumentali possono essere non soltanto società a partecipazione totalitaria pubblica ma anche miste, le quali, laddove siano affidatarie di appalti pubblici, sono qualificabili come partenariati pubblico-privati istituzionalizzati³⁷, che certamente sono costituiti per lo svolgimento di attività aventi rilevanza economica. Peraltro, come hanno chiarito i giudici dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato dette società strumentali possono persino detenere partecipazioni in altre società purché queste ultime rispettino gli stessi limiti che valgono per le società controllanti³⁸.

Nella seconda pronunzia, riguardante una società legale (i.e. la Srl Istituto Luce Cinecittà, istituita ai sensi dell’art. 14, 6° comma, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con mod. dalla L. 15 luglio 2011, n. 111), i giudici del Consiglio di Stato hanno rilevato come sia essenziale all’attività di impresa “quand’anche pubblica, che lo svolgimento della stessa comporti, almeno tendenzialmente, che i costi di produzione siano compensati dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti, il che rappresenta il contenuto minimo della economicità”³⁹.

Anche sulla base dei rilievi indicati emerge come la produzione di beni e servizi a favore di una amministrazione pubblica, di regola, consista nell’esercizio di un’attività economica⁴⁰ in forma di impresa, di tal che sembra priva di fondamento la presupposta distinzione tra attività di impresa e attività amministrativa di diritto privato, non soltanto perché non trova alcun riscontro nella disciplina positiva, ma anche perché la natura dell’attività esercitata dalle società strumentali non è sostanzialmente diversa da quella di altre imprese.

Gli organismi di diritto pubblico alla luce delle nuove direttive

Barbara Mameli

La creazione da parte del legislatore europeo dell’organismo di diritto pubblico ha inteso evitare che gli Stati membri eludano l’obbligo di espletare procedure ad evidenza pubblica per l’acquisto sul mercato di beni, servizi e forniture utilizzando moduli organizzativi di diritto privato. La nozione è stata al centro di numerose controversie alimentate dall’incertezza dei confini della definizione, incertezze che le nuove direttive appalti, alla luce dell’ormai consolidato orientamento della Corte di giustizia, hanno tentato di superare.

La nuova definizione dell’organismo di diritto pubblico

La giurisprudenza della Corte di giustizia ha chiarito che la

disciplina delle direttive europee sugli appalti pubblici n. 17 e

18/2004, s’impone nei confronti di tutti quei soggetti che,

Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁴ Si v. Cons. di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, cit.

³⁵ Si v. *ex multis*: Corte giust., 15 gennaio 1998, in causa C-44/96; Corte giust., 27 febbraio 2003, in causa C-373/00; Corte giust., V, 22 maggio 2003, C-18/01; Corte giust., 18 novembre 2004, in causa C-126/03, in <http://curia.europa.eu>.

³⁶ Si v. Corte giust., 15 gennaio 1998, in causa C-44/96; Corte giust., 10 aprile 2008, in causa C-393/06, in <http://curia.europa.eu>.

³⁷ Si v. Comunicazione interpretativa della Commissione delle Comunità europee sull’applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI), 5 febbraio 2008, C(2007) 6661, nonché Corte giust., Sez. III, 15 ottobre 2009, in causa C-196/08, in <http://www.curia.eu.it>.

³⁸ Si v. Cons. di Stato, Ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

³⁹ Si v. Cons. di Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2013, n. 122.

⁴⁰ Osserva al riguardo Cintioli, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in <http://www.giustamm.it>, 2014, che anche le società strumentali sono imprese come lo erano gli enti pubblici economici, l’azienda-organo, posto che, avendo questi ultimi un bilancio e un patrimonio autonomo, erano “in grado di rispettare quantomeno il principio di copertura dei costi mediante gli attivi patrimoniali”. Inoltre, l’A. sottolinea come sia dubbio che “il metodo economico possa essere mai estraneo ad una società di capitali, considerata nella sua autonomia patrimoniale e statutaria”.

indipendentemente dal *nomen juris* rivestito nei singoli ordinamenti, si trovano in una situazione di rapporto con i soggetti pubblici tale per cui, nell'acquistare sul mercato lavori, servizi o forniture, potrebbero non seguire le logiche proprie dell'impresa privata e, di conseguenza, necessitano di regole particolari per assicurare il rispetto delle norme e dei principi del Trattato, garantendo l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza ed un efficiente utilizzo delle risorse pubbliche.

L'organismo di diritto pubblico costituisce l'esempio emblematico di come, a livello europeo, s'imponga un'interpretazione funzionale delle singole definizioni che prescindano da mere qualificazioni astratte. Nella sua attività ermeneutica, il Giudice europeo impone subito l'abbandono del formalismo degli ordinamenti nazionali per elaborare un'interpretazione volta a soddisfare la *ratio* della disciplina sul diritto della concorrenza e salvaguardare il principio della parità di trattamento degli interessati, affinché nessuna impresa privata venga posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti, anche a scapito del principio della certezza del diritto¹.

La revisione delle direttive sugli appalti pubblici nn. 17 e 18/2004, ad opera delle direttive nn. 23, 24 e 25/2014, finalizzata, tra l'altro, ad accrescere l'efficienza della spesa pubblica, ha costituito un'importante occasione per chiarire tale nozione, garantendo maggiore certezza del diritto mediante il recepimento di importanti affermazioni della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Come affermato nel 10° *considerando* della direttiva sugli appalti pubblici n. 2014/24/UE del 26 febbraio 2014, il legislatore europeo non intende modificarne l'ambito soggettivo di applicazione, ma si limita a precisarlo, recependo: "precisazioni fornite da detta giurisprudenza quale chiave di lettura delle definizioni stesse, senza l'intenzione di alterare la comprensione di tale concetto quale elaborato dalla giurisprudenza".

Le modifiche introdotte nella nozione di organismo devono quindi essere interpretate tenendo in considerazione, come precisato nell'ultima parte del citato *considerando* che "un organismo che opera in condizioni normali di mercato, mira a realizzare un profitto e sostiene perdite che risultano dall'esercizio delle sue attività non dovrebbe essere considerato un organismo di diritto pubblico, in quanto è lecito supporre che sia stato istituito allo scopo o con l'incarico di soddisfare esigenze di interesse generale che sono di natura industriale o commerciale".

Nelle nuove direttive, per organismo di diritto pubblico

s'intendono quegli "organismi che hanno tutte le seguenti caratteristiche:

a) sono istituiti per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;

b) sono dotati di personalità giuridica; e

c) sono finanziati per la maggior parte dallo Stato, dalle autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico; o la loro gestione è posta sotto la vigilanza di tali autorità o organismi; o il loro organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza è costituito da membri più della metà dei quali è designata dallo Stato, da autorità regionali o locali o da altri organismi di diritto pubblico".

Rispetto alla definizione contenuta nelle direttive appalti del 2004², si pone l'accento sul carattere cumulativo delle tre condizioni descritte alle lett. a), b) e c), mediante la locuzione "hanno tutte le seguenti caratteristiche".

La precisazione recepisce l'orientamento della Corte europea che ha sempre imposto siano cumulativamente integrati tutti i requisiti che designano la figura dell'organismo di diritto pubblico, ossia la personalità giuridica, il controllo pubblico e la specifica istituzione per il soddisfacimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale³.

Si tratta di tre criteri che denotano una stretta dipendenza dall'autorità pubblica, che indipendentemente dalle modalità formali della sua attuazione⁴, è tale da influenzare le decisioni dell'organismo in materia di appalti pubblici, determinando la possibilità che considerazioni diverse da quelle economiche guidino le decisioni, e, in particolare, il rischio che gli offerenti o i candidati nazionali siano preferiti, creando quegli ostacoli alla libera circolazione dei servizi e delle merci, che l'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici intende evitare⁵.

Le nuove direttive eliminano poi qualsiasi riferimento agli elenchi di organismi di diritto pubblico, per sottolineare il carattere meramente descrittivo di tali elencazioni.

Anche tale scelta recepisce l'orientamento della Corte europea che, nell'escludere un ordine professionale di diritto pubblico dalla categoria dell'organismo di diritto pubblico, ha recentemente ribadito l'irrilevanza del fatto che l'*Ärztammer* sia espressamente menzionato nell'allegato III della Dir. 2004/18, nel quale sono indicati, per ciascuno Stato membro, gli organismi di diritto pubblico⁶. La menzione di un organismo nell'Allegato III della Dir. 2004/18/CE, non comporta, secondo il Giudice europeo, una presunzione assoluta del fatto che detto organismo costituisca un organi-

¹ Corte giust., 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione c. Germania*, punto 47; Corte giust., 12 settembre 2013, causa C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*. In dottrina, R. Caranta, *I contratti pubblici*, II ed., Torino, 2012, 31 e segg.

² Direttiva 31 marzo 2004, n. 2004/18/CE, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, art. 1, 9° comma: "Per organismo di diritto pubblico s'intende qualsiasi organismo: a) istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, b) dotato di personalità giuridica, e c) la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico. Gli elenchi, non limitativi, degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico che soddisfano i criteri di cui al secondo comma,

lettere a), b), e c), figurano nell'allegato III. Gli Stati membri notificano periodicamente alla Commissione le modificazioni intervenute nei loro elenchi".

³ Corte giust., 15 gennaio 1998 (in causa C-44/96), *Mannesmann Anlagenbau e a.*; Corte giust. CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c. BFI Holding BV*.

⁴ Corte giust. CE, 1° febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione c. Francia*, punto 43 e giurisprudenza ivi citata; Id., 13 dicembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e a.*, punto 40; Id., 10 novembre 1998, C-360/96, *BFI Holding*, cit.

⁵ Corte giust. CE, 1° febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione c. Francia*, punti 39, 41, 42, 44 e 48.

⁶ Corte giust., 12 settembre 2013, causa C-526/11, *IVD GmbH & Co. KG c. Ärztekammer Westfalen-Lippe*. Nello stesso senso Corte giust., 13 dicembre 2007, C-337/06, *Bayerischer Rundfunk e a.*; Corte giust., 11 giugno 2009, causa C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns*.

simo di diritto pubblico, rendendosi necessario verificare per ogni singola fattispecie concreta, nel rispetto delle finalità perseguite dalla citata direttiva sugli appalti pubblici, se la menzione di un organismo nel suddetto allegato rappresenti una corretta applicazione della norma sostanziale⁷.

Emblematico è stato l'orientamento giurisprudenziale sugli Enti Fieristici, i quali sono stati ricondotti od esclusi dalla nozione di organismo di diritto pubblico dopo puntuale verifica della sussistenza dei tre requisiti descritti dal legislatore europeo⁸.

Il nuovo *considerando* 29, ribadisce espressamente tale necessità per i partiti politici, i quali, seppur non riconducibili *a priori* nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, possono, tuttavia, per le peculiarità assunte in alcuni Stati membri, rientrare nel concetto di organismo di diritto pubblico.

Le modifiche apportate dal legislatore europeo, pertanto, apparentemente di lieve rilevanza pratica, recependo due importanti affermazioni sancite nella giurisprudenza della Corte di giustizia, costituiscono un valido supporto per l'interprete.

Per quanto attiene alla necessaria sussistenza di tutti i requisiti enunciati nella definizione di organismo, la casistica ha spesso dimostrato difficoltà interpretative del requisito della partecipazione pubblica e, in particolare, la sovrapposizione che implicitamente si attua tra tale requisito e il requisito cd. funzionale del perseguimento di esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale.

La partecipazione pubblica di una Spa non comporta di per sé l'attrazione nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, ma può assumere rilevanza ai fini della salvaguardia delle dinamiche di concorrenza e libero mercato, tutelate sia dal legislatore comunitario che nazionale⁹.

Ciò accade quanto entrambi i requisiti della partecipazione pubblica al capitale e quello teleologico sono soddisfatti.

Il giudice europeo ha imposto la sussistenza del finanziamento maggioritario da parte dell'autorità pubblica o del controllo della gestione da parte dell'autorità pubblica come requisito autonomo che deve cumularsi a quello teleologico¹⁰: la realizzazione di fini pubblicistici non aventi carattere industriale o commerciale deve avvenire sotto l'influenza dominante dell'autorità amministrativa e, quindi, mediante scelte che potrebbero rispondere a finalità differenti da quella economica¹¹.

Come più volte ribadito dalla Corte europea, per verificare la sussistenza del controllo pubblico occorre tenere conto di tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti¹².

La partecipazione pubblica al capitale sociale deve rispondere all'esigenza di garantire il perseguimento di interessi pubblici secondo logiche diverse da quelle di mercato, poiché eventuali perdite della società sono ripianate con l'intervento finanziario pubblico, e non attraverso i normali

strumenti previsti dal diritto societario, con l'intervento determinante dei soci privati¹³.

Il 10° *considerando*, specifica altresì che: "la giurisprudenza ha anche esaminato la condizione relativa all'origine del finanziamento dell'organismo in questione, precisando, tra l'altro, che per finanziati in modo maggioritario si intende per più della metà e che tale finanziamento può includere pagamenti da parte di utenti che sono imposti, calcolati e riscossi conformemente a norme di diritto pubblico".

L'introduzione, ad opera delle nuove direttive di una puntuale disciplina dell'*in house providing* potrebbe aiutare a chiarire la distinzione tra il requisito del controllo analogo (richiesto per l'*in house providing*) da quello dell'influenza dominante che invece caratterizza l'organismo di diritto pubblico. Il controllo analogo consiste in un controllo molto più penetrante rispetto a quello che caratterizza l'organismo, richiede che al soggetto pubblico sia garantita la possibilità di decidere in modo determinante gli indirizzi strategici e le decisioni più importanti dell'ente *in house*.

La società *in house* è un vero organo della p.a. non contaminato da alcun interesse privato. La presenza di un socio privato che impedisce la realizzazione di un controllo analogo a quello che l'amministrazione esercita sui propri servizi esclude l'*in house providing* ed assumono rilievo le diverse nozioni di organismo ed impresa pubblica.

Come precisato dal giudice europeo, l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista senza attivare procedimenti selettivi concorsuali violerebbe il diritto della concorrenza, offrendo ai soci privati dei vantaggi indebiti rispetto ai concorrenti¹⁴.

Il differente requisito teleologico richiede anzitutto che l'organismo sia istituito per "soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale".

Si tratta di un requisito positivo la cui sussistenza non esclude che si debba altresì verificare il requisito negativo cioè il "carattere non industriale o commerciale" dell'interesse perseguito.

In altri termini, la circostanza che l'attività di un soggetto risponda più o meno direttamente ad un interesse generale non comporta automaticamente l'inquadramento del soggetto nell'ambito degli organismi di diritto pubblico, poiché anche un interesse generale può essere perseguito con una logica commerciale ossia imprenditoriale.

Sono numerose le pronunce della Corte di giustizia che escludono l'ascrivibilità al novero degli organismi di diritto pubblico di soggetti che, pur partecipati in misura maggioritaria dal soggetto pubblico ed aventi ad oggetto attività di interesse generale, operano sul mercato secondo una logica imprenditoriale¹⁵.

È noto come la giurisprudenza, sia nazionale che europea, sia stata quasi sempre chiamata a chiarire la portata della seconda parte del primo requisito e, in particolare,

⁷ In tal senso, sentenza *Hans & Christophorus Oymanns*, cit., punti 42, 43 e 45.

⁸ Corte giust., 10 maggio 2001, cause C-223/99 e C-260/99, *Agorà S.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C.*, cit.; TAR Puglia, 11 novembre 2008, n. 2558; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, Sez. I, 16 novembre 2009, n. 732.

⁹ Cass., Sez. un., n. 26806/2009; Corte cost., 28 marzo 2013, n. 50.

¹⁰ Cons. di Stato, Sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7393.

¹¹ Cons. di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

¹² Corte giust., 22 maggio 2003, causa C-18/01, *Korhonen*, punti 48 e 49.

¹³ Corte giust. CE, 10 maggio 2001, causa C-223/99 e C-260/99, *Agorà S.r.l. c. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C.*

¹⁴ Corte giust., 11 gennaio 2005, in causa C-26/03, *Stadt Halle*.

¹⁵ Corte giust., 10 maggio 2001, cause riunite C-233/99 e C-260/99, *Agorà Srl e Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contro Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, dove si precisa che: "la nozione di bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale non esclude bisogni che siano parimenti soddisfatti o possano esserlo da imprese private".

della necessità che l'attività rivesta "carattere non industriale o commerciale"¹⁶.

Con riferimento a tale requisito, secondo l'ormai pacifica giurisprudenza del Giudice europeo, ciò che costituisce l'elemento dirimente ai fini della qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico è la verifica concreta in capo al soggetto del c.d. "rischio di impresa".

La sussistenza di tale requisito negativo è da escludere quando la partecipazione azionaria pubblica non è prevista al fine di ripianare eventuali perdite, escludendo così il rischio di impresa, e la società deve far fronte alle situazioni di dissesto finanziario con ricorso agli ordinari strumenti di finanziamento mediante il concorso determinante dei soci privati.

L'assenza dell'intervento pubblico nel ripianamento delle perdite e, quindi, il fatto di subire il rischio di impresa esclude che un soggetto (che può anche perseguire finalità di interesse generale) compia scelte in base a valutazioni di carattere non imprenditoriale ed assicura che la società persegua il proprio oggetto sociale con criteri di rendimento, efficacia e di redditività e, di conseguenza, il rispetto delle norme e dei principi del trattato europeo, venendo così meno la necessità, che costituisce la *ratio* della figura comunitaria dell'organismo di diritto pubblico, di seguire una gara pubblica nell'affidamento di un appalto.

Gli aspetti problematici della nozione di organismo (organismo-in house e impresa pubblica).

Le sentenze *BFI Holding* e *Mannesmann* avevano originariamente svuotato di significato il requisito negativo "istituito per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale", rivolgendo l'attenzione unicamente alla sussistenza del fine della soddisfazione di bisogni di interesse generale.

Tale *modus operandi* aveva consentito un ampliamento della nozione di organismo di diritto pubblico apparentemente necessario per evitare facili elusioni da parte degli Stati membri nell'applicazione delle direttive sugli appalti pubblici mediante l'introduzione di sempre nuove categorie giuridiche astratte, quali le s.p.a., frutto di privatizzazioni soltanto formali o la creazione delle c.d. società *in house*, capaci di differenziarsi da quella di pubblica amministrazione soltanto per il diverso *nomen juris*¹⁷.

Presto però il Giudice europeo si rende conto di come l'estensione dell'applicazione soggettiva della normativa europea, quale conseguenza diretta e imprescindibile dell'ampliamento dei soggetti riconducibili tra le amministrazioni

aggiudicatrici, producesse negli ordinamenti nazionali risultati contrastanti: l'aumento, ma anche contemporaneamente, la diminuzione delle ipotesi di ricorso alla gara pubblica¹⁸.

Infatti, ampliato il numero dei soggetti ricompresi nell'ambito soggettivo di applicazione della normativa europea, nello stesso tempo si dilata l'ambito di applicazione della deroga prevista per le ipotesi di affidamenti tra amministrazioni aggiudicatrici, finendo con il consentire affidamenti diretti tra imprese pubbliche.

Di conseguenza, a partire dalla sentenza "*Ente Fiera*", la Corte di giustizia ridimensiona la categoria dell'organismo di diritto pubblico e attribuisce carattere dirimente all'assenza del rischio d'impresa nella gestione dell'attività.

L'attuale contesto normativo trasforma la deroga degli affidamenti diretti tra enti del settore pubblico da affermazione di origine giurisprudenziale a vera e propria modalità alternativa all'appalto pubblico nell'attuazione del Mercato Unico. Il quinto *considerando* specifica, infatti che "nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva".

Si delinea un nuovo ruolo pubblico nell'attuazione del Mercato unico che da derogatorio acquista un carattere di centralità. I soggetti pubblici godono della più ampia discrezionalità, sottratta a qualsiasi controllo di congruità e quindi ad obbligo di trasparente motivazione, nel valutare se operare mediante ricorso al mercato e applicare le direttive sugli appalti pubblici o servirsi di mezzi propri e prescindere dall'applicazione delle direttive.

Tale deroga subisce poi un decisivo ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione poiché viene espressamente estesa a tutti i settori degli appalti pubblici ed alle concessioni¹⁹.

Nello stesso tempo, però, le nuove direttive introducono una dettagliata disciplina delle relazioni tra enti del settore pubblico e forniscono precise indicazioni sui confini delle figure di organismo di diritto pubblico, impresa pubblica ed *in house providing*²⁰.

L'organismo, indipendentemente dal novero dei soggetti giuridici ricompresi nella categoria, non è più causa di distorsioni al libero gioco di mercato per quanto attiene alla possibilità di effettuare affidamenti diretti tra amministrazioni aggiudicatrici. Da un lato, l'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a

¹⁶ Cfr., da ultimo, Cons. di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2013, n. 570, dove si precisa che: "In definitiva, solo la dimostrazione che l'attività della società venga svolta con metodo non economico, senza rischio di impresa, e che la stessa opera in un mercato non concorrenziale è utile al fine della qualificazione quale organismo di diritto pubblico: la circostanza che in concreto i compiti siano svolti non con metodo economico, ma mediante l'esercizio di una attività che non implichi assunzione del rischio di impresa può desumersi innanzitutto da una connotazione interna dell'assetto societario". Si ribadisce altresì che: "la mancanza di un mercato non può ovviamente derivare dal fatto che in esso operi la sola società pubblica ma occorre stabilire se un mercato abbia la possibilità di esistere valutando le caratteristiche dei beni e dei servizi offerti, i loro prezzi, nonché la presenza anche solo potenziale di più fornitori". Cfr. anche Cons. di Stato, Sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574.

¹⁷ La giurisprudenza comunitaria ha chiarito che non è necessario che l'organismo sia destinato a soddisfare in via esclusiva bisogni generali privi carattere commerciale o industriale, ma al contrario è sufficiente che una parte anche minima dell'attività presenti tale qua-

lità, anche se quella residua riveste carattere commerciale o industriale, perché l'ente debba catalogarsi come organismo di diritto pubblico, in ossequio ad esigenze di certezza del diritto ed alla *ratio* di estendere, nei casi dubbi, le ipotesi di assoggettabilità alle regole dell'evidenza pubblica, a fronte di figure organizzative comunque riconducibili all'ambito pubblicistico. Cfr. Corte giust. CE, 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann*, cit.

¹⁸ B. Mameli, *L'organismo di diritto pubblico*, Milano, 2003, 45 e segg.

¹⁹ Nello stesso senso cfr. art. 28 della Dir. 2014/25/CE per gli appalti aggiudicati nei settori speciali e art. 17 della Dir. 2014/23/CE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

²⁰ L'impresa pubblica e l'organismo di diritto pubblico perseguono entrambi finalità di interesse pubblico. Le differenze riguardano, invece, le modalità di svolgimento dell'attività, l'impresa pubblica persegue, infatti, finalità di interesse pubblico in campo industriale e commerciale, secondo canoni tipici delle imprese commerciali, prefiggendosi il fine lucrativo anche laddove il rilievo pubblicistico delle attività potrebbe prescindere dal conseguimento di un profitto.

far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, ma anche in collaborazione con altre autorità pubbliche²¹. D'altro lato, il limite alla collaborazione tra enti pubblici è costituito dal necessario rispetto delle finalità insite nella disciplina sugli appalti pubblici, ovvero il rispetto dei principi di libera circolazione e libera concorrenza.

Più in particolare, come precisato all'art. 12 della Dir. 2014/24/CE²²: “un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte” tutte le condizioni per l'*in house providing*.

Chiarisce il *considerando* 31 che la precisazione normativa si è resa necessaria al fine di eliminare la “notevole incertezza giuridica circa la misura in cui i contratti tra enti nel settore pubblico debbano essere disciplinati dalle norme relative agli appalti”.

Per quanto riguarda, invece, il limite alla collaborazione tra soggetti pubblici imposto dal necessario rispetto della disciplina sugli appalti pubblici, il nuovo *considerando* 32, specifica che “l'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata poiché, in tali circostanze, l'aggiudicazione di un appalto pubblico senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato che detiene una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti”.

Le nuove difficoltà che possono emergere sono pertanto riconducibili alla delimitazione della figura dell'*in house providing*.

Mentre la previgente normativa, come interpretata dalla Corte di giustizia, escludeva il controllo analogo in presenza di partecipazione anche minoritaria di capitale privato e/o della previsione concreta di apertura a privati del capitale sociale²³, nella nuova disciplina contenuta nel citato art. 12, tale elemento non è più dirimente poiché si ammette la

partecipazione privata al capitale sociale, purché non comporti “controllo o potere di veto” e che non eserciti un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata²⁴.

Inoltre, se al fine di individuare la categoria dell'*in house providing* resta determinante la partecipazione privata diretta al capitale della persona giuridica controllata (seppure alle condizioni sopra descritte), in caso di partecipazione di capitali privati nell'amministrazione aggiudicatrice controllante o nelle amministrazioni aggiudicatrici controllanti si ammette l'aggiudicazione di appalti pubblici alla persona giuridica controllata, senza applicare le procedure d'appalto, poiché tali partecipazioni non incidono negativamente sulla concorrenza tra operatori economici privati.

Il legislatore disciplina poi l'affidamento tra amministrazioni aggiudicatrici/organismi di diritto pubblico, richiedendo specifiche condizioni al fine di derogare alla disciplina sugli appalti pubblici.

Come evidenziato al *considerando* 32, “le amministrazioni aggiudicatrici quali gli organismi di diritto pubblico, per i quali è possibile la partecipazione di capitali privati, dovrebbero essere in condizione di avvalersi dell'esenzione per la cooperazione orizzontale. Pertanto, se tutte le altre condizioni per la cooperazione orizzontale sono soddisfatte, l'esenzione ad essa relativa dovrebbe estendersi a tali amministrazioni aggiudicatrici qualora il contratto sia concluso esclusivamente tra amministrazioni aggiudicatrici”.

Le condizioni sono indicate all'art. 12, punto 4, della Dir. 2014/24/CE, ed impongono:

- che il contratto di servizi pubblici sia prestato nell'ottica di conseguire gli obiettivi che le amministrazioni aggiudicatrici hanno in comune;
- che l'attuazione di tale cooperazione sia retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico;
- e che le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

Il sindacato giurisdizionale sugli atti soggettivamente privati e oggettivamente amministrativi

Enrico Follieri

Dopo aver evidenziato che può ormai parlarsi di un'attività oggettivamente amministrativa svolta da soggetti privati, si rileva che la giurisdizione su tale attività è del giudice amministrativo e che il sindacato si svolge seguendo le medesime regole stabilite per l'azione amministrativa della pubblica amministrazione, prendendo in esame criticamente le tesi che limitano la cognizione dei vizi di legittimità alla violazione di legge, escludendo l'incompetenza e, in parte, l'eccesso di potere.

Premessa

Può dirsi ormai tramontata la convinzione che l'atto am-

ministrativo possa essere adottato esclusivamente da un soggetto pubblico¹ perché il diritto positivo, alla ricerca di una soluzione che possa coniugare l'elasticità e la libertà

²¹ Corte giust. CE, 9 giugno 2009, causa C-480/06, *Commissione c. Germania*, punto 45.

²² Nello stesso senso cfr. art. 28, Dir. 2014/25/CE e art. 17, Dir. 2014/23/CE.

²³ Corte giust., sentenza *Stadt Halle*, cit.

²⁴ Nello stesso senso si veda anche il nuovo *considerando* 32.

¹ D'Alessio, *Diritto amministrativo*, Torino, 1939, 178; Ranalletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milano, 1945, 57; A.M. Sandulli, *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, in *Rass. Dir. Pubbl.*, 1949, I, 139; Zanobini, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di

V.M. Orlando, vol. II, parte III, Milano, 1935, 235; Garcia de Entera, *Verso un concetto di diritto amministrativo con il diritto statutario*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1960, 317; Ranalletti, Amorth, voce “*Atti amministrativi*”, in *Nuovo Dig. It.*, 1937; Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1970, 255; Virga, *Diritto amministrativo 2, Atti e ricorsi*, Milano, 1992, 42; Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 144 e segg.; Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, parte generale, vol. II, a cura di Cassese, Milano, 2003, 858 il quale rileva che l'impossibilità di configurare atti amministrativi emanati da soggetti privati sia stato “uno dei pochi tradizionali punti fermi della teoria del

propria del soggetto privato con le esigenze della cura efficace dell'interesse pubblico, ha finito per privatizzare il pubblico, mantenendo fermo il perseguimento funzionale dell'interesse pubblico², e per pubblicizzare il privato, attribuendogli il potere di realizzare il fine pubblico³.

Il modello che si è andato e si va formando si alimenta con interventi sul pubblico e sul privato, rendendo "privato" il soggetto pubblico e "pubblico" l'atto del soggetto privato. Ma il risultato, quanto agli atti, è che essi sono, in tutte e due le direzioni, considerati e disciplinati come amministrativi e, quanto ai soggetti, privati o comunque disciplinati dalla normativa privatistica.

Si può convenire di definire questa attività come oggettivamente amministrativa, con riferimento agli atti adottati, perché connotata dal perseguimento dell'interesse (qualifi-

cato) pubblico da parte di un soggetto privato in forza di un titolo giuridico, legge o atto amministrativo⁴.

Il fenomeno, pur avendo raggiunto ampie dimensioni⁵, non sostituisce né l'attività amministrativa di diritto pubblico, né quella di diritto privato, ma si pone accanto ad esse, rendendo più articolato il quadro delle attività ascrivibili, in via di imputazione funzionale, ancorché non formale, alle pubbliche amministrazioni.

La disciplina giuridica dell'attività oggettivamente amministrativa ha, ormai, un parametro di riferimento sostanziale e generale, il comma 1 *ter* dell'art. 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, integrato dalla L. 18 giugno 2009, n. 69 e dalla L. 6 novembre 2012, n. 190⁶, e, un parametro giurisdizionale, l'art. 7, 2° comma, del codice del processo amministrati-

provvedimento"; Id., *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 94.

² Si tratta di soggetti che, pur formalmente privati, vengono dalla legge che li istituisce investiti del raggiungimento di scopi pubblici, attribuendo ad un soggetto pubblico una quota almeno maggioritaria del capitale sociale ovvero quando vi siano rilevanti deviazioni sotto il profilo organizzativo rispetto alla disciplina codicistica propria delle società, ciò evidenziando l'esistenza di un particolare rapporto tra l'ente e i pubblici poteri. La giurisprudenza ha così individuato un caso di questi tipi in: Poste Italiane s.p.a. (Cons. di Stato, Sez. IV, 5 marzo 2002, n. 1303, in *Giust. Civ.*, 2002, 2309, con nota di Gigante, *Verso la ripubblicizzazione di Poste Italiane s.p.a.*); Enel s.p.a. (Cons. di Stato, Sez. VI, 17 settembre 2002, n. 4711, con commento di Pizzi, *Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 486); SCIP s.r.l., società di cartolarizzazione immobili pubblici (Cons. di Stato, Sez. IV, 30 gennaio 2006, n. 308, in *Riv. Corte Conti*, 2006, I, 246). Cfr. Clarich, *Privatizzazioni e trasformazioni in atto nell'amministrazione italiana*, in *Dir. Amm.*, 1995, 519; Marzuoli, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 393.

³ Maltoni, *sub art. 1*, in A. Bartolini-S. Fantini-G. Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 98 individua tre categorie di soggetti privati che adottano atti amministrativi per realizzare un fine di pubblico interesse: a) esercenti potestà amministrative destinate a concludersi con l'adozione di un provvedimento finale (ad esempio: concessionari di opera pubblica, *general contractor*, concessionari/gestori di pubblico servizio quando possano esercitare poteri espropriativi; inoltre, le federazioni sportive, gli enti creditizi o le società da essi controllate svolgenti attività istruttorie nell'ambito dei patti territoriali e contratti d'area ovvero preordinate all'erogazione di ausili finanziari pubblici; le SOA-Società Organismi di Attestazione); b) soggetti privati tenuti al rispetto di regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente (così: gli organismi di diritto pubblico; i soggetti aggiudicatori di appalti di lavori per cui sia previsto in via prevalente il finanziamento pubblico; i soggetti aggiudicatori titolari di permesso di costruire che eseguano direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo); c) soggetti privati che esercitano potestà pubbliche di certazione (notaio, curatore fallimentare, ausiliari del traffico). Secondo Pecchioli, *Soggetti privati ed esercizio di funzioni amministrative*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, 2011, vol. I, 621, nota 13, la terza categoria (notai etc.) non andrebbe considerata nell'ipotesi descritta dal comma 1 *ter* dell'art. 1 della L. n. 241/1990 perché "pare difficile ipotizzare che tutti questi soggetti svolgano attività amministrativa procedimentalizzata, come è oggi certamente richiesto dalla norma". Contra: Vinti, *La circolarità logica del diritto amministrativo. Decostruire concetti per ordinare frammenti*, Torino, 2014, 119, il quale ritiene che l'argomentazione non sia persuasiva poiché "la procedimentalizzazione è la conseguenza (forse la principale) e non già la causa dell'applicazione del regime pubblicistico applicabile ai privati che svolgono funzioni amministrative". Vinti, nel tracciare i precari confini tra diritto pubblico e privato, esamina le forme di ibridazione soggettiva delle società pubbliche, sottolineandone i paradossi, nonché i privati esercenti funzioni amministrative, assumendo il superamento della c.d. concezione statutaria

del diritto amministrativo dovuta a Garcia de Enterría e cioè finalizzato alla disciplina di una specifica cerchia di soggetti (le amministrazioni pubbliche), per, poi "azzerare" i concetti distintivi del diritto amministrativo (i soggetti pubblici, la funzione amministrativa, l'autoritatività, la discrezionalità, la qualificazione normativa degli interessi pubblici) e indicare nuovi confini al diritto amministrativo i cui strumenti andrebbero utilizzati nei confronti dei rapporti societari ed economici, a tutela degli interessi deboli, assegnando così una funzione espansiva alla disciplina che dovrebbe affermarsi come diritto comune di tutti i rapporti complessivi. È da chiedersi, dopo lo svuotamento dei caratteri precipi del diritto amministrativo, quali siano gli strumenti "esportabili" nelle altre discipline e, segnatamente, nel diritto civile e nel diritto commerciale.

⁴ F.G. Scoca, *Attività amministrativa*, in *Enc. Dir.*, aggiornamento, vol. VI, Milano, 2002, 108. Osserva De Leonardis, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. Amm.*, 2008, 564 che i privati non possono autolegittimarsi, devono essere preposti.

Berti, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968 e Id., *Il "rapporto amministrativo" nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, vol. II, Milano, 1977, 71, rileva che: "il potere non è del soggetto ma dell'ordinamento, e chi manifesta o esegue questo potere non è la bocca o il braccio della persona giuridica. Consegue a ciò una tendenziale uguaglianza di tutti i soggetti giuridici, come eguaglianza qualitativa delle rispettive capacità"; F. Benvenuti, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. Scienze amministrative*, 1988, 12, sottolinea la perdita del carattere soggettivistico dell'amministrazione, per cui può dirsi che questi Autori hanno svalutato la necessaria qualità pubblica di chi adotti gli atti amministrativi. Cfr. pure Pastori, *Interesse pubblico e interessi privati fra procedimento, accordo e autoamministrazione*, in *Studi in onore di Pietro Virga*, II, Milano, 1994, 1306.

È da evidenziare che, pur rappresentando un'eccezione nel panorama della dottrina specie quella più recente, non sono mancati autori che ritenevano possibile che atti amministrativi potessero essere adottati da soggetti privati, quando fossero legati da un rapporto concessorio con una pubblica amministrazione: S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1930, 174 e segg.; Vitta, *Diritto amministrativo*, I, 1937, 271; Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Rist. Padova, 1960, 550.

⁵ Franchini, *L'organizzazione*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, Milano, 2003, I, 251; De Leonardis, *Esercizio di pubbliche funzioni e pubblici servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. III, Milano, 2006, 2296.

⁶ Così recita ora il comma 1 *ter* dell'art. 1, L. 7 agosto 1990, n. 241: "i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quelle cui sono tenuti le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge". Vinti, *op. cit.*, 116, sottolinea che il legislatore "ha azzerato circa un secolo di dibattito dottrinale stabilendo due punti fermi, divenuti ora incontestabili"; infatti, non può disconoscersi che l'esercizio da parte di privati di funzioni amministrative sia divenuta una categoria generale e che sia stata "riconosciuta l'esistenza dell'istituto, ammantandolo di giuridicità" (117). Pecchioli, *op. cit.*, evidenzia che l'inserimento del sintagma "dei criteri e" stabilisce il rispetto da parte dei soggetti

vo⁷, consentendo di affermare che tali attività sono regolamentate in via unitaria, pur nella diversità delle specifiche ipotesi oggetto delle varie normative di settore⁸.

I punti unificanti sono rappresentati dalla necessità che gli atti adottati rispettino i criteri ed i principi dettati per l'azione amministrativa dei soggetti pubblici e dalla tutela giurisdizionale attribuita al giudice amministrativo⁹.

Il sindacato giurisdizionale sull'attività oggettivamente amministrativa va verificato in relazione alla giurisdizione ed alle norme del processo amministrativo applicabili.

La giurisdizione

Il codice del processo amministrativo ha superato il blocco normativo che considerava essenziale che la pubblica amministrazione fosse parte resistente. Prevede, infatti e in via generale, che i soggetti equiparati alla pubblica amministrazione o tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo siano da intendersi come pubbliche amministrazioni.

Il "pacchetto" normativo¹⁰ parte dalle radici: l'art. 2 dell'allegato E, sull'abolizione del contenzioso amministrativo, L. 20 marzo 1865, n. 2448¹¹; gli artt. 103¹² e 113¹³ Cost.; l'art. 26, T.U. 26 giugno 1924 n. 1054¹⁴ e gli artt. 2¹⁵ e 3¹⁶ della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali.

Nel tempo si sono succedute normative che hanno stabilito, in ambiti settoriali, seppur rilevanti, che anche atti dei soggetti equiparati alle pubbliche amministrazioni sono devoluti alla giurisdizione del giudice amministrativo; così: l'art. 34, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, nel prevedere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie relative all'urbanistica ed edilizia; l'art. 33 dello stesso decreto legislativo che, per i servizi pubblici, attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrati-

vo, le controversie per le procedure di appalto pubblico in materia di lavori, servizi e forniture, considera non decisivo che l'appalto sia stato indetto da soggetto pubblico, riferendosi alle procedure di affidamento di appalti pubblici "svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale". Ma si è trattato di normativa derogatoria, tanto che il Consiglio di Stato ha dovuto motivare, ampiamente e in via articolata, per affermare la propria giurisdizione in una controversia relativa ad una gara indetta da un ente ecclesiastico, riconosciuto come persona giuridica privata, per l'aggiudicazione di un appalto di lavori rientrante negli interventi previsti per il grande Giubileo dell'anno 2000, finanziati dallo Stato nella misura del 90 per cento¹⁷. Il giudice amministrativo ha fatto leva sulla profonda evoluzione subita dall'apparato amministrativo che va identificato nelle figure soggettive comunque tenute all'osservanza di regole di derivazione pubblicistica, per la realizzazione di interessi pubblici; ciò soprattutto in tema di appalti, quando anche i soggetti privati operino come amministrazioni aggiudicatrici nel rispetto delle regole proprie dell'evidenza pubblica. Questa giurisprudenza è intervenuta quando il giudice della giurisdizione, almeno sino agli inizi degli anni '90 del secolo scorso, era fermo nel ritenere che la giurisdizione amministrativa potesse esercitarsi solo nei confronti degli atti amministrativi imputabili formalmente alle pubbliche amministrazioni, ad eccezione dei casi in cui fosse intervenuto un provvedimento concessorio traslativo ai privati dell'esercizio del potere amministrativo (il c.d. organo indiretto della pubblica amministrazione)¹⁸.

Del resto, va tenuto presente che la dottrina sosteneva l'essenzialità della pubblica amministrazione come parte resistente perché la controversia potesse essere conosciuta dal giudice amministrativo¹⁹.

privati preposti all'esercizio di attività amministrative, non solo dei principi, ma anche dei criteri stabiliti nell'art. 1, L. n. 241/1990 e, quindi, della economicità, dell'efficacia, dell'imparzialità, della pubblicità e della trasparenza secondo le modalità previste dalla L. n. 241/1990 e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti. Prima di tale disposizione, Satta, *Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici*, in *Enc. Giur. Treccani*, pur sottolineando l'origine culta della figura, ha ritenuto che non fosse possibile parlare di un istituto giuridico poiché riguarda "la descrizione di una serie vastissima di fenomeni, privi di qualunque rapporto tra loro, all'infuori del fatto che funzioni o servizi, definiti di volta in volta pubblici dalle leggi, sono svolti da privati" (2) e che una simile pluralità ed eterogeneità di ipotesi impone di respingere una fittizia unitarietà in quanto "ogni caso ha la propria disciplina, insuscettibile di qualsiasi estensione ad altri" (2).

⁷ L'art. 7 c.p.a., al 1° comma, stabilisce che "sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie, nelle quali si faccia questione di interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di diritti soggettivi, concernenti l'esercizio o il mancato esercizio del potere amministrativo, riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti riconducibili anche mediatamente all'esercizio di tale potere, posto in essere da pubbliche amministrazioni..." e, al 2° comma, che "per pubbliche amministrazioni, ai fini del presente codice, si intendono anche i soggetti ad essi equiparati o comunque tenuti al rispetto dei principi del procedimento amministrativo".

⁸ Vinti, *op. cit.*, 116 rileva che l'esercizio privato di pubbliche funzioni sia divenuta "una categoria generale".

⁹ L'art. 118, 4° comma, Cost. stabilisce che deve essere favorita "l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà", dando copertura costituzionale all'esercizio del potere amministrativo da parte di soggetti diversi dalla pubblica amministrazione in senso formale, ma non reca una disciplina unitaria del feno-

meno. Sulla rilevanza dell'art. 118 Cost.: Vinti, *op. cit.*, 140 e segg., il quale ritiene che "il dogma della pubblica amministrazione è destinato a crollare, trascinando nella polvere anche il principio di separazione di poteri"; De Leonardis, *op. cit.*, 562.

¹⁰ Così lo definisce De Leonardis, *Atti "e regole" dei soggetti concessionari*, cit., 560.

¹¹ Art. 2 all. E alla L. 20 marzo 1865, n. 2248: "provvedimenti del potere esecutivo o dell'autorità amministrativa".

¹² Art. 103 Cost.: "Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della pubblica amministrazione ...".

¹³ Art. 113 Cost.: "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale ...".

¹⁴ Art. 26 T.U. legge sul Consiglio di Stato: "... contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante...".

¹⁵ Art. 2, L. 6 dicembre 1971, n. 1034: ricorsi contro atti e provvedimenti emessi: "1) dagli organi periferici dello Stato e dagli enti pubblici a carattere ultraregionale ... 2) dagli enti pubblici non territoriali... 3) dagli enti pubblici territoriali...".

¹⁶ Art. 3, L. 6 dicembre 1971, n. 1034: ricorsi "contro atti e provvedimenti emessi dagli organi centrali dello Stato e dagli enti pubblici ...".

¹⁷ Cons. di Stato, Sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, in *Giornale Dir. Amm.*, 1999, 1057, con nota di Cerulli Irelli, "Atti amministrativi" di soggetti privati e tutela giurisdizionale: a proposito della legge Merloni.

¹⁸ Cass., Sez. un., 29 dicembre 1990, n. 12221; 18 marzo 1992, n. 3359; 15 ottobre 1992, n. 11264. Il percorso giurisprudenziale delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è ben sintetizzato da Cons. di Stato, Sez. V, 7 giugno 1999, n. 295, cit.; cfr. pure De Leonardis, *op. ult. cit.*, 566 e segg.

¹⁹ Forti, *Diritto amministrativo, parte generale*, vol. III, Napoli, 1945, 58; nonché la dottrina citata alla nota 1 la quale, assumendo

La dottrina ha evidenziato il disallineamento tra il diritto processuale e il diritto sostanziale sicuramente più avanzato²⁰.

Ora, però, può dirsi che il codice del processo amministrativo ha eliminato il divario con l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa delle controversie sugli atti amministrativi dei soggetti privati²¹.

È appena il caso di rilevare che resta fermo il criterio generale di riparto basato sulle situazioni giuridiche soggettive e quello speciale, ancorato alle materie indicate dalla legge, per la giurisdizione esclusiva.

La giurisprudenza pare orientata in questa direzione, anche se è attenta a distinguere l'attività svolta dal soggetto privato inerente l'interesse pubblico attribuitogli in cura da quella che riguarda l'azione privata su cui la giurisdizione è del giudice ordinario²².

Le norme del processo amministrativo.

L'art. 7, 2° comma, del codice del processo amministrativo stabilisce che la parte resistente non deve essere necessariamente un soggetto pubblico, ma può essere anche un soggetto equiparato o, comunque, tenuto al rispetto dei principi del procedimento amministrativo mettendolo sullo stesso piano e sottoponendolo alla giurisdizione del medesimo giudice.

Questa estensione non prevede eccezioni o limitazioni di sorta²³ all'insieme delle norme che disciplinano il processo amministrativo per cui, in linea di principio, è da ritenere che ad una controversia che sorga tra l'esercizio di un'attività oggettivamente amministrativa ed il soggetto coinvolto da tale azione, come destinatario diretto²⁴ o come terzo che

si ritenga lesa, vanno applicati tutti i principi e le regole del processo amministrativo, nessuno escluso.

Ed infatti la dottrina ha ritenuto che gli atti debbano essere impugnati nel termine di decadenza e ricorra lo stato viziato dell'annullabilità²⁵ e, si può aggiungere, quello della nullità nelle ipotesi previste dall'art. 21 *septies* della L. n. 241/1990 e secondo quanto stabilito dall'art. 31 del codice del processo amministrativo ed i conseguenti risvolti sul riparto di giurisdizione²⁶. Il discorso che è alla base delle affermazioni relative al termine di impugnativa ed agli stati viziati e che si intuisce è il rilievo attribuito all'esercizio del potere che consente di qualificare l'atto come amministrativo, con conseguente acquisizione dell'inoppugnabilità in caso di mancata tempestiva impugnativa.

Va detto, però, che, se l'azione di questi soggetti viene pubblicizzata ed i loro atti trattati alla stregua di un atto amministrativo, si è pur sempre in presenza di un privato che è inquadrato in un modello diverso da quello proprio dell'amministrazione pubblica, per cui la dottrina ha operato dei distinguo per richiedere un più incisivo intervento di cognizione del giudice, sia, all'inverso, per limitare l'area dei vizi predicabili nei confronti di questi atti con riferimento all'eccesso di potere e alla incompetenza, ma non alla violazione di legge che la dottrina ritiene senz'altro riscontrabile e tale da assumere un rilievo determinante nella patologia degli atti oggettivamente amministrativi²⁷.

È necessario esaminare le posizioni della dottrina che esprime perplessità sull'applicazione delle norme processuali relative ai poteri cognitori del giudice ed ai vizi riscontrabili.

Si è contestata la legittimità della traslazione di logiche proprie del giudizio nei confronti del soggetto pubblico a

che l'atto amministrativo potesse essere adottato solo da un soggetto pubblico, conseguenzialmente attribuiva la giurisdizione al giudice amministrativo solo nei confronti della pubblica amministrazione in senso formale. Per una diversa prospettiva originata dalla materia di giurisdizione esclusiva del pubblico impiego e, successivamente, degli artt. 33 e 34, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, cfr.: E. Follieri, *Il privato parte resistente nel processo amministrativo nelle materie di cui agli articoli 33 e 34 del decreto legislativo 31 marzo 1998 n. 80* in *Dir. Proc. Amm.* 1999, 634 e segg.

²⁰ De Leonardis, *op. ult. cit.*, 565.

²¹ De Leonardis, *op. ult. cit.*, 568 afferma che se vi è esercizio di potere pubblico, la giurisdizione non può che essere del giudice amministrativo.

²² Cfr. Cass., Sez. un., ord. 29 maggio 2012, n. 8511, in *Foro It.*, 2013, I, 2608 che ha escluso la giurisdizione amministrativa per un appalto della società Poste Italiane s.p.a. avente ad oggetto la fornitura di distributori automatici di banconote – postamat – perché servizio diverso da quello riconducibile ai servizi postali in senso stretto, settore speciale in cui Poste Italiane è ente aggiudicatore, anche se si sia deciso di seguire il procedimento di evidenza pubblica. La giurisprudenza attribuisce la giurisdizione al giudice ordinario anche quando, pur essendo la stazione appaltante un'impresa pubblica, l'oggetto dell'appalto non sia riconducibile, neppure in via strumentale, alle attività comprese nei settori speciali indicati negli artt. 208-213, D.Lgs. n. 163/2006: Cons. di Stato, Ad. plen., 1° agosto 2011, n. 16; Cons. di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2011, n. 6820. Cfr., altresì, Cass., Sez. un., 5 luglio 2013, n. 16883 che afferma la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in una controversia di risarcimento dei danni conseguenti all'esecuzione della linea ferroviaria ad alta velocità perché, a parte la tipologia dell'attività svolta connotata da elementi pubblicistici, la società T.A.V. s.p.a. è soggetto equiparato alla pubblica amministrazione in quanto strumento per la realizzazione di un fine pubblico, il trasporto ferroviario, qualificato come servizio pubblico essenziale dall'art. 1, 2° comma, lett. b), L. 12 giugno 1990, n. 146

L'Adunanza Plenaria del Cons. di Stato, 5 settembre 2005, n. 5 ha stabilito che una società per azioni derivata dalla trasformazione di un

ente pubblico – nella specie, l'ente autonomo manifestazioni fieristiche di Cremona trasformato nella Cremona fiere s.p.a. – è sottoposta al regime pubblicistico dell'accesso per gli interessi pubblici perseguiti.

²³ Rileva che il codice del processo amministrativo ha affermato in termini generali l'impugnabilità degli atti amministrativi emessi da soggetti privati Vinti, *op. cit.*, 118.

²⁴ Un'ipotesi di applicazione della normativa pubblicistica ad un destinatario di un atto di un soggetto privato la si può riscontrare nella vicenda che, prima del codice del processo amministrativo e della L. n. 15/2005 introduttiva del comma 1 *ter* dell'art. 1, L. n. 241/1990, ha affermato che la s.p.a. Ferrovie dello Stato avrebbe dovuto dare preventiva comunicazione di avvio del procedimento diretto alla dichiarazione di pubblica utilità al soggetto destinatario dell'esproprio, quale essenziale misura di garanzia partecipativa, a prescindere dalla circostanza che la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, fosse stata posta in essere con la delibera della società per azioni e cioè con un atto di diritto privato; anche il soggetto privato deve rispettare le norme a tutela del destinatario diretto dell'atto: Cons. di Stato, Sez. VI, 25 marzo 2004, n. 1617, in *Riv. Giur. Edil.*, 2004, I, 1009, con nota di Leonardi, *Il principio della partecipazione e la dichiarazione di p.u. indifferibilità ed urgenza mediante atto di diritto privato di una s.p.a.: il Consiglio di Stato riafferma il primato delle garanzie sostanziali previste dalla L. n. 241 del 1990.*

²⁵ Cerulli Irelli, *op. cit.*, 1064; Pecchioli, *op. cit.*, 648; Napolitano, *L'esercizio privato di attività amministrative*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa* a cura di Cerulli Irelli, Napoli, 2006, 96.

²⁶ Sul punto, si rinvia a E. Follieri, *L'azione di nullità dell'atto amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2012, n. 1, 7 e segg.

²⁷ Cerulli Irelli, *op. cit.*, 1065; Pecchioli, *op. cit.*, 649 afferma che non vi sono dubbi circa la concreta predicabilità della violazione di legge “dal momento che gli atti amministrativi di soggetti privati sono intuitivamente sottoposti alle norme imperative contenute nella disciplina pubblicistica ad essi riferita, per il che quando detta disciplina risulti violata, la devianza dallo schema legale che si riverbera nell'adozione di tali atti è senz'altro in grado di determinarne uno stato viziato”.

quello privato, estendendo in favore di soggetto diverso (segnatamente viene richiamato l'organismo di diritto pubblico) i privilegi della pubblica amministrazione. Si sostiene, in particolare, che non possono porsi limiti al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo per le valutazioni tecniche o di opportunità; tali limiti sono corollario del principio di separazione dei poteri e della riserva in favore dei soggetti pubblici dotati di una speciale legittimazione democratica o di una competenza tecnica frutto della specificità dell'organizzazione amministrativa pubblica²⁸ che non possono predicarsi nei confronti di un soggetto privato per il quale il giudice deve svolgere il suo sindacato in modo pieno e completo.

Non mi pare si possa condividere questo rilievo perché vale il contrario. Se si valorizza la qualità non pubblica del soggetto, emerge la situazione di autonomia privata che esprime un ambito di libertà nella scelta dei fini e dei mezzi per farvi fronte, limitati dal confine rappresentato dall'illecito, ed il giudice non può sindacare la volontà manifestazione dell'autonomia; invece, trattare il privato in sede giurisdizionale come soggetto pubblico, tenuto al rispetto dei criteri e principi dettati per il procedimento e l'atto amministrativo, significa poter sindacare le scelte che devono essere operate per la cura dell'interesse pubblico affidato a quello specifico soggetto dall'ordinamento e che si muovono in un ordito caratterizzato da previsioni normative e da principi e criteri prefissati che giuridicizzano la soluzione individuata (discrezionalità)²⁹.

In principio, dunque, il cittadino è più garantito dal sindacato che svolge il giudice sulla discrezionalità, anziché da quello consentito sull'autonomia privata. Altro e diverso discorso è quello relativo ai limiti del sindacato del giudice sulle valutazioni tecniche³⁰ e di opportunità, ma se si sostiene che debba essere indagata l'attività del soggetto, valorizzando la sua qualità privata, si elimina ogni sindacato perché ontologicamente non può essere svolta nei confronti della posizione di autonomia.

Impostazione diversa e problematica si registra intorno al vizio di eccesso di potere.

Si sottolinea, pur con tutte le cautele dovute alla novità in quel momento della problematica affrontata dalla dottrina, che anche il soggetto privato cura un interesse pubblico per cui la sua azione non è libera, ma vincolata nel fine, e può riscontrarsi lo sviamento di potere, le figure sintomatiche nonché il mancato rispetto della completezza

za dell'istruttoria, dell'imparzialità e della giustizia sostanziale, ma, nello stesso tempo, si osserva che l'applicazione di questi principi presuppone "la rilevanza globale esterna dell'attività del soggetto: attività dislocata su passaggi procedurali formalizzati attraverso una distinta imputazione a diversi uffici dell'amministrazione" e di cui deve restare documentazione tale da consentire di sindacarne dall'esterno il contenuto³¹.

Le argomentazioni addotte risentono dell'idea di fondo che l'eccesso di potere può riguardare solo l'attività di un soggetto pubblico con le sue regole di formalizzazione (anche documentale) dell'attività e di organizzazione per uffici individuati per competenza. E infatti la stessa dottrina ritiene "pacifico" che l'incompetenza non possa riguardare gli atti amministrativi "adottati da soggetti privati, società per azioni o da altre persone giuridiche private, la cui organizzazione non ha rilievo esterno, e nelle quali le limitazioni di rappresentanza degli organi sociali non sono per regola opponibili ai terzi (v. art. 2384 cod. civ.)"³².

In sostanza, la pubblicizzazione dell'attività dei privati non può incidere sulla qualità del soggetto che, non essendo pubblico, ha un'organizzazione irrilevante giuridicamente per i terzi e la sua azione ne risente, impedendo, nel concreto, di utilizzare i vizi dell'eccesso di potere e dell'incompetenza.

Non si possono condividere queste perplessità, specie a seguito della recente normativa³³.

Il legislatore può certamente articolare l'azione per il soddisfacimento degli interessi pubblici utilizzando strumenti più idonei secondo le circostanze, anche privatizzando soggetti pubblici e attribuendo l'esercizio del potere amministrativo a privati. Ma quando l'azione si ammantava di pubblicità, come nell'ipotesi delle attività oggettivamente amministrative, la normativa costituzionale impone il rispetto delle garanzie attribuite ai cittadini dagli artt. 24, 103 e 113 Cost. e, in particolare, per il discorso che si va conducendo, la tutela giurisdizionale "non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti"³⁴.

Se l'atto oggettivamente amministrativo, sul piano sostanziale, deve rispettare i criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, secondo le modalità previste dalla L. n. 241/1990 nonché i principi dell'ordinamento comunitario, garantendo ai cittadini un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche

²⁸ Vinti, *op. cit.*, 136 e segg.

²⁹ Sorace, *Promemoria per una nuova 'voce' "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 747 rileva che la differenza tra gli atti dei soggetti privati e quelli dei soggetti pubblici non può rinvenirsi negli effetti ma "su un diverso piano, quale è quello cui tradizionalmente ci si riferisce quando si dice che gli atti privati sono espressione dell'autonomia privata e gli atti amministrativi della discrezionalità amministrativa" (759).

³⁰ Su cui si rinvia a E. Follieri, *La sindacabilità delle valutazioni tecniche della pubblica amministrazione nella tutela e valorizzazione del patrimonio culturale*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, *Diritto processuale amministrativo*, vol. IV, Padova, 2007, 157 e segg.

³¹ Cerulli Irelli, *op. cit.*, 1065 secondo cui, in conclusione, che "il vizio di eccesso di potere, pur in astratto predicabile anche nei confronti di atti amministrativi di soggetti privati, sia utilizzabile in concreto, ai fini dello scrutinio della legittimità di questi, appare molto difficile". Dello stesso avviso Pecchioli, *op. cit.*, 651 e segg. il quale riporta sentenza del Tribunale amministrativo regionale di Bolzano n. 363/2006 che, esaminando una revoca di una S.O.A. di attestazione di qualificazione di lavori pubblici, ha affermato come, in generale, la

S.O.A. debba essere riconosciuta titolare di un potere discrezionale sulla valutazione dell'incidenza della condotta costituente reato sulla moralità professionale (nota 57). E, quindi, pur di fronte ad un riscontro giurisprudenziale ancora insufficiente a delineare un chiaro indirizzo interpretativo, ritiene possa fornire un'utile indicazione ricostruttiva "nel senso della necessaria prevalenza del dato obiettivo e sostanziale dell'eccesso di potere come vizio della discrezionalità rispetto alla sua connotazione formale, quale vizio dell'attività amministrativa che si disloca su passaggi procedurali formalizzati" (652).

³² Cerulli Irelli, *op. cit.*, 1064; stesso ordine di argomenti espone Pecchioli, *op. cit.*, 649-650 il quale evidenzia che "la disciplina della competenza si sostanzia in regole che, per avere tale efficacia, devono rivolgersi a soggetti ontologicamente connotati da una veste pubblicistica" (1650).

³³ L. 11 febbraio 2005, n. 15; L. 18 giugno 2009, n. 69 e, soprattutto, L. 6 novembre 2012, n. 190 che ha aggiunto al comma 1 *ter* dell'art. 1, L. n. 241/1990: "con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge".

³⁴ Art. 113, 2° comma, Cost.

amministrazioni³⁵, non può ipotizzarsi, sul piano processuale, la esclusione di alcuni vizi di legittimità per questa categoria di atti.

Anzi, questi soggetti privati che svolgono funzioni amministrative non possono porre scudi privatistici a protezione delle loro scelte come fossero manifestazioni di autonomia privata. Le scelte non sono libere, ma correlate al perseguimento dell'interesse pubblico e, quindi, l'esercizio del potere va sindacato nel pieno dispiegarsi di tutti i vizi e anche dell'eccesso di potere. Quest'ultimo, infatti, prescinde dalla qualità pubblica del soggetto, quando questi, esercitando un potere pubblico, sia tenuto al rispetto dei principi e delle regole che disciplinano l'azione amministrativa perché l'eccesso di potere è un vizio oggettivo. Come ho evidenziato in altro scritto³⁶, le figure sintomatiche sono le regole che ha formato il giudice amministrativo per sindacare l'esercizio del potere discrezionale, in mancanza di disciplina legislativa, e le pone come premessa maggiore del sillogismo del giudizio. I caratteri delle figure sintomatiche presentano i dati: dell'oggettività; dell'essere esterne e logicamente e cronologicamente – come posizione della disciplina – precedenti allo specifico procedimento amministrativo; dell'essere ripetitive; di sostituire, nel sillogismo del giudizio, la norma positiva che manca; e di essere vincolanti sia per il giudice che ne esclude eventualmente l'applicazione solo se non si attagliano alla concreta fattispecie oggetto del giudizio, ma non le pone in discussione come principio, sia per il soggetto agente che, se le viola, adotta un atto illegittimo che è sanzionato, in caso di impugnativa, con l'annullamento. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità si esercita attraverso le norme che egli ha posto in via pretoria e che presentano i caratteri delle norme giuridiche³⁷ volte a disciplinare il potere amministrativo non vincolato e non sono influenzate dal soggetto ed esse si applicano quando l'atto sia espressione di esercizio del potere.

È stato ben osservato che non si può ammettere che “il mutamento del soggetto agente, un privato in luogo dell'amministrazione, comporti una diminuzione delle garanzie nei confronti degli altri soggetti che sono portatori di interessi giuridicamente rilevanti” e che l'eccesso di potere esprime un insieme di principi e di regole che esistono sul

piano oggettivo, come tale riferibile all'attività considerata senza che venga in alcun modo ad incidere la natura del soggetto agente³⁸.

Il profilo dell'organizzazione che si rifletterebbe, oltre che sull'incompetenza, sull'eccesso di potere, va considerato sotto due aspetti.

Innanzitutto, per le società, già pubbliche, privatizzate la normativa di settore interviene a modificare il regime proprio delle società disciplinate dal codice civile sotto più profili e l'art. 2384 c.c. non appare impeditivo di una regolamentazione organizzativa rilevante all'esterno.

La giurisprudenza ha evidenziato la “intensa conformazione pubblicistica” dei soggetti – privatizzati – gestori di pubblici servizi sui piani “strutturale, organizzativo e funzionale”³⁹.

E l'organizzazione dei soggetti privati che adottano atti oggettivamente amministrativi deve rilevare all'esterno per effetto della previsione dell'art. 1, comma 1 *ter*, della L. n. 241/1990, non potendo essere irrilevante per i terzi per effetto della funzionalizzazione amministrativa (ancorché parziale) dell'attività.

Quanto riferito ai soggetti un tempo pubblici e trasformati in s.p.a., vale anche per i soggetti privati. La dottrina ha richiamato la rilevanza delle regole di ripartizione delle competenze fra amministrazione e soggetto conferitario, citando la previsione dell'art. 6, 8° comma, D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327 che, per l'esercizio del potere espropriativo, impone l'obbligo di specificare l'ambito della delega e di indicarne gli estremi in ogni atto del procedimento⁴⁰.

E, comunque, l'organizzazione del soggetto privato, per effetto della funzionalizzazione amministrativa (di parte) della sua attività, diviene rilevante verso i terzi, anche al fine della deduzione del vizio di incompetenza. Non solo, ma il soggetto privato deve seguire i passaggi procedurali della L. n. 241/1990 e documentarli per iscritto perché la mancanza di questi atti endoprocedimentali rende illegittima l'attività svolta; ciò, in conseguenza, rende ostensibile e sindacabile l'attività del privato.

Pertanto, è da ritenere che il sindacato del giudice amministrativo si possa svolgere con pienezza di conoscenza di tutti i vizi di legittimità.

³⁵ Art. 1, comma 1 *ter*, L. n. 241/1990.

³⁶ E. Follieri, *Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità pura o amministrativa. Le figure sintomatiche sono norme giuridiche, non sintomi*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2008, 61 e segg.

³⁷ Sia consentito rinviare ancora a E. Follieri, *op. ult. cit.*, per l'approfondimento del profilo.

³⁸ Marzuoli, *Note in punto di vizi dell'atto amministrativo del soggetto privato*, cit., 536; l'A. evidenzia, muovendo nell'ordine di idee che l'eccesso di potere è violazione di diritto, che la “finzione della figura sintomatica appare superata. La figura sintomatica è progressivamente sostituita dalla violazione (diretta, non sintomatica) di principi concernenti l'esercizio del potere discrezionale. Si è approdati in modo sempre più convinto a un sistema in cui l'eccesso di potere è semplicemente il vincolo positivo per l'affermazione di principi come l'imparzialità, la ragionevolezza, la proporzionalità, e dei principi a tal fine strumentali: l'adeguatezza dell'istruttoria, la non contraddizione, la motivazione adeguata etc.” (539). E più oltre si aggiunge “A ben

vedere, anche la decisione dell'amministrazione è adottata da un privato o da un insieme di privati, visto che comunque è da far risalire a una persona o a più persone fisiche” (540).

³⁹ Cons. di Stato, Sez. VI, 7 agosto 2002, n. 4152, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 246, con nota di De Simone, *Ostensibilità degli atti di diritto privato posti in essere dai gestori di pubblici servizi: un principio ormai pacifico*; la questione controversa riguardava il diritto di accesso nei confronti di atti delle Poste Italiane s.p.a.; già prima, l'Ad. plen. del Cons. di Stato, 22 aprile 1999, n. 5, in *Giornale Dir. Amm.*, con nota di Battaglia aveva stabilito l'obbligo di trasparenza per i concessionari di servizi pubblici che prevale sulla natura giuridica privatistica, con conseguente obbligo di consentire l'accesso agli atti. Analogamente, per l'ANAS, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 5 marzo 2003, n. 360, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 836 nonché T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 24 aprile 2003, n. 693, *ivi*, 2003, 1390 e altri.

⁴⁰ Maltoni, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, 502 e nota 270.

NO V ITÀ

Breviaria Iuris

CODICE PENALE E LEGGI COLLEGATE

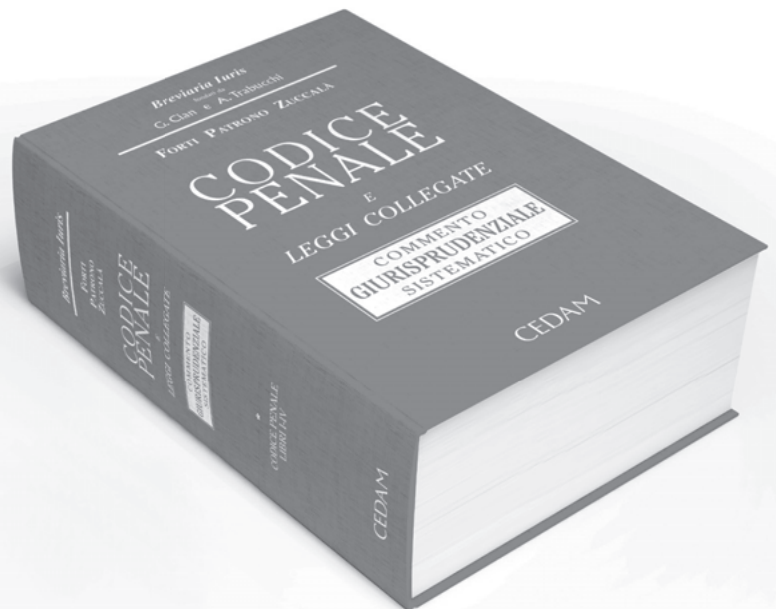
a cura di G. Forti, P. Patrono, G. Zuccalà

CEDAM

L'opera raccoglie le **massime come vero e proprio commento ragionato a ciascun articolo** del Codice Penale e delle Leggi Speciali.

Si è tenuto conto delle recenti novità in materia di: pene detentive non carcerarie e riforma del sistema sanzionatorio; procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili; prevenzione e **repressione della tratta di esseri umani** e protezione delle vittime; lotta contro **abuso e sfruttamento sessuale dei minore e la pornografia minorile**

Tra le Leggi Speciali è presente inoltre il D.P.R. 309 del 1990 ovvero tutto il **T.U. degli stupefacenti aggiornato alla nuova Legge 16 maggio 2014 n. 79.**



 Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 290 euro

Codice prodotto:131010

NO VITÀ ITÀ

Breviaria Iuris

COMMENTARIO BREVE AI TRATTATI DELL'UNIONE EUROPEA

a cura di F. Pocar, M.C. Baruffi

CEDAM

Sempre più frequentemente nella prassi si riscontrano **fattispecie a carattere transnazionale**, soprattutto all'interno dell'Unione europea.

La nuova edizione del Commentario si pone l'obiettivo di offrire, in particolare all'operatore del diritto, gli strumenti utili nella risoluzione di tali casi pratici, tenendo conto delle più **recenti modifiche apportate alle norme dei Trattati e della Carta dei diritti fondamentali**, della relativa **casistica giurisprudenziale**, nonché attraverso un'analisi specifica di quegli atti di diritto derivato di applicazione quotidiana (ad esempio i regolamenti relativi alla materia civile e commerciale, al diritto di famiglia, alla procedura civile e la direttiva sui servizi nel mercato interno).



 Wolters Kluwer



Acquista su www.shop.wki.it



Contatta un agente di zona
www.shop.wki.it/agenzie



Rivolgiti alle migliori librerie
professionali



Contattaci 02.82476.794
info.commerciali@wki.it

Prezzo copertina: 150 euro

Codice prodotto:133494