

RASSEGNA

GIURIDICA

UMBRA

2012



Fondazione Forense di Perugia
Giovanni Dean

INDICE-SOMMARIO

	Pag.
<i>DIRITTO CIVILE</i>	
Trib. Perugia, Sez. lav., 13 aprile 2011, con osservazioni di ANDREA BUDELLI..	1
CASS., Sez. un., 18 febbraio 2010, n. 3947 e App. Perugia, 3 aprile 2003, con nota di SILVIO PIETRO CERRI: <i>Contratto autonomo di garanzia: profili funzionali e applicativi</i>	3
Trib. Perugia, Sez. I, 14 gennaio 2010, con nota di ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI, <i>Procreazione medicalmente assistita e oggetto della polizza sanitaria</i>	61
<i>DIRITTO PENALE</i>	
Corte di Assise di Appello di Perugia, 15 dicembre 2011, K. e S., con nota di DOMIZIA PROIETTI, <i>Fenomenologia della prova indiziaria scientifica</i>	75
Tribunale di Sorveglianza di Perugia, 20 ottobre 2011, M., con nota di CLAUDIO LARA, <i>Il diritto alla premialità anche per l'ergastolano "ostativo" non collaborante</i>	93
G.I.P. Tribunale di Perugia, 23 febbraio 2012, M.S., con nota di ANTONIO BITONTI, <i>Restituzione nel termine, errore del difensore e «caso fortuito»</i>	113
Tribunale di Perugia, 2 febbraio 2012 (ord.), con nota di ERICA FARINELLI, <i>Intercettazioni telefoniche tra utilizzabilità investigativa ed inutilizzabilità probatoria</i>	130
G.U.P. Tribunale di Terni, 9 novembre 2011, C.F., con osservazioni di ERICA FARINELLI.....	150
<i>DIRITTO PUBBLICO</i>	
T.A.R. Umbria, 22 dicembre 2011 n. 401 con nota di ALESSANDRO BOVARI, <i>Brevi note in tema di difformità dell'offerta dalla lex specialis di gara, alla luce dell'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. 163/2006</i>	157
T.A.R. Umbria, 2 novembre 2011, n. 352, con nota di LETIZIA MACRÌ, <i>Il provvedimento di rilascio dell'agibilità e la rilevanza dell'omissione del preavviso di rigetto</i>	165
T.A.R. Umbria, 22 dicembre 2011, n. 400, con nota di FRANCESCO NESTA, <i>Natura giuridica della d.i.a. "dichiarazione di inizio attività" (ora, ai sensi del</i>	

	Pag.
<i>nuovo art. 19 della L. n. 241/1990: s.c.i.a. "segnalazione certificata di inizio attività") e tutela del terzo controinteressato.....</i>	177
T.A.R. Umbria, 10 novembre 2011, n. 360, con nota di MICHELE RIZZO, <i>Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di tutela dell'ambiente: il TAR Umbria si pronuncia sul principio di precauzione.....</i>	198

MASSIME COMMENTATE

(a cura di Paola Jole Spinelli)

T.A.R. Umbria, 3 ottobre 2011, n. 311 (in tema di danno da ritardo giudiziario).....	215
T.A.R. Umbria, 11 ottobre 2011, n. 328 (in tema di segretezza delle offerte e sindacabilità del criterio di aggiudicazione).....	218
T.A.R. Umbria, 18 ottobre 2011, n. 331 (in tema di comunicazione dell'aggiudicazione).....	224
T.A.R. Umbria, 28 ottobre 2011, n. 333 (in tema di impugnabilità o meno della ordinanza di demolizione di una trasformazione oggetto di d.i.a).....	232
T.A.R. Umbria, 2 novembre 2011, n. 351 (in tema di garanzie procedurali in materia edilizia).....	234
T.A.R. Umbria, 29 novembre 2011, n. 388 (in tema di tutela paesaggistica ed urbanistica).....	237
T.A.R. Umbria, 22 dicembre 2011, n. 414 (in tema di autorizzazione paesaggistica in sanatoria).....	240

DOTTRINA

Si pubblicano le relazioni svolte da Antonio Bartolini ed Aretta Benedetti in occasione della giornata di presentazione del volume di Giampaolo Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, svoltosi a Perugia presso la Facoltà di Scienze Politiche, il 23 maggio 2011

ANTONIO BARTOLINI, <i>Riflessioni sulle situazioni giuridiche soggettive</i>	243
AURETTA BENEDETTI, <i>L'azione amministrativa fra pubblico e privato.....</i>	247
CHIARA CARIGLIA, <i>Note sulla natura e sul regime delle ordinanze di convalida di licenza o sfratto pronunciate ai sensi dell'art. 663 c.p.c. e delle ordinanze di rilascio emesse ai sensi dell'art. 665 c.p.c.....</i>	253
MICHELANGELO DE DONNO, <i>Profili civilistici del contratto di disponibilità.....</i>	269

	Pag.
RITA IACUITTO, <i>Forme e limiti della comunione legale nell'attività d'impresa.....</i>	309
GIOVANNI MORANI, <i>Un nuovo organo monocratico, autonomo e indipendente, a tutela dei minori: l'Autorità Garante dell'Infanzia e dell'Adolescenza.....</i>	341
MIRCA SACCHI, <i>I danni non patrimoniali da inadempimento.....</i>	351
LUIGI TROMBETTA, <i>Il "carcere duro" tra giurisdizione ed amministrazione.....</i>	391

OSSERVATORIO CEDU

VALENTINA COLCELLI, nota a Corte Europea dei Diritti dell'uomo, sent. 23 settembre 1982: <i>Diritto di proprietà, esproprio per pubblica utilità ed accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali.....</i>	399
VALENTINA COLCELLI, nota a Corte Europea dei Diritti dell'uomo, sent. 26 marzo 1992: <i>Diritti e obblighi a carattere civile e risarcimento da inadempimento della Pubblica Amministrazione.....</i>	404

INDICE ANALITICO-ALFABETICO DELLA GIURISPRUDENZA

- AMBIENTE - Inquinamento - Incertezze scientifiche - Principio di precauzione - Proporzionalità - Motivazione, 198.
- ASSICURAZIONE (CONTRATTO DI) - Polizza sanitaria - Spese mediche - Accesso alle tecniche della pma - Rimborso - Obbligo - Sussistenza, 61.
- ATTO AMMINISTRATIVO - Circolari ministeriali - Conformità a legge o regolamento - Procedimento amministrativo - Attività vincolata - Garanzie partecipative, 234, 237.
- BENI CULTURALI, PAESAGGISTICI E AMBIENTALI - Autorizzazione in sanatoria - Aumenti volumetrici - Compatibilità urbanistica - Compatibilità paesaggistica - Indipendenza - Parere della Soprintendenza - Atto a contenuto decisorio e complesso, 237, 240.
- CALUNNIA - Ritrattazione successiva all'acquisizione probatoria della falsità dell'incolpazione - Incidenza sulla punibilità in concreto del reato di calunnia - Esclusione - Post factum irrilevante rispetto all'avvenuto perfezionamento del reato di calunnia - Concessione circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. - Esclusione, 150.
- CARCERI E SISTEMA PENITENZIARIO - Permessi premio - Ergastolo - Divieto di concessione di benefici penitenziari - Attività collaborativa - Antinomia - Divieto di retroattività della norma penitenziaria - Esclusione, 93.
- CARCERI E SISTEMA PENITENZIARIO - Sospensione dell'applicazione delle regole di trattamento e degli istituti previsti dall'ordinamento penitenziario - Revoca anticipata - Ammissibilità, 391.
- CONTRATTI DELLA P.A. - Aggiudicazione - Comunicazione - Omissione o completezza - Legittimità della gara - Criterio - Discrezionalità tecnica della P.A. - Insindacabilità - Eccezioni - Commissione giudicante - Attività valutativa - Collegio perfetto - Condanne riportate - Obbligo di dichiarazione-Gara - *Lex specialis* - Offerta difforme - Offerte - Principio di segretezza - Fondamento giuridico - Verifica di anomalia - Motivazione succinta o *per relationem* - Procedimento di gara - Rapporto di presupposizione, 57, 218, 224.
- CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (GARANTIEVERTRAG) - Causa concreta - Caratteristiche - Differenze rispetto alla fideiussione, 3.
- CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA (GARANTIEVERTRAG) - Nozione e caratteri - Differenze rispetto alla fideiussione - Fattispecie, 3.
- DIRITTI E OBBLIGHI DI NATURA CIVILE - Diritto di proprietà, 399.
- DIRITTI E OBBLIGHI DI NATURA CIVILE - Risarcimento del danno, 404.
- EDILIZIA ED URBANISTICA - Abitabilità - Diniego - Preavviso di rigetto - Abusi - Proprietario ed affittuario - Solidarietà - Casi di esclusione - Assenza di titolo abilitativo - Diffida - Omessa impugnazione - Sanzione ripristinatoria - DIA - Termine - Decorrenza - Autotutela - Rilascio dei titoli abilitativi - Limiti privatistici - Rispetto - Obbligo di verifica, 156, 232.
- GIUDIZIO - Danno da ritardo giudiziale

- rio - Decreto di riparazione del danno
- Obbligazione pecuniaria - Interessi legali - Soggetto debitore - Ministero dell'Economia e delle Finanze, 215.
- GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA - DIA**
- Controinteressato - Azione di adempimento - Ammissibilità - Fondatezza della pretesa - Accertamento - Azione di annullamento - Mancato esperimento, 177.
- LAVORO E PREVIDENZA SOCIALE**
- Obbligo di contribuzione - Mancato assolvimento - Legittimazione attiva, 1.
- MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA**
- Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte a seguito dei risultati di intercettazioni inutilizzabili
- Inutilizzabilità derivata - Esclusione - Ragioni, 130.
- MEZZI DI RICERCA DELLA PROVA**
- Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni - Obbligo di motivazione - Motivazione per relationem
- Condizioni di ammissibilità - Omesso rispetto - Inutilizzabilità dei relativi risultati, 130.
- NOTIZIA DI REATO - Denuncia anonima** - Inutilizzabilità sotto il profilo probatorio - Intercettazioni disposte in via d'urgenza dal p.m. sulla base di una denuncia anonima - Inutilizzabilità dei relativi risultati, 150.
- PROVA PENALE - Prova indiziaria** - Prova scientifica - Criteri di ammissibilità - Conoscenze scientifiche utilizzabili, 75.
- RESTITUZIONE NEL TERMINE IN GENERE** - Restituzione nel termine per l'impugnazione - Ignoranza dei termini per impugnare - Caso fortuito o forza maggiore - Inesistenza - Ragioni, 113.
- SENTENZA PENALE - Sentenza di condanna** - Onere della prova - Certezza processuale - Ragionevole dubbio, 75.
- SIMULAZIONE DI REATO - Falsa incolpazione** nei confronti di una persona determinata o facilmente determinabile - Reato progressivo - Concorso con il reato di calunnia - Esclusione, 150.

DIRITTO CIVILE

TRIBUNALE DI PERUGIA – Sez. lav. – 13 aprile 2011 – *Est.* MEDORO

Lavoro e previdenza sociale – Obbligo di contribuzione – Mancato assolvimento – Legittimazione attiva

La domanda tesa ad ottenere la condanna del resistente a «regolarizzare la posizione contributiva» e di conseguenza a versare alla stessa i contributi deve essere intesa come domanda di condanna di pagamento in favore dell'ente previdenziale competente ed in quanto tale, trattandosi di domanda di condanna in favore di soggetto terzo rispetto all'odierno giudizio, essa è inammissibile in base al disposto dell'art. 81 c.p.c., secondo il quale ciascuno può azionare in giudizio diritti affermati come propri e, solo in casi eccezionalmente previsti dalla legge (1).

(*Omissis*). (Tizia) si è rivolta a questo Tribunale per sentire dichiarare di avere prestato attività lavorativa subordinata irregolare alle dipendenze dell'ex coniuge (Caio) dal maggio 1976 al 30.6.2003 e, per l'effetto, ottenere la condanna del medesimo ad effettuare la regolarizzazione contributiva, versandone i contributi previdenziali dovuti per legge.

Il ricorso va dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione passiva.

Ritiene, infatti, il Giudicante che la domanda di (Tizia), tesa ad ottenere la condanna del resistente a “regolarizzare la posizione contributiva” e di conseguenza a versare alla stessa i contributi debba essere intesa come domanda di condanna di pagamento in favore dell'ente previdenziale competente ed in quanto tale, trattandosi di domanda di condanna in favore di soggetto terzo rispetto all'odierno giudizio, la stessa è inammissibile in base al disposto dell'art. 81 c.p.c., secondo il quale ciascuno può azionare in giudizio diritti affermati come propri e, solo in casi eccezionalmente previsti dalla legge (ad esempio cfr. l'art. 18, comma quarto, St. lav.), nella specie non ricorrenti, richiede tutela in nome proprio per conto altrui.

Peraltro, anche volendo ritenere la domanda della ricorrente tesa a

conseguire una condanna diretta ad ottenere il pagamento dei contributi in proprio favore, la stessa sarebbe all'evidenza infondata, non esistendo un diritto in tal senso riconosciuto al lavoratore che, al più, ricorrendone tutti i presupposti, può in situazioni di lavoro irregolare, invocare (ma nessuna domanda in tale senso è stata proposta nel giudizio in questione) il risarcimento del danno pensionistico.

Dichiarata l'inammissibilità dell'azione, non vi è spazio per ulteriori statuizioni, atteso che la domanda di accertamento della sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato, per come formulata, ha carattere ancillare rispetto alla domanda di condanna alla regolarizzazione, mentre nessuna domanda relativa all'aspetto del complessivo trattamento retributivo è stata formulata né riservata a successivo giudizio. (*Omissis*).

(1) La sentenza in esame si allinea alla giurisprudenza dominante in materia di difetto di legittimazione passiva.

Nel caso in oggetto la ricorrente dichiarava di aver prestato attività lavorativa subordinata irregolare alle dipendenze dell'ex coniuge, dal maggio 1976 al giugno 2003, e chiedeva la condanna dello stesso ad effettuare la regolarizzazione contributiva, versandole i contributi previdenziali dovuti per legge.

Il Giudice del lavoro ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di legittimazione passiva, richiamando quanto disposto *ex art.* 81 c.p.c., secondo cui nessuno può far valere nel processo un diritto altrui in nome proprio al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge.

Compito del giudice, come recentemente richiamato in Trib. Treviso, Sez. II, 13 ottobre 2011, è quello di accertare in via preliminare se, secondo la sola prospettazione fatta nella domanda giudiziale, l'attore ed il convenuto possano, in relazione alla disciplina prevista per il rapporto controverso, assumere, rispettivamente, la veste di soggetto dotato del potere di chiedere la pronuncia e di subirla. Tale verifica deve essere effettuata sulla base dei soli fatti esposti dall'attore nell'atto introduttivo del giudizio.

Qualora questa verifica abbia esito negativo le domande devono essere dichiarate inammissibili, come confermato, tra le altre, in App. Catania, Sez. I, 23 aprile 2007, dallo stesso Trib. Perugia, Sez. Lavoro, 10 maggio 2010 e Trib. Genova, Sez. III, 19 settembre 2011, in quanto attore e convenuto devono identificarsi con i soggetti che, secondo la legge che regola il rapporto dedotto in giudizio, sono destinatari degli effetti della pronuncia richiesta.

ANDREA BUDELLI

I

CORTE DI CASSAZIONE, Sez. Unite, 18 febbraio 2010, n. 3947 – Pres. est. CARBONE – A.T.R. della Provincia di Perugia (già I.E.R.P. della Provincia di Perugia) (Avv. D’Angelantonio e Cutini), c. L.I. Assicurazioni s.p.a. (Avv. Scofone e Cascino) e Viola Costruzioni

Contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*) – Nozione e caratteri – Differenze rispetto alla fideiussione – Fattispecie.

Contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*) – Causa concreta – Caratteristiche – Differenze rispetto alla fideiussione.

Il contratto autonomo di garanzia (c.d. Garantievertrag), espressione dell’autonomia negoziale ex art. 1322 c.c., ha la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che può riguardare anche un fare infungibile (qual è l’obbligazione dell’appaltatore), contrariamente al contratto del fideiussore, il quale garantisce l’adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l’identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante) (1).

La causa concreta del contratto autonomo è quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no, mentre con la fideiussione, nella quale solamente ricorre l’elemento dell’accessorietà, è tutelato l’interesse all’esatto adempimento della medesima prestazione principale, con la conseguenza che, mentre il fideiussore è un «vicario» del debitore, l’obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all’obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, perché non necessariamente sovrapponibile ad essa e non rivolta all’adempimento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore (2).

II

CORTE D’APPELLO DI PERUGIA, 3 aprile 2003 – Pres. SANTILLI – Est. DI MARZIO – I.E.R.P. della Provincia di Perugia (Avv. Cutini) c. I. Assicurazioni s.p.a. (Avv. Busiri Vici e Scofone) e Viola Costruzioni

**Contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*) – Nozione e caratteri
– Differenze rispetto alla fideiussione – Fattispecie.**

L'elemento qualificante del contratto autonomo di garanzia, che lo differenzia dalla fideiussione (garanzia accessoria) è la previsione contrattualmente predeterminata dell'escussione della garanzia a prima richiesta e senza poter opporre eccezioni (nel caso di specie il giudice ha ritenuto che la mancanza di tale previsione unitamente alla contestuale rinuncia al beneficio di escussione, nonché al richiamo contenuto nel contratto al rapporto sottostante, fonte dell'obbligazione garantita, valesse a qualificare la fattispecie come garanzia fideiussoria accessoria, con conseguente applicabilità della decadenza prevista dall'art. 1957 c.c.) (3).

I

(*Omissis*). L'Istituto per l'Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Perugia, con atto di appello del 2.11.2001, ha impugnato la sentenza con la quale il locale Tribunale ne aveva respinto la domanda di pagamento ad una somma di denaro, oggetto di polizza fideiussoria costituita in suo favore dall'appaltatore «Viola Costruzioni» (cui l'Istituto Edilizio appellante aveva commissionato lavori edili) presso la Lloyd Italico Assicurazioni, somma alla cui corresponsione da parte dell'assicuratore lo IERP affermava di aver diritto per aver dichiarato unilateralmente risolto – in conseguenza dell'inadempimento dell'appaltatore – il contratto di appalto ai sensi del d.P.R. n. 1063 del 1962, art. 10, comma 6, applicabile alla vicenda processuale *ratione temporis*.

Il Giudice di primo grado, qualificata la convenzione di garanzia in termini di fideiussione *stricto sensu*, e non di contratto autonomo – come viceversa postulato dall'attore –, respinse la domanda, ritenendo che il diritto di rivalsa si fosse estinto, ai sensi dell'art. 1957 c.c., per non avere il creditore proposto tempestiva domanda contro il debitore principale.

La sentenza è stata confermata dalla corte territoriale adita, che ha escluso a sua volta la configurabilità, nel caso di specie, di un contratto autonomo di garanzia, sulla base di una interpretazione delle clausole negoziali in atti del tutto speculare rispetto a quella auspicata dall'appellante.

La sentenza della Corte d'Appello di Perugia è stata impugnata dalla A.T.E.R. (suceduta nelle more del giudizio all'originario attore) con ricorso per cassazione sorretto da quattro motivi di gravame. (*Omissis*).

1. La giurisprudenza di questa corte ha seguito, nel tempo, itinerari interpretativi non sempre univoci sul tema dei rapporti tra fideiussione

e c.d. *Garantievertrag*, pur avendo di recente manifestato una sempre maggiore consonanza di pensiero nella strutturazione di una sempre più indispensabile *actio finium regundorum* tra le due fattispecie.

Già all'indomani della pronuncia di Cass. SS.UU. n. 7341 del 1987, nella quale ancora nebulosa apparve, ai commentatori e agli interpreti più accorti, la distinzione tra contratto autonomo di garanzia e fideiussione con clausola *solve et repete*, le linee portanti dei due istituti verranno più pensosamente esplorate al sempre più nitido delinearci dei caratteri tipici del contratto autonomo di garanzia, che (sorto alla fine dell'800 in Inghilterra e in Germania per soddisfare evidenti e pressanti esigenze di semplificazione del commercio internazionale), approda, non senza contrasti, nel nostro Paese con indiscutibile ritardo, attesa la problematica compatibilità della nuova fattispecie con i tradizionali parametri cui dottrina prevalente e giurisprudenza pressoché unanime erano avvezzi a far riferimento in materia negoziale: da un lato, il dogma della accessorietà «necessaria» del negozio di garanzia titolato, dall'altro, il requisito della *causa negotii* tralaticciamente intesa come funzione «economico sociale» del negozio – quantomeno fino alla recente svolta di questa corte di legittimità di cui alla sentenza 10490/2006, autorevolmente confermata dalle Sezioni Unite, con la sentenza n. 26972/2008.

Incertezze e disarmonie interpretative trassero linfa dalla peculiarità di una fattispecie felicemente definita (Trib. Torino, 29 agosto 2002), come «un articolato coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni tra il destinatario della prestazione (e beneficiario della garanzia), il garante (sovente una istituto di credito), e il debitore della prestazione (ordinante la garanzia atipica)», in attuazione di una complessa operazione economica destinata a dipanarsi, sotto il profilo della struttura negoziale, attraverso una scansione diacronica di rapporti, il primo (di valuta), corrente tra debitore e creditore, tra cui viene originariamente pattuito l'adempimento di una certa prestazione del primo nei confronti dell'altro, il secondo (di provvista), destinato a intervenire tra debitore e futuro garante, con esso pattuendosi l'impegno di quest'ultimo a garantire il creditore del primo rapporto, il terzo nascente, infine, tra creditore e garante, con quest'ultimo senz'altro obbligato ad adempiere alla prestazione del debitore a semplice richiesta del primo nel caso di inadempimento del secondo (rapporti ai quali non risulterà poi inusuale l'aggiunta di una quarta convenzione negoziale collegata, quella tra un secondo istituto di credito controgarante e banca prima garante, avente lo stesso contenuto del primo rapporto di garanzia).

L'elemento caratterizzante della fattispecie in esame viene individuato nell'impegno del garante a pagare *illico et immediate*, senza alcuna facoltà di opporre al creditore/beneficiario le eccezioni relative ai

rapporti di valuta e di provvista, in deroga agli artt. 1936, 1941 e 1945 c.c., caratterizzanti, di converso, la garanzia fideiussoria.

Elisione del vincolo di accessorietà e scissione della garanzia dal rapporto di valuta caratterizzano sul piano funzionale il *Garantievertrag*, la cui causa concreta viene correttamente individuata in quella di assicurare la libera circolazione dei capitali e il pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario (ovvero ancora in quella di sottrarre il creditore al rischio dell'inadempimento, trasferito nei fatti su di un altro soggetto, «istituzionalmente» solvibile), il quale può così porre affidamento su di una rapida e sollecita escussione di una controparte affidabile, senza il rischio di vedersi opporre, in sede processuale, il regime tipico delle eccezioni fideiussorie.

È in tali sensi che par lecito discorrere, a proposito del contratto atipico di garanzia, di una funzione di tipo «cauzionale», mentre la sua più frequente utilizzazione rispetto al deposito di una vera e propria cauzione trae linfa proprio in ragione della sua minore onerosità e della possibilità di evitare una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali (conseguenza ineludibile del deposito cauzionale): è in conseguenza di tali aspetti funzionali che la garanzia muta «geneticamente» da vicenda *lato sensu* fideiussoria in fattispecie atipica che, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c., persegue un interesse certamente «meritevole di tutela», identificabile nell'esigenza condivisa di assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza, di conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali).

2. Emerge così, in via definitiva, sotto il profilo causale, la disarmonia morfologica e funzionale con la fideiussione (volta a garantire l'adempimento di un debito altrui), sopravvivendo resti di omogeneità tra i due «tipi» negoziali soltanto nella misura in cui, attorno alle due fattispecie, orbita ancora il concetto di garanzia, pur nelle non riconciliabili differenze di gradazioni «che il rapporto con la garanzia stessa può assumere lungo lo spettro, unico, che conduce dalla accessorietà alla autonomia e che delinea il *Garantievertrag* entro ben determinati limiti di operatività: da un lato, un limite iniziale, costituito (soltanto) dalla illiceità della causa del rapporto di valuta, dall'altro, un limite funzionale, rappresentato dall'abuso del diritto da parte del beneficiario, la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis*, che si verifica qualora la richiesta appaia fraudolenta e con esclusione della buona fede del beneficiario», come, di recente, un'attenta dottrina non ha mancato di osservare, aggiungendo ancora come l'indagine sulla volontà dei contraenti andrebbe più propriamente condotta lungo il sentiero ermeneutico dell'accertamento della carenza dell'elemento dell'accessorietà, destinato ad emergere, in concreto, attraverso l'adozione di un complesso di regole interpretative,

testuali ed extratestuali, ritenendosi, in particolare, che la clausola «a prima richiesta» o «a semplice richiesta» possa alternativamente rappresentare diversi «tipi» funzionali, a grado di intensità crescente: il primo, rigorosamente procedimentale, volto alla sola inversione dell'onere probatorio; il secondo, determinativo dell'effetto di *solve et repete*, per ciò solo del tutto iscritto (ancora) nell'orbita del negozio fideiussorio; il terzo, di sostanziale separazione del diritto all'adempimento della autonoma obbligazione di garanzia rispetto al contratto sottostante.

Largamente prevalente, in proposito, appare l'orientamento giurisprudenziale (avallato dalla dottrina maggioritaria), predicativo della decisiva rilevanza di clausole che sanciscano l'impossibilità, per il garante, di opporre al creditore le eccezioni relative al rapporto di base che spettano al debitore principale (così, tra le altre, Cass. 31 luglio 2002, n. 11368; Cass. 20 luglio 2002, n. 10637; Cass. 7 marzo 2002, n. 3326; Cass. 19 giugno 2001, n. 8324; Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 1 ottobre 1999, n. 10684; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, n. 3552), mentre alcune pronunce di merito fondano la ricostruzione del *Garantievertrag* su altri elementi del tessuto negoziale, quali la previsione di un termine breve entro cui il garante è obbligato al pagamento, la decorrenza di tale termine dal ricevimento della richiesta del beneficiario, l'espressa esclusione del beneficio della preventiva escussione (*ex aliis*, Trib. Milano 22 ottobre 2001).

Criterio interpretativo utile ad orientare l'interprete verso l'autonomia della vicenda di garanzia divisa dalle parti riposa ancora sull'individuazione – nell'ambito di una lettura complessiva delle singole convenzioni negoziali – di una sua eventuale funzione «cauzionale»: la peculiarità propria del *Garantievertrag* è difatti quella di consentire al creditore di escutere il garante con la stessa, tempestiva efficacia con cui egli potrebbe far proprio un versamento cauzionale. La funzione cauzionale sarebbe soddisfatta, e l'autonomia della garanzia sarebbe conseguentemente rinvenuta, secondo alcune pronunce di questa corte, tutte le volte che la relativa convenzione attribuisca al creditore la facoltà di procedere ad immediata riscossione delle somme, a prescindere dal rapporto garantito, realizzando così una funzione del tutto simile a quella dell'incameramento di una somma di denaro a titolo di cauzione (Cass. 17 maggio 2001, n. 6757; Cass. 21 aprile 1999, n. 3964; Cass. 6 aprile 1998, predicative di un principio di diritto condiviso da autorevole dottrina).

Con particolare riguardo alle polizze fideiussorie (sulle quali, *funditus*, tra le altre, Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, pres. Rossi, rel. Bibolini, mentre l'orientamento tradizionale, che le inquadrava *tout court* nell'ambito della fideiussione, sembra risalire a Cass. 17 giugno 1957, n. 2299), si è più volte sottolineato come esse concretino un rapporto di un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto bancario) che,

dietro pagamento di un corrispettivo, si impegna a garantire in favore di altro soggetto l'adempimento di una determinata obbligazione assunta dal contraente della polizza, strumento contrattuale che, pur non essendo espressamente disciplinato dal codice del '42, è menzionato in molte leggi speciali che lo prevedono come forma di garanzia sostitutiva della cauzione reale, normalmente richiesta per chi stipula – come nel caso di specie – contratti con la P.A.

Disattesa pressoché unanimemente la ricostruzione volta a riconoscere natura essenzialmente assicurativa alla fattispecie (risulta essersi pronunciata in tal senso la sola, peraltro assai risalente, Cass. 9 luglio 1943), la giurisprudenza di questa corte, sia pure nell'ambito dell'orientamento (che appare ormai minoritario) applicativo delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c. ha in passato ritenuto che la polizza *de qua* costituisse un sottotipo innominato di fideiussione, giudicando decisivo a tal fine il permanere della funzione di garanzia dell'adempimento di una altrui obbligazione, pur in presenza di elementi caratteristici idonei a distinguerla all'interno della fattispecie tipica della fideiussione come disciplinata dal codice (l'assunzione, cioè, della garanzia secondo modalità tecnico-economiche dell'assicurazione: tra le meno recenti, Cass. 8 febbraio 1963, n. 221; 9 giugno 1975, n. 2297; 17 novembre 1982, n. 6155). La maggior parte delle pronunzie, di converso (Cass. 11 ottobre 1994, n. 8295, poc'anzi citata; Cass. 9 gennaio 1975, n. 1709, in *Mass. Giust. civ.*, 1975; Cass. 14 marzo 1978, n. 1292, *ivi*, 1978; Cass. 25 ottobre 1984, n. 5450) avrebbe viceversa posto l'accento sul carattere decisamente atipico della polizza, separando la questione della determinazione della disciplina applicabile al contratto da quella dell'individuazione del tipo nominato cui la polizza stessa appaia in sé riconducibile, ma circoscrivendo pur sempre il tema della atipicità alla alternativa tra causa assicurativa e causa fideiussoria (entrambe compenstrate *in parte qua* nel contratto); gli aspetti prevalenti, e tendenzialmente assorbenti resteranno, però, quelli tipici della fideiussione, con conseguente applicazione delle norme di cui agli artt. 1936 e ss. c.c.

La dottrina, dal suo canto, ha ritenuto di poter individuare tre tipi di polizze fideiussorie: quelle in cui l'obbligo del garante dipende dall'esistenza dell'obbligo del debitore principale; quelle in cui l'obbligo del garante è indipendente da quello del debitore principale; quelle, infine, in cui il beneficiario, per ottenere il pagamento della garanzia, deve provare, in genere mediante documenti indicati nella polizza stessa, alcuni fatti attinenti al rapporto principale (in tal guisa ritenendo applicabile la disciplina della fideiussione alle sole polizze del primo tipo, per effetto della permanenza del carattere accessorio dell'obbligo assunto dal garante, e iscrivendo le altre nell'orbita dei contratti autonomi di garanzia).

Quanto alla giurisprudenza più recente, va in limine osservato come, tra le sentenze citate dall'odierno controricorrente, quelle di cui a Cass. 4 luglio 2003, 10574 (Pres. Genghini, rel. Marziale) e a Cass. 7 gennaio 2004, n. 52 (Pres. Fiducia, est. Finocchiaro), pur contenendo alcune tra le più chiare distinzioni tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia, non esplorino specificamente il terreno delle polizze fideiussorie: nella prima pronuncia si legge, difatti, che la deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di «pagamento a prima richiesta» o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come «contratto autonomo di garanzia» o come «fideiussione», potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola; nella seconda, ancora, che, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni «a semplice richiesta» o «a prima richiesta» del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia (*performance bond*) e lo differenzia dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausola, idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto (con riguardo, peraltro, a vicenda inerente ad un preliminare di vendita con fideiussione bancaria).

3. Passando, allora, all'analisi specifica dei più significativi, precedenti di legittimità *in subiecta materia*, deve essere considerato: da un

canto: 1) il *dictum* di cui a Cass. 2 aprile 2002, n. 4637 (Pres. Giustiniani, rel. Di Nanni), la quale, dopo la generale premessa secondo cui il contratto atipico di garanzia autonoma si differenzia dalla fideiussione per la mancanza dell'elemento dell'accessorietà, nel senso che il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni fondate sulla validità o efficacia del rapporto di base, ha poi escluso, nella specie, che valessero a snaturare il contratto tipico di fideiussione ed a qualificarlo come garanzia autonoma le diverse previsioni contrattuali di un termine per il pagamento decorrente dalla richiesta, dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione del debitore principale, della non necessità del consenso di quest'ultimo al pagamento da parte del garante, del divieto per il garantito a sollevare obiezioni sullo stesso pagamento (nella motivazione della sentenza, si legge ancora che in particolari rapporti, specie quelli di appalto, nella pratica da tempo è invalso l'uso che l'appaltatore, per evitare l'immobilizzazione di somme dovute a scopo cauzionale, presti al committente garanzie bancarie o assicurative di pagamento incondizionato ed irrevocabile di quanto è da lui dovuto: ciò consente all'appaltatore di non versare la cauzione e garantisce l'appaltante che conseguirà le somme a semplice richiesta, purché siano rispettate le forme previste, specificandosi, subito dopo, che questo risultato, peraltro, può essere realizzato anche attraverso una fideiussione, quando il contratto è articolato in modo atipico, prevedendo, ad esempio, deroghe diverse rispetto alla disciplina della fideiussione, come quella dell'esclusione del beneficio della preventiva escussione, *ex art. 1944 c.c.*, oppure quella dell'esclusione per il fideiussore di opporre al creditore principale le eccezioni appartenenti al debitore principale, *ex art. 1945 c.c.*); 2) le affermazioni di cui a Cass. 6 aprile 1998, n. 3552 (Pres. Iannotta, rel. Preden), ove si legge che, al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. Riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione, la clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito «a semplice richiesta» o «senza eccezioni». In tal caso, in deroga all'art. 1945, è preclusa al fideiussore l'opponibilità delle eccezioni che potrebbero essere sollevate dal debitore principale, restando in ogni caso consentito al garante di opporre al beneficiario *l'exceptio doli*, nel caso in cui la richiesta di pagamento immediato risulti *prima facie* abusiva o fraudolenta; 3) i principi di cui a Cass. 18 maggio 2001, n. 6823 (Pres.

Fiducia, rel. Manzo), secondo cui la cosiddetta assicurazione fideiussoria costituisce una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte (di una banca o) di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente. È, poi, caratterizzata dalla stessa funzione di garanzia del contratto di fideiussione, per cui è ad essa applicabile la disciplina legale tipica di questo contratto, ove non derogata dalle parti. Dall'altro: 1) i principi di diritto affermati da Cass. 21 aprile 1999, n. 3964 (Pres. Iannotta, rel. Lupo) e 19 giugno 2001, n. 8324 (Pres. Greco, rel. Macioce), a mente delle quali, ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia, oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni «a semplice richiesta» o a «prima richiesta del creditore», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Infatti la caratteristica fondamentale che distingue il contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, insito nel fatto che viene esclusa la facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, in deroga alla regola essenziale della fideiussione, posta dall'art. 1945 c.c. (in entrambi i casi la fattispecie, analoga a quella oggetto del presente ricorso, aveva a sua volta ad oggetto una polizza fideiussoria cauzionale: i giudici di merito, con consonanti decisioni, confermate in punto di diritto da questa corte, ritennero di dover qualificare in termini di autonomia la convenzione di garanzia stipulata, valorizzando la clausola secondo cui la società garante avrebbe dovuto pagare entro un breve termine dalla richiesta del creditore, dopo semplice avviso al debitore principale, di cui non era richiesto il consenso e che nulla avrebbe potuto eccepire in merito al pagamento, anche in sede di rivalsa del garante, e opinando, in particolare, che la stessa apposizione di un termine breve precludesse a priori qualsiasi possibilità, per il garante, di sollevare eccezioni in ordine al rapporto sottostante, non essendo immaginabile, in tempi estremamente ristretti, lo svolgimento delle necessarie indagini per l'accertamento in concreto dell'inadempimento dell'appaltatore e della legittimità della richiesta dell'amministrazione garantita); 2) il recente *dictum* di cui a Cass. 2008, n. 2377, ove si legge che la polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore costituisce una garanzia atipica in quanto essa, non potendo garantire l'adempimento di detta obbligazione, perché connotata dal carattere dell'insostituibilità, può semplicemente assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento, risultando, quindi, estranea all'ambito delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili,

caratterizzate dall'identità della prestazione, dal vincolo della solidarietà e dall'accessorietà, ed essendo, invece, riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario – cosiddetta *fideiussio indemnitas* –, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto (nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto che la polizza fideiussoria oggetto di controversia dovesse qualificarsi come garanzia atipica in quanto non finalizzata a garantire la restituzione di un credito erogato dalla Provincia autonoma di Bolzano a fondo perduto per un progetto di riconversione industriale finalizzato al raggiungimento dei livelli occupazionali ed economici preventivati, giacché detta restituzione sarebbe stata richiesta dalla medesima Provincia unicamente nel caso in cui il mutuatario non fosse stato in grado di adempiere al promesso piano di riconversione industriale).

Un ulteriore passo avanti verso la automaticità dell'equazione Polizza fideiussoria dell'appaltatore = *Garantievertrag* sembrerebbe implicitamente potersi rinvenire nella sentenza (ritenuta, in dottrina, «una inspiegabile rottura, o quantomeno una forzatura, rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale») di cui a Cass. 27 maggio 2002, n. 7712 (Pres. Giuliano, est. Durante), a mente della quale, ove sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, la polizza fideiussoria non è configurabile come fideiussione, bensì come garanzia atipica, in quanto l'insostituibilità della prestazione fa venire meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore possa pretendere da lui soltanto un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (nella specie la Suprema Corte riconoscerà la validità della polizza fideiussoria, a mezzo della quale una società assicuratrice aveva garantito l'adempimento delle obbligazioni dell'appaltatore, sebbene la sua stipulazione fosse stata addirittura posteriore al verificarsi dell'inadempimento dell'obbligazione garantita. In sede di commento alla pronuncia, non si è mancato di osservare come quest'ultima ancori la propria *ratio decidendi* al sillogismo per cui: 1) la polizza fideiussoria – a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore – assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale (premessa maggiore); 2) il creditore può pretendere dal garante solo un indennizzo o risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (premessa minore); 3) la polizza fideiussoria è valida anche se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite (conclusione), sillogismo del quale si dicono condivisibili le premesse (sia quella maggiore che quella minore), ma non la conclusione.

Va infine ricordato come, ancora più di recente, Cass. 21 febbraio 2008, n. 4446 (Pres. Velia, rel. Mensitieri), abbia avuto modo di operare

una sorta di «sintesi» riepilogativa delle posizioni assunte da questa corte in tema di polizze fideiussorie, alla luce della quale: al contratto cosiddetto di assicurazione fideiussoria (o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale), caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. La clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito «a semplice richiesta» o «senza eccezioni» riveste carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione. Siffatta clausola, risultando incompatibile con detta disciplina, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 1° giugno 2004, n. 10486); in tema di garanzia personale, la cosiddetta assicurazione fideiussoria o cauzione fideiussoria o assicurazione cauzionale, è una figura intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed è caratterizzata dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo in caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal terzo. Poiché infatti le norme contenenti la disciplina legale tipica della fideiussione sono applicabili se non sono espressamente derogate dalle parti, portata derogatoria deve riconoscersi alla clausola legittima in virtù del principio di autonomia negoziale – con cui le parti abbiano previsto la possibilità per il creditore garantito di esigere dal garante il pagamento immediato del credito «a semplice richiesta» o «senza eccezioni», in quanto preclude al garante l'opponibilità al beneficiario delle eccezioni altrimenti spettanti al debitore principale ai sensi dell'art. 1945 c.c. Siffatta clausola, risultando incompatibile con la disciplina della fideiussione, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali, ad esempio, quelle fondate sugli artt. 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante/beneficiario (Cass. 14 febbraio 2007, n. 3257); nella ipotesi in cui la durata di una fideiussione sia correlata non alla scadenza della obbligazione principale ma al suo integrale adempimento, l'azione del creditore nei confronti del fideiussore non è soggetta al termine di decadenza previsto dall'art. 1957 c.c. (Cass. 27 novembre 2002, n. 16758; 19 luglio 1996, n. 6520; 24 marzo 1994, n. 2827); la clausola con la quale il fideiussore si impegni a soddisfare il creditore a semplice richiesta del medesimo configura una valida espressione di autonomia negoziale e dà vita ad un contratto atipico di garanzia, che pur derogando al principio

dell'accessorietà, non fa venir meno la connessione tra rapporto fideiussorio e quello principale (Cass. 12 gennaio 2007, n. 412).

4. Sulla scorta di tali premesse, l'intervento delle Sezioni Unite deve, da un canto, definitivamente chiarire i tratti differenziali, sul piano morfologico, funzionale e interpretativo, tra le fattispecie della fideiussione e del contratto autonomo di garanzia; dall'altro, risolvere il contrasto circa la natura delle polizze assicurative cd. «fideiussorie», sia su di un piano generale, sia nella specifica dimensione, più propriamente oggetto di dubbi ermeneutici, delle convenzioni negoziali stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche, con particolare riguardo, in quest'ultima ipotesi, e per quanto di interesse a fini interpretativi.

Alla disciplina normativa speciale abrogata, di cui, tra l'altro, al d.P.R. n. 1063 del 1962 – oggi abrogato dal d.P.R. n. 544 del 1999, art. 231 – il cui art. 3 disponeva che la cauzione cui è tenuto l'aggiudicatario deve essere prestata in numerario o in titoli di Stato, e può essere costituita, da fideiussione bancaria; alla l. n. 348 del 1982 – a sua volta abrogata dal d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209, art. 354, comma 1 – il cui art. 1 prevedeva che la costituzione di una cauzione a favore dello Stato o altro Ente pubblico potesse prestarsi, tra l'altro, con polizza assicurativa rilasciata da impresa di assicurazione debitamente autorizzata all'esercizio del ramo cauzioni; alla l. n. 109 del 1994 (con riferimento alla quale la garanzia fideiussoria contemplata all'art. 30 è stata assimilata ad una vera e propria caparra confirmatoria dalla 4^a sezione del Consiglio di Stato con la sentenza 29 marzo 2001, n. 1840) – anch'essa abrogata dal d.lgs. n. 163 del 2006, art. 256, comma 1, recante il c.d. «nuovo codice dei contratti pubblici» –; alle circolari ministeriali autorizzative (la n. 145 del 7 gennaio 1960 e la n. 433 del 16 novembre 1979, ove si legge che le assicurazioni cauzionali assolvono alla stessa funzione giuridico-economica di una cauzione in denaro o in altri beni reali).

Alla disciplina attualmente vigente, in particolare all'art. 75 del nuovo codice dei contratti pubblici, a mente del quale la garanzia, pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, va prestata sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. La cauzione può essere costituita in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo Stato al corso del giorno del deposito, presso una sezione di tesoreria provinciale o presso le aziende autorizzate, a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, mentre la fideiussione può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari, e deve prevedere espressamente tanto la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, quanto la rinuncia, all'eccezione di cui all'art. 1957 c.c., comma 2, nonché l'operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante.

Anche alla luce di tale plesso normativo potrà essere, così, efficacemente verificata la esattezza, o meno, della tesi secondo cui, ove la cauzione sia sostituita da altra forma di garanzia prevista per legge (nella specie, quella che il codice del 2006 espressamente qualifica come «fideiussione»), questa debba offrire, o meno, alla P.A. un analogo risultato sul piano funzionale, e cioè l'incondizionato e pressoché automatico incameramento della somma in caso di inadempimento dell'aggiudicatario.

5. Il ricorso è fondato.

Avverso la sentenza della Corte d'Appello di Perugia la A.T.E.R. propone quattro motivi di impugnazione, chiedendo all'adita Corte di legittimità di interpretare la convenzione negoziale per la quale è processo in termini di contratto autonomo di garanzia alla luce sia della previsione di un obbligo di pagamento entro un breve termine (dalla richiesta scritta) – non rilevando, in senso contrario, il mancato uso di espressioni quali «a semplice» o «a prima richiesta», atteso che l'interpretazione della convenzione negoziale *de qua* andrebbe viceversa desunta dalla relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia –, sia dell'impegno assunto dalla ditta debitrice di rimborsare al garante tutte le somme versate, con espressa rinuncia a sollevare qualsiasi eccezione, sia della normativa pubblicistica all'uopo richiamata, che considera(va) la polizza come sostitutiva di una cauzione dovuta dall'appaltatore in favore dello Stato o di altro ente pubblico.

La ricorrente deduce, di conseguenza, l'inapplicabilità, alla fattispecie, della decadenza di cui all'art. 1957 c.c., ovvero la deroga a tale disposizione, dovendo ritenersi che la proposizione dell'istanza scritta di pagamento sia indice inequivoco della volontà dell'ente creditore di avvalersi della garanzia.

I motivi di ricorso appaiono meritevoli di accoglimento, per quanto di ragione.

È opportuno premettere, ad avviso del collegio, alcune più generali premesse in ordine ai rapporti tra negozio tipico di fideiussione e negozio atipico di garanzia (c.d. *Garantievertrag*) che consentano di pervenire a soddisfacente soluzione in diritto con riguardo alla vicenda processuale di cui queste Sezioni Unite risultano oggi investite.

6. È prassi ormai sempre più frequente, nel sottosistema civilistico delle garanzie personali, che contratti di identico contenuto siano indicati con nomi diversi, come accade, in particolare, in tema di polizza fideiussoria, denominata, di volta in volta, «assicurazione cauzionale», «cauzione fideiussoria», «polizza cauzionale», «fideiussione assicurativa».

La polizza fideiussoria è, sotto il profilo genetico, un negozio stipulato dall'appaltatore su richiesta del committente e in suo favore, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di

terzo, funzionalmente caratterizzato dall'assunzione dell'impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazione, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente (così, *ex aliis*, Cass. n. 11261/2005); il terzo non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale, del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile *per facta concludentia*, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile *ex art. 1411 c.c., comma 3* (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992); non rileva, difatti, che il contratto sia stato eventualmente stipulato anche con la partecipazione del creditore garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore stesso ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (Cass. n. 7766/1990), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione – in relazione alla quale il committente è terzo – corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilatera, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che ad essa condiziona l'erogazione delle sue prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (così, ancora, Cass. n. 23708/2008).

Deve, pertanto, convenirsi con la più attenta dottrina che ricostruisce la fattispecie riconoscendo al debitore principale la qualità di parte del contratto – per assumerne la veste di stipulante –, al garante la veste di promittente, al creditore principale quella di (terzo) beneficiario (con la precisazione che, nella normalità dei casi, il testo della garanzia viene in realtà imposto dal beneficiario, il quale non lascia al debitore ordinante margini di negoziazione in ordine alle condizioni contrattuali: né è escluso che il garante, su incarico del cliente-debitore, stipuli il contratto direttamente con il creditore).

È questa una prima, essenziale differenza morfologica rispetto allo schema tipico delle convenzioni fideiussorie, che, caratterizzate dalla funzione di garantire un'obbligazione altrui, intercorrono esclusivamente tra il fideiussore e il creditore (così, tra le tante, Cass. n. 1525/1984, che non manca di sottolineare come, ai sensi dell'art. 1936 c.c., comma 2, la fideiussione sia efficace anche se il debitore non ne ha conoscenza: la differenza parrebbe attenuarsi nel *dictum* di cui a Cass. n. 3940/1995, a mente della quale la fideiussione «può anche essere stipulata con l'intervento del debitore o tra quest'ultimo ed il garante, in modo da

configurare un contratto a favore del terzo creditore che, dichiarando di voler profittarne, rende irrevocabile la stipulazione, ai sensi dell'art. 1411 c.c.», secondo una ricostruzione strutturale della fattispecie che parrebbe peraltro evocare, più propriamente, l'istituto dell'accollo cumulativo esterno, oltre che confliggere con il preciso *dictum* normativo di cui all'art. 1936 c.c., che identifica le parti del contratto nel creditore e nel garante).

Altra differenza funzionale rispetto alla fideiussione è costituita dall'essere la polizza o assicurazione fideiussoria «necessariamente onerosa» in quanto assunta dall'assicuratore in corrispettivo del pagamento di un premio (Cass. n. 221/1963), mentre la fideiussione può essere anche a titolo gratuito (nel qual caso il contratto, ponendo obbligazioni a carico di una sola parte, si perfeziona in forza del disposto dell'art. 1333 c.c.: Cass. n. 9468/1987).

7. Quanto alla natura giuridica delle polizze, la giurisprudenza di questa corte le ha diacronicamente considerate, sotto l'aspetto tipologico, di volta in volta come sottotipo innominato di fideiussione (Cass. n. 221/1963), come figura contrattuale intermedia fra il versamento cauzionale e la fideiussione, come contratto atipico, come contratto misto risultante dalla fusione di elementi propri di vari contratti (tra le tante: Cass. n. 2899/1968; n. 1292/1978; n. 6155/1982; n. 5981/1986; n. 6499/1990; n. 13661/1992; n. 3940/1995; n. 6823/2001; n. 11261/2005; n. 3257/2007; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; n. 12871/2009).

In particolare, diversamente dalla cauzione, la prestazione viene assunta da un terzo (garante) e non dallo stesso debitore obbligato, mentre manca il versamento anticipato di una somma di denaro, così evitandosi l'effetto negativo di una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali; diversamente dalla fideiussione, l'impegno del garante è di estensione tale da consentire al creditore principale di soddisfarsi in via di autotutela, cioè di realizzare il suo credito sui beni oggetto della garanzia (seppur non tramite l'incameramento della cauzione ma) mediante un atto unilaterale costituito da una richiesta della somma assicurata (in caso di inserimento della clausola «a semplice» o «prima richiesta»), all'esito di un accertamento unilaterale ed insindacabile dello stesso creditore in ordine alla ricorrenza delle condizioni previste per l'escussione.

Va altresì sottolineato che, pur essendo prestata spesso da un'impresa di assicurazione, la funzione della polizza non consiste nel trasferimento o nella copertura di un rischio – che assume un rilievo assai marginale, essendo la prestazione del garante svincolata da un preciso ed obiettivo accertamento del suo presupposto (il quale è demandato allo stesso beneficiario) – ma in quella di garantire al beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dallo stesso contraente, anche quando l'inadempimento sia dovuto a volontà dello stesso e questi sia solvibile.

8. Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di questa corte, poiché la causa del negozio *de quo* consiste sostanzialmente nel garantire l'adempimento («sostitutivo o di regresso»: Cass. n. 1292/1978, cit.) della prestazione dovuta al creditore da un terzo, troverebbe applicazione la disciplina legale tipica della fideiussione, ove non espressamente derogata, potendo le parti, nella loro autonomia contrattuale, richiamare le norme sull'assicurazione per quanto riguarda i rapporti tra il debitore contraente e l'assicuratore (Cass. n. 5450/1984 ritiene, pertanto, applicabili le norme sulla fideiussione, considerata come rapporto tipico «prevalente», e in particolare l'art. 1941 c.c. secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore né può essere prestata a condizioni più onerose; mentre Cass. n. 11038/1991 e n. 6757/2001 si esprimono nel senso che, nelle ipotesi di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente-debitore in ordine alla formazione del rapporto principale, non trovi applicazione la disciplina dell'art. 1892 c.c. sull'assicurazione, dovendo la validità del contratto essere piuttosto valutata alla stregua delle regole dell'annullabilità per errore o dolo. Peraltro, in senso opposto, Cass. n. 2297/1975, n. 3457/1981, n. 7028/1983, n. 14656/2002 si esprimono nel senso dell'applicabilità della normativa sull'assicurazione, in particolare dell'art. 2952 c.c., comma 1, quanto alla prescrizione annuale delle rate di premio).

8.1. Di segno speculare, invece, l'orientamento secondo il quale (pur ritenendosi la convenzione in parola, tanto se diretta a garantire al beneficiario l'adempimento dell'obbligazione originariamente assunta verso di lui dal contraente della polizza, quanto se volta ad assicurargli la somma dovuta per inadempimento o inesatto adempimento funzionale a garantire un obbligo altrui secondo lo schema previsto dall'art. 1936 c.c., affiancando al primo un secondo debitore di pari o diverso grado), la polizza fideiussoria, se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia atipica (c.d. *fideiussio indemnitas*), in quanto l'infungibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto (così, tra le altre, Cass. n. 7712/2002; Cass. n. 2377/2008).

Questo secondo orientamento trae linfa dalla considerazione per cui elemento «normale ed essenziale» del vincolo fideiussorio è pur sempre l'identità con l'obbligazione principale nella sua stessa quantità e nelle sue stesse condizioni. Dal suo canto, autorevole dottrina evidenzia che la polizza non mira a garantire l'adempimento dell'obbligazione del debitore principale (come accade nella fideiussione), ma ad assicurare al creditore la presenza di un soggetto solvibile in grado di tenerlo indenne

dall'eventuale inadempimento del medesimo, ciò che dimostrerebbe il venir meno di uno degli elementi strutturali della fideiussione, vale a dire l'accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella del debitore principale, con conseguente slittamento verso il modello del contratto autonomo di garanzia e inadeguatezza del modello legale fideiussorio (erroneamente applicato secondo la teoria della prevalenza o dell'assorbimento, ove la disciplina normativa viene individuata attraverso l'incorporazione del contratto nel tipo prevalente o che più gli assomiglia). La medesima dottrina propone, così, l'applicazione del c.d. metodo «tipologico», che consentirebbe di rintracciare, nella trama del contratto in questione, sotto-strutture negoziali differenti mediante un'opera di destrutturazione del contratto che offra all'interprete l'opportunità di individuare diverse caratteristiche tipologiche che solo successivamente verranno utilizzate al fine di determinare (sempre senza valicare i limiti dell'incompatibilità) il mix disciplinare che meglio risponde all'esigenza di regolare il rapporto (mentre da altra parte si invita a considerare la naturale propensione delle polizze a modellarsi in funzione delle diverse esigenze di garanzia di volta in volta soddisfatte e a cogliere e valorizzare il *quid proprium* delle diverse configurazioni assunte nella prassi, rifuggendo da aprioristici tentativi di generalizzazione e di riduzione a un «tipo»).

Sulla polizza fideiussoria si riverbera così l'eco del dibattito sul contratto autonomo di garanzia (*Garantievertrag*) e sulla sua causa.

8.2. Pur non essendo questa la sede per approfondire gli esiti di tale questione, pare sufficiente considerare che, secondo una diffusa opinione, la funzione del *Garantievertrag* è quella di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, che non sempre consiste in un dare ma può anche riguardare un fare infungibile, contrariamente a quanto accade per il fideiussore, il quale garantisce l'adempimento della medesima obbligazione principale altrui (attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante). In altri termini, mentre con la fideiussione è tutelato l'interesse all'esatto adempimento dell'(unica) prestazione principale – per cui il fideiussore è un «vicario» del debitore –, l'obbligazione del garante autonomo è qualitativamente altra rispetto a quella dell'ordinante, sia perché non necessariamente sovrapponibile ad essa, sia perché non rivolta al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Ne consegue che polizze fideiussorie e fideiussione, pur accomunate dal medesimo (generico) scopo di offrire al creditore-beneficiario la garanzia dell'esito positivo di una determinata operazione economica,

si distinguono perché le prime (se prestate a garanzia di obbligazioni infungibili) appartengono alla categoria delle c.dd. garanzie di tipo indennitario, potendo il creditore tutelarsi (rispetto all'inadempimento del debitore) soltanto tramite il risarcimento del danno, mentre la fideiussione appartiene alle c.dd. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate dal rafforzamento del potere del creditore di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè di realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto.

8.3. Ancora con specifico riguardo alle polizze fideiussorie, l'introduzione, nelle condizioni generali di contratto, di clausole di pagamento con diciture «a semplice» o «a prima richiesta (o domanda)», «senza eccezioni» o analoghe («incondizionatamente», «a insindacabile giudizio del beneficiario» e così via), se ne ha di fatto evidenziato l'imprevedibilità di qualsivoglia natura assicurativa e l'indiscutibile avvicinamento al modello cauzionale, ne ha specularmente posto il problema della compatibilità con il modello tipico fideiussorio.

La previsione di siffatte clausole di pagamento manifesta, difatti, una rilevante deroga alla disciplina legale della fideiussione, che si sostanzia nell'attribuzione, al creditore-beneficiario, del potere di esigere dal garante il pagamento immediato, a prescindere da qualsiasi accertamento (e dalla prova da parte del creditore) in ordine all'effettiva sussistenza di un inadempimento del debitore principale (ciò vale, in particolare, per l'incameramento della cauzione da parte dell'ente appaltatore di opere pubbliche, il quale non è tenuto a dimostrare la sussistenza di un danno in concreto, proprio in ragione della determinazione forfettaria dello stesso che consegue alla previsione della cauzione: così Cass. n. 8295 del 1994, in motivazione). A tale riguardo, questa corte ha avuto modo di affermare che, se è consentito alle parti di concedere (o far concedere da un terzo) una somma di denaro al creditore a garanzia dell'adempimento della prestazione dovutagli, allo stesso modo deve poter rientrare nei poteri riconosciuti all'autonomia negoziale la sostituzione della somma di denaro con l'impegno di un terzo di provvedere a quella prestazione o a quel pagamento a semplice richiesta del creditore, dovendosi pertanto riconoscere in dette clausole una «una valida espressione di autonomia negoziale».

9. Di tali clausole, secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 6499/1990, n. 10486/2004, n. 4446/2008 in motivazione), si predica la incompatibilità con la disciplina della fideiussione, e la conseguente inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali quelle fondate sull'art. 1947 (compensazione opposta dal garante con un debito del creditore verso il debitore principale), art. 1956 (liberazione del fideiussore per obbligazione futura assunta dal creditore) e art. 1957 c.c. (decadenza prevista per l'ipotesi che il credi-

tore non coltivi dopo la scadenza dell'obbligazione la propria pretesa nei confronti del debitore principale).

9.1. Secondo un diverso orientamento, dette clausole sarebbero invece idonee a valere anche come osservanza dell'onere di cui all'art. 1957 prescindendo dalla proposizione dell'azione giudiziaria (Cass. n. 7345/1995, cit.), sicché non si tratterebbe di un'esclusione ma di una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria (Cass. n. 10574/2003, n. 27333/2005, n. 13078/2008, quest'ultima sulla limitata funzione, che può essere svolta da una clausola di pagamento a prima richiesta, di evitare al creditore la decadenza di cui all'art. 1957 non solo iniziando l'azione giudiziaria verso il debitore principale, ma anche soltanto rivolgendo al fideiussore la richiesta di adempimento).

9.2. È dunque opportuno approfondire le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza di questa corte a ravvisare nelle clausole di pagamento in oggetto una deroga (seppur variamente atteggiata) alla disciplina legale della fideiussione onde chiarire se di semplice deroga si tratti, ovvero di una così rilevante alterazione del «tipo» negoziale fideiussorio tale da provocarne un *exodus* che conduca all'approdo al modello del *Garantievertrag* così come comunemente praticato nel commercio internazionale e, di recente, anche nazionale (nelle forme del *Bid Bond* o *Bietungsgarantie*, a garanzia del rispetto o del mantenimento di un'offerta contrattuale; del *Performance Bond* o *Leistungsgarantie* e del *Vertragserfüllungsgarantie*, quale garanzia di buona esecuzione di un contratto; del *Repayment Bond* e dell'*Advance payment Bond* o *Anzahlungsgarantie*, a copertura del rischio che l'appaltatore non rimborsi al committente il pagamento degli anticipi ricevuti in caso di mancata esecuzione dei lavori; del *Retention money Bond*, la cui origine è nella prassi in base alla quale il committente trattiene una parte dei pagamenti in occasione dei diversi stati di avanzamento dei lavori, al fine di costituire un fondo di copertura per le spese eventuali da sostenere per riparare errori dell'appaltatore nell'esecuzione dei lavori).

Quelle ragioni risiedono nell'essere le suddette clausole volte a precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale (siano esse relative al rapporto di valuta tra quest'ultimo e il creditore o al rapporto di provvista tra il debitore principale e il garante), in deroga alla regola essenziale della fideiussione posta dagli artt. 1945 e 1941 c.c., con l'effetto di svincolare (in tutto o in parte) la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie.

9.3. Sotto l'aspetto morfologico, il contratto autonomo di garanzia

costituisce espressione di quella autonomia negoziale riconosciuta alle parti dall'art. 1322 c.c., comma 2, che si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni fra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (di solito una banca straniera), l'eventuale controgarante (soggetto non necessario, che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione di cui agli artt. 1936 e seguenti c.c., è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante s'impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di base, e identico impegno assume il controgarante nei confronti del garante (così Cass. n. 1420/1998; sulla controgaranzia autonoma, Cass. n. 12341/1992 specifica che l'obbligo di pagamento del garante secondo il meccanismo dell'adempimento «a prima richiesta», tanto della «garanzia» che della «controgaranzia», si attiva a seguito dell'inadempimento dell'obbligazione principale, restando irrilevante l'avvenuto adempimento del contratto collegato a catena).

La diversità di struttura e di effetti rispetto alla fideiussione si riflette sulla causa concreta (in argomento, *funditus*, Cass. 10490/06) del *Garantievertrag*, la quale risulta essere quella di trasferire da un soggetto ad un altro il rischio economico connesso alla mancata esecuzione di una prestazione contrattuale, sia essa dipesa da inadempimento colpevole oppure no: infatti, la prestazione dovuta dal garante è qualitativamente diversa da quella dovuta dal debitore principale, essendo (non quella di assicurare l'adempimento della prestazione dedotta in contratto ma) semplicemente quella di assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento (Cass. n. 2377/2008, cit., proprio con riguardo alle polizze fideiussorie); per la sua indipendenza dall'obbligazione principale, esso si distingue, pertanto, dalla fideiussione, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante si obbliga (non tanto a garantire l'adempimento, quanto piuttosto) a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta (Cass. n. 27333/2005; n. 4661/2007): ne consegue, in definitiva, la sua fuoriuscita dal modello fideiussorio, essendo il rapporto affidato per intero all'autonomia privata nei limiti fissati dall'art. 1322 c.c., comma 2 ed essendo la causa del contratto quella di coprire il rischio del beneficiario mediante il trasferimento dello stesso sul garante.

Il riferimento, come oggetto della garanzia *de qua*, al rischio contrattuale da preservare (ovvero all'interesse economico sotteso all'obbligazione principale) ha rappresentato una soluzione funzionale a superare

l'apparente ossimoro celato nel sintagma «garanzia autonoma» (atteso che il concetto di garanzia presuppone ontologicamente una relazione di accessorietà con un *quid* che dev'essere garantito), con la conseguenza che la garanzia sarebbe autonoma rispetto all'obbligazione principale ma pur sempre accessoria rispetto all'interesse economico ad essa sottostante, così evitandosi la (preoccupante) conseguenza di individuare nel rapporto principale il termine della *relatio* e di assimilare in tal modo la garanzia autonoma a quella accessoria.

9.4. Sotto il profilo funzionale, il regime «autonomo» del *Garantievertrag* trova un limite quando: le eccezioni attengano alla validità dello stesso contratto di garanzia (Cass. n. 3326/2002, cit.) ovvero al rapporto garante/beneficiario (Cass. n. 6728/2002, sul diritto del garante di opporre al beneficiario la compensazione legale per un credito vantato direttamente nei suoi confronti); il garante faccia valere l'inesistenza del rapporto garantito (Cass. n. 10652/2008, in motivazione, «trattandosi pur sempre di un contratto (di garanzia) la cui essenziale – quindi inderogabile – funzione è quella di garantire un determinato adempimento»); la nullità del contratto-base dipenda da contrarietà a norme imperative o illiceità della causa ed attraverso il contratto di garanzia si tenda ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta (Cass. n. 3326/2002; n. 26262/2007; n. 5044/2009); sia proponibile la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis*, perché risulta evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa (nel senso che il garante non è autorizzato ad effettuare pagamenti arbitrariamente intimatigli, a pena di perdita del regresso nei confronti del debitore principale: Cass. n. 10864/1999; n. 917/1999; n. 5997/2006; in generale, sull'obbligo del garante di opporre l'*exceptio doli* a protezione del garantito dai possibili abusi del beneficiario, Cass. n. 10864/1999; n. 5997/2006; n. 23786/2007; n. 26262/2007; sull'obbligo del garante di fornire la prova certa ed incontestata dell'esatto adempimento del debitore ovvero della nullità del contratto garantito o illiceità della sua causa: Cass. n. 3964/1999; n. 10652/2008), mentre discussa è la conseguenza della impossibilità sopravvenuta della prestazione principale non imputabile al debitore (che, secondo una recente giurisprudenza di merito – App. Genova, 25 luglio 2003 – sarebbe a sua volta causa di estinzione della garanzia).

La più rilevante differenza operativa tra la fideiussione e il contratto autonomo di garanzia non riguarda, peraltro, il momento del pagamento – cui (anche) il fideiussore «atipico» può essere tenuto immediatamente a semplice richiesta del creditore –, ma attiene soprattutto al regime delle azioni di rivalsa dopo l'avvenuto pagamento.

9.5. Se, difatti, il pagamento non risulti dovuto per motivi attinenti al

rapporto di base, il garante (dopo aver pagato a prima/semplice richiesta) che agisce in ripetizione con l'*actio indebiti* ex art. 2033 c.c. nei confronti dell'*accipiens*, cioè del creditore beneficiario, facendo valere le eccezioni di cui dispone il debitore principale, risponde in realtà come un fideiussore, atteggiandosi la clausola di pagamento in questione come una ordinaria clausola *solve et repete* ex art. 1462 c.c. Il garante «autonomo», invece, una volta che abbia pagato nelle mani del creditore beneficiario, non potrà agire in ripetizione nei confronti di quest'ultimo (salvo nel caso di escussione fraudolenta), rinunciando, per l'effetto, anche alla possibilità di chiedere la restituzione di quanto pagato all'*accipiens* nel caso di escussione illegittima della garanzia, ma potrà esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. unicamente nei confronti del debitore garantito (il più delle volte mediante il cosiddetto «conteggio automatico» a carico del debitore, quando questi ha anticipato alla banca le somme necessarie per il pagamento o quando sussista la possibilità di addebitare le somme su un conto corrente), senza possibilità per il debitore di opporsi al pagamento richiesto dal garante né di eccepire alcunché, in sede di rivalsa, in merito all'avvenuto pagamento (così Cass. n. 8324/2001; n. 7502/2004; n. 14853/2007).

L'effetto è di «autonomizzare» il rapporto di garanzia rispetto al rapporto base, contrariamente a quanto accade per la fideiussione tipica: è a quest'ultima, infatti, che si riferisce il principio secondo il quale «quando si estingue l'obbligazione principale, si estingue anche quella accessoria di garanzia. Pertanto, se il fideiussore paga un debito già estinto, per remissione, per pagamento o per altra causa, non può esercitare azione di regresso nei confronti del debitore principale» (così Cass. n. 2334/1967).

Sarà il debitore principale ordinante, vittoriosamente escusso dal garante che abbia pagato al beneficiario, ad agire in rivalsa, se il pagamento non era dovuto alla stregua del rapporto di base (ad esempio, per il pregresso e puntuale adempimento della medesima obbligazione), sulla base del rapporto di valuta, nei confronti del beneficiario, il quale ha ricevuto dal garante una prestazione non dovuta, mentre la stessa azione di rivalsa del garante verso il debitore-ordinante viene esclusa quando il primo abbia adempiuto nonostante disponesse di prove evidenti della malafede del beneficiario, salva in tal caso la possibilità di agire contro il beneficiario stesso con la *condictio indebiti*, ai sensi dell'art. 2033 c.c. (va in proposito ricordato che l'art. 20 della Convenzione UN-CITRAL, sulle garanzie autonome e sulle lettere di credito, elaborata dalla Commissione delle Nazioni Unite sul commercio internazionale, tra le alternative riconosciute all'ordinante per neutralizzare il pericolo di un'abusiva escussione, prevede sia la possibilità di inibire al garante di trattenere o recuperare presso l'ordinante le somme pagate in base

alla garanzia sia la possibilità di richiedere un provvedimento giudiziario che impedisca al beneficiario di riscuotere la garanzia).

10. Chiarite così le differenze operative tra fideiussione (eventualmente resa atipica dall'inserimento delle clausole in questione) e *Garantievertrag*, va affrontata e risolta la speculare questione dell'idoneità o sufficienza della clausola di pagamento a prima o semplice richiesta (o senza eccezioni) a trasformare un contratto di fideiussione (pur atipico) in un *Garantievertrag*. A tale riguardo, si segnalano due non omogenei orientamenti della giurisprudenza di questa Corte che – pur nella consonanza delle affermazioni secondo cui, da un lato, la qualificazione della garanzia come contratto autonomo di garanzia o di fideiussione (eventualmente atipica) si risolve in un apprezzamento dei fatti e delle prove da parte del giudice di merito, incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato (Cass. n. 4981/2001; n. 10637/2002; n. 11368/2002; n. 13001/2006; n. 2464/2004), essendo privo di valore il *nomen iuris* utilizzato dalle parti per designare la garanzia; dall'altro, a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta, in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma, e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale configurazione si fonda (Cass. n. 8540/2000) – appare, sul punto, contrastante: – un primo indirizzo è nel senso che l'inserimento di clausole del genere valga di per sé a qualificare il negozio *de quo* come contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la fideiussione (Cass. n. 3552/1998, in motivazione; n. 6757/2001; n. 3257/2007, cit.; n. 14853/2007; n. 11890/2008, in motivazione; in particolare, Cass. n. 8248/1998 ha qualificato la garanzia come autonoma in presenza di una clausola di pagamento «a prima richiesta», con esclusione del *beneficium excussionis* e dell'accertamento dell'inadempienza da parte dello stesso creditore garantito sulla base della contabilità dell'appalto); - un secondo filone interpretativo è invece nel senso che il contratto non assume i connotati del contratto autonomo di garanzia per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiari essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione tra fideiussione e *Garantievertrag* andrebbe tratta, infatti, anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia, e nel secondo caso la funzione sarebbe non già quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto quella, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di da-

naro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti. Un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato, come la fideiussione, dal principio di accessorialità (artt. 1939 e 1945 c.c.): la clausola è dunque in sé valida, giacché, pur con riguardo alla causa del contratto di fideiussione ed alla relativa disciplina, essa costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale, che resta nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 c.c.), dalla quale si trae, insieme, che clausole limitative della possibilità di proporre eccezioni sono in certa misura ed a determinate condizioni consentite dall'ordinamento (art. 1341, comma 2 c.c.), e che una clausola del tipo di quella di cui si discute non è in contrasto con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorialità (così Cass. n. 2909/1996, in motivazione; nel senso che, ai fini della distinzione del contratto autonomo di garanzia dalla fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno di espressioni quali «a prima richiesta» o «a semplice richiesta scritta», ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia, ancora di recente, Cass. n. 5044/2009, cit.).

Pur se non direttamente investite della questione, vertendo il contrasto di giurisprudenza oggi sottoposto all'esame del collegio sulla natura e sulla disciplina applicabile alle polizze fideiussorie, queste Sezioni Unite ritengono che debba essere data continuità al primo degli orientamenti citati, che ha l'ineliminabile pregio di consentire, *ex ante*, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate, così che la clausola «a prima richiesta e senza eccezioni» dovrebbe di per sé orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del *Garantievertrag*, salva evidente, patente, irrimediabile discrasia con l'intero contenuto «altro» della convenzione negoziale.

10.1. Così ricostruiti i caratteri strutturali ed effettuali del contratto autonomo di garanzia, pare innegabile che, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, ad esso non possa applicarsi la norma dell'art. 1957 c.c. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poiché tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria (così Cass. n. 3964/1999, cit., ancora in tema di polizza fideiussoria; Cass. n. 11368/2002, in motivazione) instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorialità del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma.

10.2. Per ciò che più specificamente concerne l'oggetto della questione

sottoposta al collegio, è opportuno ripercorrere, in sintesi, le divergenze manifestatesi nella giurisprudenza di questa corte sui profili di seguito indicati.

10.3. Quanto ai caratteri morfologici della polizza fideiussoria, prevalente appare l'orientamento predicativo della sua natura fideiussoria, con conseguente applicazione della disciplina legale tipica *ex art.* 1936 ss. c.c. ove non derogata dalle parti; un diverso, minoritario indirizzo, ne esclude, viceversa, la configurabilità in termini di fideiussione laddove essa sia prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore: in tal caso, la convenzione integrerebbe gli estremi della garanzia atipica in quanto, non potendo surrogare l'adempimento «specifico» di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, *sic et simpliciter*, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento. Essa risulta, pertanto, vicenda del tutto disomogenea rispetto al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà (sussidiarietà)/accessorietà, riconducibile di converso alla figura della garanzia di tipo indennitario, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto (Cass. n. 2377/2008, cit.; n. 7712/2002).

10.4. Queste Sezioni Unite intendono dare continuità al secondo degli orientamenti poc'anzi ricordati.

Non appaiono decisive, difatti, le riserve che dottrina e giurisprudenza attestano sul fronte dell'equiparazione della polizza *de qua* alla convenzione fideiussoria (quantunque atipica) hanno diacronicamente manifestato *in subiecta materia*. Si obietta, difatti, che la banca garantisce non già la prestazione primaria (cioè l'esecuzione dell'opera o della fornitura), bensì quella secondaria, che consiste nel pagamento di una somma di denaro prestabilita (la quale spesso assume i caratteri della clausola penale): ciò consentirebbe di ritenere che vi sia identità tra l'oggetto della prestazione garantita e quello dell'obbligazione di garanzia, trattandosi in entrambi i casi di una (anzi della stessa) somma di denaro. Si è anche osservato che, da questo punto di vista, la differenza con la fideiussione è meno marcata, giacché l'indennità non solo può essere in certi casi omogenea alla prestazione pecuniaria ed originaria del debitore, ma è comunque omogenea rispetto alle prestazioni pecuniarie secondarie del debitore (derivino esse da un risarcimento del danno o da una clausola penale). Con specifico riguardo alla garanzia (c.d. definitiva) dovuta all'Amministrazione appaltante, ai sensi della l. n. 109 del 1994, art. 30, comma 2, si è poi rilevato che, se è vero che la garanzia ha carattere indennitario, in quanto il fideiussore non è obbligato ad adempiere in luogo del debitore principale, essendo tenuto a rifondere

il creditore degli oneri affrontati in conseguenza del mancato o inesatto adempimento del debitore, è altrettanto vero che la diversità della prestazione dell'assicuratore non esclude la funzione di garanzia in quanto la fideiussione sostituisce non la esecuzione dell'obbligazione principale ma la cauzione, cioè la garanzia reale dell'obbligazione dell'esecutore: ad essere garantito non sarebbe tanto un qualsiasi adempimento, bensì la prestazione della cauzione.

Non si è mancato poi di sottolineare, per altro verso, che il concetto di fungibilità e infungibilità della prestazione appare qualificazione giuridica tra le più sfuggenti, cui, del resto, non sempre è riconosciuto un autonomo significato, trattandosi di un problema di interpretazione in senso lato, di talché la fungibilità di un'obbligazione non dipenderebbe tanto dal tipo di prestazione o dalla natura del suo oggetto secondo criteri astratti, ma avrebbe da esser valutata in concreto, tenuto conto anche dell'interesse del creditore, *ex art.* 1173 c.c. (ciò che ha consentito alla moderna dottrina di considerare fungibile anche l'adempimento delle obbligazioni di fare – così superandosi la tradizionale impostazione, figlia del codice del 1865, propensa a ritenere che soltanto l'obbligazione pecuniaria potesse essere garantita da fideiussione –, coerentemente con il disposto dell'attuale *art.* 1936 c.c. – il cui *pendant* è costituito dal 765, comma 1 del BGB –, il quale non contiene alcuna distinzione esplicita in argomento, indicando solo che la fideiussione garantisce «l'adempimento di un'obbligazione altrui», così venendo meno qualsivoglia argomento letterale a favore dell'idea di un'identità di contenuto dell'obbligazione principale e dell'obbligazione fideiussoria, mutando il precedente richiamo dell'*art.* 1898 c.c. abrogato alla «stessa obbligazione»). Si è infine rilevato che l'accessorietà dell'obbligazione fideiussoria non implicherebbe una assoluta ed univoca dipendenza del rapporto di garanzia dal rapporto garantito, in quanto la fideiussione, al pari di qualsiasi altro rapporto obbligatorio, vive e si mantiene in questa relazione funzionale con una individualità propria, e che il nostro ordinamento non conosce una nozione tecnica di accessorietà, ossia una disciplina unitaria del fenomeno, onde la «relativizzazione» del requisito in parola, intesa come conseguenza dell'acquisita autonomia causale della fideiussione, manifestandosi nell'ordinamento il riconoscimento di una certa indipendenza dell'obbligazione di garanzia rispetto a quella garantita, con un'implicita retrocessione del requisito dell'accessorietà a un livello non essenziale.

11. Le considerazioni che precedono non appaiono decisive al fine di predicare una non realistica consonanza tra polizza fideiussoria e convenzione di garanzia tipica *ex art.* 1936 c.c. Al di là della osservazione (di per sé decisiva) secondo la quale esse non appaiono sufficienti a far superare il principio secondo cui rimangono fuori dalla possibilità

di essere garantite per il tramite di una fideiussione le obbligazioni di fare infungibile, nelle quali c'è comunque un interesse del creditore alla personale esecuzione del debitore – non potendo, in questo caso, realizzarsi in alcun modo la sostituzione del fideiussore al debitore principale, poiché il garante non deve (né può) adempiere, in rapporto di solidarietà con il debitore principale, un debito identico a quello su di lui gravante – non sembra seriamente contestabile che si discorra di *fideiussio indemnitis* con riferimento a fattispecie nella quale la funzione di garanzia viene piuttosto a porsi in via (succedanea e secondaria sì, ma) del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, onde garantire il risarcimento del danno dovuto al creditore per l'inadempimento dell'obligato principale e, quindi, per un'obbligazione non soltanto futura ed eventuale (ciò che non costituirebbe di per sé ostacolo alla configurabilità di una fideiussione, avendo l'attuale art. 1938 c.c. posto termine ad un dibattito dottrinale e giurisprudenziale formatosi nel vigore del precedente codice con l'ammettere esplicitamente la legittimità della fideiussione «anche per un'obbligazione condizionale o futura»), ma essenzialmente diversa rispetto a quella garantita, con l'ulteriore conseguenza che l'obbligazione del garante non diviene attuale prima dell'inadempimento della (diversa) obbligazione principale, verificatosi il quale sorge l'obbligo secondario del «risarcimento» del danno (*rectius*, dell'indennizzo conseguente all'inadempimento): viene irrimediabilmente vulnerato, in tal guisa, proprio quel meccanismo della solidarietà che attribuisce al creditore la *libera electio*, cioè la possibilità di chiedere l'adempimento così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito è esigibile.

Venendo così meno la funzione di garantire, in senso preventivo, l'adempimento, la c.d. *fideiussio indemnitis* pare definitivamente espunta dall'orbita della garanzia fideiussoria, per acquisire una funzione reintegratoria (non del tutto aliena da un modello assicurativo).

Né decisiva appare, ancora, l'obiezione secondo la quale, nel nostro ordinamento, un'astrazione assoluta dell'elemento causale, in cui la sorte o i difetti dell'obbligazione sottostante non abbiano mai alcuna ripercussione sull'obbligazione astratta di garanzia, non pare a tutt'oggi legittimamente predicabile.

Va premesso, in proposito, che, tra astrazione assoluta e accessorialità (intesa nel senso tradizionale) si stagliano orizzonti che abbracciano diverse gradazioni di strutture negoziali che il legislatore di volta in volta legittima, secondo un giudizio di valore rispetto ai vari interessi coinvolti: l'accessorialità dell'obbligazione autonoma di garanzia rispetto al rapporto debitorio principale assume un carattere certamente più elastico, di semplice collegamento/coordinamento tra obbligazioni, ma non viene del tutto a mancare, come dimostrato, da un lato, dalla

rilevanza delle ipotesi in cui il garante è esonerato dal pagamento per ragioni che riguardano comunque il rapporto sottostante (*supra*, sub 6.2); dall'altro, dal meccanismo di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali attraverso il sistema delle rivalse.

Va inoltre considerato che, come condivisibilmente affermato dalla Terza Sezione di questa corte con la sentenza 10490/06 (e poi ribadito, sia pur *in obiter*, da queste stesse Sezioni Unite con le quattro pronunce dell'11 novembre del 2008, rese in tema di danno non patrimoniale), appaia oggi predicabile una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che la configurava come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato).

Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora oggettivamente iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, secondo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

È innegabile, pertanto, che di *causa negotii* sia lecito discorrere, in termini di sua concreta esistenza, anche con riferimento al contratto autonomo di garanzia e alla polizza fideiussoria, ad esso assimilabile *quoad effecta*. È altresì innegabile, nel caso di specie, che la forma di garanzia prescelta dalle parti, in alternativa al deposito cauzionale in denaro o titoli, non sia stata quella della fideiussione, bensì quella della polizza fideiussoria, alternativa e, per l'effetto, sostitutiva forma di prestazione della cauzione stessa, «consentita» (così, letteralmente, il testo negoziale rilevante *in parte qua*) dall'amministrazione appaltante senza essere accompagnata da alcuna dichiarazione abdicativa di tutti gli altri poteri e facoltà spettatili sulla base della normativa di settore vigente *ratione temporis*. La funzione individuale del singolo, specifico negozio (*id est* della polizza fideiussoria) è stata dunque quella di sostituire la *traditio* del denaro tipica della cauzione con l'obbligazione di corrispondere una somma di denaro, da parte del garante, a richiesta del creditore, senza alcuna possibilità, per il primo, di invocare il meccanismo, tipicamente fideiussorio, di cui all'art. 1957 c.c.

Va pertanto affermato il seguente principio di diritto: la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità della obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto. Con la precisazione, peraltro, della invalidità della polizza stessa se intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite. (*Omissis*).

II

Con atto notificato il giorno 2 novembre 2001 l'Istituto Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Perugia ha proposto appello, nei confronti di Lloyd Italico s.p.a. e Viola Francesco, titolare della ditta Viola Costruzioni, contro la sentenza del 9 agosto 2000-4 ottobre 2000, resa tra le parti dal Tribunale di Perugia, con la quale quest'ultimo aveva respinto la domanda dell'odierno appellante di pagamento della somma di Lire 61.291.937 portata da una polizza fideiussoria costituita presso l'assicuratore in favore dell'Istituto.

Lloyd Italico s.p.a. ha resistito al gravame e spiegato appello incidentale condizionato, mentre Viola Francesco, titolare della ditta Viola Costruzioni, ha optato per la contumacia.

L'appello, istruito con produzione di documenti, è stato posto in decisione all'udienza collegiale del giorno 16 gennaio 2003. (*Omissis*).

§ 1. – Per una adeguata comprensione della vicenda è sufficiente rammentare che lo I.E.R.P. ha appaltato al Viola la costruzione di un immobile, sicché l'appaltatore ha, in data 17 novembre 1993, costituito presso Lloyd Italico s.p.a. una polizza fideiussoria diretta a garantire l'appaltante per il caso di inadempimento delle obbligazioni sorte a suo carico dalla stipulazione del contratto d'appalto.

Lo I.E.R.P., con delibera del 29 giugno 1995, notificata all'appaltatore il successivo 18 luglio, ha dichiarato risolto il contratto d'appalto per inadempimento dell'appaltatore medesimo, ai sensi dell'art. 10, sesto comma, d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063, disponendo in pari tempo l'incameramento della cauzione ai sensi dell'ottavo comma della medesima disposizione.

L'Istituto, non avendo ottenuto il pagamento della somma portata dalla polizza fideiussoria menzionata, nonostante richiesta in tal senso rivolta all'assicuratore in data 9 agosto 1995, ha dunque agito in giudizio nei confronti di quest'ultimo per ottenerne condanna al pagamento della somma detta.

Lloyd Italico s.p.a., costituitasi in giudizio, ha sostenuto che il rapporto di garanzia del quale essa era parte aveva natura di vera e propria fideiussione, con la conseguenza che il diritto *ex adverso* azionato

si era estinto ai sensi dell'art. 1957 c.c., per non avere l'attore proposto tempestivamente la domanda contro il debitore principale, e che, in ogni caso, la società convenuta, nella qualità di fideiussore, ben poteva far valere l'inesistenza dell'inadempimento del Viola, inadempiente essendo l'Istituto.

L'assicuratore ha inoltre in altro giudizio agito in manleva nei confronti del Viola, che è rimasto contumace, chiedendo ed ottenendo che la seconda causa fosse riunita alla prima.

Il primo giudice, dopo aver affermato che il rapporto in discussione aveva effettivamente natura di fideiussione e non, invece, di contratto autonomo di garanzia, come sostenuto dall'Istituto, ha rigettato la domanda attrice, accogliendo l'eccezione di decadenza di cui all'art. 1957 c.c.

§ 2. – Con l'unico motivo di censura della sentenza impugnata l'appellante lamenta l'errore in cui il Tribunale sarebbe incorso nel qualificare rapporto quale fideiussione, anziché contratto autonomo di garanzia.

Sostiene l'appellante che il primo giudice non avrebbe tenuto nel debito conto la comune volontà delle parti, desunta dalla funzione, pur riconosciuta in sentenza, della polizza fideiussoria costituita presso l'assicuratore: funzione, espressamente riconosciuta dalla legislazione in materia, indubbiamente sostitutiva della cauzione, la quale all'evidenza consente all'ente garantito di farsi ragione da sé sulla somma nella sua disponibilità, senza incontrare ostacolo di sorta. Ed allora, la polizza fideiussoria, in quanto sostitutiva della cauzione, doveva parimenti consentire all'ente garantito di ricevere il pagamento senza che alcun ostacolo potesse esservi frapposto.

La sentenza impugnata, inoltre, non aveva considerato che il rapporto in questione non poteva essere ricondotto allo schema della fideiussione, trattandosi di negozio trilaterale, che prevedeva l'obbligazione del Viola di pagamento dei premi di assicurazione.

Anche sul piano dell'interpretazione letterale il Tribunale era incorso in errore, non avendo considerato che il pagamento da parte dell'assicuratore doveva essere effettuato «a richiesta» dell'ente garantito, come accade nel caso del contratto autonomo di garanzia, senza che potesse porsi l'accento sulla mancanza dell'aggettivazione «semplice» o «prima»: la formula utilizzata della polizza, ove era previsto il pagamento «nel termine massimo di trenta giorni dalla richiesta scritta» era cioè equivalente alle clausole «a semplice richiesta» o «a prima richiesta».

Naturalmente, una volta riconosciuto che il rapporto aveva natura di contratto autonomo di garanzia e non di fideiussione, veniva a cadere il ragionamento osservato dal Tribunale, in riferimento al profilo di decadenza di cui all'art. 1957 c.c., per disattendere la domanda attrice.

§ 2.1. – Il motivo va respinto.

Il ragionamento svolto dall'appellante esordisce in violazione della regola basilare dell'ermeneutica contrattuale posta dall'art. 1362, primo comma c.c., secondo il quale «nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti e non limitarsi al senso letterale delle parole».

La fonte dell'interpretazione – stabilisce la norma – è costituita in primo luogo dal testo, dal quale occorre necessariamente muovere, non limitandosi al senso letterale, per ricostruire la comune intenzione delle parti: sì che integra procedimento interpretativo arbitrario quello che si fonda non sul testo, ma, come in questo caso, su considerazioni estrinseche ad esso, quali quella tratta dalla previsione legislativa della polizza in sostituzione – sostituzione di cui il documento in questione, come si vedrà, non parla – della cauzione.

In questo come in ogni altro caso, invece, occorre quindi scrutinare la lettera della pattuizione, sì da verificare semmai esso non consenta, in prima battuta, l'applicazione della regola *in claris non fit interpretatio*, tuttora riconosciuta, secondo l'opinione prevalente e preferibile, dalla norma da ultimo ricordata. Questo, dunque, il testo sul quale occorre ragionare: «Il pagamento delle somme dovute in base alla presente polizza sarà effettuato dalla società entro il termine massimo di trenta giorni dal ricevimento della richiesta scritta dell'ente garantito, restando inteso che, ai sensi dell'art. 1944 c.c., la società non godrà del beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata» (art. 5 della polizza fideiussoria posta a fondamento della domanda).

Il pagamento, quindi, ha da essere effettuato «a richiesta»: e, in proposito, l'assunto dell'appellante secondo cui l'espressione utilizzata sarebbe equipollente a quelle che di solito caratterizzano i contratti autonomi di garanzia («a prima richiesta», «a semplice richiesta») appare francamente forzata. Che una richiesta debba esservi, tanto nel contratto autonomo di garanzia che nella fideiussione, è cosa evidente, sulla quale non pare proprio il caso di dilungarsi: è alquanto arduo pensare ad un garante tenuto a pagare al garantito che nulla gli chiede. La richiesta, cioè, è l'indispensabile passaggio diretto ad innescare il funzionamento del congegno di garanzia.

Ma, allora, l'espressione «a richiesta» risulta, sul piano del rilievo ermeneutico, del tutto neutra, potendo attenersi tanto ad un contratto autonomo di garanzia quanto ad una fideiussione. Viceversa, sono proprio gli aggettivi «semplice», «prima», o altri equivalenti, a fare la differenza tra una garanzia di impostazione fideiussoria, accessoria ad un rapporto principale, con quanto ne consegue in punto di opponibilità da parte del fideiubente di eccezioni da esso dipendenti, ed una garanzia non già accessoria ma autonoma, quale quella invocata dall'ente appellante.

In definitiva, pare a questa Corte che lo I.E.R.P., nel sostenere la tesi

dell'irrelevanza degli aggettivi menzionati, si batta inutilmente contro l'evidenza, giacché è l'intero sintagma «a prima richiesta», «a semplice richiesta» – o quanti altri la fantasia degli operatori giuridici possa analogamente escogitare – a possedere una decisiva pregnanza significativa, la quale manca alla parola «richiesta» di per sé sola considerata: a meno di non voler paradossalmente ritenere, in caso contrario, che la «richiesta», essendo equipollente alla «prima richiesta», sia allo stesso modo equipollente alla «seconda», «terza» o «quarta richiesta», alla «motivata richiesta», alla «tempestiva richiesta», e così via.

Né rileva alcunché la previsione del termine massimo di pagamento fissato in trenta giorni: il termine, infatti, nulla dice sulla natura del contratto, limitandosi ad offrire al garante – il quale dovrebbe altrimenti pagare *statim* – il tempo ritenuto congruo ad adempiere la prestazione: anche l'apposizione del termine, dunque, è pienamente compatibile tanto con una fideiussione quanto con un contratto autonomo di garanzia.

D'altro canto, «le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto» (art. 1363 c.c.): sicché diviene inspiegabile perché le parti, avendo utilizzato l'espressione «a richiesta», ritenuta assolutamente suggestiva del contratto autonomo di garanzia, avrebbero poi prestato attenzione ad escludere il «beneficio della preventiva escussione della ditta obbligata», preventiva escussione che con il contratto autonomo di garanzia fa evidentemente a pugni. Al contrario, la necessità di escludere la preventiva escussione del debitore principale trova logica giustificazione proprio nel carattere strettamente fideiussorio dell'obbligazione di garanzia assunta.

Il tutto – occorre aggiungere – nel quadro di una pattuizione in cui gli ulteriori riferimenti alla fideiussione sono molteplici ed espressi: in primo luogo la polizza viene definita quale polizza «fideiussoria», il che non può essere considerato privo di significato, attesa l'utilizzazione dell'espressione in un contratto concluso mediante modulo predisposto dall'assicuratore, il quale dovrebbe essere altrimenti ritenuto affatto digiuno di elementari nozioni e distinzioni giuridiche; prosegue la polizza esponendo che la società assicuratrice «si costituisce fideiussore nell'interesse della Ditta Viola Costruzioni»; all'art. 1 della polizza si ripete poi che la società si costituisce fideiussore nell'interesse del debitore per le somme che questo «fosse tenuto a corrispondere all'ente garantito in virtù degli obblighi ed oneri assunti con il contratto di appalto precisato nel frontespizio di polizza», evidenziando ulteriormente la relazione tra l'obbligazione accessoria di garanzia ed il rapporto principale; l'art. 6 della polizza, ancora, prevede la rinuncia del debitore alle eccezioni previste dall'art. 1952 c.c., anche esso posto in tema di fideiussione.

Insomma, tutto, sul piano dell'interpretazione letterale, depone – tor-

nando alla regola *in claris non fit interpretatio* – per la qualificazione dell'atto quale fideiussione: ed invece la polizza non fa alcun cenno al tratto saliente che caratterizza l'altra figura (il contratto autonomo di garanzia), ossia l'inopponibilità al garantito, da parte del garante, delle eccezioni spettanti al debitore.

Quanto al rilievo dell'appellante secondo cui la polizza avrebbe avuto natura sostitutiva della cauzione, merita in contrario osservare che essa non si autoqualifica affatto nel senso indicato: in realtà, il solo riferimento alla cauzione appare nel frontespizio della polizza in esame all'esclusivo fine dell'identificazione della somma garantita («L. 61. 291.937 [...] quale importo della cauzione dovuta alla Ditta Obbligata a garanzia dell'adempimento degli oneri ed obblighi assunti in dipendenza del contratto di appalto»), senza in alcun modo suggerire che la garanzia offerta debba possedere le stesse caratteristiche di immediata aggreibilità della cauzione: insomma, non pare alla Corte revocabile in dubbio che una garanzia autonoma sarebbe stata più acconcia della fideiussione a realizzare l'interesse della garantita, ma ciò avrebbe dovuto tradursi in un'adeguata previsione contrattuale, non già nel tentativo *ex post* di ravvisare un contratto autonomo di garanzia laddove le parti hanno voluto una fideiussione.

Ed infine, è appena il caso di osservare che l'impegno assunto dal debitore di pagare i premi è elemento del tutto destituito di un rilievo tale da capovolgere le conclusioni interpretative fin qui raggiunte sulla base dell'indagine dell'intenzione dei contraenti desunta dal testo della pattuizione.

Correttamente, dunque, il primo giudice ha concluso per la qualificazione della garanzia in discussione quale fideiussione, con l'ulteriore conseguenza che la decisione impugnata, in mancanza di gravame sul punto della constatata decadenza dalla garanzia, non può che rimanere ferma. (*Omissis*).

(1-3) Contratto autonomo di garanzia: profili funzionali e applicativi

1. L'Istituto per l'Edilizia Residenziale Pubblica della Provincia di Perugia impugna nel 2001 la sentenza con cui il Tribunale ne aveva respinto la domanda di pagamento di una somma di denaro, oggetto di polizza fideiussoria costituita in suo favore dall'appaltatore «V. Costruzioni» (cui l'Istituto appellante aveva commissionato lavori edili) presso la «L.I. Assicurazioni»; l'Istituto afferma di aver diritto alla corresponsione della somma, da parte dell'assicuratore, per aver dichiarato unilateralmente risolto – a seguito d'inadempimento dell'appaltatore – il contratto di appalto in base alla nor-

ma di cui al 6° comma dell'art. 10 del d.P.R. n. 1063/1962, applicabile alla vicenda processuale *ratione temporis*. Il Tribunale, dopo aver qualificato la convenzione di garanzia in termini di fideiussione in senso stretto, respinge la domanda, ritenendo come il diritto di rivalsa si sia estinto *ex art.* 1957 c.c. non avendo proposto, il creditore, tempestiva domanda contro il debitore principale. La sentenza viene confermata dalla Corte d'Appello, la quale esclude la configurabilità, nel caso di specie, di un contratto autonomo di garanzia sulla base di una interpretazione, delle clausole negoziali in atti, del tutto contraria rispetto a quella auspicata dall'appellante. Tale decisione viene impugnata dalla A.T.E.R. (nel frattempo succeduta all'originario attore), le cui ragioni vengono accolte dalla Suprema Corte, la quale osserva in proposito come il contratto autonomo di garanzia (c.d. *Garantievertrag*) – in quanto espressione dell'autonomia negoziale *ex art.* 1322 c.c. – abbia la funzione di tenere indenne il creditore dalle conseguenze del mancato adempimento della prestazione gravante sul debitore principale, la quale può riguardare anche un *fare* infungibile (qual è l'obbligazione dell'appaltatore), contrariamente alla fideiussione (in cui esclusivamente ricorre l'elemento dell'accessorietà), la quale garantisce – attesa l'identità tra prestazione del debitore principale e prestazione dovuta dal garante – l'adempimento della obbligazione «di base». Ne deriva che, mentre il fideiussore assume la funzione di «vicario» del debitore, l'obbligazione del garante autonomo si pone in via del tutto autonoma rispetto all'obbligo primario di prestazione, essendo qualitativamente diversa da quella garantita, in quanto non necessariamente sovrapponibile ad essa e rivolta – non all'adempimento del debito principale, bensì – ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore.

Al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, non si applicherà pertanto la norma di cui all'art. 1957 c.c., concernente l'onere del creditore garantito di far valere le proprie ragioni, tempestivamente, nei confronti del debitore principale: ciò in quanto tale disposizione – collegata al carattere accessorio dell'obbligazione fideiussoria – instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma.

Pertanto nel caso di specie, sostiene la S.C., la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore costituisce garanzia atipica in quanto, ferma restando l'invalidità della polizza stessa ove intervenuta successivamente rispetto all'inadempimento delle obbligazioni garantite, l'insostituibilità di queste ultime comporta che il creditore può pretendere, dal garante, l'esclusivo risarcimento del danno dovuto per l'inadempimento dell'obbligato principale – prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto – venendo in tal modo vulnerato il meccanismo della

solidarietà che, nella fideiussione, attribuisce al creditore la *libera electio*, cioè a dire la possibilità di chiedere l'adempimento, così al debitore come al fideiussore, a partire dal momento in cui il credito risulti esigibile.

La Cassazione precisa infine come la c.d. polizza fideiussoria costituisca negozio distinto, sotto il profilo genetico, dalla «semplice» fideiussione, sia in quanto necessariamente oneroso (mentre la fideiussione può essere anche a titolo gratuito), sia in quanto stipulato non tra fideiussore e creditore bensì, di regola, dall'appaltatore (debitore principale) su richiesta e in favore del committente-beneficiario (creditore principale); esso è, inoltre, strutturalmente articolato secondo lo schema del contratto a favore di terzo, il quale non è parte né formale né sostanziale del rapporto.

2. La S.C. è stata chiamata, nell'ambito di una controversia inerente una polizza fideiussoria stipulata a fronte d'impegno connesso a pubblico appalto (poi dichiarato unilateralmente risolto, dalla stazione appaltante, a seguito d'inadempimento dell'appaltatore), a far luce sul sottile confine tra fideiussione e *Garantievertrag* (c.d. contratto autonomo di garanzia).

La polizza fideiussoria costituisce, pur non essendo a tutt'oggi contemplata dal diritto positivo⁽¹⁾, modello contrattuale largamente utilizzato nella pratica degli affari: tale tipicità sociale, tuttavia, ha dato adito a diverse questioni circa l'effettiva natura giuridica del *Garantievertrag*, specialmente con riferimento alla definizione del relativo elemento causale, di talché numerose impostazioni si sono contrapposte, riconducendo il modello di riferimento talvolta nell'alveo delle garanzie autonome, talaltra di quelle fideiussorie.

Le Sezioni Unite hanno sostanzialmente dato riscontro a tre principali questioni, riguardanti nello specifico: *a*) i profili di distinzione, sul piano funzionale e interpretativo, tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia; *b*) il contrasto circa la natura delle polizze assicurative fideiussorie (con particolare riguardo a quelle stipulate dall'appaltatore di opere pubbliche); *c*) le ipotesi di appalto pubblico nelle quali la cauzione risulti sostituita da altra forma di garanzia legislativamente prevista (nella specie, quella che il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, qualifica in termini di «fideiussione»), e vi sia inadempimento dell'aggiudicatario.

⁽¹⁾ Si tratta di una figura, tuttavia, non del tutto estranea al nostro ordinamento. Alcune leggi speciali, infatti, richiamando varia terminologia («assicurazione cauzionale», «cauzione fideiussoria», «polizza cauzionale», «fideiussione assicurativa»), fanno riferimento a tale forma negoziale: si pensi, ad esempio, al d.lgs. n. 163/2006, ove è prevista la possibilità, per l'appaltatore di opere pubbliche, di stipulare una polizza fideiussoria in alternativa al versamento della cauzione provvisoria (art. 75), mentre l'art. 113 la contempla – in funzione di cauzione definitiva – tra le garanzie a corredo dell'esecuzione dell'appalto. Sul punto v. *infra*, par. 6.

3. Il contratto autonomo di garanzia costituisce, notoriamente, un importante contributo della dottrina giuridica tedesca, la quale ha saputo conciliare le esigenze di rafforzamento delle garanzie del credito con la prassi contrattuale internazionale, a mezzo della separazione della garanzia dal relativo rapporto valutario⁽²⁾: la distinzione di Stammler tra contratti di garanzia accessori (fideiussione) e contratti di garanzia indipendenti dal rapporto garantito (fonti, pertanto, di obbligazione autonoma del promittente) risulta, ad oggi, riconosciuta anche dalla giurisprudenza italiana⁽³⁾.

L'operazione di accoglimento del *Garantievertrag* nell'ordinamento italiano⁴, tuttavia, si è dovuta scontrare in particolar modo con la dottrina

⁽²⁾ Cfr. NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 104.

⁽³⁾ Cfr. Cass., Sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341 (in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1203, con nota di A. ALESSANDRI, *La fideiussione con clausola di pagamento «a semplice richiesta»*; in *Foro it.*, 1988, I, 103, con nota di VIALE, *Sfogliando la margherita: «Garantievertrag» e fideiussione omnibus in Cassazione*; *ivi*, 113 ss., con nota di TUCCI, *Tutela del credito e validità della fideiussione «omnibus»*; *ivi*, 1988, I, 3021, con nota di CALDERALE, *La Cassazione ed il contratto autonomo di garanzia: il «big sleep» delle Sezioni Unite*; in *Foro pad.*, 1988, 7, con nota di M. RUBINO-SAMMARTANO, *Garanzia bancaria: negozio atipico ma non troppo*; *ivi*, 1988, 193, con nota di G. TERZIA, *La fideiussione «a prima richiesta» al vaglio della Cassazione*; in *Riv. dir. comm.*, 1988, 339, con nota di G. FERRI, *Garanzie bancarie da soddisfare a semplice richiesta*; in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, 383, con nota di M. COSTANZA, *Adempimento del debito garantito e clausola di pagamento a vista e senza eccezioni*), secondo cui: «La clausola con cui il fideiussore si impegna ad adempiere in favore del creditore costituisce una valida espressione di autonomia negoziale delle parti e dà vita ad un contratto atipico di garanzia, che pur derogando al principio dell'accessorietà, resta riferibile al rapporto fideiussorio per la finalità di garanzia che lo contraddistingue e non fa venir meno, quindi, la connessione tra i due rapporti».

⁽⁴⁾ Sul contratto autonomo di garanzia esiste una letteratura vastissima: tra gli altri, BENATTI, *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. dig. it., App.*, Torino, 1982, 918 ss.; RORDORF, *Contratto di garanzia con causa astratta*, in *Società*, 1986, 386 ss.; COSTANZA, *Contratto autonomo di garanzia e ripetizione dell'indebito*, in *Giust. civ.*, 1990, II, 736 ss.; BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice del 1942*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I, 737 ss.; RUGGERI, *Interesse del garante e strutture negoziali. Contributo ad uno studio sistematico delle garanzie di esatta esecuzione, di pagamento del rimborso e di mantenimento dell'offerta*, Napoli, 1995, 10 ss.; CHINÈ, *Garanzia a prima richiesta*, in CUFFARO (a cura di), *Le garanzie rafforzate del credito*, Milano, 2000, 831 ss.; ID., *Garanzie a prima richiesta*, in *Giur. sist. Bigiavi*, II, Torino, 2000, 920ss. Per profili comparatistici PORTALE, *Fideiussione e garantievertrag nella prassi bancaria*, in AA.VV., *Le operazioni bancarie a cura di Portale*, II, Milano, 1978, 1043 ss.; GAMBARO, *Garanzie bancarie (diritto comparato e straniero)*, in *Enc. giur.*, XV, Roma, 1989; LAUDISA, *Garanzia autonoma e tutela giurisdizionale*, Milano, 1993, 92 ss.; VILLANACCI, *Performance bond, caratteri e funzioni*, Napoli, 1995, 25 ss. Sul punto vedi anche le *Uniform Rules for Demand Guarantees*, sulle quali CALDERALE, *Le nuove norme della Camera di Commercio Internazionale sulle «Demand Guarantees» e la riforma dell'art. 5 dell'Uniform*

tradizionale, restia a concepire un contratto (apparentemente) affetto da «astrattezza causale»⁽⁵⁾.

Già la migliore dottrina civilistica si era occupata, negli anni Cinquanta, della fondamentale questione inerente la polisemia connaturale al lemma «causa»⁽⁶⁾. La causa del contratto, intesa quale funzione ad esso assegnata dalle parti, non pone tanto questioni riguardanti la propria esistenza quanto, piuttosto, di liceità (art. 1343 c.c.) ovvero di realizzabilità; in tal senso, la causa contrattuale è incarnata dallo scopo del promittente condiviso dal promissario, cioè a dire consiste nella moderna rappresentazione oggettiva della causa intesa classicamente in senso soggettivo⁽⁷⁾.

Peraltro, ove si contrapponga atto «causale» ad atto «astratto», l'impianto causale proprio di quest'ultimo sarà da ravvisarsi nel «rapporto fondamentale» (cfr. art. 1988 c.c.), cioè a dire nel rapporto in base al quale l'atto risulta posto in essere⁽⁸⁾; in tal senso, la questione principale è costituita dalla ravvisabilità o meno di un atto astratto, tipologia quest'ultima, tuttavia, facilmente riconoscibile nel nostro ordinamento, considerato come l'unico atto astratto ammesso sia la cambiale⁽⁹⁾, per emettere la quale è necessario il rispetto di formalità ben precise (cfr. art. 1 l.camb.).

Nel replicare ai sospetti di astrazione sollevati dalla dottrina più tradizionale, nonché intendendo la causa quale rapporto fondamentale, la garanzia autonoma non può certamente considerarsi in termini di atto astratto per definizione, in quanto, mentre la cambiale non tollera l'apposizione di

Commercial Code negli Stati Uniti, in AA.Vv., *Le garanzie contrattuali. Fideiussione e contratti autonomi di garanzia nella prassi interna e nel commercio internazionale* a cura di Draetta e Vaccà, Milano, 1994, 97 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. in proposito C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2ª ed., Milano, 2000, 469: «la regola della causa quale requisito essenziale del contratto esprime una generale soluzione negativa verso l'astrattezza sostanziale», soluzione, questa, estesa ai negozi unilaterali.

⁽⁶⁾ Cfr. GORLA, *Il contratto*, I, Milano, 1954, 262-316. Come è noto, si deve alle intuizioni della dottrina più moderna (PALAZZO, *Atti gratuiti e donazioni*, Torino, 2000, spec. 123 ss., 148 ss.; ID., *Le donazioni*, in *Cod. civ. Comm.*, diretto da Schlesinger, 2ª ed., Milano, 2000, spec. 10 ss., 39 ss.; ID., *La causalità della donazione tra ricerca storica e pregiudizio dogmatico*, *Riv. crit. dir. priv.*, 2002, 245 ss.) il superamento dell'opinione classica che negava rilevanza all'elemento causale nel negozio gratuito (inteso in senso lato), caratterizzato dal binomio volontà-forma, in luogo di quello volontà-causa, presente invece nei contratti di scambio (cfr., per tutti, GORLA, *Il contratto*, cit., 145 ss.), avendo dimostrato la possibilità di realizzare per il disponente, tramite il contratto gratuito, interessi diversi, alcuni di natura prettamente patrimoniale (c.d. gratuiti strumentale), altri di natura non strettamente patrimoniale (spirito di liberalità).

⁽⁷⁾ Il riferimento è alla causa attributiva, che pone un problema di realizzabilità (sia essa *causa solvendi* ovvero *adquirendi*) dello scopo del promittente. Cfr. GORLA, *Il contratto*, cit., 207.

⁽⁸⁾ GORLA, *Il contratto*, cit., 283-293 e 303-310.

⁽⁹⁾ V. la Relazione del Guardasigilli al Codice civile, n. 615.

condizioni (artt. 1, n. 2 e 100, n. 2 l.camb.), la garanzia autonoma costituisce promessa condizionata di *dare*⁽¹⁰⁾: tale natura di atto causale, propria del contratto autonomo di garanzia, comporta come il garante autonomo possa sempre eccepire (anche verso terzi) i vizi del rapporto fondamentale.

Pertanto, mentre nel caso della polizza fideiussoria il rapporto fondamentale è costituito dalla stipula tra cliente-stipulante e assicuratore-promittente⁽¹¹⁾ (e non dal rapporto tra cliente e beneficiario), in quanto è in forza della medesima stipula che la compagnia s'impegna verso il beneficiario, nell'ipotesi in cui la garanzia autonoma venga, al contrario, assunta nella forma della garanzia bancaria attiva o passiva, la causa dell'obbligazione del garante autonomo sarà rappresentata: *a)* dall'obbligazione sorta dall'incarico conferito dal cliente verso l'istituto bancario⁽¹²⁾; *b)* dallo scambio tra prestazione del garante e prestazione dell'istituto bancario (erogazione del credito, ovvero concessione di altro beneficio)⁽¹³⁾.

Sotto il profilo della causa attributiva, infine, il garante autonomo assume l'obbligo di pagamento al fine di acquistare: *a)* nel caso in cui si tratti di polizza fideiussoria o di garanzia bancaria passiva, un diritto di credito (al pagamento del premio o della commissione) verso il cliente; *b)* quando si tratti di garanzia bancaria attiva, un diritto di credito (alla concessione di un beneficio al debitore) verso la banca⁽¹⁴⁾.

4. Le Sezioni Unite, riguardo alla causa delle garanzie autonome, con la decisione in commento aderiscono all'orientamento giurisprudenziale di legittimità che identifica la causa contrattuale nella funzione economico-individuale, dal momento che, per l'appunto, la causa del contratto deve necessariamente valutarsi *in concreto*⁽¹⁵⁾ e non – come in base alla tradizionale identificazione della causa con la funzione economico-sociale – *in abstracto*.

⁽¹⁰⁾ Cfr. SPADA, *Cautio quae indiscrete loquitur: lineamenti funzionali e strutturali della promessa di pagamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 741. Ma v. anche CHECCHINI, *Indennizzo e risarcimento nella promessa del fatto altrui*, I, *Il conflitto fra le diverse concezioni e le incongruenze che ne derivano*, *ivi*, 1999, I, 603, nt. 127.

⁽¹¹⁾ Cfr. art. 1413 c.c.

⁽¹²⁾ Cfr. il 2° comma dell'art. 1271 c.c.

⁽¹³⁾ Si va, in proposito, dalla concessione stessa del credito, fino alla rinuncia ad azioni cautelari o esecutive. Cfr., in proposito il 2° comma dell'art. 2901 c.c., il quale ritiene onerosa la prestazione di garanzia per debito altrui che sorga contestualmente. Si veda inoltre, in dottrina, PALAZZO, *Gratuità strumentale e donazioni indirette*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, VI, *Le donazioni*, Milano, 2009, 112 s., il quale ritiene come «La presenza di corrispettivo» costituisca «elemento caratterizzante di tutte le garanzie a prima richiesta che presentano autonomia rispetto all'obbligazione garantita».

⁽¹⁴⁾ GORLA, *Promesse «condizionate» ad una prestazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1968, I, 431 ss.; nonché Id., *Il contratto*, cit., 267 ss., nt. 5.

⁽¹⁵⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. div.* diretto da Vassalli, Torino, 1952, 191.

Nonostante le prime, varie posizioni contrarie alla concezione di un valido contratto autonomo di garanzia⁽¹⁶⁾, dottrina e giurisprudenza italiana hanno dovuto pertanto mettere da parte le ragioni della dogmatica più conservatrice⁽¹⁷⁾, per tentare un approccio di maggiore armonizzazione del

⁽¹⁶⁾ Del resto, il *Garantievertrag* è nato in un ordinamento, come quello tedesco, il quale notoriamente ammette il negozio astratto: cfr. sul punto, PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, 18 ss.

⁽¹⁷⁾ A partire, infatti, da Cass., 3 settembre 1966, n. 2310 (in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, 41; in *Giur. it.*, 1968, I, 83), i Giudici di legittimità hanno per la prima volta consacrato la validità della garanzia autonoma, concepita in termini di contratto atipico: afferma la S.C., infatti, come il patto di «sopravvivenza» risulti in contrasto con il dogma dell'accessorietà, della fideiussione, all'obbligazione principale, non potendo quindi parlarsi in termini di garanzia ove non esista l'obbligazione su cui questa insiste. La S.C., peraltro, al fine di valutare la liceità di tale clausola, richiama l'art. 1322 c.c. e afferma come tale pattuizione sia perfettamente lecita nonché compatibile con lo schema negoziale della fideiussione: a fronte della acclarata liceità di tale clausola nel contratto sottoposto alla sua disamina, la Corte di legittimità non effettua, in tal modo contraddiccendosi, una riqualificazione del contratto di fideiussione in termini di «contratto autonomo di garanzia», al contrario ribadendone la relativa natura accessoria nonché giudicando operante, nella fattispecie, l'art. 1957 c.c., il quale è volto ad assicurare al garante una maggiore certezza nel regresso previsto ex art. 1950 c.c. verso il debitore principale, e che si giustifica pertanto nell'ambito di un negozio di fideiussione, e non anche nell'ambito di un negozio autonomo, nel quale la prestazione dovuta non è la stessa rispetto alla prestazione dovuta dal debitore principale, non potendo quindi applicarsi alcun meccanismo legale di surrogazione nei diritti del creditore in base al 3° comma dell'art. 1203 c.c. (di cui l'art. 1949 c.c. ne costituirebbe specificazione). Maggiore chiarezza in tal senso è rinvenibile in Cass., 31 agosto 1984, n. 4738 (in *Foro it.*, 1985, I, 505, con nota di VALCAVI, *Se ed entro quali limiti la fideiussione omnibus sia invalida*; in *Dir. fall.*, 1984, II, 940; in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, II, 11; in *Giust. civ.*, 1985, I, 800, con nota di PONTIROLI, *Validità e limiti della fideiussione generale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 772; in *Impresa*, 1985, 666; in *Fallimento*, 1985, 611), la quale sostiene come – accertato che l'accessorietà della fideiussione rispetto all'obbligazione garantita deve considerarsi quale elemento logicamente necessario – deve sempre ricercarsi l'effettiva volontà contrattuale emergente da eventuali clausole atipiche inserite dalle parti (tra cui deve annoverarsi quella di «sopravvivenza»): «Nel contratto avente ad oggetto l'assunzione di garanzia fideiussoria, le clausole che, in deroga alla disciplina legale della fideiussione, rendano insensibile l'obbligazione del fideiussore alle vicende inerenti all'obbligazione del debitore garantito, ivi compresa quella con cui il primo rinunci ad eccepire nei confronti del creditore l'eventuale invalidità del debito del secondo, configurano una legittima ed efficace espressione della autonomia negoziale delle parti, qualora si ricolleghino ad un interesse meritevole di tutela giuridica, come nel caso di fideiussione in favore di una banca per tutti i debiti, anche futuri ed eventuali, di un determinato cliente in considerazione dei peculiari connotati della garanzia personale generale correlata ad operazioni con istituti di credito (ove il garante si trova normalmente in una posizione comune con il garantito, con la possibilità di controllare od ispirare il comportamento di quest'ultimo)».

Garantievertrag con i principi dell'ordinamento italiano⁽¹⁸⁾.

Introdotta nella versione di «contratto atipico fideiussorio», in termini di fideiussione caratterizzata da astrattezza relativa riequilibrabile a mezzo delle rivalse (sovrapponendosi, pertanto, alla fideiussione con clausola *solve et repete*)⁽¹⁹⁾, il contratto autonomo di garanzia è stato poi ricondotto ad impegno, in capo al garante, a pagare «a semplice richiesta», senza alcuna facoltà – in deroga agli artt. 1939, 1941 e 1945 c.c. – di opporre, al creditore beneficiario, le eccezioni relative al rapporto tra questi e debitore originario.

È opinione diffusa che caratteristica fondamentale della garanzia autonoma sia rinvenibile nella elisione del vincolo di accessorietà della garanzia, con totale scissione dal rapporto di valuta⁽²⁰⁾; l'attribuzione di tale

⁽¹⁸⁾ Cfr. AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*, in *Contratti*, 2002, 1085 ss. In giurisprudenza, sottolinea l'importanza del contratto autonomo di garanzia nell'ambito del commercio internazionale Cass., Sez. un., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., 1° ottobre 1987, n. 7341, cit. Sul punto v. anche le osservazioni di PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, cit., 121 ss.

⁽²⁰⁾ V. Cass., 23 giugno 2000, n. 8540, in *Foro pad.*, 2001, I, 242, secondo cui «Il contratto autonomo di garanzia, definito anche garanzia a prima domanda, si configura come un coacervo di rapporti nascenti da autonome pattuizioni tra il destinatario della prestazione (beneficiario della garanzia), il garante (di solito una banca straniera), il controgarante (soggetto non necessario e che solitamente si identifica in una banca nazionale che copre la garanzia assunta da quella straniera) e il debitore della prestazione (l'ordinante). Caratteristica fondamentale di tale contratto, che vale a distinguerlo da quello di fideiussione, è la carenza dell'elemento dell'accessorietà: il garante si impegna a pagare al beneficiario, senza opporre eccezioni né in ordine alla validità né all'efficacia del rapporto di base. Detti elementi, che caratterizzano il contratto autonomo di garanzia e lo differenziano dalla fideiussione devono necessariamente essere esplicitati nel contratto con l'impiego di specifiche clausole, quali quella "a semplice richiesta" o quella "a prima domanda", o altre analoghe, idonee ad indicare la esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto. Pertanto, a fronte della qualificazione della garanzia come fideiussoria, soggetta, in quanto tale, alla sorte del debito principale, la parte che faccia valere la diversa configurazione di detta garanzia come autonoma, e, quindi, svincolata dal debito principale, ha l'onere di dedurre gli elementi oggettivi sui quali tale configurazione si fonda.»; conf. Cass., 12 febbraio 2008, n. 29215, in *Notariato*, 2009, 137, con nota di BOTTA, *Garanzie autonome e disciplina delle eccezioni opponibili*; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4661, in *Arch. loc.*, 2007, 510; in Cass., 20 aprile 2004, n. 7502, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, 730; Cass., 31 luglio 2002, n. 11368, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, 245; Cass., 7 marzo 2002, n. 3326, in *Contratti*, 2002, 1085, con nota di AMBROSOLI, *Contratto autonomo di garanzia e invalidità dell'obbligazione garantita*; in *Studium juris*, 2002, 795; in *Giur. it.*, 2002, 1205, con nota di Iozzo, *Nota in tema di garanzia «a prima richiesta»*; in *Arch. civ.*, 2003, 65; Cass., 19 giugno 2001, n. 8324, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, II, 653; Cass., 1° ottobre 1999, n. 10864, *ivi*, 2001, 666, in *Contratti*, 2000, 139, con nota di LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto*

caratteristica all'obbligazione di garanzia ha, tuttavia, sollevato questioni di non poco rilievo⁽²¹⁾.

Si pensi, infatti, al primo problema affrontato dalla S.C. nella sentenza in commento, relativo alla *contradictio in terminis* insita alla locuzione «garanzia autonoma»: l'autonomia dell'obbligazione di garanzia assunta tramite *Garantievertrag* sarebbe espressione, secondo le Sezioni Unite, di una «disarmonia morfologica e funzionale con la fideiussione, sopravvivendo resti di omogeneità tra i due tipi negoziali soltanto nella misura in cui, attorno alle due fattispecie, orbiti ancora il concetto di garanzia, pur nelle non riconciliabili differenze di gradazioni che il rapporto con la garanzia stessa può assumere lungo lo spettro, unico, che conduce dalla accessorialità all'autonomia». Nel contratto autonomo di garanzia, infatti, non si garantirebbe – al contrario che nella fideiussione – l'adempimento di un debito altrui, in quanto altrimenti non vi sarebbe idonea spiegazione: da una parte, alla tendenziale insensibilità dell'obbligazione autonoma di garanzia alle vicende che concernono il rapporto di valuta; dall'altra, alla potenziale differenza quantitativa e qualitativa, della prestazione del garante, rispetto a quella del debitore originario.

Trattandosi di garanzia, deve pertanto chiarirsi quale sia l'oggetto della medesima, e la Cassazione rileva l'importanza di sciogliere il dubbio in via preventiva, proprio in quanto «il concetto di garanzia presuppone ontologicamente una relazione di accessorialità con un *quid* che deve essere garantito»: l'oggetto della garanzia viene individuato nell'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario⁽²²⁾ che viene a realizzarsi, anzitutto, grazie alla presenza di un debitore diverso da quello originario e che, rispetto a quest'ultimo, non può opporre le stesse eccezioni. Proprio tale distinzione tra garanzia di adempimento di un'obbligazione da una parte, e garanzia di realizzazione dell'interesse economico ad essa sotteso, dall'altra, consente alla Corte di legittimità di delineare, concettualmente, i profili

autonomo di garanzia, in *Corr. giur.*, 1999, 1463, con nota di CARBONE, *Fideiussioni atipiche*; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, 1271; Cass., 6 aprile 1998, n. 3552, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, II, 667; in *Giur. it.*, 1999, 502, con nota di BARBIERI, *La polizza fideiussoria tra normativa tipica e prassi contrattuale*.

⁽²¹⁾ Cfr. SPIOTTA, *Note in tema di contratto autonomo di garanzia e inibitoria al pagamento* (nota a Trib. Torino (ord.), 29 agosto 2002), in *Giur. it.*, 2003, 520, secondo la quale «emerge una contraddizione in termini: lo stesso concetto di autonomia postula, per definizione, un collegamento con il rapporto sottostante e, quindi, evoca l'idea dell'accessorialità».

⁽²²⁾ V. in proposito CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, 151, il quale evidenzia come nel *Garantievertrag* il rapporto di valuta sia richiamato al fine di delineare l'utilità da procurare al beneficiario, indipendentemente dall'esistenza di un suo diritto. Sul punto anche SESTA, *Le garanzie atipiche*, Padova, 1988, 456, nonché DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *I nuovi contratti*, a cura di Napolillo, Piacenza, 2002, 279 ss.

distintivi esistenti tra fideiussione e contratto autonomo di garanzia ⁽²³⁾:

⁽²³⁾ Cfr., sul punto, Cass., 10 febbraio 2004, n. 2464 (in *Foro it.*, 2005, I, 1191; in *Gius*, 2004, 2518; in *Impresa*, 2004, 678; *Arch. civ.*, 2004, 1438; *Società*, 2004, 710; in *Giur. it.*, 2004, 1669, con nota di CAVANNA, *Osservazioni in tema di cessione di azienda bancaria e responsabilità del cessionario*), secondo la quale «Carattere fondamentale del contratto autonomo di garanzia, che vale a distinguerlo dalla fideiussione, è l'assenza dell'elemento dell'accessorietà della garanzia, consistente nel fatto che il garante non può opporre al creditore le eccezioni che spettano al debitore principale, salva la facoltà di eccepire la mancanza di causa – in quanto l'obbligazione principale non è sorta o è nulla – ovvero l'avvenuto soddisfacimento del creditore»; conf. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27333 (in *Mass. Giur. it.*, 2005), secondo la quale «Contratto autonomo di garanzia è quello in base al quale una parte si obbliga, a titolo di garanzia, ad eseguire a prima richiesta la prestazione del debitore indipendentemente dall'esistenza, dalla validità ed efficacia del rapporto di base, e senza sollevare eccezioni (salvo l'«exceptio doli»). Per la sua indipendenza dall'obbligazione principale si distingue pertanto dalla fideiussione, giacché mentre il fideiussore è debitore allo stesso modo del debitore principale e si obbliga direttamente ad adempiere, il garante si obbliga piuttosto a tenere indenne il beneficiario dal nocimento per la mancata prestazione del debitore, spesso con una prestazione solo equivalente e non necessariamente corrispondente a quella dovuta. Si distingue altresì dalla garanzia «a prima richiesta» o «a semplice richiesta scritta», nella quale il fideiussore si impegna a rinunciare ad opporre – prima del pagamento – le eccezioni che gli competono, in deroga all'art. 1945 c.c., sicché esso si risolve in una clausola «solve et repete» ex art. 1462 c.c. (laddove non valga viceversa a sottolineare l'autonomia dal rapporto principale garantito, in tal caso sostanziandosi in un contratto autonomo di garanzia). La deroga all'art. 1957 c.c. non può d'altro canto ritenersi implicita nell'inserimento, nella fideiussione, di una clausola di «pagamento a prima richiesta» o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché la presenza di una clausola siffatta non assume comunque rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come «contratto autonomo di garanzia» o come «fideiussione», potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti, (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957, ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria. Ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola»; v. anche Cass., 3 ottobre 2005, n. 19300, in *Mass. Giur. it.*, 2005; Cass., 9 novembre 2006, n. 23900, in *Impresa*, 2007, 486, nonché in *Contratti*, 2007, 635, con nota di MASTRANDREA, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: criteri distintivi*; Cass., 28 febbraio

solo in quest'ultimo, quale *fideiussio indemnitis*, il garante s'impegna – attraverso il pagamento di una somma – a tenere indenne il beneficiario dalle conseguenze derivanti dall'inadempimento della prestazione a lui dovuta dal fideiuvato⁽²⁴⁾.

La sentenza di legittimità in commento, rapportandosi con una garanzia di tipo indennitario, mira inoltre a precisare come la *fideiussio indemnitis* debba considerarsi garanzia autonoma tutte le volte in cui le parti vi abbiano inserito clausole di pagamento «a semplice richiesta» ovvero «a prima richiesta», e la prestazione oggetto di garanzia risulti connotata da infungibilità, proprio come accade nel caso di obbligazione dell'appaltatore; oggetto di garanzia autonoma è quindi, in tali ipotesi, il ristoro dei danni sofferti dal creditore a seguito dell'inadempimento del debitore della prestazione, e non l'interesse del beneficiario a conseguire l'utilità che avrebbe

2007, n. 4661, cit.; Cass., 31 gennaio 2008, n. 2377, in *Notariato*, 2008, 231; Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, *ivi*, 2008, 491; Cass., 12 dicembre 2008, n. 29215, cit.; da ultimo, Cass., 10 gennaio 2012, n. 65, in *CED Cassazione*, 2012.

Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Milano, 30 aprile 1987 (in *Banca borsa tit. cred.*, 1988, II, 3, nonché in *Foro pad.*, 1987, I, 379, con nota M. RUBINO SAMMARTANO, *Garanzie bancarie. Giurisprudenza concorde negli obiettivi*), secondo cui «L'impegno assunto da una banca di garantire al beneficiario la prestazione di un terzo a lui dovuta a semplice prima richiesta del garantito, con rinuncia correlativa a far valere qualsivoglia eccezione inerente all'esistenza, validità e coercibilità del rapporto obbligatorio garantito, vuole intenzionalmente escludere rilevanza ad eventuali eccezioni derivanti dal rapporto sottostante; tale figura negoziale è compatibile con il nostro ordinamento, salva la necessità, per impedire abusi dei creditori garantiti, di consentire al debitore *l'exceptio doli* nell'azione di regresso».

In dottrina, v. le osservazioni di CUCCOVILLO, *Gli ultimi sviluppi giurisprudenziali in tema di contratto autonomo di garanzia*, in *Banca borsa. tit. cred.*, 2009, 431 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. Cass., 1° giugno 2004, n. 10486 (in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, 481; in *Gius.*, 2004, 3732; in *Guida al dir.*, 2004, 36, 42; nonché in *Impresa*, 2004, 2002), secondo cui «Al contratto di assicurazione fideiussoria, caratterizzato dall'assunzione di un impegno, da parte di una banca o di una compagnia di assicurazioni, di pagare un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta da un terzo, sono applicabili le disposizioni della fideiussione, salvo che sia stato diversamente disposto dalle parti. Riveste, infatti, carattere derogatorio rispetto alla disciplina della fideiussione, la clausola con la quale venga espressamente prevista la possibilità, per il creditore garantito, di esigere dal garante il pagamento immediato del credito a semplice richiesta o senza eccezioni. Siffatta clausola, risultando incompatibile con detta disciplina, comporta l'inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie, quali quelle fondate sugli artt. 1945, 1956 e 1957 c.c., consentendo l'applicabilità delle sole eccezioni relative al rapporto garante-beneficiario»; v. inoltre Cass., 31 gennaio 2008, n. 2377, cit., ove si rinviene la distinzione tra garanzie di tipo satisfattorio (in cui il garante ha l'obbligo di compiere la prestazione non effettuata dal debitore originario), e di tipo indennitario (in cui il garante è tenuto al mero indennizzo del creditore).

potuto ricavare dalla prestazione medesima⁽²⁵⁾: ciò, indipendentemente dalle vicende riguardanti il rapporto di valuta.

Il riferimento all'interesse economico sotteso all'obbligazione principale – ovvero al ristoro delle conseguenze negative dell'inadempimento –, pur consentendo alla S.C. di risolvere concettualmente i problemi relativi all'ossimoro insito alla locuzione «garanzia autonoma», non consente tuttavia d'individuare, automaticamente, anche la causa del contratto autonomo di garanzia⁽²⁶⁾.

Come accennato, infatti, da tempo la giurisprudenza è contraria alle teorie improntate all'assunto della astrattezza delle garanzie autonome a giustificazione giuridica delle medesime⁽²⁷⁾, come del resto anche larga parte della dottrina⁽²⁸⁾ la quale, in talune ipotesi, ha fatto ricorso anche al concetto di «causa esterna»⁽²⁹⁾ come, in altre, all'affermazione secondo cui la causa

⁽²⁵⁾ Sul punto, MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2^a ed., Torino, 1995, 327 ss.

⁽²⁶⁾ Cfr. sul punto le osservazioni di MEO, *Funzione professionale e meritevolezza degli interessi nelle garanzie atipiche*, Milano, 1991, 131, il quale rileva come la questione riguardi la possibilità di far assurgere «le condizioni di giustificazione economica dell'impegno puro del garante a vere ragioni giuridiche di giustificazione dell'impegno astratto, cioè reso indipendente dal rapporto sottostante», ritenendosi in tal modo superato (179 ss.) il pensiero volto alla inammissibilità dei negozi astratti.

⁽²⁷⁾ V. DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 279, secondo cui ammettere il contratto autonomo di garanzia in termini di «negozio atipico e meritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322 c.c. non può essere valutata solo come il riconoscimento di una delle tante manifestazioni del principio di autonomia privata», costituendo «espressione di principi transnazionali che, recepiti e modellati secondo i principi dell'ordinamento interno, finiscono per diffondersi ed acquisire legittimazione sul piano nazionale».

⁽²⁸⁾ GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, III, 1, Milano, 1988, 101, rileva in proposito come, nel sottolineare il contratto autonomo di garanzia in termini di negozio astratto, si confonde la mancanza di accessorietà fra rapporto di garanzia e rapporto garantito, da una parte, con una pretesa astrattezza del contratto di garanzia dall'altra; v. anche MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 328, secondo il quale «considerando davvero astratto il negozio, da cui la garanzia autonoma trae vita, ben difficilmente si potrebbe riconoscere l'ammissibilità del contratto autonomo di garanzia nel diritto italiano. Ciò spiega perché la dottrina si sia impegnata nel respingere il sospetto che nella fattispecie considerata ricorra un'astrattezza in senso tecnico».

⁽²⁹⁾ Si veda in proposito ROLFI, *Garantievertrag e polizza fideiussoria: il grand arrêt delle Sezioni Unite tra massime ed obiter dicta*, in *Corr. giur.*, 2010, 1022 ss., il quale sottolinea «la necessità che la ricostruzione del profilo causale dei contratti autonomi di garanzia (e salvo quanto ci si accinge ad aggiungere per lo specifico profilo della polizza fideiussoria) non può prescindere dalla individuazione dell'interesse di cui il garante è portatore e che solo può giustificare il trasferimento patrimoniale cui il garante medesimo si espone. Il che si traduce nella necessaria valorizzazione di tutti i rapporti che sono alla base dell'operazione di garanzia, e cioè

dell'obbligazione autonoma di garanzia sarebbe rinvenibile – pur non essendo funzionalmente vincolato – nell'esistenza del rapporto garantito.

La S.C. conferma, con la sentenza n. 3947/2010, la sussistenza di uno specifico elemento causale in capo al contratto autonomo di garanzia intendendo, per causa, quanto espresso da altra decisione di legittimità⁽³⁰⁾, cioè a dire la *summa* degli interessi reali *in concreto* perseguiti a mezzo della operazione economica sottesa alla stipula⁽³¹⁾.

In sostanza, la finalità del contratto autonomo di garanzia sarebbe individuabile nell'assicurazione di un pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario ovvero, in alternativa, nel sottrarre quest'ultimo al rischio d'inadempimento trasferendo, il rischio medesimo, al garante⁽³²⁾. Si tratta di alternativa da cui promanano conseguenze rilevanti, in quanto: ove si miri al pronto soddisfacimento dell'interesse del beneficiario, solo un adempimento già effettuato renderà ingiustificato il pagamento della garanzia, mentre nella seconda prospettiva appare ineliminabile il presupposto dell'inadempimento del debitore principale il quale può intendersi, a sua volta, sotto un profilo soggettivo ovvero oggettivo⁽³³⁾. Ove, tuttavia, si ritenga

sia il rapporto di provvista sia il rapporto di valuta. È l'insieme di tali rapporti che viene a costituire la causa esterna della garanzia, senza che, peraltro, ciò possa trasformarsi in un *vulnus* all'autonomia della garanzia medesima nel caso del *Garantievertrag*. Cfr. anche DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 284 ss., il quale, nel definire il contratto autonomo di garanzia in termini di «negozio causale esterno» accosta l'obbligazione autonoma di garanzia al credito documentario irrevocabile di cui al 2° comma dell'art. 1530 c.c.

⁽³⁰⁾ Cfr. Cass., 8 maggio 2006, n. 10490 (in *Giur. it.*, 2007, 2203, con nota di BOSCHETTI, nonché in *Corr. giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus?*), secondo la quale «La causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio bensì come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti».

⁽³¹⁾ In tal senso, v. NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 106.

⁽³²⁾ Cfr. DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 288, il quale parla di trasferimento del rischio legato all'inadempimento del contratto principale; v. sul punto anche SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, in *Contr. e impr.*, 1985, 940, il quale rinviene la funzione del contratto autonomo di garanzia nel garantire «il pagamento di una somma predeterminata (direttamente o *per relationem*) nel caso si verifichi un rischio per il beneficiario in conseguenza di un evento indicato nella garanzia bancaria», non necessariamente consistente, quindi, nell'inadempimento del debitore principale; *contra*, MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 350 ss.

⁽³³⁾ Per la seconda impostazione v. Cass., 16 novembre 2007, n. 23786 (in *Nota-riato*, 2008, 10; in *Giur. it.*, 2008, 1671 ss., con nota di RENNA, *Pagamento «a prima richiesta» e arbitrarietà della domanda del creditore garantito*; nonché in *Nuova*

imprescindibile individuare l'interesse del garante, la predetta ricostruzione dell'elemento causale non rende agevole tale individuazione, in particolare nell'ipotesi in cui il contratto autonomo di garanzia risulti carente della pattuizione di un corrispettivo in favore del garante³⁴ e non sia rinvenibile, altrimenti, uno scopo patrimoniale relativo ai rapporti sottostanti⁽³⁵⁾.

giur. civ. comm., 2008, 745, con nota di BERTOLINI, *Natura causale e rilevanza del presupposto esterno nel contratto autonomo di garanzia*), secondo la quale «Nel contratto autonomo di garanzia a prima richiesta il garante deve ritenersi sempre e comunque obbligato al pagamento a semplice richiesta del garantito, ma solo quando ne sussista il relativo presupposto causale e cioè l'obiettiva esistenza dell'inadempimento del debitore principale, con la conseguenza che, nonostante la clausola di pagamento a prima richiesta, ben può il fideiussore rifiutare il pagamento arbitrariamente intimatogli in presenza di una pregressa evidente estinzione dell'obbligazione principale per avvenuto adempimento o altre ragioni».

⁽³⁴⁾ Come autorevolmente osservato da SASSI, *Contratti di garanzia*, in PALAZZO, MAZZARESE (a cura di), *I contratti gratuiti*, Torino, 2009, infatti, «dalla corrispettività è caratterizzato il contratto autonomo di garanzia, anche in virtù delle caratteristiche del garante, quasi sempre rappresentato da un'impresa bancaria o assicurativa. Esso – denominato nella prassi anche polizza fideiussoria o fideiussione a prima richiesta – è un contratto ad effetti obbligatori, teso a garantire il beneficiario, assicurandogli, a semplice richiesta o dietro presentazione di determinati documenti, il ricevimento della prestazione o della somma di danaro prevista nel contratto stesso, sia nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligazione principale (garantita), sia nel caso in cui questa non sia venuta ad esistenza o sia divenuta impossibile. / La figura viene utilizzata essenzialmente nei rapporti internazionali fra imprese, in cui le parti appartengono ad ordinamenti giuridici diversi, ed assume di norma una struttura complessa per la presenza di due garanti (c.d. garanzia indiretta): i soggetti coinvolti risultano così essere il beneficiario della garanzia, il garante (una banca o un'assicurazione appartenente al medesimo ordinamento del beneficiario), l'ordinante (debitore principale) e il controgarante (una banca o un'assicurazione appartenente al medesimo ordinamento dell'ordinante). Se il rapporto principale sorge fra soggetti appartenenti al medesimo ordinamento, la presenza del controgarante è superflua e l'operazione coinvolge soltanto tre soggetti (c.d. garanzia diretta): beneficiario, garante e ordinante. / Talvolta è lo stesso legislatore che in determinate fattispecie impone la costituzione di una garanzia a prima richiesta, in vista della tutela di determinati interessi fondamentali: oltre che in ambito fiscale, emblematica è l'ipotesi da ultimo disciplinata, a tutela degli acquirenti di immobile futuro (d.lg. 20 giugno 2005, n. 122 - *Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*). / Il contratto autonomo di garanzia, come affermato dalla dottrina più autorevole ed avveduta, possiede carattere corrispettivo in senso tecnico, essendosi, nella sostanza, in presenza di un'unica operazione negoziale, formata da più negozi funzionalmente collegati: il pagamento per la prestazione della garanzia, non viene effettuato dal beneficiario della stessa, ma dal debitore principale, soggetto che, sebbene non assume la qualità di parte del contratto di garanzia, è pur sempre parte del contratto fonte dell'obbligazione garantita».

⁽³⁵⁾ MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, cit., 350 ss., sottolinea come, in tal caso, il contratto debba considerarsi astratto ovvero giustificabile in capo a un intento liberale. Certamente, nonché alla stregua delle vicende relative a de-

La S.C., in ogni caso, rinviene la meritevolezza degli interessi perseguiti con la stipula definendo il *Garantievertrag* in termini di atipicità: il contratto atipico di garanzia, a detta della Corte di legittimità, va infatti ad «assicurare l'integrale soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario vulnerato dall'inadempimento del debitore originario e, di conseguenza», a «conferire maggiore certezza allo scorrere dei rapporti economici (specie transnazionali)», in tal modo perseguendo un interesse certamente meritevole di tutela⁽³⁶⁾.

5. Se la caratteristica fondamentale del contratto autonomo di garanzia è rinvenibile nell'obbligo, del garante, di pagare il beneficiario a semplice richiesta di quest'ultimo (e senza possibilità di opporre eccezioni concernenti il rapporto di valuta⁽³⁷⁾), l'eliminazione dell'elemento di accessorietà

legazione ed espromissione, dovrà tenersi in considerazione l'*habitus* «trilaterale» dell'operazione negoziale; nella espromissione, tuttavia, l'espromittente assume in via principale un debito altrui, mentre quella del garante è obbligazione – per quanto autonoma – di tipo sussidiario: sul punto, CICALA, *Espromissione*, in *Enc. giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss. Quanto alla trilateralità della struttura contrattuale della polizza fideiussoria cfr., fra gli altri, PUPPO, *La polizza fideiussoria al vaglio delle Sezioni Unite. Tra autonomia e accessorietà della garanzia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 922, la quale afferma come la sentenza di legittimità in commento muova «dall'idea di un "sottosistema civilistico delle garanzie personali", nel quale la polizza fideiussoria si discosta dalla fideiussione anzitutto per le modalità con cui nascono i rapporti obbligatori tra le parti, nel senso che la struttura contrattuale geneticamente trilaterale (che avvicina la figura allo schema del contratto a favore di terzo) non consente l'assimilazione con il vincolo (al contrario bilaterale) che sorge tra fideiussore e creditore nel momento in cui il primo assume la veste di garante, ai sensi dell'art. 1936 c.c.».

⁽³⁶⁾ La dottrina ha tuttavia notato, in proposito, come il giudizio di meritevolezza dell'interesse debba estendersi al modo in cui la funzione astrattamente adempiuta dal contratto viene realizzata, e non sia limitabile alla mera valutazione della stessa: ciò in quanto vi sarebbe, in caso contrario, una sostanziale incoerenza rispetto alla stessa nozione – peraltro confermata dalla sentenza di legittimità in commento – di causa *in concreto*: cfr. in tal senso GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La costituzione del rapporto*, Milano, 1968, 212.

⁽³⁷⁾ Il parametro che consente all'interprete di distinguere il *Garantievertrag* dalla fideiussione deve rinvenirsi, secondo giurisprudenza maggioritaria, nella concreta relazione in cui le parti mirano a porre – riguardo al regime di proponibilità delle eccezioni da parte del garante – le obbligazioni principale e di garanzia: cfr. Cass., 7 gennaio 2004, n. 52 (in *Contratti*, 2004, 915, con nota di PECORARO, *Performance bond e fideiussione*; in *Arch. civ.*, 2004, 1324; in *Gius.*, 2004, 2375; in *Impresa*, 2004, 859), secondo la quale «Ai fini della configurabilità di un contratto autonomo di garanzia oppure di un contratto di fideiussione, non è decisivo l'impiego o meno delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore, ma la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia. Ne consegue che la carenza dell'elemento dell'accessorietà, che caratterizza il contratto autonomo di garanzia ("performance bond") e lo differenzia

tuttavia non deve confondersi – come già accennato – con la sospensione ottenibile a mezzo della clausola *solve et repete*, la quale non reca pregiudizio al potere, in capo al fideiussore che abbia pagato, di far valere le eccezioni concernenti il rapporto principale a mezzo dell'esercizio, verso il creditore, dell'azione di ripetizione⁽³⁸⁾.

In base alla clausola *solve et repete*, infatti, il garante è tenuto all'immediato pagamento, e tuttavia conserva la facoltà di sollevare eccezioni nonché ripetere quanto pagato al beneficiario. La differenza è rilevante, in quanto: *a)* nel contratto autonomo il garante può esperire l'azione di regresso ex art. 1950 c.c. esclusivamente nei confronti del debitore, e solo quest'ultimo può sollevare le eccezioni relative al rapporto di valuta; *b)* in presenza di clausola *solve et repete* il garante agisce direttamente, nei riguardi del creditore beneficiario, a mezzo di *actio indebiti* di cui all'art. 2033 c.c., potendosi parlare di *repetitio* solo in tale ipotesi. Peraltro, mentre nel primo caso lo scopo è quello di precludere la facoltà, di una parte, di opporre eccezioni, nel secondo la clausola è volta al mero differimento temporale della facoltà medesima⁽³⁹⁾.

dalla fideiussione, deve necessariamente essere esplicitata nel contratto con l'impiego di specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto»; v. anche Cass., 29 marzo 1996, n. 2909 (in *Foro it.*, 1996, I, 1921; in *Contratti*, 1996, 388; nonché in *Foro pad.*, 1996, I, 281, con nota di MELANDRI, *Del contratto di fideiussione con clausola solve et repete*), la quale sostiene che «La c.d. clausola “solve et repete” inserita in un contratto di fideiussione è pienamente valida, in quanto costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale e non altera i connotati tipici del contratto, né urta contro il divieto di patto commissorio, che opera per le garanzie reali e non per quelle personali. Il fideiussore, in applicazione dell'art. 1945 c.c., può opporre al creditore tutte le eccezioni, anche riconvenzionali, che spettano al debitore principale, salvo quelle derivanti da incapacità, ma non domandare la condanna del creditore in favore del debitore. In presenza della c.d. clausola “solve et repete” il garante può far vivere le eccezioni inerenti direttamente al contratto di fideiussione, quelle relative all'invalidità dello stesso, quelle concernenti la contrarietà del comportamento del beneficiario ai principi di correttezza e buona fede e, in fine, quelle relative alla nullità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale». Ampia parte della dottrina, al contrario – in linea con la sentenza di legittimità in commento – sostiene come, a fronte dell'incompatibilità con il nesso di accessorietà tra prestazione di garanzia e obbligazione principale, anche la mera apposizione delle predette clausole non consente di parlare di fideiussione: in tal senso PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, in *Le operazioni bancarie* a cura di Portale, II, Milano, 1978, 1043 ss.; ma v. anche SESTA, *Pagamento a prima richiesta*, cit., 939; nonché BONELLI, *Le garanzie bancarie a prima domanda nel commercio internazionale*, Milano, 1991, 27 ss.

⁽³⁸⁾ V. ancora NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 107.

⁽³⁹⁾ Cfr. in tal senso MONTANARI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia: tertium non datur*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 90.

Tuttavia, dal momento che nel contratto autonomo di garanzia permane, in ogni caso, un legame tra sorte del debito principale e causa del debito di garanzia⁽⁴⁰⁾, da sempre vi è il tentativo – a fronte di una radicale eliminazione del vincolo di strutturale accessorietà – di limitare la naturale insensibilità, del rapporto di garanzia *de quo*, alle vicende del credito garantito. La sentenza di legittimità in commento ha delineato in proposito, sulla scorta di una giurisprudenza costante, eccezioni e limiti all'autonomia del *Garantievertrag*, che ricomprendono ipotesi in cui: *a*) il rapporto garantito risulti nullo per contrarietà a norme imperative ovvero per illiceità della causa, quando, a mezzo del contratto di garanzia medesimo, vi sia la finalità di assicurare il risultato vietato⁽⁴¹⁾; *b*) l'escussione della garanzia

⁽⁴⁰⁾ Cfr. Cass., 16 novembre 2007, n. 23786, cit.; ma v. anche Cass., 4 luglio 2003, n. 10574 (in *Riv. dir. civ.*, 2005, 379, con nota di CUCCOVILLO, *Pagamento «a prima richiesta» e decadenza del creditore tra autonomia e accessorietà della garanzia*; in *Guida al dir.*, 2003, 35, 89; in *Contratti*, 2004, 271, con nota di MONTICELLI, *La tutela ex art. 1957 c.c. tra fideiussione, clausola solve et repete e garanzia atipica*; nonché in *Gius.*, 2004, 42), la quale sostiene che «La deroga all'art. 1957 c.c. non può ritenersi implicita nell'inserimento nella fideiussione, di una clausola di “pagamento a prima richiesta” o di altra equivalente, sia perché detta norma è espressione di un'esigenza di protezione del fideiussore, che prescinde dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale e può essere considerata meritevole di tutela anche nelle ipotesi in cui tale collegamento sia assente, sia perché, comunque, la presenza di una clausola siffatta non assume rilievo decisivo ai fini della qualificazione di un negozio come “contratto autonomo di garanzia” o come “fideiussione”, potendo tali espressioni riferirsi sia a forme di garanzia svincolate dal rapporto garantito (e quindi autonome) sia a garanzie, come quelle fideiussorie, caratterizzate da un vincolo di accessorietà, più o meno accentuato, nei riguardi dell'obbligazione garantita, sia infine a clausole, il cui inserimento nel contratto di garanzia è finalizzato, nella comune intenzione dei contraenti (non all'esclusione, ma) a una deroga parziale della disciplina dettata dal citato art. 1957 c.c., ad esempio limitata alla previsione che una semplice richiesta scritta sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria; ne consegue che, non essendo la clausola di pagamento a prima richiesta di per sé incompatibile con l'applicazione della citata norma codicistica, spetta al giudice di merito accertare, di volta in volta, la volontà in concreto manifestata dalle parti con la stipulazione della detta clausola». In dottrina v. LECCESE, *La clausola solve et repete*, Milano, 1998, 40 ss., la quale, sostenendo che si tratta di autonomia «relativa», sottolinea come sia la causa consentire «al rapporto di base di mantenere inalterata la sua funzione di necessario referente della garanzia autonoma».

⁽⁴¹⁾ Si è escluso in giurisprudenza che ciò si verifichi riguardo alla pattuizione di interessi ultralegali. Ciò in quanto – ad eccezione di quanto non accada per la previsione di interessi usurari – tale pattuizione non risulta contraria all'ordinamento (il quale ne impone, infatti, la mera forma scritta): cfr. Cass., 7 marzo 2002, n. 3326, cit., secondo cui «Nel contratto autonomo di garanzia, che si discosta dalla fideiussione perché deroga al principio dell'accessorietà e al regime delle eccezioni consentite al garante, è escluso che il garante possa opporre al creditore eccezioni

debba ritenersi manifestamente dolosa o abusiva: caso nel quale il garante potrà opporre eccezioni (anche ove convenzionalmente rese inopponibili) riguardanti il rapporto principale⁽⁴²⁾.

Le impostazioni giurisprudenziali sono, tuttavia, varie e disomogenee tra loro, con particolare riguardo a fondamento e presupposti delle eccezioni opponibili in deroga all'autonomia della garanzia convenzionalmente patuita: mentre da una parte, infatti, le decisioni più recenti rilevano, nelle predette eccezioni, un'applicazione del generale principio di buona fede e correttezza nei rapporti obbligatori *ex artt.* 1175 e 1375 c.c.⁽⁴³⁾, delineando-

attinenti alla validità del contratto da cui deriva l'obbligazione principale, ma non anche le eccezioni attinenti alla validità dello stesso contratto di garanzia. Il fenomeno per cui la stessa situazione viziante determina insieme la nullità del contratto di base e di quello di garanzia può prodursi solo nel caso in cui il primo è nullo per contrarietà a norme imperative od illiceità della causa ed attraverso il secondo si tende ad assicurare il risultato che l'ordinamento vieta». Cfr. anche Cass., 14 dicembre 2007, n. 26262 (in *Mass. Foro it.*, 2007, 2000) la quale, con riferimento alla clausola nulla per usurarietà degli interessi, sostiene come l'illiceità del rapporto principale si trasmetta al contratto autonomo in ogni caso (indipendentemente dalla sussistenza, nel singolo caso di specie, di un collegamento funzionale tra i due rapporti), trovando pur sempre, il contratto autonomo, la propria giustificazione nel rapporto garantito: «anche il contratto autonomo di garanzia “viene meno quando il contratto principale è illecito” [...] e, nella specie, non sussisterebbero dubbi “sulla illiceità della clausola impositiva di interessi anatocistici in violazione dell'art. 1283 c.c.”, comportando, inoltre, il ricorso illecito all'anatocismo la violazione del tasso soglia stabilito per individuare il carattere usurario degli interessi».

⁽⁴²⁾ Così NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 108.

⁽⁴³⁾ V. in tal senso Cass., 17 marzo 2006, n. 5997 (in *Foro it.*, 2007, I, 1582, nonché in *Contratti*, 2006, 1115), secondo cui «Nelle garanzie autonome, l'assunzione da parte del garante dell'impegno di effettuare il pagamento a semplice richiesta del beneficiario della garanzia e la sua rinuncia ad opporre le eccezioni inerenti al rapporto principale, ivi comprese quelle relative all'invalidità del contratto da cui tale rapporto deriva, a meno che non siano fondate sulla nullità per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa, non escludono l'operatività del principio della buona fede, quale fonte integrativa degli effetti degli atti di autonomia privata, in virtù del quale deve ritenersi giustificato il rifiuto del pagamento, qualora esistano prove evidenti del carattere fraudolento (o anche solo abusivo) della richiesta del beneficiario. Tale rifiuto non rappresenta una mera facoltà, ma un dovere del garante, il quale è legato al debitore principale da un rapporto di mandato, che è tenuto ad adempiere con diligenza e secondo buona fede, con la conseguenza che l'accoglimento della richiesta di pagamento avanzata dal beneficiario in presenza di prove evidenti della sua pretestuosità preclude al garante la possibilità di agire in rivalsa nei confronti del debitore principale»; conf. Cass., 1° ottobre 1999, n. 10864, cit.

In dottrina, v. le osservazioni di DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 300 ss., nonché di LAMANUZZI, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, cit., , secondo la quale, mentre la giurisprudenza parla a volte di «potere-dovere» per il garante di sollevare l'*exceptio doli*, altre volte» si esprime in termini di «facoltà».

le in termini di *species* dell'*exceptio doli generalis*, dall'altra vi sono state decisioni per le quali il fondamento giuridico delle eccezioni risiederebbe in capo al nesso causale sussistente fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia⁽⁴⁴⁾, e ciò anche a fronte della loro relativa, reciproca autonomia funzionale⁽⁴⁵⁾.

Si tratta di questione che, tuttavia, non ha ancora trovato adeguata soluzione: la sentenza di legittimità in commento, infatti, pur considerando opponibile l'*exceptio doli generalis* ove risulti «evidente, certo ed incontestabile il venir meno del debito garantito per pregressa estinzione dell'obbligazione principale per adempimento o per altra causa», menziona tuttavia, tra i limiti all'operatività dell'autonomia del contratto autonomo di garanzia – nonché diversamente dai presupposti della *exceptio doli generalis* – l'inesistenza originaria del rapporto garantito, in seguito facendo menzione ora di «pagamento arbitrario», ora di «escussione illegittima della garanzia» (v. punto 9.4 della sentenza).

Nella disamina dell'ipotesi d'inesistenza del rapporto garantito, nonché nella prospettazione della stessa in termini di presupposto per la relativa eccezione, la S.C. inoltre rinviene la relativa *ratio* d'opponibilità rilevando come si tratti, pur sempre, di «contratto di garanzia la cui essenziale funzione è quella di garantire un determinato adempimento»⁽⁴⁶⁾: come da altri

Dinanzi a questa mancanza di chiarezza pare preferibile seguire la strada dell'onere. Sembra infatti conforme ai principi di buona fede di cui all'art. 1375 sostenere che il garante debba tenere un comportamento diretto alla protezione dell'interesse del debitore, per cui se egli esegue il pagamento richiestogli dal garante nonostante si tratti di una escussione *prima facie* indebita, perde il regresso verso il debitore. Tuttavia, al fine di non gravare il garante di un onere di eccessiva diligenza, occorre insistere sul concetto che deve trattarsi di una escussione da parte del beneficiario palesemente indebita».

⁽⁴⁴⁾ Sul punto ancora NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 108.

⁽⁴⁵⁾ Si tratta di una prospettiva avanzata, in particolare, con riferimento sia all'ipotesi in cui il debito principale non risulti essere sorto (ovvero sia derivante da titolo nullo), sia al caso di avvenuto soddisfacimento del debitore: cfr. Cass., 10 febbraio 2004, n. 2464, cit., secondo la quale l'indipendenza del rapporto principale «rende qualitativamente diversa la prestazione del debitore e quella del garante, il quale deve assicurare in ogni caso al creditore una prestazione uguale o equivalente a quella che avrebbe dovuto conseguire in forza di tale rapporto, così da evitare o rimuovere il pregiudizio connesso al mancato o inesatto adempimento; con il solo limite, che deriva dalla funzione della garanzia, di coprire il rischio dell'inadempimento del rapporto di base, e che connota il negozio dall'aspetto causale, nel senso che resta pur sempre collegato al rapporto base, in questo trovando fondamento e misura l'interesse economico alla cui tutela è ordinata la garanzia; sicché il negozio è privo di causa se non si configura *ab origine* il rischio di inadempimento, perché l'obbligazione non è sorta o è nulla, mentre se nella fase di esecuzione è eliminato il rischio garantito, perché il creditore ha già conseguito la *res debita*, viene meno la sua funzione, tanto da rendere ingiustificata l'attribuzione patrimoniale».

⁽⁴⁶⁾ Cfr. anche, in tal senso, Cass., 24 aprile 2008, n. 10652, cit.

osservato, è all'evidenza come il Giudice di legittimità incorra, in tal modo, in una contraddizione rispetto alla definizione di causa del *Garantievertrag* poco prima affermata⁽⁴⁷⁾.

Non è dato comprendere, peraltro, se la causa del contratto autonomo di garanzia debba rinvenirsi nella certezza del soddisfacimento dell'interesse creditorio, a prescindere dalle vicende relative al rapporto principale: l'estinzione di quest'ultimo (per adempimento o altra causa) renderebbe infatti abusiva l'escussione del garante da parte del beneficiario; pare più corretto, quindi, qualificare il caso di avvenuto adempimento del debito originario in termini di ragione d'illegittimità dell'escussione (*sub specie* di mancanza sopravvenuta di causa, essendo già stato soddisfatto l'interesse creditorio)⁽⁴⁸⁾. L'estinzione del rapporto di valuta per altro motivo (ad es. l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile a creditore o debitore), costituendo il naturale risultato di quella traslazione del rischio che ne costituisce causa meritevole di tutela, non dovrebbe invece comportare contrarietà, della pretesa del beneficiario, a buona fede⁽⁴⁹⁾: non può pertanto sostenersi che il *Garantievertrag* copra il solo rischio d'inadempimento imputabile al debitore originario, in quanto si negherebbe, al contrario, la stessa autonomia dell'obbligazione di garanzia⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁷⁾ Si v. NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 109.

⁽⁴⁸⁾ In questi termini A. NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, loc. cit.

⁽⁴⁹⁾ Larga parte della dottrina sostiene infatti come funzione specifica del contratto autonomo di garanzia sia rinvenibile nella garanzia del beneficiario riguardo ai c.dd. «rischi atipici», concernenti fattispecie diverse dall'inadempimento del debitore principale: cfr. G.B. PORTALE, *Fideiussione e Garantievertrag nella prassi bancaria*, cit., 1045 ss., ma v. anche CICALA, *Sul contratto autonomo di garanzia*, cit., 143 ss.

⁽⁵⁰⁾ NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 109 s., il quale rileva in proposito come giurisprudenza e dottrina rinvercano, tuttavia, la principale difficoltà nella necessaria conciliazione dell'interesse a fornire, al creditore beneficiario della garanzia autonoma, una tutela forte, con l'interesse alla tutela del contraente debole. Si tratta peraltro – continua l'autore – di una preoccupazione promanante dalla disciplina dettata dalla stessa giurisprudenza [nonché confermata dalla sentenza di legittimità n. 3947/2010 in commento] relativamente al regime delle azioni di rivalsa a seguito dell'avvenuto pagamento da parte del garante, ove il pagamento medesimo risulti (sulla base di ragioni riguardanti il rapporto di base) non dovuto: il garante può agire in rivalsa ex art. 1950 c.c. nei confronti del debitore garantito il quale – non potendo eccepire circostanze riguardanti il rapporto di valuta nella medesima sede – si rivale sul beneficiario, agendo a mezzo di una *condictio indebiti* ovvero, secondo altra impostazione, attraverso l'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. Ciò, in quanto il garante non può agire (salve le ipotesi di escussione fraudolenta) in ripetizione nei confronti del beneficiario, ed ha implicitamente rinunciato alla facoltà di chiedere la ripetizione nei confronti di quest'ultimo: in sostanza, l'autonomia della garanzia prestata si rivela – alla stregua di quanto avvenga nell'ipotesi di fideiussione con clausola *solve et repete* – solo temporanea e relativa.

6. Altra fondamentale questione affrontata dalle Sezioni Unite, in linea con quanto richiesto dalla ordinanza di rimessione, concerne la natura delle polizze assicurative fideiussorie stipulate, in particolare, dall'appaltatore di opere pubbliche.

Come sottolineato dalla S.C., la polizza fideiussoria si configura quale contratto a favore di terzo⁽⁵¹⁾, nel quale le figure di stipulante, promittente e terzo beneficiario sono rinvenibili, rispettivamente, in capo al debitore, al garante nonché al creditore principale⁽⁵²⁾. La validità di tale contratto prescinde, quindi, sia dalla conoscenza che dalla partecipazione da parte del beneficiario: il quale ultimo, dichiarando di volerne profittare, rende *ex art. 1411 c.c.* irrevocabile e immodificabile la stipula⁽⁵³⁾.

È stato sottolineato, peraltro, come l'aspetto fondamentale e caratterizzante della polizza fideiussoria sia rinvenibile nel mero assetto strutturale, non costituendo elementi specifici di un determinato tipo di garanzia né l'oggetto, né la funzione⁽⁵⁴⁾; la giurisprudenza pone in evidenza, inoltre, come ulteriori elementi caratterizzanti la polizza fideiussoria debbano rinvenirsi sia nella qualità dell'assuntore della garanzia⁽⁵⁵⁾ che nel carattere

⁽⁵¹⁾ NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, loc. cit.

⁽⁵²⁾ Tale impostazione è in linea con quanto sostenuto da larga parte della dottrina: cfr., tra gli altri, FRAGALI, *Fideiussione ed assicurazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1955, I, 140 ss.; ma v. anche le osservazioni di RUSSO, *Le assicurazioni fideiussorie*, Milano, 1997, 19 ss.

⁽⁵³⁾ Si vedano, in proposito, le osservazioni di BENATTI, *Garanzia (contratto autonomo di)*, in *Noviss. dig. it., App.*, III, Torino, 1982, 919; nonché CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, 265: è stato infatti posto in evidenza come, in realtà, all'effetto favorevole promanante dalla stipulazione della polizza in capo al beneficiario corrisponda, nella quasi totalità dei casi, un costo riversato, dal debitore, sull'altra parte stipulante del contratto principale.

In ordine alla compatibilità tra schema del contratto a favore di terzo e polizza fideiussoria con clausola di pagamento «a semplice richiesta», cfr. COSTANZA, *L'assicurazione fideiussoria non è una fideiussione*, in *Giust. civ.*, 1995, 2418 ss.

⁽⁵⁴⁾ Ma v. le osservazioni di DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 326 ss., da cui si evince come debba rinvenirsi, nella polizza fideiussoria, uno schema negoziale adattabile ad un'ampia varietà d'ipotesi, ove la garanzia può qualificarsi in termini di autonomia, accessorietà, indennitariet  ovvero satisfattorieta.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass., 18 maggio 2001, n. 6823 (in *Foro it.*, 2001, 3174 ss., con nota di PARDOLESI, *Polizza fideiussoria in cerca d'identita': assicurazione, fideiussione o contratto autonomo di garanzia?*; in *Dir. e form.*, 2003, 1021 ss., con nota di FARSACI, *La controversa natura giuridica della polizza assicurativa fideiussoria e l'applicazione a tale figura dell'art. 1957 c.c.*; nonch , infine, in *Corr. merito*, 2010, 516), la quale, in linea con l'impostazione dominante, sostiene come debba trattarsi necessariamente di un'impresa assicurativa ovvero di un istituto di credito, trovandosi, in caso contrario, al di fuori dello schema socialmente tipico della polizza fideiussoria: «La cosiddetta assicurazione fideiussoria costituisce una figura contrattuale intermedia tra il versamento cauzionale e la fideiussione ed   contraddistinta dall'assunzione dell'impegno, da parte (di una banca o) di una compagnia di assicurazione, di pagare

necessariamente oneroso della relativa prestazione (il corrispettivo versato dal debitore consiste, infatti, in un premio).

Corrispettivo e nomenclatura nella prassi sovente utilizzata (ad es. «assicurazione fideiussoria», nonché «fideiussione assicurativa») hanno visto parte della dottrina⁽⁵⁶⁾ ricondurre la polizza fideiussoria al modello tipico dell'assicurazione del credito; d'altra parte, la giurisprudenza più risalente⁽⁵⁷⁾ identificava – partendo da una presunta identità di causa tra le due fattispecie – la polizza fideiussoria con la mera fideiussione⁽⁵⁸⁾.

Sotto il primo profilo (asserita natura assicurativa della polizza), è opinione condivisa da tempo che, ai fini qualificativi del contratto, non possa tenersi conto né del fatto che, nell'accordo tra debitore e garante, siano rinvenibili i caratteri tecnici del contratto assicurativo, né che la nomenclatura risulti «di tipo meramente assicurativo»⁽⁵⁹⁾: i profili di vicinanza con il

un determinato importo al beneficiario, onde garantirlo nel caso di inadempimento della prestazione a lui dovuta dal contraente. È, poi, caratterizzata, dalla stessa funzione di garanzia del contratto di fideiussione, per cui è ad essa applicabile la disciplina legale tipica di questo contratto, ove non derogata dalle parti».

⁽⁵⁶⁾ Tale impostazione è ormai poco diffusa: fondamentali in ogni caso, sul punto, le osservazioni di MESSINEO, *Manuale del diritto civile e commerciale*, Milano, 1958, 169, nonché di STOLFI, *Natura giuridica dell'assicurazione cauzionale*, in *Assicurazioni*, 1958, I, 67.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. Cass., 2 agosto 1990, n. 7766 (in *Notariato*, 1992, 50, nonché in *Arch. civ.*, 1991, 35), secondo cui «La polizza, con la quale una compagnia di assicurazioni garantisca l'adempimento del debito di un terzo, o ne assuma l'obbligazione per il caso della sua insolvenza (cosiddetta assicurazione fideiussoria o cauzionale), assolve, in via esclusiva o prevalente, alla stessa funzione del contratto di fideiussione, e resta conseguentemente soggetta alla relativa disciplina anche per quanto riguarda la decadenza ex art. 1957 c.c., atteso che il contratto di assicurazione, ancorché sotto forma di assicurazione di credito, presuppone la copertura di un rischio e l'assunzione di una obbligazione di tipo indennitario, e non è quindi configurabile in presenza di un'obbligazione obiettivamente e quantitativamente coincidente con quella del terzo; senza che rilevi in contrario che il contratto sia stato stipulato anche con la partecipazione del creditore così garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (art. 1411, ult. comma c.c.)»; v. inoltre Cass., 2 aprile 1987, n. 3181, in *Arch. civ.*, 1987, 715, in base a cui «La garanzia assunta da un'impresa assicuratrice nei confronti dell'amministrazione finanziaria per il versamento di diritti doganali mediante la cosiddetta polizza fideiussoria o cauzionale, assolve in via esclusiva o prevalente alla stessa funzione del contratto di fideiussione e quindi è soggetta alla relativa disciplina». In dottrina, cfr., tra gli altri, MOLLE, *Fideiussioni bancarie e assicurazioni fideiussorie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1953, I, 449, secondo il quale la polizza sarebbe assimilabile alla fideiussione.

⁽⁵⁸⁾ V. NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 110.

⁽⁵⁹⁾ Cfr., in proposito, quanto statuito da Cass., 13 ottobre 1986, n. 5981 (in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 879), secondo cui «La polizza cosiddetta fideiussoria o cauzionale, la

contratto assicurativo, sotto il profilo sia tecnico-economico⁽⁶⁰⁾ che formale vengono, infatti, superati dal vero perno funzionale ai fini qualificativi del contratto, cioè a dire l'elemento causale, che definisce la natura giuridica delle polizze fideiussorie. In queste ultime, a differenza che nel contratto di assicurazione (volto a indennizzare l'assicurato, a fronte del pagamento di un premio, dalle conseguenze negative di un evento accidentale), il garante è tenuto – indipendentemente dal carattere volontario o meno dell'inadempimento – al pagamento del premio.

Quanto alla seconda impostazione (polizza fideiussoria quale sottotipo di fideiussione)⁽⁶¹⁾, deve tenersi presente, oltre alle descritte caratteristiche strutturali e contenutistiche che ne diversificano la nozione da quella, fondamentale, di cui all'art. 1936 c.c., l'oggetto della polizza: quest'ultimo infatti non è costituito, necessariamente, da un'obbligazione identica a quella del rapporto di base, dal momento che la stessa può anche assurgere a indennizzo⁽⁶²⁾.

quale sia diretta a garantire, in favore del beneficiario, l'adempimento di un'obbligazione del contraente, resta soggetta alla disciplina della fideiussione, mentre le norme dell'assicurazione possono trovare ingresso solo quando le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, le abbiano richiamate».

⁽⁶⁰⁾ Sul punto v. anche le osservazioni di DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 328, il quale sostiene come il corrispettivo della polizza non possa assurgere alla qualifica di «premio, atteso che nel ramo cauzioni, a differenza di ciò che avviene in altri settori assicurativi, tale prestazione non può essere determinata in base a severi criteri probabilistici e attuariali».

⁽⁶¹⁾ Così Cass., Sez. un., 15 gennaio 1993, n. 500 (in *Corr. giur.*, 1993, 716 ss., con nota di DI MAJO, *La fideiussione soggettivamente neutra*; in *Foro it.*, 1993, I, 760 ss., con nota di CAPONE, *Diritti doganali, polizza fideiussoria e azione di regresso*; in *Resp. civ. e prev.*, 1993, II, 944 ss., con nota di SBRIGHI SCOTTO, *Questioni sulla interpretazione della polizza fideiussoria doganale*; nonché in *Riv. dir. comm.*, 1994, II, 35 ss., con nota di GIAMPAOLINO, *Garanzie personali e pagamento dei diritti doganali*), la quale, con specifico riferimento a diritti doganali, sostiene che «Quando lo spedizioniere doganale, nell'eseguire le operazioni in dogana per conto del proprietario della merce, ancorché in forza di subdelega ricevuta dal mandatario di quest'ultimo, si avvalga della facoltà di differire il pagamento dei tributi doganali, ai sensi degli artt. 78 e 79 del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, stipulando all'uopo con società di assicurazioni una polizza fideiussoria sostitutiva della cauzione ed identificante l'obbligazione garantita nel debito inerente a detti tributi, a tale società, che per il suddetto titolo sia stata escussa dall'amministrazione finanziaria, deve essere riconosciuto diritto di surrogazione e regresso (artt. 1949-1951 c.c.) nei confronti del proprietario-importatore, il quale, nonostante il ricorso all'attività dello spedizioniere (che assume la veste di condebitore in solido), è soggetto passivo del rapporto tributario, e quindi dell'obbligazione garantita, mentre non rileva che i diritti doganali siano rimasti insoddisfatti a causa di comportamento illecito dello spedizioniere, il quale non abbia provveduto a versare alla dogana le somme ricevute dall'importatore, giacché la circostanza interferisce non sul debito d'imposta o sulla fideiussione, ma nel rapporto interno fra spedizioniere ed importatore medesimo».

⁽⁶²⁾ NASTRI, *La polizza fideiussoria nel genus delle garanzie atipiche*, cit., 110.

A fronte di tale dibattito la S.C. rileva, in linea con la prospettiva dominante – la quale supera inoltre l'idea di «contratto misto», costituito da elementi tipici sia di fideiussione che di assicurazione⁽⁶³⁾ –, l'atipicità della polizza fideiussoria⁽⁶⁴⁾, della quale è possibile rinvenire, nella pratica degli affari, tre fondamentali tipologie: quella in cui l'obbligo del garante dipende dall'esistenza dell'obbligo del debitore principale (cui debbono applicarsi, ove compatibili, le norme sulla fideiussione), quella in cui l'obbligo del garante è indipendente da quello del debitore (disciplinata in linea con quanto disposto in materia di contratto autonomo di garanzia) nonché, infine, quella in cui il beneficiario, al fine di ottenere il pagamento della garanzia, deve provare fatti riguardanti il rapporto principale (disciplinata, anch'essa, alla stregua di contratto autonomo di garanzia).

Ulteriore elemento distintivo è costituito, infine, dal carattere – soddisfacente, ovvero indennitario – che una garanzia può assumere. Tra le polizze fideiussorie, vi è particolare diffusione della stipula volta a coprire gli oneri relativi alla mancata stipula di un contratto di appalto, ovvero (come nel caso affrontato nelle due sentenze oggetto del presente commento)

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass., 26 gennaio 1985, n. 385 (in *Nuova giur. civ. comm.*, 1985, I, 490, con nota di richiami di R. LUPPI), la quale sostiene che «Con riguardo ad una polizza cauzionale stipulata con impresa di assicurazioni, la quale presenti sostanziale natura fideiussoria, in quanto rivolta non a trasferire un rischio a carico dell'assicuratrice, ma a garantire nei confronti del beneficiario l'adempimento di obblighi assunti dal contraente, la disciplina applicabile, salvo diversa previsione convenzionale, è quella del contratto di fideiussione, non quella del contratto di assicurazione, della quale, in particolare, deve escludersi l'invocabilità dell'art. 1892 c.c., in tema di annullamento per dichiarazioni inesatte o reticenti (ferma restando l'esperibilità dell'azione di annullamento per dolo ai sensi dell'art. 1439 c.c.)»; in base a Cass., 25 ottobre 1984, n. 5450 (in *Banca borsa tit. cred.*, 1985, II, 15), inoltre, «L'assicurazione fideiussoria o cauzionale costituisce un contratto misto la cui disciplina, ove non derogata dalle parti nei limiti della loro autonomia contrattuale, si identifica con la fideiussione che ne è il rapporto tipico prevalente; è pertanto applicabile all'anzidetto rapporto la disposizione dell'art. 1941 c.c., secondo cui la fideiussione non può eccedere ciò che è dovuto dal debitore, né può essere prestata a condizioni più onerose»; cfr., infine, Cass., 14 marzo 1978, n. 1292 (in *Banca borsa tit. cred.*, 1979, II, 411), secondo cui «Nell'obbligazione avente ad oggetto una somma di denaro espressa in valuta non avente corso legale nello Stato (nella specie valuta estera), il debitore si libera pagando l'equivalente in valuta nazionale, ma sopporta il peso della svalutazione di quest'ultima, verificatasi durante il ritardo nell'adempimento. La maggior somma corrispondente alla svalutazione non può qualificarsi come danno, ma costituisce solo la individuazione dell'entità obiettiva della prestazione ed essa è dovuta in via solidale dal fideiussore del debitore, giacché non costituisce un *quid pluris* rispetto alla obbligazione principale, di cui il fideiussore non deve rispondere a termini dell'art. 1941 c.c.».

⁽⁶⁴⁾ V. in proposito FUSARO, *In tema di assicurazioni fideiussorie*, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 97; nonché LIPARI, *La natura giuridica dell'assicurazione fideiussoria*, in *Giust. civ.*, 1986, II, 133 ss.

al mancato (o inesatto) adempimento di opere o servizi: si tratta d'ipotesi esplicitamente contemplate *ex artt.* 75 e 113 del d.lgs. n. 163/2006, per l'ipotesi in cui una Pubblica Amministrazione rivesta il ruolo di committente. In questo caso, la polizza fideiussoria assicura la mera soddisfazione dell'interesse economico, del beneficiario, compromesso dall'inadempimento dell'appaltatore, in quanto non può garantire (consideratane la relativa infungibilità) l'adempimento della citata obbligazione; conseguentemente, polizza fideiussoria e fideiussione, pur accomunate dallo scopo di offrire, al creditore-beneficiario, la garanzia dell'esito positivo dell'operazione economica sottesa alla stipula, debbono tenersi distinte in quanto: *a)* le prime, ove prestate a garanzia di obbligazioni infungibili, appartengono alla categoria delle c.dd. garanzie di tipo indennitario, rimanendo in capo al creditore – rispetto all'inadempimento del debitore – la mera tutela del risarcimento del danno; *b)* la fideiussione appartiene alle c.dd. garanzie di tipo satisfattorio, caratterizzate cioè dal rafforzamento del potere, in capo al creditore, di conseguire il medesimo bene dovuto, cioè a dire di realizzare, specificamente, il soddisfacimento del proprio credito⁽⁶⁵⁾.

7. Con riferimento all'ultima questione prospettata dall'ordinanza di rimessione, riguardante la causa contrattuale, la Corte di legittimità – sempre in linea con l'impostazione dominante – sostiene come la polizza fideiussoria, ove contenente la clausola «a prima richiesta», persegua una funzione di tipo «cauzionale», in quanto utilizzata in alternativa alla cauzione, nonché volta a realizzarne il medesimo risultato⁽⁶⁶⁾.

Tali contratti assolvono certamente una funzione assimilabile a quella della cauzione, in quanto creano una disponibilità finanziaria in capo al creditore: quest'ultimo può fare proprio il denaro offerto in garanzia chiedendone, al garante, l'immediato pagamento. D'altra parte, i contratti

⁽⁶⁵⁾ In tal senso CARBONE, *Fideiussione e garantievertrag*, in *Corr. giur.*, 2010, 445.

⁽⁶⁶⁾ V. in proposito DE BONIS, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 337, il quale sostiene che la polizza realizza «una funzione analoga a quella della cauzione reale, in quanto attribuisce al creditore una pretesa di pagamento delle somme garantite agevolata dalla presentazione della prima domanda al garante, e come la cauzione offre al creditore la possibilità di soddisfarsi immediatamente sui beni offerti in consegna (c.d. incameramento della cauzione), così la clausola “a prima richiesta” consente di ottenere quasi immediatamente la realizzazione del credito per il divieto da parte del garante di opporre eccezioni fondate sul rapporto principale; secondo Cass., 17.5.2001, la polizza avrebbe funzione cauzionale tutte le volte che la relativa convenzione attribuisca al creditore la facoltà di procedere ad immediata riscossione delle somme, a prescindere dal rapporto garantito, realizzando così una funzione del tutto simile a quella dell'incameramento di una somma di denaro a titolo cauzionale». Sul rapporto fra contratto autonomo di garanzia e deposito cauzionale v. inoltre BENATTI, *Il contratto autonomo di garanzia*, cit., 173; v. anche MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, 2^a ed., Torino, 1995, 121 ss.

autonomi evitano, all'impresa ordinante, di sottrarre all'esercizio della propria attività una porzione del proprio capitale che, in caso contrario, verrebbe immobilizzata nella garanzia ⁽⁶⁷⁾: emerge in tal modo un'altra finalità perseguita, a mezzo di tale schema negoziale, dal debitore-ordinante, cioè a dire il conseguimento di un finanziamento attraverso l'intervento del garante. Come giustamente rilevato ⁽⁶⁸⁾, dunque, l'interesse all'allestimento della garanzia autonoma coesiste con altri scopi perseguiti mediante la complessiva operazione negoziale.

È d'obbligo ricordare, tuttavia, come la principale finalità del contratto autonomo di garanzia rimanga quella di tenere estranee, rispetto all'esecuzione della garanzia, le vicende relative ad altri rapporti: solo un'accurata disamina della natura e dell'effettiva portata delle clausole consentirà di stabilire, nella fattispecie concreta, se ed in quali limiti sia possibile far valere, in sede di esecuzione della garanzia, situazioni giuridiche ad essa estranee. Si conferma quindi l'esigenza di analizzare, di volta in volta, le concrete modalità con cui l'autonomia privata abbia inteso regolare la specifica figura di garanzia.

SILVIO PIETRO CERRI

⁽⁶⁷⁾ Sul punto LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2010, 441: «In sostanza, le garanzie autonome, al pari di quanto accade per le cauzioni reali, creano una disponibilità di denaro in capo al creditore, il quale può chiederne l'immediato pagamento in presenza dei relativi presupposti; d'altro canto, consentono all'impresa ordinante di non sottrarre all'esercizio dell'attività economica una porzione del suo capitale».

⁽⁶⁸⁾ Cfr. LOBUONO, *La natura giuridica della polizza fideiussoria: l'intervento delle Sezioni Unite*, cit., 443, il quale inoltre sottolinea, in proposito, che «In tema di polizze fideiussorie tale considerazione induce a guardare, anche nella prospettiva funzionale, al modo di operare delle clausole di pagamento nell'ambito delle pattuizioni intercorse fra le parti del contratto di garanzia e, più in generale, nell'ambito della complessiva operazione negoziale».

TRIBUNALE DI PERUGIA, Sez. I – 14 gennaio 2010 – *Est.* GIARDINO
– Fi.Fe. c. To. As. s.p.a.

Assicurazione (contratto di) – Polizza sanitaria – Spese mediche – Accesso alle tecniche della PMA – Rimborso – Obbligo – Sussistenza.

Le spese mediche sostenute dall'assicurato di polizza sanitaria per l'accesso alle tecniche di p.m.a. sono soggette a rimborso da parte dell'assicurazione, in quanto l'infertilità è classificata come malattia (1).

(*Omissis*). Con atto di citazione notificato in data 11/4/2005, Fi.Fe. esponeva quanto segue: - di avere stipulato in data 10/3/2003 una polizza assicurativa sanitaria, la n. (*omissis*), denominata “Do.”, con la società To. S.p.A.; - che detta polizza prevedeva la copertura assicurativa per spese sanitarie, interventi chirurgici, diagnostica e ricovero senza intervento anche a favore dei prossimi congiunti ed, in particolare, del coniuge dell'assicurato contraente e della figlia; - che i premi convenuti erano stati ritualmente pagati per gli anni 2003, 2004 e 2005; - che i coniugi Fi., dopo la prima figlia, Ve., nata nel 2001, avevano deciso di concepire un secondo figlio; - che purtroppo, preso atto della difficoltà di una procreazione naturale, previa certificazione del medico specialista curante attestante la sussistenza di una situazione di infertilità secondaria, si erano trovati costretti a ricorrere a cure sanitarie che consentissero il concepimento con tecniche di procreazione medico assistita (c.d. PMA); - che in tale contesto nel novembre del 2003 avevano sostenuto spese mediche per un primo ciclo di PMA per complessivi Euro 3.601,29, provvedendo in data 1/12/2003 alla successiva richiesta di rimborso alla compagnia assicuratrice, previa trasmissione della relativa fattura n. 2780 del 9/11/2003; - che su richiesta della compagnia assicuratrice esso istante, in data 15/1/2004, aveva inoltrato la certificazione medica dello specialista di fiducia attestante la patologia in relazione alla quale si erano rese necessarie le cure mediche per le quali era stato chiesto il rimborso; - che in data 11/3/2004 la Compagnia aveva negato il rimborso delle spese sostenute, giustificato sulla base dell'asserzione che nel caso di specie ricorreva “sterilità di coppia e non malattia”; - che esso istante aveva contestato il contenuto della missiva, richiamando la letteratura scientifica sul tema, ed in particolare le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità, che da lungo tempo considerava l'infertilità come patologia; - che erano intercorse ulteriori comunicazioni tra le parti, che avevano portato all'invio alla Compagnia dei referti medici e degli esami eseguiti nonché di una relazione medica che descrivesse in modo dettagliato in che cosa era consistito il ciclo completo di PMA con lesi,

di cui alla fattura; - che nel frattempo esso istante e la coniuge si erano sottoposti nel luglio del 2004 ad un altro intervento di PMA, stante l'insuccesso del precedente, richiedendo nuovamente la liquidazione dell'indennizzo contrattualmente convenuto per la fattura n. 2039 del 22/7/2004 di Euro 4.101,29; - che anche tale richiesta era stata disattesa dalla Compagnia, che riteneva trattarsi di "spese non coperte da garanzia assicurativa", non riavvisando una specifica patologia nella documentazione medica allegata.

Tutto ciò premesso, conveniva in giudizio avanti l'intestato Tribunale la Compagnia assicurativa To., per sentirla condannare al pagamento dell'importo complessivo di 7.772,58, oltre interessi e rivalutazione monetaria; con rifusione delle spese di lite.

Si costituiva ritualmente in giudizio la To. S.p.A. che ribadiva la non rimborsabilità delle spese ai sensi di polizza, non potendo gli interventi di procreazione medico assistita essere ritenuti assimilabili ad interventi terapeutici, nel senso di riparatori di "alterazione dello stato di salute non dipendente da infortunio", quale la situazione tipica dedotta in garanzia.

Adduceva la convenuta che le tecniche di PMA, specie nella prospettiva normativa delineata dall'intervento normativo del 2004, adottato con la legge n. 40/2004, servivano ad ovviare ad una particolare conseguenza di una condizione di infertilità non necessariamente riferibile ad una malattia, ma non a curare la eventuale malattia causa della infertilità, delineando un ruolo estraneo alla sfera ed alla nozione dell'assistenza sanitaria. (*Omissis*).

Unico, il motivo di contestazione della pretesa attorea da parte della convenuta: l'inoperatività delle garanzie assicurative indicate nella polizza sanitaria stipulata inter partes, prevedente il rimborso delle spese mediche, per la non ravvisabilità di specifica patologia nella documentazione medica indicata dall'attore a sostegno delle proprie richieste, non essendosi ritenuta la "sterilità di coppia" una vera e propria malattia, e le spese sopportate per la procreazione medica assistita (PMA) quali spese conseguenti ad una terapia. Non vengono sollevate pertanto né problematiche di quantum, né vengono dedotte ulteriori contestazioni circa l'operatività della polizza, sì che l'oggetto del giudizio, delineato dalle contrapposte deduzioni delle parti, deve intendersi limitato al vaglio della questione prospettata, per il resto operando pacificamente il principio di non contestazione (ad esempio, sia per quanto concerne la congruità e la pertinenza delle fatture; sia per le ulteriori problematiche concernenti l'esatto inquadramento delle prestazioni rappresentate dalle fatture nelle varie partizioni contrattuali, ricavabili dalla lettura della polizza - intervento chirurgico, diagnostica, ricovero senza intervento -).

Così chiarito il thema decidendum, ritiene questo Giudice che la domanda attorea sia fondata.

In primo luogo, va negato che la infertilità (anche quella c.d. secondaria, cioè relativa a coppie che hanno già un figlio) non venga considerata, sia dalla letteratura scientifica, sia dagli organismi sanitari - nazionali ed internazionali -, sia dalla stessa normativa, una “malattia” in senso proprio: vero è che solo in alcuni casi la sterilità è immediata conseguenza di una - diversa - patologia diremmo “classica”, che costituisce anche causa dell'impossibilità della procreazione; ma anche nei casi in cui la sterilità non ha diretta matrice patologica è considerata come “malattia” in sé, in quanto alterazione dello stato di salute di un individuo, in riferimento all'apparato riproduttivo. La conclusione è pacifica, non solo se si verifica la letteratura scientifica in materia, ma anche tenendo presenti le indicazioni dell'Organizzazione Mondiale della Sanità e dello stesso Istituto Superiore di Sanità italiano, che espressamente considerano tutti i tipi di infertilità come una patologia. Questi stessi organismi hanno inoltre parimenti considerato le tecniche di procreazione assistita come vera e propria terapia medica, cioè cura dello stato patologico; e siffatte conclusioni, lungi dall'essere contraddette (come erroneamente reputato dalla convenuta) sono confermate anche dall'analisi del dato normativo italiano, poiché sia la L. n. 40/2004 che il relativo D.M. di attuazione (il n. 15165/2004), considerano l'infertilità come “malattia”, da curare e da fronteggiare anche attraverso il Servizio Sanitario Nazionale; e le tecniche di P.M.A. come indubbio rimedio terapeutico, pur se caratterizzato dal criterio della residuante (l'art. 1 L. 40/2004 legittima il ricorso alla procreazione assistita “qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità”, così espressamente ricomprendendo dette tecniche nei metodi terapeutici in senso proprio).

Né risponde al vero che la nozione di terapia possa essere limitata ai quei soli interventi “riparatori” dell'alterazione dello stato di salute, come sostenuto dalla convenuta in comparsa, posto che siffatta affermazione implicherebbe il disconoscimento della nozione di terapia, ad esempio, con riferimento a tutti i presidi sanitari utilizzati nelle malattie “inguaribili”, sia di quelle croniche (come ad es. il diabete) che di quelle più repentine, ad esito infausto (come ad es. le malattie tumorali), difettando sempre in questi casi l'intervento “riparatore” dell'organismo; così come alle cure agenti sulla sintomatologia, piuttosto che sulla causa della malattia: ciò che, all'evidenza, non può dirsi.

Alla luce di quanto premesso, dovendosi considerare erronee le contestazioni di parte convenuta, ne dovrà conseguire (come si sottolineava, in assenza di ulteriori motivi di diniego dell'operatività della polizza) l'accoglimento della domanda attorea, e la conseguente condanna del-

la convenuta al pagamento in favore dell'attore della somma di Euro 7.772,58, a titolo di rimborso delle spese mediche sopportate in occasione dei due interventi di PMA, per cui è causa. (*Omissis*).

(1) Procreazione medicalmente assistita e oggetto della polizza sanitaria

Il provvedimento in esame affronta l'attuale tema, molto dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza, della procreazione medicalmente assistita. L'Italia è stata una degli ultimi paesi in Europa⁽¹⁾ a regolamentare questa problematica. Il 1 marzo 1985 ci fu la circolare dell'on. Degan intitolata "Limiti e condizioni di legittimità dei servizi per l'inseminazione artificiale nell'ambito del servizio sanitario nazionale" e solo il 10 febbraio 2004 è stata emanata una legge ad hoc (legge 2004 n. 40)⁽²⁾; subito dopo fu sottoposta anche a referendum⁽³⁾, ma non si raggiunse il quorum fissato dall'art. 75, comma 4, Cost. Dall'entrata in vigore della legge si sono sus-

⁽¹⁾ In Austria ad es. la legge sulla procreazione medicalmente assistita è stata emanata il 1 luglio 1992, n. 293: *Fortplantungsmedizingesets-FmedG*, il testo tradotto si può rintracciare in GENTILOMO, PIGA, NIGROTTI, *La procreazione medicalmente assistita nell'Europa dei quindici. Uno studio comparatistico*, Milano, 2005, 231 ss.; sulla problematica della bioetica in Europa v. SEGNI, *Le biotecnologie mediche nell'esperienza dell'Unione europea*, in *Familia*, 2003, 311 ss.

⁽²⁾ Per una prima analisi sulla legge 40/2004 v. C. CASINI, DI PIETRO, M. CASINI, *La legge italiana sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Dir. fam. pers.*, 2004, 489-533; DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 113 ss.; RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 628 ss.; BELLELLI, *La sperimentazione sugli embrioni: la nuova disciplina*, in *Familia*, 2004, 979-992; BALESTRA, *La legge sulla procreazione medicalmente assistita alla luce dell'esperienza francese*, in *Familia*, *ivi*, pp. 1097-1107; STANZIONE, SCIANCALEPORE, *Procreazione assistita, commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, *passim*.

⁽³⁾ Erano stati proposti cinque quesiti referendari che avevano come scopo, uno, dichiarato inammissibile, la totale abrogazione della legge (Corte cost., 28 gennaio 2005, n. 45, in *Giur. cost.*, 2005, 348, con nota redazionale di PERTICI e con osservazione di MONACO, *Il referendum per l'abrogazione della legge sulla procreazione medicalmente assistita di fronte al limite delle "leggi costituzionalmente necessarie"* sottolineando che la disciplina in tema di Pma essendo una "normativa costituzionalmente necessaria", dal momento che è la prima legislazione relativa ad un settore che comprende molti interessi costituzionali, non può essere abrogata.); gli altri, invece ammessi avevano come fine l'abrogazione di alcune norme come quelle riguardanti i divieti di fecondazione eterologa e di diagnosi preimpianto, e l'accesso alle tecniche solo in caso di infertilità o sterilità, Corte cost., 28 gennaio 2005, nn. 46, 47, 48, 49, in *Fam. dir.*, 2005, 195, con nota di LAMARQUE, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*.

seguiti molti provvedimenti giurisprudenziali⁽⁴⁾ tanto che Lorenzo D'Avack ha scritto che in questi anni si è verificata una "riscrittura costituzionale e giurisprudenziale della normativa in merito alla PMA"⁽⁵⁾. Il *fil rouge* di questa legge è la tutela del concepito⁽⁶⁾: art. 1 la legge "assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito" ed inoltre si dedica un intero capo VI alle misure di tutela dell'embrione⁽⁷⁾. In questa decisione il Tribunale di Perugia si trova ad affrontare il seguente caso: una coppia spo-

⁽⁴⁾ Per un *excursus* sugli interventi giurisprudenziali riguardanti la procreazione medicalmente assistita si consulti ASTIGGIANO, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2012, 420 ss. Il primo intervento giurisprudenziale è stato quello del Trib. Catania, 3 maggio 2004, in *Fam. dir.*, 2004, 372 ss. con nota di FERRANDO, *Procreazione medicalmente assistita e malattie genetiche: i coniugi possono rifiutare l'impianto di embrioni ammalati?*, i giudici avevano rigettato la richiesta dei ricorrenti di impiantare solo embrioni non affetti da talassemia, poiché ciò era contrario a norme imperative di legge, rilevanti penalmente. I giudici inoltre stabilivano che dovevano essere impiantati nell'utero della donna sia gli embrioni malati che quelli sani, dal momento che l'art. 14, comma 1, l. n. 40 del 2004 vieta la crioconservazione e la soppressione degli embrioni. Inoltre sempre questo provvedimento ha dichiarato manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 l. n. 40 del 2004, nella parte in cui non consente, per quanto riguarda la procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto, funzionale all'impianto dei soli embrioni sani, in riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost.

⁽⁵⁾ D'AVACK, *L'ordinanza di Salerno. Ambiguità giuridiche e divagazioni etiche*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, 1737 ss.

⁽⁶⁾ A. PALAZZO, *La filiazione, Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2007, 3 ss.

⁽⁷⁾ Per tentare di definire l'embrione si consulti il recente scritto di DURANTE, *La "semantica dell'embrione" nei documenti normativi. Uno sguardo comparatistico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 63 ss. l'Autore incomincia a trattare il tema citando documenti europei che riguardano l'embrione come la Raccomandazione 934/182 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa relativa all'ingegneria genetica passando per le due leggi francesi sulla bioetica del 1994, revisionate nel 2004 e quella portoghese in cui non è presente nessuna qualificazione giuridica di embrione; inoltre cita altri documenti normativi, ispirati al rapporto Warnock del 1984, che distingueva tra embrione e pre-embrione togliendo quindi dall'ambito degli embrioni gli zigoti non ancora giunti al quattordicesimo giorno di sviluppo, come per es. lo *Human Fertilisation and Embryology Act* inglese del 1990, modificato dallo *Human Fertilisation and Embryology Act* del 13 novembre 2008. Infine l'Autore enuclea le normative in cui si conferisce maggiore importanza alle specifiche misure di protezione dell'embrione e non tanto alle distinzioni biologiche come per es. in Spagna con la *Ley Organica 2/2010*, de 3 de marzo, de *salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, entrata in vigore il 5 luglio 2010, che ha stabilito la possibilità per la donna di abortire liberamente entro le prime quattordici settimane di gestazione ed inoltre viene fissata la prevalenza della salute della donna sulla vita dell'embrione. V. SCALISI, *Lo statuto giuridico dell'embrione umano alla luce della legge n. 40 del 2004, in tema di procreazione medicalmente*

sata, che aveva già una figlia, cerca di concepire un altro figlio, ma non ci riesce. Quindi i coniugi pensano di ricorrere alla tecnica della procreazione medicalmente assistita e chiedono alla propria compagnia assicuratrice il rimborso delle spese sostenute, avendo stipulato una polizza assicurativa sanitaria. La compagnia di assicurazione nega tutto ciò, sostenendo che queste spese non sono coperte da garanzia assicurativa in quanto ricorreva sterilità di coppia e non malattia. Il Tribunale di Perugia condanna la compagnia assicurativa a pagare le spese in quanto sia la letteratura scientifica in materia, sia le indicazioni dell'organizzazione mondiale della sanità e dello stesso istituto superiore di sanità italiano concordano nell'indicare tutti i tipi di infertilità come patologia e quindi le tecniche di procreazione medicalmente assistita rappresentano la terapia. Gli artt. 1 e 4⁽⁸⁾ della legge n. 40 stabiliscono che possono ricorrere alle tecniche di PMA solo quei soggetti che sono affetti da sterilità o infertilità⁽⁹⁾, certificata dal punto di vista medico, inoltre le tecniche di procreazione devono essere applicate con gradualità e non devono essere "invasive". La sterilità ed infertilità dunque rappresentano la *condicio sine qua non* per accedere alla PMA. Dal punto di vista medico è necessario distinguere la patologia della sterilità da quella dell'infertilità. Per sterilità si intende la incapacità della donna e dell'uomo in età potenzialmente feconda, di fecondare e di concepire a causa di fattori genetici o biologici (ad es. anomalie delle vie genitali, mancata produzione o insufficiente vitalità di gameti maschili e femminili), per motivi socio-ambientali (stress, inquinamento) o per cause patologiche. L'infertilità o sterilità relativa si verifica invece quando, anche se in astratto si può incominciare un processo fecondativo ed iniziare il concepimento, quest'ultimo non può concludersi per motivi fisiologici. Inoltre queste patologie

assistita, in *Fam. dir.*, 2005, 204 ss.; BELLELLI, *Procreazione medicalmente assistita e situazioni soggettive coinvolte*, in *Studi in onore di A. PALAZZO, Diritto privato*, 2, *Persona, famiglia, successioni*, a cura di Mazzaresse e Sassi, Torino, 2009, 55 ss.

⁽⁸⁾ Art. 1, comma 1, l. 40/2004: "Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita... comma 2 il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità." art. 4, 1 comma, della legge 40/2004: "il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

⁽⁹⁾ FERRANDO - SANTOSUOSSO, *La procreazione medicalmente assistita*, Milano, 2004, 30 -31 in cui si evidenzia che le parole infertilità e sterilità riguardano due diversi ambiti: la prima "consiste nell'incapacità di uno dei coniugi (o di entrambi) alla riproduzione per una serie di numerosi fattori"; la seconda "è ravvisabile invece quando si riscontrano una incompatibilità tra i due soggetti, che potrebbero di per sé non essere sterili".

devono essere certificate da atto medico, attraverso accertamenti presso strutture pubbliche o autorizzate. Sia la sterilità che l'infertilità rientrano nell'ambito delle malattie⁽¹⁰⁾ quando si considera il concetto "salute" in modo ampio, come già si evince nell'importante definizione dell'art.1 dell'atto costitutivo dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S.) del 1948, la salute è "uno stato di completo benessere fisico, mentale, sociale e spirituale e non semplicemente assenza dello stato di malattia o di infermità"⁽¹¹⁾. Si può evincere da queste parole l'importanza del benessere dell'individuo in quanto persona e non in quanto soggetto malato. La salute deve essere intesa non in senso oggettivo come assenza di malattia valutabile scientificamente, ma in senso soggettivo come una condizione dell'uomo che si può valutare secondo l'esperienza individuale. La salute deve essere considerata anche in base ai valori culturali, familiari all'interno dei quali si realizza il benessere della persona. Anche la giurisprudenza è d'accordo nel vedere la salute dal punto di vista psichico⁽¹²⁾ ed alla qualità della vita che ciascuno vuole per sé. Inoltre c'è da evidenziare che il diritto alla procreazione⁽¹³⁾ è in coerenza con i principi presenti nella Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997⁽¹⁴⁾ e nella Carta di Nizza⁽¹⁵⁾ e non deve essere inteso come il soddisfacimento di un proprio interesse prettamente egoistico e quindi generare sempre e con qualunque modalità, a conferma di ciò la legge del 2004 n. 40 all'art. 6, 1 comma fissa che il medico deve informare la coppia della possibilità di adottare un bambino. Secondo una parte della dottrina⁽¹⁶⁾ dal tenore della legge non sembra che la sterilità venga considerata come una malattia e quindi che abbia bisogno comunque di essere curata, la sterilità e l'infertilità da patologia del singolo, tutelata dall'art. 32 Cost., in

⁽¹⁰⁾ MARTINI, *Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2006, 81 ss.

⁽¹¹⁾ L'Organizzazione Mondiale della Sanità (O.M.S., o W.H.O. – *World Health Organization*), è un'agenzia delle nazioni Unite, fondata il 7 aprile 1948, il cui fine è rappresentato dal raggiungimento da parte di tutti del più alto livello possibile di salute.

⁽¹²⁾ Cass. pen., 18 marzo 1987, in *Cass. pen.*, 1987, 609 ss.

⁽¹³⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 52, in particolare il diritto di procreare si basa sugli artt. 2, 29, 30, 31 Cost., in ambito internazionale l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, l'art. 12 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata, il 4 novembre 1950, a Roma e successive modificazioni (Cedu), l'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, adottato il 16-19 dicembre 1966 a New York.

⁽¹⁴⁾ Ratificata in Italia con legge 28 marzo 2001, n. 145, in particolare si consulti l'art. 14: non consente il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita per la scelta del sesso del nascituro.

⁽¹⁵⁾ Art. 3 che stabilisce il divieto di "pratiche eugenetiche, in particolari quelli aventi come scopo la selezione delle persone".

⁽¹⁶⁾ RUSCELLO, *La nuova legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 633.

questo contesto è momento patologico della coppia; ciò emerge anche nelle Linee guida della legge in cui si considera non la sterilità o infertilità del singolo ma della coppia. A proposito delle linee guida, che sono atti amministrativi regolamentari, sono rivolte e vincolanti per le strutture autorizzate, hanno contenuti tecnici ed in base all'art. 7 della legge n. 40/2004 devono essere aggiornate ogni tre anni a causa di nuovi studi e scoperte scientifiche. Le prime linee guida della legge furono emanate nel 2004⁽¹⁷⁾ e per quanto riguarda l'infertilità e la sterilità erano viste come sinonimi; però, sia in seguito all'annullamento di alcune parti di quest'ultime da parte del TAR del Lazio⁽¹⁸⁾ sia per il progresso della scienza, furono create nuove linee guida nel 2008⁽¹⁹⁾. Tra le novità⁽²⁰⁾ che ci possono interessare

⁽¹⁷⁾ Linee guida del 21 luglio 2004 in "Gazzetta Ufficiale", n. 191 del successivo 16 agosto, per un commento a caldo si consulti VERONESI, *Le "linee guida" in materia di procreazione assistita. Nuovi dubbi di legittimità all'orizzonte*, in *Studium iuris*, 2004, 1356; DOGLIOTTI, *Le "Linee guida" del ministero della salute sulla procreazione assistita*, in *Fam. dir.*, 2004, 508 ss.

⁽¹⁸⁾ T.A.R. Lazio, Roma, 21 gennaio 2008, n. 398, in *Giur. merito*, 2008, 1144, con nota di DODARO, *Procreazione assistita e questione di legittimità costituzionale*, in *Fam. dir.*, 2008, 499, con nota di FIGONE, *Illegittimo il divieto di indagini preimpianto sull'embrione?*. Il TAR ha annullato, constatando il vizio di illegittimità per eccesso di potere "la disposizione delle Linee Guida in materia di procreazione medicalmente assistita approvate con D.M. 21 luglio 2004 nella parte riguardante le Misure di Tutela dell'embrione laddove si statuisce che ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 13, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale".

⁽¹⁹⁾ Ministero della Salute, Decreto 11 aprile 2008 pubblicato sulla "Gazzetta Ufficiale", serie generale, n. 101 del 30 dello stesso mese e, in *Dir. fam. pers.*, 2008, 2195 s.; DOGLIOTTI, *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, in *Fam. dir.*, 2008, 749 ss. In particolare è da riportare l'introduzione "secondo una prima definizione, la sterilità, almeno nella donna, andrebbe distinta dall'infertilità, intesa come incapacità di condurre la gravidanza fino all'epoca di vitalità fetale. Nell'uomo, invece, essendo il concetto di aborto ovviamente estraneo alla patologia della riproduzione, i due termini vengono largamente utilizzati come sinonimi. Secondo un'altra definizione, una coppia è considerata infertile quando non è stata in grado di concepire e di procreare un bambino dopo un anno o più di rapporti sessuali non protetti, mentre è sterile la coppia nella quale uno o entrambi i coniugi sono affetti da una condizione fisica permanente che non rende possibile la procreazione. Secondo questa interpretazione, il termine "sterilità" si riferisce, quindi, ad una condizione più grave e comunque assoluta di "infertilità" riguardante la coppia e non il singolo membro di essa. Ai fini delle presenti linee guida, i due termini, infertilità e sterilità, saranno utilizzati come sinonimi. Viene definita sterilità (infertilità) l'assenza di concepimento, oltre ai casi di patologia riconosciuta, dopo 12/24 mesi di regolari rapporti sessuali non protetti. Tutte le coppie che non ottengono gravidanza nei termini sopra definiti, costituiscono la popolazione delle coppie infertili."

⁽²⁰⁾ VILLANI, *Le nuove linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male (seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2009, 941 s.

maggiormente troviamo la figura dello specialista in genetica medica. Si è voluto quindi individuare ancora con più cura di prima le persone che possono certificare lo stato di sterilità. Nelle vecchie linee guida era competente il ginecologo, per quanto concerne le patologie femminili, e l'andrologo o l'urologo con competenze andrologiche, per quelle maschili. Analizzando le patologie femminili, la situazione è rimasta la stessa, mentre per quello che riguarda le patologie maschili è stato sostituito nelle nuove linee guida un "endocrinologo con competenze andrologiche"; inoltre è stata inserita la figura dello specialista in genetica medica per i casi in cui si debba certificare la presenza di tale patologia. Quindi l'accesso alla procreazione medicalmente assistita è circoscritto solo alle coppie sposate o conviventi *more uxorio* affette da sterilità ed infertilità ma c'è stato un interessante provvedimento di Salerno⁽²¹⁾ che scardina anche questo paletto della l. 40/2004. Il caso in questione riguarda una donna portatrice, come il marito, di una mutazione di gene causativo dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1. La donna aveva avuto quattro gravidanze, di cui una era terminata con la morte della bambina a causa della malattia dei genitori e altre due con l'interruzione della gravidanza dopo aver accertato che quei feti erano affetti dalla stessa patologia. I coniugi, alla luce di ciò, decisero di rivolgersi ad un centro medico specializzato nel trattamento di procreazione ed avere una diagnosi genetica preimpianto. Questi ultimi ebbero una risposta negativa per difetto di sterilità o infertilità. Il tribunale di Salerno, in accoglimento del ricorso, ha ordinato al direttore sanitario del centro medico "l'adempimento contrattuale delle prestazioni professionali consistenti nelle tecniche procreative medicalmente assistite, imposte dalle migliori pratiche scientifiche, di diagnosi preimpianto degli embrioni da produrre e di trasferimento nell'utero della signora di embrioni che non evidenzino la mutazione del gene Sma 1, causativo dell'atrofia muscolare spinale di tipo 1." Il giudice campano permette quindi a questa coppia di poter accedere alla PMA "pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili". Il Tribunale ha anche evidenziato che nelle nuove linee guida del 2008 può far ricorso alla PMA anche la coppia in cui l'uomo è portatore di malattie virali sessualmente trasmissibili per infezioni da virus dell'immunodeficienza umana (Hiv), dell'epatite "B" (Hbv) o di quella "C" (Hcv)⁽²²⁾; tutto ciò aveva implicato un'assimilazione di questa condizione a quella dell'infertilità ma anche un allargamento della concezione normati-

⁽²¹⁾ Trib. Salerno, sez. I, (ord.) 9 gennaio 2010, in *Guida dir.*, 27 febbraio 2010, 62 ss. con il commento di PORRACCILO, *Superato il vincolo disposto dalla legge della necessaria sterilità dei richiedenti*.

⁽²²⁾ VILLANI, *Le nuove linee guida 2008 in materia di procreazione assistita, ovvero quando il rimedio è (in parte e forse) peggiore del male (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2009, 749 ss.

va di questo stato. Le linee guida del 2008 fissano nei casi sopra esposti “l’elevato rischio di infezione per la madre o per il feto costituisce di fatto, in termini obiettivi, una causa ostativa della procreazione, imponendo l’adozione di precauzioni che si traducono, necessariamente, in una condizione di infecondità, da farsi rientrare tra i casi di infertilità maschile severa da causa accertata e certificata da atto medico”. La decisione del Tribunale di Salerno è anche il frutto dell’importante sentenza della Corte costituzionale del 2009 n. 151⁽²³⁾. La Consulta ha dichiarato costituzionalmente illegittimi, perché contrasta con gli artt. 3 e 32 Cost., sia l’art. 14, 2 comma della legge n. 40, nella parte in cui, fermo restando che le tecniche di produzione non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario, limita tale numero a quello necessario “ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”; sia l’art. 14, 3 comma della medesima legge, perché contrasta con gli artt. 3 e 32 Cost., nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, deve essere fatto senza recare danno alla salute della donna. In questa sentenza quindi si restituisce più potere al medico ed alla sua autonomia decisionale, infatti quest’ultimo analizzerà le esigenze di ogni donna, considerando tutti gli aspetti specifici come l’età ecc. e si rimarca l’importanza della salute della donna. Esaminando a fondo il provvedimento del Tribunale di Perugia notiamo che una coppia coniugata ha richiesto l’accesso alla PMA infatti la stessa legge stabilisce all’art. 5 tra i requisiti soggettivi: “le coppie maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi”. Se analizziamo il primo requisito: coppie maggiorenni di sesso diverso c’è subito da evidenziare che parte della dottrina sottolinea comunque che il minore d’età può comunque compiere molti atti importanti che riguardano la sua sfera personale⁽²⁴⁾. Inoltre solo le coppie sposate e conviventi possono acce-

⁽²³⁾ Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Corr. giur.*, 2009, 1213, con nota di FERRANDO, *Diritto alla salute della donna e tutela degli embrioni: la consulta fissa nuovi equilibri*; in *Fam. dir.*, 2009, 761 con nota di DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale interviene sulla produzione e sul trasferimento degli embrioni a tutela della salute della donna*; in *Giust. civ.*, 2009, 1177 con nota di GIACOBBE, *La festa della mamma. osservazioni “a caldo”* a Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151; in *Foro it.*, 2009, 9, 2301; in *Dir. fam. pers.*, 2009, 991, con nota di L. D’AVACK, *La Consulta orienta la legge sulla P.M.A. verso la tutela dei diritti della madre* e M. CASINI, *La sentenza costituzionale 151/2009: un ingiusto intervento demolitorio della legge 40/2004*.

⁽²⁴⁾ DOGLIOTTI, *La legge sulla procreazione assistita: problemi vecchi e nuovi*, in *Fam. dir.*, 2004, 118, non è d’accordo sulla discriminazione tra minorenni e maggiorenni. Si veda da ultimo DOSI, *Figli naturali: con l’unificazione dello stato giuridico una nuova rivoluzione bussava alle porte della famiglia*, in *Guida al dir.*, 2012, 9 giugno 2012, 24, 10, nel disegno di legge S2805 “Disposizioni in materiali riconoscimento dei figli naturali”, testo licenziato in Senato il 16 maggio 2012 è fissato che a 14 anni si può riconoscere il figlio nato fuori del matrimonio, ed anche

dere alla PMA, per quest'ultime non viene specificato da quanto tempo devono convivere, mentre ad es. nella legge francese è stabilito da almeno due anni. Nella Costituzione italiana si può ritrovare la convivenza nell'art. 2 Cost. tra le formazioni sociali; non c'è comunque ancora una legge *ad hoc* su questo tema, ma solo proposte di leggi ⁽²⁵⁾, anche se viene trattata in vari istituti ⁽²⁶⁾. Inoltre possono accedere alla procreazione medicalmente assistita solo le persone in età potenzialmente fertile ⁽²⁷⁾ perché si vuole riprodurre quello che accade in natura ed entrambi viventi: quindi è vietata la fecondazione *post mortem*, prima della legge invece ciò si è veri-

prima se il giudice lo autorizza; il minore che ha compiuto i 14 anni deve dare il proprio consenso al riconoscimento. Da tutto ciò si può evincere l'importanza che il minore sta assumendo all'interno della società.

⁽²⁵⁾ In alcuni disegni di legge era stabilito da quanto tempo dovevano convivere per accedere alla PMA, ad es. Disegno di legge – Atto Senato, n. 1837, del 19 novembre 2002, art. 3, 1 comma, secondo cui: “La fecondazione medicalmente assistita è consentita a coppie di adulti maggiorenni di sesso diverso, coniugate o stabilmente legate da convivenza comprovata da almeno un anno entrambi viventi e in età potenzialmente fertile”.

⁽²⁶⁾ DOGLIOTTI, FIGONE, *Famiglia di fatto e DICO: un'analisi del progetto governativo*, in *Fam. dir.*, 2007, 416 ss. tra i possibili beneficiari si individuano “due persone maggiorenni e capaci, anche dello stesso sesso unite da reciproci vincoli affettivi, che convivono stabilmente e si prestano assistenza e solidarietà materiale e morale”, inoltre nell'art. 5 è stabilito che il convivente può designare l'altro come rappresentante per il compimento di importanti atti di contenuto non patrimoniale sia in vita, che dopo la morte. Le disposizioni della legge sull'affido condiviso artt. 155-155 *sexies* si applicano anche ai figli di genitori non coniugati, l'art. 317 *bis*, 2 comma, c.c.”Se il riconoscimento è fatto da entrambi i genitori, l'esercizio della potestà spetta congiuntamente ad entrambi qualora siano conviventi”, art. 408 c.c. il giudice tutelare può scegliere come amministratore di sostegno del soggetto debole anche la persona stabilmente convivente, inoltre la l. 1983 n. 184 (legge sull'adozione) fissa all'art. 6 che “il requisito della stabilità del rapporto ... può ritenersi realizzato anche quando i coniugi abbiano convissuto in modo stabile e continuativo prima del matrimonio per un periodo di tre anni, nel caso in cui il tribunale per i minorenni accerti la continuità e stabilità della convivenza, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto; si può infine menzionare la legge sulle locazioni in particolare l'art. 6 che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede la successione nel contratto di locazione al conduttore che abbia cessato la convivenza, a favore del già convivente quando vi sia prole naturale”(Corte cost., 7 aprile 1988, n. 404, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1559 ss., con nota di SCALISI, *Il “diritto” all'abitazione del convivente more uxorio nella successione del contratto locativo*) inoltre il 1 comma dell'art. 6 è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo “nella parte in cui non prevede tra i successori nella titolarità del contratto di locazione, in caso di morte del conduttore, il convivente more uxorio”.

⁽²⁷⁾ VILLANI, *La procreazione assistita. La nuova legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Torino, 2004, 72 ss. in cui l'Autore avrebbe preferito il richiamo ad un'età precisa, perché è molto diverso, sia tra le donne sia tra gli uomini, lo stato potenziale di fertilità.

ficato⁽²⁸⁾. Inoltre è possibile solo la fecondazione omologa, cioè il seme della coppia e non la fecondazione eterologa (art. 4, 3 comma)⁽²⁹⁾; il divieto può essere visto contraddittorio rispetto al fine della legge che è quello di risolvere la sterilità, dal momento che quando uno dei due coniugi o conviventi è senza rimedio sterile non sussistono altre soluzioni e quindi si apre la problematica del turismo procreativo che ha portato tante coppie ad emigrare per riuscire ad ottenere una gravidanza⁽³⁰⁾. Sul divieto di fecondazione eterologa è stata sollevata di recente questione di legittimità costituzionale ma la Corte costituzionale ha rimandato gli atti ai Tribunali⁽³¹⁾; inoltre

⁽²⁸⁾ Trib. Palermo, 29 dicembre 1998, in *Guida dir.*, 1999, fasc. 4, 90 con nota di ZANETTA, *Il rischio connesso allo scorrere del tempo giustifica l'accoglimento del ricorso d'urgenza*; in *Fam. dir.*, 1999, 52 con nota di DOGLIOTTI, *Inseminazione artificiale post mortem e intervento del giudice di merito* e di CASSANO, *Diritto di procreare e diritto del figlio alla doppia figura genitoriale nell'inseminazione artificiale post mortem*, *ivi*, 384-393.

⁽²⁹⁾ BORRELLI, *Alcune riflessioni sulla disciplina della procreazione eterologa*, in *Fam. dir.*, 2010, 947 ss., FERRANDO, *Il divieto di fecondazione eterologa*, in *La fecondazione assistita*, Milano, 2005, 107, l'Autrice evidenzia che la legge n. 40 del 2004 tende a fissare il modello di famiglia basato sulla naturalità della procreazione.

⁽³⁰⁾ Da uno studio fatto dall'*European Society of Human Reproduction and Embryology* insieme alla Società italiana di studi di medicina della riproduzione sono circa 10.000 le coppie di cittadini italiani che si rivolgono a centri medici esteri di Spagna, Belgio, Svizzera per poter accedere alla procreazione eterologa. In base a dei questionari anonimi dati alle coppie straniere in 44 centri di Spagna, Svizzera, Belgio, Slovenia Repubblica Ceca e Danimarca è risultato che il 32% delle coppie erano italiane.

⁽³¹⁾ Trib. di Firenze, (ord.) 13 settembre 2010, in *Fam. dir.*, 2010, 1135 ss. e Trib. Catania, (ord.) 21 ottobre 2010, n. 1752, *ibidem*, 1138 ss. con nota di SALANITRO, *Fecondazione eterologa la parola alla Consulta*. Il Tribunale di Firenze ha stabilito che non è manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, della l. 19 febbraio 2004 n. 40 per contrasto con l'art. 117, Cost. in relazione agli artt. 8 e 14 CEDU come interpretato dalla sentenza della Corte EDU e con l'art. 3 Cost., il Trib. di Catania in maniera più puntuale ha dichiarato che non è manifestatamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 4, comma 3, dell'art. 9, comma 1 e 3, e dell'art. 12, comma 1, della legge 2004 n. 40 per contrasto con gli artt. 117, 2, 3, 31 e 32 Cost.; v. anche Trib. di Milano, (ord.) 2 febbraio 2011. Di diverso parere v. Trib. Salerno, (ord.) 20 ottobre 2010, in *Fam. dir.*, 2012, 297 ss. con nota di CAMINITI, *Sulla questione di legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa*, il suddetto Tribunale ha fissato che è irrilevante e manifestatamente infondata la questione di legittimità costituzionale riguardante l'art. 4, comma 3, della l. 40/2004 per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., in relazione al combinato disposto degli artt. 8 e 14 CEDU come interpretata dalla Corte di Strasburgo, in merito v. (Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, 1 aprile 2010, n. 57813/00 – S.H e altri c. Austria, in *Fam. dir.*, 2010, 977 ss. con nota di SALANITRO, *Il divieto di fecondazione eterologa alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'intervento della corte di Strasburgo*), v. da ultimo anche Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 novembre 2011, in *Foro it.*, 2012, fasc. 5, IV, 209 ss. con nota

la legge del 2004 n. 40 precisa che in caso di violazione di questo divieto, il coniuge o il convivente che hanno prestato il consenso alla procreazione eterologa non possono in ordine: esercitare l'azione di disconoscimento di paternità per mancata coabitazione nel periodo del concepimento e per impotenza ed impugnare il riconoscimento del figlio contestandone la veridicità. Pur vietando la procreazione eterologa, la legge stabilisce che se accadesse il genitore non potrà avere rapporti con il figlio, facendo sorgere dei problemi sia sulla cura di malattie genetiche che sulla conoscenza delle proprie origini⁽³²⁾. Inoltre in base all'art. 9, comma 2, è stabilito che la madre non può dichiarare la volontà di non essere nominata se il figlio è nato in seguito a procreazione medicalmente assistita ⁽³³⁾. Quindi dal provvedimento in esame si può evincere che il Tribunale di Perugia ha esaminato una materia così complessa dal punto di vista medico-sanitario, scientifico, legislativo ed etico arrivando ad una conclusione molto importante perché ha stabilito che l'infertilità viene classificata proprio come una patologia. La materia come ho accennato all'inizio del mio scritto è sempre in evoluzione, a testimonianza di ciò sulla diagnosi preimpianto si è pronunciata ultimamente la Corte europea dei diritti umani di Strasburgo che ha stabilito "incoerente" la legge n. 40 del 2004 nella parte in cui fissa il divieto di diagnosi preimpianto sugli embrioni ⁽³⁴⁾. Il provvedimento accoglie il ricorso di una coppia di italiani che hanno già un figlio malato, affetto dalla fibrosi cistica e vorrebbero evitare per il secondo figlio ciò attraverso la fecondazione assistita. Secondo i giudici di Strasburgo "il sistema legislativo italiano in materia di diagnosi preimpianto degli embrioni è incoe-

di NICOSIA, *Il divieto di fecondazione eterologa tra Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale*, in cui si stabilisce che il divieto di fecondazione assistita eterologa vigente nell'ordinamento austriaco- riguardante la fecondazione *in vitro* con donazione sia di ovuli che di spermatozoi, anche se costituisce un'interferenza con il diritto al rispetto della vita privata, è una materia molto dibattuta e quindi gli Stati hanno un ampio margine di apprezzamento, non si ledono quindi gli artt. 8 e 14 Cedu. In base a quest'ultimo provvedimento della Grande Camera la Corte cost., (ord.) 7 giugno 2012, n. 150, in *Leggi d'Italia*, ha stabilito che deve essere disposta la restituzione agli atti al Tribunale ordinario di Firenze, al Tribunale ordinario di Catania ed al Tribunale ordinario di Milano, affinché i rimettenti procedano ad un rinnovato esame dei termini delle questioni". Sul tema v DE BAC, *Dall'analisi preimpianto al numero di embrioni. La norma cambiata da diciassette sentenze*, in *Corriere della sera* 29 agosto 2012, 11.

⁽³²⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 203 ss.; D'AVACK, *Il diritto alle proprie origini tra segreto, anonimato e verità nella PMA con donatori/trici di gameti*, in *Dir. fam. pers.*, 2012, 815 ss.

⁽³³⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., 205.

⁽³⁴⁾ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 agosto 2012, n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia, consultabile in <http://hudoc.echr.coe.int>. V. il commento di CALABRO, "Fecondazione, legge incoerente" *La bocciatura della Corte europea*, in *Corriere della sera*, 29 agosto 2012, 10.

rente”, perché un’altra legge dello Stato permette l’aborto terapeutico. “Il governo italiano ha giustificato l’interferenza al fine di tutelare la salute dei bambini e delle donne, la dignità e la libertà di coscienza degli operatori sanitari ed evitare il rischio di eugenetica” Secondo la Corte invece «i concetti di “embrione e “bambino” non devono essere confusi ». La Corte quindi non riesce a comprendere come “un aborto terapeutico possa conciliarsi con le giustificazioni del governo italiano, tenendo conto tra l’altro delle conseguenze che questo ha sia sul feto sia, specialmente, sulla madre”. La Corte europea ha fissato che la legge n. 40 del 2004 ha violato il diritto al rispetto della vita privata e familiare dei ricorrenti. La decisione dei giudici di Strasburgo diverrà definitiva solo entro tre mesi e solo nel caso in cui nessuna delle parti farà ricorso per ottenere una revisione davanti alla Grande Chambre.

ANGELA MARIA SPALAZZI CAPRONI

DIRITTO PENALE

CORTE DI ASSISE DI APPELLO DI PERUGIA – 15 dicembre 2011
– Pres. PRATILLO – Est. ZANETTI – K. e S. ^(*).

Prova penale – Prova indiziaria – Prova scientifica – Criteri di ammissibilità – Conoscenze scientifiche utilizzabili – (C.p.p., artt. 189, 190, 192, 220, 360).

Il rischio di conseguire un risultato non particolarmente affidabile, per non essere stata eseguita una metodica corretta, può essere accettato solo ai fini meramente orientativi, ma non se si tratti di basare sul risultato della perizia genetica la prova di colpevolezza. Ne consegue che l'inattendibilità del risultato scientifico rende l'indizio, che dovrebbe essere rappresentato da quel risultato, insussistente nella sua materialità, prima ancora che equivoco nel suo significato, potendosi ammettere solo sistemi tecnici e conoscenze scientifiche consolidate e non all'avanguardia (1).

Sentenza penale – Sentenza di condanna – Onere della prova – Certezza processuale – Ragionevole dubbio (Cost., art. 27, comma 2; C.p.p., artt. 125, 533).

È onere del p.m., che sostiene l'accusa in giudizio, provare la sussistenza di tutti gli elementi sulla quale essa si basa. Allorché uno degli elementi è integrato da un risultato scientifico, l'onere si estende alla prova della genuinità del reperto e della correttezza del procedimento dal momento della refertazione a quello dell'analisi. In mancanza di tale prova, il giudice non è tenuto a dar conto dell'origine specifica della contaminazione (2).

Per pervenire ad una pronuncia di condanna ai sensi dell'art. 533

^(*) Il testo integrale della sentenza è pubblicato in <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/sent%204%20%2011%20CAA%20knox.PDF>.

c.p.p. non è sufficiente che le probabilità dell'ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle dell'ipotesi difensiva, neanche quando siano notevolmente più numerose, ma è necessario che ogni spiegazione diversa dall'ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ragionevolezza, niente affatto plausibile. Infatti, la regola di giudizio compendiata nella formula «al di là di ogni ragionevole dubbio» impone di pronunciare la condanna a condizione che il dato probatorio acquisito lasci fuori soltanto eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili in rerum natura, ma la cui effettiva realizzazione nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana (3).

(1-3) Fenomenologia della prova indiziaria scientifica.

«Per un attimo fu come se il tempo si fosse fermato in tutto il mondo. Ognuno di noi potrebbe dire dov'era quando fu annunciato il verdetto» ⁽¹⁾ del caso Meredith: tutti erano incollati al televisore nell'impellente attesa della lettura del dispositivo.

Un'atmosfera impalpabile, un silenzio ed un luogo irreali, quasi metafisico, in un tempo sospeso, interrotto bruscamente dal timbro deciso del Presidente della Corte nel pronunciare quella parola magica nella sua laconicità: «assolve». Dal metafisico tutto inizia a prendere le forme del reale: il pianto diretto e improvviso dal banco degli imputati, gli sguardi di intesa e soddisfazione tra le difese, ma anche le grida cariche di rabbia e violenza, proprio accanto a quel dolore nascosto, profondo e composto dei parenti della vittima.

E con inaspettato anticipo rispetto al consueto termine di novanta giorni, sotto l'estenuante pressione dei *media* internazionali, che con i più disparati e disperati *talk-show* televisivi pretendevano di innalzarsi a spazio alternativo di accertamento dei fatti, in chiave quasi catartica ⁽²⁾, sono state

⁽¹⁾ DERSHOWITZ, *Dubbi Ragionevoli. Il sistema della giustizia penale ed il caso O.J. Simpson*, Milano, 2007, 2. Suggestiva l'introduzione al racconto del processo al celebre giocatore di football americano, imputato dell'omicidio di Nicole Brown e Ronald Goldman, nel quale venne dichiarato non utilizzabile un accertamento biologico per il supposto ragionevole dubbio circa la correttezza della fase di refertazione e conservazione del materiale; ciò fu determinante per il verdetto di assoluzione, seppur sarà seguito da una condanna di O.J. Simpson in sede civile.

⁽²⁾ GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007, 219 ss. Mette in guardia sul rischio che «affrancate dal contesto simbolico di riferimento, [...] le diverse modalità discorsive non avranno più nulla in comune con un confronto argomentativo basato su regole e precipiteranno verso un sistema di concorrenza selvaggia che avvantaggerà considerevolmente chi, gridando più forte, riuscirà a farsi sentire meglio degli altri».

depositate le motivazioni della sentenza che, a prescindere da contrapposizioni per così dire “manichee”, merita comunque alcune considerazioni.

Anzitutto, infatti, ripropone con tutta evidenza l'annosa *querelle* del rapporto scienza-processo, ormai inestricabilmente aggrovigliato nella matassa incolore delle vicende umane, per potersi sempre di più, attraverso lo sviluppo e l'utilizzo delle tecniche di natura scientifica idonee a spiegare lo svolgimento dei fatti, influire in modo sostanziale nell'accertamento processuale⁽³⁾.

La Corte, dopo un *incipit*⁽⁴⁾ impregnato di scetticismo e diffidenza che non lasciava presagire diversamente il prosieguo della sentenza, oscurandone da subito quell'aurea di imparzialità che invece ci si attenderebbe, *in primis*, nel ribadire come un risultato scientifico non particolarmente affidabile e, quindi, inattendibile, renda l'indizio insussistente nella sua materialità prima che equivoco nel suo significato, si sofferma a precisare che solo sulle conoscenze scientifiche consolidate, e non all'avanguardia o in fase di sperimentazione (benché attendibili), possa fare ricorso e, soprattutto, affidamento il giudice.

Il baricentro della questione da affrontare in tema di scienza nel processo, infatti, appare ormai, non più la prova scientifica *tout court* sotto il profilo ontologico⁽⁵⁾, ma tutto quello che ruota intorno al problema dell'affidabilità ed attendibilità degli strumenti tecnico-scientifici usati nel processo, proiettando nella fase del giudizio la verifica dell'idoneità dei metodi di accertamento quali strumenti di controllo e selezione del sapere specialistico⁽⁶⁾. Dirimente risulterà quindi l'individuazione di quelle

⁽³⁾ BRUSCO, *Il vizio di motivazione nella valutazione delle prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 1412. Degno di menzione, il poco conosciuto *Innocence Project*, creato nel 1992 da due docenti universitari, Barry C. Scheck e Peter J. Neufeld, un progetto *no profit* destinato a studenti di giurisprudenza e finalizzato a rivedere casi giudiziari già passati in giudicato, rispetto ai quali, nell'arco di un ventennio, la prova del DNA ha dimostrato l'innocenza di duecento detenuti, cfr. RICCI-PREVIDERÈ-FATTORINI-CORRADI, *La prova del DNA per la ricerca della verità*, Milano, 2006, 400 ss.

⁽⁴⁾ Testualmente: «*Poiché, come osservato nella relazione introduttiva, unico elemento obiettivamente indiscutibile ed indiscusso è la morte di Meredith, occorre riesaminare, alla luce delle risultanze dibattimentali del primo grado e delle ulteriori acquisizioni del presente grado, tutti gli elementi indiziari sui quali la Corte di primo grado ha basato la propria decisione di colpevolezza*». Per un'analisi dettagliata della sentenza in commento, v. LORUSSO, *Investigazioni scientifiche senza metodi tradizionali portano fuori strada l'accertamento giurisdizionale*, *Guida dir.*, 2012, 35 ss.; nonché C. CONTI-SAVIO, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la “scienza” del dubbio nella falsificazione delle ipotesi*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 575 ss.

⁽⁵⁾ CURTOTTI NAPPI-SARAVO, *L'approccio multidisciplinare della gestione della scena del crimine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 623 ss.

⁽⁶⁾ CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del*

leggi scientifiche e massime di esperienza (*id quod plerumque accidit*) compendianti l'inferenza che dalla circostanza indiziante consente di ricavare l'esistenza del fatto da provare, tanto da parte del giudice, quanto da parte di soggetti aventi conoscenze specialistiche, qualora la complessità delle competenze tecniche e scientifiche richieste impongano al giudice di fare loro affidamento: i *periti* appunto (art. 220 c.p.p.)⁽⁷⁾.

E, prima che nella fase della valutazione, tale ragionamento, da un punto di vista logico, deve necessariamente sorreggere la fase dell'ammissione della "nuova" prova scientifica, dalla quale categoria le metodiche utilizzate per la refertazione, conservazione ed analisi del DNA, cuore della *querelle* scatenatasi in questo processo, non possono certo esulare.

Persuasiva, al riguardo, seppur non condivisa dai più, l'impostazione dottrinarina⁽⁸⁾ che rigetta in modo draconiano l'interpretazione analogica dell'art. 189 c.p.p., proposta autorevolmente come vaglio di ammissibilità della nuova prova scientifica⁽⁹⁾; così procedendo, infatti, con un'interpreta-

giudice, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 1194, «sembra che talune caratteristiche del processo penale italiano del 1988 siano tali da renderlo verosimilmente meglio attrezzato, rispetto alla tradizionale cultura processuale anglo-americana, per far fronte alla crescente complessità dei metodi della scienza e della tecnologia applicati nell'accertamento dei fatti». Si veda pure, di recente, BARGIS, *Note in tema di prova scientifica nel processo penale*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 2011, 47 ss.; LORUSSO, *Investigazioni scientifiche, verità processuale ed etica degli esperti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1345 ss.

⁽⁷⁾ Per approfondimenti sul ragionamento indiziario, cfr. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2009, 210 ss.; C. CONTI, *Voce Verità processuale* in AA.VV., *Procedura penale*, a cura di SPANGHER, in *Dizionari sistematici di Guida al diritto*, Milano, *Il Sole 24ore*, 2008, 427; EAD., *Accertamento del fatto e inutilizzabilità penale*, Padova, 2007, 2 ss.

⁽⁸⁾ UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, 1411 ss.; ID., *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in ID., *Argomenti di procedura penale*, Milano, 2006, 199 ss.; ID., *Ricostruzione del sistema, giusto processo, elementi di prova*, in *Sisifo e Penelope. Il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema*, Torino, 1993, 268 ss.; TONINI, *Progresso tecnologico, prova scientifica e contraddittorio*, in DE CATALDO NEUBERGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 75 ss.

⁽⁹⁾ V., per tutti, DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 1602 ss.; ID., *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, Milano, 2005, 102 ss.; ID., *L'ammissione della nuova prova penale scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 6, *Dossier: La prova scientifica nel processo penale*, cit., 21 ss., ritiene espressamente di poter individuare due regimi di ammissione della prova: quello di carattere generale regolato dall'art. 190 c.p.p. e quello speciale, più restrittivo, contemplato dall'art. 189 c.p.p.; In particolare, CAPRIOLI, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3528, specifica che solo una siffatta interpretazione consentirebbe l'applicazione dell'art. 189 c.p.p. alla "nuova" prova scientifica.

zione surrettizia dell'art. 189 c.p.p., assunto ad eccezione all'art. 190 c.p.p., e perciò miope di una prospettiva sistematica, si finirebbe con l'affidare al giudice un compito di "prevalutazione" dell'attendibilità ed efficacia della prova⁽¹⁰⁾. Corollari inevitabili sarebbero non solo un macroscopico *vulnus* alla terzietà, imparzialità e neutralità metodologica che, invece che asincroni, dovrebbero accompagnare, di pari passo, il ragionamento del giudicante, ma anche la presunzione che il giudice sia in grado di compiere un'opera scevratrice (epistemologicamente impossibile) delle conoscenze scientifiche. Peraltro, si aggiunge, a sostegno della possibilità di assunzione della "nuova" prova scientifica attraverso il rinvio alla regolamentazione tipica, non appare frutto del caso che di fronte ad uno strumento scientifico certamente nuovo ed altamente specializzato, quale il DNA-test, il nostro legislatore, seppur con mano frettolosa, abbia provveduto, nel disciplinare i relativi atti idonei ad incidere sulla libertà personale, ad inquadralo nella cornice dell'istituto, tipico, della perizia (art. 224 *bis* c.p.p., nel testo introdotto dall'art. 24, l. 30 giugno 2009, n. 85).

Acclarata dunque l'ammissibilità della nuova prova scientifica, (la cui risultanza costituirà la circostanza indiziante della prova indiziaria), facendo ricorso ai mezzi probatori tipici e secondo le consuete direttrici dell'art. 190 c.p.p., non resta che interrogarci su quali siano effettivamente i criteri che permettano l'ingresso del sapere scientifico nel teatro processuale.

Sembra ormai lapalissiano, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, che gli indici per mezzo dei quali vagliare l'effettiva scientificità di un determinato metodo, così da far assurgere il giudice a *gatekeeper*, siano da rinvenire nella celebre sentenza Daubert⁽¹¹⁾, ovvero:

1) Verificabilità del metodo. Una teoria è scientifica se può essere controllata mediante esperimenti.

2) Falsificabilità. La teoria scientifica deve essere sottoposta a tentativi di smentita, i quali se hanno esito negativo, confermano la sua affidabilità.

⁽¹⁰⁾ DOMINIONI, *La prova penale scientifica. Gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione*, cit., 231.

⁽¹¹⁾ La sentenza cui si fa riferimento è *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, U.S. Supreme Court, 28 giugno 1993, trad. in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 278, con la quale la giurisprudenza statunitense nel tutelare la *novel science* nella fase di ammissione, proteggendola dalla *junk science*, supera l'antecedente *Frye test* che aveva sancito l'*ipse dixit* della scienza. In seguito, seppur non con analoga adesione da parte della giurisprudenza italiana, sono stati proposti i criteri enucleati da M.A. Farley, riportati in TAGLIARO-D'ALOJA-SMITH-FREDERICK, *L'ammissibilità della prova scientifica in giudizio e il superamento del Frye standard: note sugli orientamenti negli Usa successivi al caso Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 719. La successiva sentenza *Kumho Tire e Co.* del 1999 ha poi esteso i ricordati criteri alla ammissione degli esperti in materie che richiedono specifiche conoscenze di tipo non scientifico.

3) Sottoposizione al controllo della comunità scientifica, ovvero, si chiede che il metodo sia stato reso noto in riviste specializzate, così da essere sottoposto al cd. *peer review*.

4) Conoscenza del tasso di errore.

5) Generale accettazione nella comunità degli esperti.

Per giunta, di recente ⁽¹²⁾, tali criteri risultano essere stati amplificati dall'ermeneutica giurisprudenziale che, accanto, ha aggiunto i nuovi requisiti dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si muove, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.

Ma ciò su cui va focalizzata l'attenzione, con riguardo alla sentenza in epigrafe, è l'ultimo dei criteri menzionati, la cosiddetta *general acceptance*, il credito ed l'accettazione di quel determinato metodo all'interno della comunità scientifica di riferimento.

Effettuati, infatti, tutti gli accertamenti e le attività di analisi sui vari reperti, secondo le modalità previste dall'art. 360 c.p.p. e con la presenza, quindi, in ciascuna delle fasi, di un legale e consulente delle difese, senza però che nessuna eccezione venisse avanzata in riferimento alla modalità di effettuazione delle stesse e alle procedure attuate ⁽¹³⁾, (rilievo, tra gli altri, fatto proprio, in primo grado, anche dalla Corte d'Assise nelle sue valutazioni conclusive), la Corte d'Assise d'Appello, invece, sulla scorta dei risultati della perizia disposta d'ufficio ai sensi dell'art. 224 c.p.p., pone l'accento proprio su tale aspetto. Ritenendo l'espletamento di una perizia genetica d'ufficio indispensabile per accertare la sussistenza degli elementi indiziari costituiti dalle relative risultanze, la Corte, prima autovalutando insufficienti le conoscenze personali dei giudici togati e popolari, a consentire di risolvere una controversia nella sostanza scientifica, poi giudicando

⁽¹²⁾ Cfr. Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, n. 43786 con nota di TONINI, *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1341 ss.; *contra*, invece, Cass., sez. I, 29 luglio 2008, n. 31456, in *Cass. pen.*, 2009, 1867 ss.

⁽¹³⁾ L'acuta e condivisibile osservazione, per la sua intrinseca ragionevolezza, ma ritenuta evidentemente ultronea dalla Corte d'Assise d'Appello, è stata formulata dal P.m. ed evidenziata in molteplici passi della sentenza di primo grado (Ass. Perugia, 4 marzo 2010, K. e S., in *Giur. merito*, 2010, 2556, con nota adesiva di NICOLUCCI), laddove si evidenzia testualmente (130 ss.): «*In primo luogo e secondo quanto evidenziato dal P.m. nel corso del dibattimento senza incorrere in contestazione alcuna, l'attività di analisi sui vari reperti è stata espletata nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 360 c.p.p. e nessuna eccezione è stata avanzata ovvero proposta con specifico riferimento alla inosservanza di taluna delle previsioni contenute nella norma suddetta e finalizzate a garantire le varie difese ed a consentire la partecipazione alle relative attività proprio per verificare la correttezza e la congruità e l'affidabilità delle attività che venivano compiute. Nessuna censura, quindi, risulta essere stata avanzata dalle parti, messe in condizione di partecipare alle attività di analisi, in ordine alle modalità di effettuazione delle stesse*».

invece «meritevoli di particolare attenzione per la profondità delle stesse» le argomentazioni poste alla base delle critiche dei consulenti e difensori sulle attività di refertazione ed in generale sugli accertamenti compiuti dalla polizia scientifica, finisce per far proprie le conclusioni formulate dal Collegio peritale, nel presupposto, tutto da dimostrare, che le ragioni di tale condivisione siano nella loro essenza di natura logico-giuridica⁽¹⁴⁾.

E, proprio in riferimento alla verifica del parametro della *general acceptance* di un metodo scientifico, nell'argomentare circa il reperto 36B (il coltello sulla cui lama è stato individuato il profilo genetico della vittima, mentre sul cui manico un profilo attribuibile a Kn.A.M.), ritenuto LCN, *Low Copy Number*, (ovvero un campione che necessita di particolare cautela per la sua esiguità), la Corte d'Assise d'Appello riporta testualmente dei brani della relazione peritale: «Budowle B. et al. (2009) richiamano alla prudenza e suggeriscono l'uso del LCN esclusivamente nei casi di identificazione di persone scomparse e a fini di ricerca. I predetti autori sconsigliano, invece, l'uso delle attuali metodiche LCN in procedimenti penali, poiché le metodiche, le tecnologie e le raccomandazioni attuali non consentono ancora il superamento delle problematiche che caratterizzano la tipizzazione LCN⁽¹⁵⁾». O, quantomeno, proseguono i periti, mitigando tale rigore esegetico, un campione identificabile come *Low Copy Number* può essere utilizzato a fronte di particolari accorgimenti che risolverebbero le problematiche connesse ai campioni LCN, quale ad esempio, la suddivisione del campione in due aliquote. Accorgimenti, a loro dire, non ravvisabili nell'operato della

⁽¹⁴⁾ La sentenza che si annota, per evitare di essere tacciata di assumere un atteggiamento aporetico, si premura nel chiarire (73 s.): «*Questa Corte di Assise, nello spiegare perché ritiene di fare proprie le conclusioni formulate dal Collegio Peritale, osserva preliminarmente che le ragioni poste alla base di questa condivisione non possono certo essere nella loro essenza di natura scientifica perché, se così fosse, cadrebbe nella contraddizione che, dopo aver nominato un collegio peritale per ovviare alle comprensibili lacune di conoscenza in un campo particolarmente complesso sotto il profilo tecnico e scientifico, poi, invece, si ergerebbe – non si comprende su che basi – a supervisore di una disputa scientifica e tecnica, magari individuando essa stessa un criterio di valutazione tecnico-scientifico per scegliere una tesi rispetto all'altra. No, ovviamente questo non è possibile, per una esigenza di non contraddizione e per un doveroso atteggiamento di non presunzione. Le ragioni della condivisione delle conclusioni formulate dal Collegio Peritale sono invece nella loro essenza di natura logico-giuridica*».

⁽¹⁵⁾ Ancora la sentenza in epigrafe, (76 ss.), ricostruisce le asserite problematiche connesse a basse quantità di templatò nella PCR, *Polymerase Chain Reaction*, ovvero la tecnica, che valse a Kary Banks Mullis il Nobel per la chimica, la quale consente dal campione di tipizzare il profilo di DNA attraverso la cosiddetta amplificazione. Al riguardo, WATSON, *DNA. Il segreto della vita*, Milano, 2004, *passim*; MULLIS, *The Polymerase Chain Reaction* Birkhauser, Boston, 1994, *passim*; MARAFIOTI-LUPÀRIA, *Banca dati del DNA e accertamento penale*, Milano, 2010, 48 ss.; SCARCELLA, *Prelievo del DNA e Banca Dati Nazionale*, Torino, 2009, 79 ss.

polizia scientifica allorché procedette ad analizzare e tipizzare il reperto 36B, un *Low Copy Number*, poiché decise, in considerazione dell'esiguità della traccia, appunto, di concentrare tutto su un campione per poter ottenere un risultato, (analogamente alla prassi adottata nel Regno Unito), nella convinzione che la suddivisione del campione in più aliquote non avrebbe consentito di raggiungerne alcuno. Questo argomento, che fungerà poi da grimaldello all'ipotesi della contaminazione (della quale si dirà nel prosieguo), oltre che propugnato dalle difese, è stato suffragato dai periti e condiviso *tout court* dai giudici d'appello, tanto per il reperto 36B, il coltello, per smontare la presenza del profilo della vittima sulla lama (nessun dubbio infatti circa il profilo genetico appartenente a Kn.A.M. sul manico), quanto, di rimando, per il reperto 165B, ovvero il gancetto, sul quale era stato individuato il profilo genetico di S.R.

Se non fosse che, pur volendo scientemente trascurare le considerazioni formulate dal consulente del p.m. nel dimostrare che esistono, ad uno stato di avanguardia, sistemi per poter analizzare con sicurezza quantitativi così bassi, fu proprio uno dei consulenti della difesa a spiegare che non c'è affatto univocità di vedute nella comunità scientifica, così che non possono per nulla ritenersi sorrette da una *general acceptance* le opinioni in letteratura scientifica sopra riportate e asserite dai periti come unanimi.

Tale consulente della difesa, spiegò, infatti, come la contrapposizione accesa tra i periti, i consulenti del p.m. e delle difese, «deriva da un approccio diverso, da due filosofie, due scuole nei confronti delle indagini di genetica, due filosofie diverse [...] e non vi è questo problema soltanto in Italia, ma vi è un dibattito internazionale su queste problematiche [...] che ancora non si è concluso. [...] La società internazionale di genetica forense ha preso una posizione tutto sommato che è stata manifestata in uno degli ultimi articoli di questa rivista, quando ha affermato che potrebbe essere considerata anche una traccia al di sotto questi livelli di DNA purché essa venga ripetuta più volte».

Ora, richiamando anche le considerazioni espresse dalla consulente di parte civile, esperta di genetica dal '76, la quale ricordò come nel campo delle malattie ereditarie si lavora con un DNA derivante da un'unica cellula, *ergo* con quantità davvero minime, ma l'impossibilità di ripetere le analisi non comporta affatto l'inattendibilità del risultato⁽¹⁶⁾, avendo ribadito, tra l'altro, anche la Corte d'Assise in primo grado, come non solo i risultati di quelle analisi di campioni «low copy» avessero evidenziato, nel riscontro visivo, dei picchi tutti almeno pari al *range* minimo richiesto per l'attendibilità (50 rfu) ma anche che l'affidabilità del risultato fosse derivata dalla bontà della strumentazione, dalla sottoposizione della stessa alla manutenzione prescritta, dalla correttezza della metodica, requisiti riscontrabili dal certificato di qualità ISO 9001 ottenuto nel 2009⁽¹⁷⁾, possiamo davvero asserire

⁽¹⁶⁾ Ass. Perugia, 4 marzo 2010, cit., 119 ss.

⁽¹⁷⁾ V., ancora, Ass. Perugia, 4 marzo 2010, cit., 152 ss. Con la dicitura ISO 9001

quanto sostenuto dalla Corte d'Assise d'Appello?

E cioè, che la decisione della polizia scientifica di non effettuare due amplificazioni pur in presenza di una scarsa quantità di DNA (*Low Copy Number*) nel reperto, viceversa concentrandolo, possa aver pregiudicato l'attendibilità del risultato scientifico, determinando l'insussistenza dell'indizio dal medesimo rappresentato^{(18)?}

Appare curioso come tali «imprudenze», addebitate alla metodica prescelta, siano state palesate solo in riferimento alla traccia appartenente alla vittima rinvenuta sulla lama del coltello (reperto 36B), stante l'assenza di censure sia da parte dei periti che della Corte, circa la presenza del profilo genetico di Kn.A.M. sul manico del coltello⁽¹⁹⁾.

Essendo in tal modo confutato che quel coltello fosse stato davvero l'arma (*rectius*: una delle armi) del delitto, pur di fronte alla lapalissiana corrispondenza e compatibilità della lunghezza e profondità delle ferite rinvenute sul corpo della vittima con le dimensioni della lama, sia la circostanza che non fosse ricompreso tra i coltelli in dotazione della casa dove è stato perpetrato l'omicidio, come pure la presenza indiscussa del profilo genetico proprio di Kn.A.M. sul manico, sono state ritenute dalla Corte d'Assise d'Appello del tutto inconferenti.

Stando alle motivazioni, la presenza del DNA di Kn.A.M. sul manico del coltello poteva essere spiegata con il fatto che ella frequentava ormai la casa di S.R., fermandosi da lui, talvolta anche per mangiare e ben potendo, quindi, presumibilmente, averlo afferrato per uso domestico⁽²⁰⁾.

Altrettanto singolare il *lapsus* della Corte nel dare conto delle intercettazioni telefoniche nelle quali la stessa esternava ai propri familiari la preoccupazione per «quel coltello; c'è un coltello a casa di S.R.».

Ad ogni modo, la Corte d'Assise d'Appello vuole persuaderci dell'inattendibilità di un risultato scientifico, facendolo degradare ad indizio insussistente nella sua materialità, per non esser stata effettuata una duplicazione di quel reperto «low copy» ed essersi proceduto quindi con metodiche dalla medesima reputate all'avanguardia (seppur sostenute nel dibattito scientifico internazionale, utilizzate nella diagnostica genetica, nella prassi del Regno Unito e la cui attendibilità è stata corroborata dalla certificazione ISO rilasciata al laboratorio); per contro, chiosando sul punto, si rammenta

(*International Organization for Standardization*) si allude ad una certificazione di qualità riconosciuta ai laboratori che rispettano, tanto nelle strumentazioni e reagenti usati, quanto nelle tecniche e nei protocolli, scientificamente riconosciuti, adottati, determinati parametri internazionali che ne sanciscono l'affidabilità ed attendibilità. Cfr. SCARCELLA, *Prelievo del DNA e banca dati nazionale*, cit., 79 ss.

⁽¹⁸⁾ Si legga la sentenza in epigrafe alla pagina 85. Al riguardo, GENNARI-PICCININI, *Dal caso Reed ad Amanda Knox; ovvero quando il DNA non è abbastanza...*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 359 ss.

⁽¹⁹⁾ Così, ancora, la sentenza che si annota, 71.

⁽²⁰⁾ *Ivi*, 86.

una pronuncia delle Cassazione ⁽²¹⁾ che, in un caso altrettanto tristemente noto, nel rigettare il ricorso e rendendo perciò definitiva la condanna, accettava persino la tecnica del BPA, *Bloodstain Pattern Analysis*, importata dalla sperimentazione tedesca e anglosassone ed utilizzata dall'accusa per dimostrare dalla posizione e morfologia delle macchie di sangue le modalità esecutive del crimine.

Nel delineare la posizione della Corte circa l'ammissibilità delle conoscenze scientifiche nel processo penale che si riverberano sulla attendibilità dei risultati della prova scientifica, determinando, quindi, la sussistenza stessa dell'indizio, inevitabilmente si approda nel terreno della valutazione della prova indiziaria, la quale, prima che dei giudici, è stata oggetto, nella forma dei risultati della *scientific evidence*, di feroce dibattito nel contraddittorio tra i consulenti delle difese, del p.m. ed i periti.

Chiariti infatti i criteri per vagliare l'effettiva scientificità di una determinata tecnica o conoscenza per poter essere ammessa, immaginabile come prima direttrice per un corretto uso della scienza nel processo, la seconda può essere infatti rappresentata, nella fase dell'assunzione, dal contraddittorio tra le parti, ritenuto l'ipotesi gnoseologica più adeguata per vagliarne l'attendibilità epistemologica ⁽²²⁾.

Un contraddittorio, trattandosi per lo più di atti obiettivamente irripetibili, non «per la prova», quanto piuttosto di mera critica «sulla prova», dislocando la prova scientifica «prima» e «fuori» del dibattimento ⁽²³⁾ ed in-

⁽²¹⁾ Il riferimento alla sentenza relativa al celebre delitto di Cogne, Cass., Sez. I, 21 maggio 2008, n. 31456; CAPRIOLI, *Scientific evidence e logiche del probabile nel processo per il delitto di Cogne*, in *Cass. pen.*, 2009, 1867. In questo caso, la tecnica del BPA, *Bloodstain Pattern Analysis*, ricondotta al *genus* della perizia, consentì, dall'esame della morfologia e posizione delle chiazze di sangue ed anche dalle cosiddette *void areas*, ovvero zone immuni da macchie ematiche, di dimostrare che l'aggressore avesse certamente indossato il pigiama e gli zoccoli dell'imputata, ed avesse agito inginocchiato sul letto, brandendo un oggetto dotato di manico. Tale tecnica venne accettata dagli Ermellini in quanto oggetto di prassi applicativa in Germania e nei Paesi Anglo-sassoni e basata su principi e leggi appartenenti alle scienze matematiche, alla geometria, fisica, biologia e chimica, sulla cui certezza e precisione non vi era motivo di dubitare. La Corte di Cassazione dedusse così che la mancata sperimentazione della tecnica in Italia, tantomeno in sede processuale, non poteva inferire l'inattendibilità della stessa, stante la presenza di criteri di validazione internazionali, adottati, appunto, da alcuni paesi europei.

⁽²²⁾ D'AURIA, *Accertamento oltre il ragionevole dubbio, rispetto del contraddittorio e criteri di verifica dell'attendibilità delle ipotesi scientifico-tecniche come principi fondanti il "giusto processo"*. *Risvolti sulla prova penale scientifica e gli accertamenti tecnici*, in *Foro ambr.*, 2003, 409 ss.

⁽²³⁾ CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., 1193 ss. abbraccia la tesi di una prova scientifica sempre più «pre-costituita» postulandosi quasi il ritorno al processo inquisitorio-misto, laddove lo schema procedurale del sistema accusatorio è riservato esclusivamente alla formazione della prova scientifica «costituenda».

tersecandosi in quel ginepraio di principi costituito dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, comma 2, Cost.), dall'*in dubio pro reo* (art. 530, comma 2, c.p.p.) e dall'obbligo di motivazione del giudice (artt. 192, commi 1 e 2, e 546, comma 1, lett. e) c.p.p.; artt. 101, comma 2, e 111, commi 6 e 7, Cost.)⁽²⁴⁾.

Infatti, «di nessuna verità storica, come peraltro di nessuna verità scientifica, nella prospettiva del falsificazionismo popperiano⁽²⁵⁾, è formalmente impossibile predicare il contrario, dovendosi da ciò desumere che il concetto di verità processuale sia ricostruibile, indirettamente, con una sorta di determinazione quantitativa delle probabilità contrarie. [...] Il ragionamento giudiziario, che ha la forma di una inferenza induttiva, passa da una verità di premesse ad una rilevante probabilità delle conclusioni senza che sia possibile affermare l'impossibilità, ma solo una rilevante improbabilità che la detta conclusione, definita come vera, sia falsa»⁽²⁶⁾.

Ed è stato naturalmente il contraddittorio a prestarsi nuovamente come teatro processuale per asserire, questa volta relativamente al reperto 165B (il gancetto del reggiseno sul quale era stato isolato un profilo genetico corrispondente a quello di S.R.), una presunta ipotesi di contaminazione.

Tanto che la Corte, di fronte all'osservazione del p.m. circa l'insufficienza di sostenere genericamente che il risultato fosse derivato da contaminazione senza dimostrarne però la concreta origine, si spinge sino a statuire come, poiché nell'ambito del processo penale incombe sul p.m., che sostiene l'accusa in giudizio, provare la sussistenza di tutti gli elementi sulla quale essa si basa, allorché uno degli elementi è integrato da un risultato scientifico, l'onere sarà anche quello di provare che quel risultato è stato ottenuto da un procedimento che garantisca la genuinità del reperto dal momento della refertazione a quello dell'analisi. Ma, si badi, se ciò non è provato, conclude la Corte, non è affatto necessario che l'imputato o il giudice diano conto dell'origine specifica della contaminazione⁽²⁷⁾.

Posto che nel momento in cui venne reperato il gancetto (cioè in occasione del secondo sopralluogo) le tracce erano ormai asciutte per cui si poteva verificare al più una degradazione del materiale genetico, con conseguente perdita di informazioni, e non una contaminazione; che non è affatto facilmente trasferibile il DNA da una superficie all'altra, tanto più nel caso di superficie limitata come quella del pezzetto di stoffa del gancetto di un reggiseno; che su oltre 460 oggetti reperati venne individuato proprio sul pezzetto di reggiseno indossato dalla vittima al momento della

⁽²⁴⁾ GAROFOLI, *Dalla considerazione di non colpevolezza alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1029 ss.

⁽²⁵⁾ POPPER, *Logica della scoperta scientifica. Il carattere auto correttivo della scienza*, Torino, 1970, *passim*; ID., *Scienza e filosofia: cinque saggi*, Torino, 2000, 51 ss.; GUALTIERI, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 493 ss.

⁽²⁶⁾ CAROFIGLIO, *L'arte del dubbio*, Palermo, 2007, 220 s.

⁽²⁷⁾ V. la sentenza in commento, 82.

perpetrazione del brutale omicidio, ma non venne trovato su nessun altro oggetto il profilo genetico di S.R., tranne in un mozzicone di sigaretta che, analizzato, non ha evidenziato alcun passaggio di DNA; che S.R. non solo non ebbe più modo di accedere alla stanza in cui fu rinvenuto il corpo trucidato, ma, anche quando gli fu concesso, si rifiutò, per cui non si comprende quale potesse essere l'agente contaminante; che l'analisi fu condotta su 17 loci genici, assolutamente sufficienti, avendo addirittura il Consulente della difesa ricordato come in passato si operasse solo su 6 loci genici; altresì che la polizia che operava era munita di guanti, calzari, tute e mascherine e che tale pezzettino di reggiseno fu, in occasione di quel sopralluogo, il primo oggetto reperito⁽²⁸⁾, può davvero ipotizzarsi una contaminazione «alla cieca» senza necessità di dover dar conto dell'origine specifica?

Incidentalmente, tra l'altro, si rammenta come, nell'esaminare il reperto 165B in questione (come pure per il reperto 36B di cui sopra), la Polizia Scientifica operò con le stesse cautele, metodiche, criteri interpretativi adottati per le tracce di R.H.G, relativamente alle quali vi fu piena accettazione sia da parte delle difese, consentendo loro così di corroborare la tesi della responsabilità di R.H.G., ma anche e soprattutto dalla Corte d'Assise d'Appello che giudicò il medesimo, confermando la condanna in primo grado⁽²⁹⁾.

Trovandoci all'interno di un processo indiziario⁽³⁰⁾, come potrebbe, ci si interroga, inferirsi l'insussistenza dell'indizio, rappresentato da un risultato scientifico, che le difese ed il Collegio Peritale hanno asserito essere contaminato, senza provare l'esatta fonte della contaminazione?

Forse che il giudice, pur aderendo *in toto* alla tesi dei periti, ma omettendo poi di dar conto della concreta origine della contaminazione di quel risultato scientifico costituente indizio, non provveda, implicitamente, ad esautorare quell'obbligo di motivazione, impostogli dagli artt. 192, commi 1 e 2, e 546, comma 1, lett. e) c.p.p., archetipo del ragionamento probatorio⁽³¹⁾?

⁽²⁸⁾ Ass. Perugia, 4 marzo 2010, cit., 139 ss.

⁽²⁹⁾ Ass. App. Perugia, 22 marzo 2010, G., *inedita*, 34 s.: dopo un *incipit* nel quale elogia espressamente lo scrupolo ed il rigore logico-giuridico del giudice di primo grado, condivide pienamente l'attendibilità ed il rispetto delle procedure adottate dalla Polizia Scientifica, escludendo categoricamente le addotte ipotesi di contaminazione.

⁽³⁰⁾ *Amplius*, TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 212 ss.; ID., *La Cassazione accoglie i criteri Daubert sulla prova scientifica. Riflessi sulla verifica delle massime di esperienza*, cit., 1341 ss.; ID., *Dalla perizia "prova neutra" al contraddittorio sulla scienza*, 2011, 360 ss.; PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, 73 ss.; DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 297 ss.; ID., *In tema di nuova prova scientifica*, cit., 1602 ss.; VERRICO, *La prova scientifica e il libero convincimento del giudice nell'applicazione del criterio della probabilità logica nell'accertamento causale*, in *Cass. pen.*, 2011, 3807 ss.

⁽³¹⁾ Prima ancora, si rammenta, l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, *generaliter*, è imposto dagli artt. 101, comma 2, e 111, commi 6 e

Appare inconfutabile uno scardinamento dei principi che sorreggono la valutazione della prova indiziaria, il cui contrappeso, oltre alla «gravità, precisione e concordanza», dovrebbe essere rappresentato appunto, in chiave tuzioristica, dalla motivazione da parte del giudice «dei risultati acquisiti e dei criteri adottati» (artt. 192, commi 1 e 2, 546, comma 1, lett. e) c.p.p.).

La prova indiziaria, infatti, «deve consentire la ricostruzione del fatto in termini di certezza tali da escludere la prospettabilità di ogni altra *ragionevole* soluzione, ma non anche di escludere anche la più astratta e remota delle possibilità che, in contrasto con qualsivoglia verosimiglianza ed in conseguenza di un ipotetico, inusitato, combinarsi di imprevisi e imprevedibili fattori, la realtà delle cose sia stata diversa da quella ricostruita in base agli indizi disponibili»⁽³²⁾.

Se così fosse, infatti, di fronte a tali speculazioni congetturali, non si dovrebbe più parlare di prova indiziaria ma di dimostrazione *per absurdum*, secondo regole che sono proprie solo delle scienze esatte, la cui osservanza non può essere pretesa nell'esercizio dell'attività giurisdizionale.

Una volta appurata l'inferenza indiziaria (ovvero l'applicazione della norma di copertura, legge scientifica o massima di esperienza, che ricollegli il fatto provato, o circostanza indiziante, al fatto da provare, o fatto di reato)⁽³³⁾, la procedura aggravata stabilita dal codice per l'utilizzabilità probatoria degli indizi (previsione dei requisiti della gravità, precisione e concordanza⁽³⁴⁾, ex art. 192, comma 2, c.p.p.,) si articola in due distinti momenti, quello della valutazione della gravità e precisione dei risultati singolarmente considerati, prima, e quello della valutazione della loro efficacia probatoria nel complesso, poi, di modo che l'insieme dei risultati dia un quadro unitario di risultanze anche concordanti tra loro, che ne dissolva la relativa ambiguità⁽³⁵⁾.

7, Cost.; art. 125, comma 3, c.p.p.: si veda CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., 1197 s.; DE LUCA, *Il sistema delle prove penali e il libero convincimento nel nuovo rito*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1255 ss.

⁽³²⁾ Il brano è tratto da Cass., sez. I, 2 marzo 1992, n. 3424, in *Riv. pen.*, 1992, 955.

⁽³³⁾ SCAPINI, *La prova per indizi nel vigente sistema del processo penale*, Milano, 2001, 8.

⁽³⁴⁾ Laddove per “gravità” si è inteso indicare l'elevata persuasività, per “precisione” l'insuscettibilità di altre diverse interpretazioni del dato probatorio e per “concordanza” la suscettibilità degli indizi, nella loro pluralità, di offrire una ricostruzione univoca del fatto oggetto dell'imputazione. Esemplarmente, ROSONI, *Quae singula non prosunt collecta iuvant. La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, 1995, *passim*; GIRONI, *La prova indiziaria*, in GAITO (a cura di), *La prova penale*, vol. III, Torino, 2010, 152; TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., 208 s.

⁽³⁵⁾ Così, ad. es., SALIMBENI, *Ragionevole dubbio e motivazione sulla prova indiziaria*, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 203 ss.

Atteso ciò, il giudice, ai sensi dell'art 192, comma 1, e 546, comma 1, lett. e) c.p.p., non potrà comunque astenersi dal giustificare ogni passaggio argomentativo, «dando conto nella motivazione dei risultati (probatori) acquisiti e dei criteri (d'inferenza) adottati», ed esponendo nella sentenza «l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'enunciazione delle ragioni per le quali ritiene non attendibili le prove contrarie».

Come potrebbe non ritenersi già in sé aporetico il fatto stesso di confutare la gravità e precisione di un indizio (rappresentato da un risultato scientifico), assorbendole nell'asserita insussistenza del medesimo, prescindendo però dall'indicare il motivo concreto per cui quel risultato è stato ritenuto inattendibile (l'origine della contaminazione nel caso di specie)?

Non a caso, «in perfetta simmetria e complementarità con i limiti fissati dall'art. 606, comma 1, lett. e) circa lo specifico caso di ricorso per Cassazione per mancanza o manifesta illogicità delle motivazioni, quando il vizio risulta dal testo del provvedimento impugnato, la garanzia di controllo di legittimità sulla motivazione rinvia necessariamente ad uno schema epistemologico che pretende la trasparenza e la comunicabilità intersoggettiva della trama giustificativa delle ragioni e della logica della decisione in fatto [...] precludendo il riconoscimento senza limiti del principio del libero, arbitrario, soggettivo e insindacabile convincimento, inteso come *conviction intime*»⁽³⁶⁾.

Ma, a ben vedere, i criteri di valutazione della prova indiziaria ed il relativo sillogismo inferenziale ad essi connesso, oltre che con gli obblighi di motivazione finora richiamati, si intersecano, compenetrandosi vicendevolmente, con la regola dell'*oltre ogni ragionevole dubbio*⁽³⁷⁾.

Il percorso logico di valutazione delle prove indiziarie, seguito dal giudice, dovrà infatti condurre ad una conclusione caratterizzata da un «alto grado di credibilità razionale», quindi alla «certezza processuale», *quantum* di prova indispensabile, che, *ictu oculi*, appare compendiato dalla formula dell'art. 533 c.p.p., la quale impone di pronunciare la condanna «se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio»⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Testualmente CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, cit., 1198. Sebbene, alla formazione di un intimo convincimento del giudice fa tuttora riferimento l'arcaica formula del giuramento dei giudici popolari, chiamati a far parte dei collegi delle Corti di Assise e delle Corti di Assise di Appello (art. 30 l. 10 aprile 1951, n. 287, nel testo inserito dall'art. 37 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 449).

⁽³⁷⁾ Cass., sez. I, 26 maggio 2010, n. 19933 con nota di SALIMBENI, *Ragionevole dubbio e motivazione sulla prova indiziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 203 ss.. Cfr. Cass., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in *CED Cass.* 231678; Id., 30 ottobre 2003, n. 45276, in *CED Cass.* 226094; Id., 10 luglio 2002, n. 30328, in *CED Cass.* 22139.

⁽³⁸⁾ Si tratta del principio riassunto nell'acronimo *B.A.R.D.* (*beyond any reasonable doubt*), la cui origine è generalmente fatta risalire alla sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti del 1970, *In Re Winship*. In realtà, come fa notare STELLA,

E la Corte, nelle pagine conclusive delle motivazioni della sentenza, riporta proprio testuali parole: «la regola di giudizio compendiata nella formula *al di là di ogni ragionevole dubbio* impone di pronunciare una condanna a condizione che il dato probatorio acquisito lasci fuori solo eventualità remote, pur astrattamente formulabili e prospettabili come possibili *in rerum natura*, ma la cui effettiva realizzazione, nella fattispecie concreta, risulti priva del benché minimo riscontro nelle emergenze processuali, ponendosi al di fuori dell'ordine naturale delle cose e della normale razionalità umana»⁽³⁹⁾.

Non sarà pertanto sufficiente, prosegue la Corte, che le probabilità dell'ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle dell'ipotesi difensiva, neanche quando siano di gran lunga più numerose, ma sarà necessario che ogni spiegazione diversa dalla ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ragionevolezza, niente affatto plausibile.

Dunque, per pervenire alla condanna, «il giudice non solo deve ritenere improbabile l'eventuale diversa ricostruzione del fatto che conduce all'assoluzione dell'imputato, ma deve altresì ritenere che il dubbio su questa ipotesi alternativa non sia ragionevole»⁽⁴⁰⁾.

Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime, Milano, 2002, 63, 102, l'espressione era già contenuta in precedenti pronunce (su tutte *Coffin v. U.S.*) ma solo dopo la sentenza del 1970 la massima è divenuta assolutamente costante. Ritenuto da taluni «il giusto completamento gnoseologico della non considerazione di colpevolezza», cfr. GAROFOLI, *Dalla non considerazione di colpevolezza alla regola dell'oltre il ragionevole dubbio*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1029 ss.; CATALANO, *Il concetto di ragionevolezza tra lessico e cultura del processo penale*, *ivi*, 2011, 85.

⁽³⁹⁾ Alla pagina 140 della sentenza viene infatti riprodotta la massima di Cass., Sez. I, 3 marzo 2010, n. 17921 che rispecchia l'orientamento giurisprudenziale ormai costante ed indiscusso.

⁽⁴⁰⁾ Ancora, testualmente, la Corte cita la massima ormai indiscussa di Cass., Sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320, la quale evidenzia come la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio abbia messo in crisi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di più ipotesi ricostruttive del fatto, era consentito al giudice di merito di adottarne una che conduceva alla condanna solo perché ritenuta più probabile rispetto alle altre, quasi analogamente al criterio della preponderanza dell'evidenza, proprio invece del processo civile. Il richiamo alle parole che il giudice Lance Ito, nel corso del processo Simpson, utilizzò nel dare istruzioni alla giuria, è d'obbligo: «*It is not a mere possible doubt, because everything relating to human affairs and depending on moral evidence is open to some possible doubt or imaginary doubt. It is that state of the case which, after the entire comparison and consideration of all evidence, leaves the minds of the jurors in that condition that they cannot say they feel an abiding conviction, to a moral certainty, of the truth of the charge*». Ovvero: non è un mero dubbio possibile o immaginario, perché qualsiasi cosa si riferisca agli affari umani è aperta a qualche dubbio possibile e immaginario. È quello stato di cose che, dopo aver considerato e ponderato tutte le prove, lascia la mente dei giurati nella condizione di non poter dire di provare una convinzione incrollabile sulla verità dell'accusa. (§ 1096 del Codice Penale della California). Al riguardo

Accertato, dunque, il *quantum* probatorio necessario a garantire la pronuncia di colpevolezza, tanto più se basata su prove indiziarie, la cosiddetta *certezza processuale*, che escluda qualsiasi altra *ragionevole soluzione*, ormai codificata all'art. 533 c.p.p. con la regola *B.A.R.D.*, residua però il problema, per nulla pleonastico, della concretizzazione di tale formula.

Evitando di relegarlo nella sua “trascendenza” ad un perfetto *νοούμενον*, nell'accezione platonica del termine, non può comunque revocarsi in dubbio come il concetto di ragionevolezza non esprima affatto un concetto univoco e determinato.

Per riprendere una bella immagine di Wittgenstein, *colpevole al di là di ogni ragionevole dubbio* sta a significare che si è giunti ad un punto, indeterminabile a priori, in cui la vanga del dubbio, che deve sempre armare il giudice, ha incontrato lo strato duro della roccia, rappresentata dalle prove, e si è piegata, risultando implausibile ogni spiegazione diversa dalla colpevolezza⁽⁴¹⁾.

E la «distanza tra il contenuto metaforico della formula e il rigore che con essa si vorrebbe attribuire all'accertamento causale attraverso il paradigma della certezza scientifica»⁽⁴²⁾ risuona ancor più nettamente in riferimento alla prova indiziaria scientifica.

Il punto è che, al di fuori della logica deduttiva e delle scienze matematiche, la prova di qualunque proposizione è compatibile con il dubbio, non essendo possibile giustificare in termini indubitabili le nostre conoscenze; ma solo se quel dubbio non apparirà *ragionevole* si potrà ritenere provato quel fatto, assumendolo come certo.

Tornando alle pagine conclusive della sentenza in commento, la Corte, dopo aver insinuato, con una sequenza quasi parossistica, meri dubbi congetturali circa la sussistenza di ciascun indizio (che corroborava un impianto accusatorio imperniato sulle evidenze scientifiche), residuando, a suo dire,

C. CONTI, *Al di là del ragionevole dubbio*, in SCALFATI (a cura di), *Novità in tema di impugnazioni penali e regole di giudizio*, Milano, 2006, 87 ss., secondo la quale, pur non trattandosi di una rivoluzione copernicana, la cristallizzazione del principio non è priva di ripercussioni rilevanti; Cfr. IACOVELLO, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2006, 3870; CANZIO, *L'oltre il ragionevole dubbio come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 304; STELLA, *Giustizia e modernità*, cit., 85, scriveva, prima della riforma dell'art. 533 c.p.p., di «una grande occasione perduta dal legislatore del 1988» e di «buco nero della riforma del 1988».

⁽⁴¹⁾ FERRUA, *Epistemologia scientifica ed epistemologia giudiziaria: differenze, analogie, interrelazioni*, in DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Torino, 2007, 15; PISANI, *Riflessioni sul tema del “ragionevole dubbio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 1253; FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma, 1996, *passim*.

⁽⁴²⁾ SERENI, *Causalità e responsabilità penale. Dai rischi d'impresa ai crimini internazionali*, Torino, 2008, 238 s.

come elementi indiziari «fermi» unicamente la consumazione del reato di calunnia, la non totalmente comprovata veridicità dell'alibi e la dubbia attendibilità del teste Q. ⁽⁴³⁾, ritiene di poter concludere che non possa dirsi provata la colpevolezza degli imputati secondo i menzionati criteri; precisando altresì che il venir meno degli elementi indiziari sui quali la Corte di Assise di primo grado aveva basata la propria decisione, esonera dal dover prospettare una ipotesi alternativa.

Ma è davvero ragionevole asserire che il movente non sia potuto coincidere con la «scelta del male per il male» da parte di soggetti «dediti allo studio»; che non si sia potuto ritenere attendibile il testimone C., *clochard*, per via del «decadimento delle sue facoltà intellettive derivante dal suo stile di vita»; che i comportamenti singolari nelle ore successive al delitto (esibizioni ginniche nell'immediatezza dell'interrogatorio, rifiuto di entrare nuovamente nella stanza del crimine e di guardare le foto del corpo martoriato in aula, shock emotivo al momento del riconoscimento dei coltelli presenti nella casa) siano potuti derivare dallo «stato di apprensione e stress» e alla volontà di «esorcizzare quel clima di ansia e paura»; che sia servita una «mente così fredda e diabolica» tale da riporre il coltello tra le posate della casa di S.R.; che le tracce di sangue misto della vittima e dell'imputata, rinvenute nel bagno, siano potute essere state rilasciate «con facilità» per l'uso consueto e quotidiano che si fa del bagno; che alla simulazione del furto abbia potuto avere interesse solo R.H.G. «in quanto un ladro di professione, quale era, non simula un furto ma lo commette» e non invece chi aveva la concreta disponibilità delle chiavi; che la falsità dell'alibi non abbia potuto costituire grave elemento di prova della colpevolezza; che l'imputata abbia potuto dormire nella casa di S.R. e sentire poi l'esigenza, l'indomani mattina, di andare a casa sua giusto per farsi una doccia; che S.R. abbia potuto accendere il computer alle 5.32 per un risveglio notturno, seguito da un improvviso, quanto fugace, desiderio di ascoltare della musica; che, infine le intercettazioni telefoniche nelle quali Kn.A.M. esternava ai suoi genitori il timore per «quel coltello», «c'è un coltello a casa di S.R.», si siano potute considerare irrilevanti, sempre frutto di stress e di ansia dovuti al clima circostante?

Possiamo, a fronte di una lettura complessiva del quadro probatorio e di una totale assenza di motivazioni razionali sulla supposta inattendibilità

⁽⁴³⁾ Si badi, dell'attendibilità di questo teste la Corte ha ritenuto di dover dubitare per l'incongruenza delle dichiarazioni rese nell'aver riconosciuto in Kn.A.M. una ragazza che, all'alba della mattina seguente il delitto, si accingeva a visionare prodotti per la pulizia della casa nel suo negozio. La principale obiezione circa la genuinità del ricordo e quindi attendibilità, è costituita, secondo la Corte, nell'aver, il teste medesimo, descritto un cappotto grigio indosso all'imputata, che non sembra essere stato rinvenuto nella disponibilità della stessa, seppur, ad onor del vero, le foto pubblicate dai giornali nei giorni immediatamente successivi all'omicidio la ritraessero proprio con un cappotto di siffatto colore indosso.

delle prove scientifiche, ricondurre tali *dubbi* ad un canone di *ragionevolezza*?

Astenendoci da ulteriori osservazioni nel merito e da esegesi imprecise su cosa sia davvero il concetto di *ragionevolezza*, e quindi, di *dubbio ragionevole*, tuttavia appare imprescindibile ribadire la necessità di una reale concretezza nell'obbligo di motivazione.

Non mera attività retorica volta a disseminare dubbi congetturali, giusto per il vezzo di insinuare ipotesi alternative estranee alla logica e al naturale ordine delle cose⁽⁴⁴⁾, ma un percorso razionale che dia conto, analiticamente e secondo i criteri della probabilità logica sempre più stringenti, del motivo per cui quella determinata teoria abbia prodotto dei risultati fallaci, muovendoci sempre all'interno della complessiva cornice indiziaria, anch'essa motivanda.

Appare questo l'unico modo possibile per evitare che la regola *B.A.R.D.* degradi a clausola di stile aperta, atta a dissimulare applicazioni in realtà elusive del dettato normativo, e che, affrancatici ormai dall'*ipse dixit* degli esperti, sconfessato appunto dal doveroso controllo razionale del giudice proprio del post-positivismo, si ritorni invece al sistema antecedente contrassegnato da quell'intuizionismo del giudice che, proprio la modifica dell'art. 533 c.p.p., auspicava di scongiurare.

Perché eliminato l'impossibile, qualsiasi cosa resti, per quanto improbabile, deve necessariamente essere la verità.

«Ma non c'era più aggressività nel loro silenzio. Solo una specie di muto, indecifrabile sgomento. Un senso di sconfitta, insopportabile»⁽⁴⁵⁾.

Aspettando Godot.

DOMIZIA PROIETTI

⁽⁴⁴⁾ Nel suo *Saggio filosofico sulle probabilità*, del 1814, il Marchese di Laplace affermava: «Ci dovremmo astenere dal giudicare, se volessimo raggiungere l'evidenza matematica, ma il giudizio è imposto dalla società, dato il danno che le verrebbe dall'impunità del delitto».

⁽⁴⁵⁾ Testualmente, G. CAROFIGLIO, *Il passato è una terra straniera*, Milano, 2004, 247.

TRIBUNALE DI SORVEGLIANZA DI PERUGIA – 20 ottobre 2011
– Pres. CANEVELLI – Est. GIANFILIPPI – M.

Carceri e sistema penitenziario – Permessi premio – Ergastolo – Divieto di concessione di benefici penitenziari – Attività collaborativa – Antinomia – Divieto di retroattività della norma penitenziaria – Esclusione (Cost., artt. 3, 25 comma 2, 27 comma 3; l. 26 luglio 1975, n. 354, artt. 4 *bis*, 30 *ter*, 58 *ter*; d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. con mod dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, art. 3; l. 15 luglio 2009, n. 94, art. 2 comma 27; l. 23 luglio 2009, n. 99, art. 15 comma 6).

Il permesso premio non può riconoscersi all'ergastolano "ostativo" non collaborante, se non in seguito all'accertamento di un contributo valutato come inutile o inesigibile per la giustizia; le novelle del 2009, per l'effetto, non hanno determinato alcuna contraddizione fra l'art. 4 bis, comma 1 ord. penit., nella parte in cui nega il beneficio in difetto di cooperazione, e l'art. 30 ter, comma 4, lett. c) laddove si ancora, per i cosiddetti reati ostativi di "prima fascia", l'ottenimento del permesso all'espiazione di almeno metà della pena e comunque di non oltre dieci anni di detenzione (1).

(*Omissis*). Per superare l'ostatività di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. il legislatore ha previsto il meccanismo di accertamento della collaborazione attiva con la giustizia *ex art. 58 ter* ord. penit. nonché, a seguito della nota pronuncia della Corte Costituzionale n. 68/1995, l'accertamento della c.d. inesigibilità della collaborazione, diventata inutile o impossibile, oggi disciplinata, dopo la già citata novella normativa del 2009, nell'art. 4 *bis*, comma 1 *bis* ord. penit.

Pertanto, ove un condannato proponga domanda di permesso avendo in espiazione un reato ostativo ai sensi dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. e formuli una istanza incidentale di declaratoria della collaborazione, anche impossibile o inutile, il magistrato di sorveglianza competente sospenderà il procedimento con trasmissione degli atti al Tribunale di sorveglianza perché proceda all'accertamento.

Nei successivi commi dell'art. 4 *bis* ord. penit. sono ora contenuti delitti particolarmente gravi, che tuttavia consentono, una volta che si raggiunga l'espiazione di una certa soglia di pena, partitamente indicata dalla normativa, l'ottenimento dei benefici penitenziari.

Nel comma 1 *quater*, in particolare, sono contenuti i delitti dei c.d. "sex offenders", per cui l'ammissibilità di una istanza di beneficio (ad esclusione della liberazione anticipata) non è legata soltanto all'espiazione di una certa soglia di pena ma anche all'osservazione scientifica

di personalità condotta per almeno un anno dall'equipe di trattamento con l'ausilio degli esperti *ex art. 80 ord. penit.*

Rispetto a tale quadro, a luglio 2009, intervenne una specifica modifica dell'art. 30 *ter*, comma 4 l. c) ord. penit., norma che già in precedenza disciplinava la concessione dei permessi premio ai detenuti per delitti compresi nel disposto dell'art. 4 *bis*.

La norma oggi recita testualmente: "La concessione dei permessi è ammessa: l. c) nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nei commi 1, 1 *ter* e 1 *quater* dell'art. 4 *bis*, dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni".

Ad avviso di questo Tribunale di sorveglianza non sussiste alcuna antinomia tra la descritta norma e le disposizioni contenute nel testo dell'art. 4 *bis*, che devono essere lette congiuntamente e che consentono una ricostruzione idonea a salvaguardare il sistema di norme, certamente restrittive, immaginato dal legislatore.

In tal senso, ai condannati per delitti rientrati nel disposto dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. si applica l'assoluto divieto di ottenimento di benefici ivi previsto, salvo che, come già ricordato, gli stessi non propongano istanza incidentale di accertamento della collaborazione, anche nelle forme della collaborazione impossibile o inesigibile.

Ove sia accolta una istanza volta ad ottenere declaratoria di collaborazione effettiva con la giustizia ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit., per espresso disposto dell'articolo da ultimo citato, i limiti di pena dell'art. 30 *ter*, comma 4 in ordine ai condannati per taluno dei delitti di cui agli artt. 4 *bis* comma 1, 1 *ter* e 1 *quater* non si applicano e dunque tornano ad applicarsi, come pure ritenuto dall'odierno reclamante, i più tenui limiti di pena indicati al comma 4 l. a) e l. b).

Ove sia invece accolta una istanza volta ad ottenere declaratoria di collaborazione impossibile o inesigibile, ai sensi dell'art. 4 *bis*, comma 1 *bis* ord. penit. l'effetto che si determina è soltanto quello di consentire ai condannati l'accesso ai benefici, altrimenti precluso.

È proprio per tali ipotesi che la novella del 2009 ha correttamente riportato anche i delitti di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit. nel novero del 30 *ter*, comma 4 l. c) in ossequio ad una precisa scelta legislativa ed infatti in difetto di tale richiamo si sarebbero dovuti applicare al caso di specie i più ridotti limiti di pena delle l. a) e b).

Non merita pregio, in tal senso, l'argomento addotto dal reclamante (e leggibile anche nell'ordinanza in atti del Magistrato di sorveglianza di Pavia), per cui tale ricostruzione non è consentita dall'assenza di un riferimento al comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* nell'art. 30 *ter*, ed infatti nell'attuale comma 1 *bis* dell'art. 4 *bis* non è contenuta alcuna elencazione di delitti ma soltanto l'esplicazione delle ragioni che debbono condurre il Tribunale di sorveglianza a ritenere accertata una collaborazione

inutile o inesigibile con la giustizia da parte di condannati per delitti che continuano ad essere compresi tuttavia nel comma 1 del 4 *bis*.

Correttamente, dunque, l'art. 30 *ter*, comma 4 l. c) fa riferimento solo alle parti del 4 *bis* ord. penit. in cui sono contenuti elenchi di delitti, per i quali il legislatore ritiene di inasprire il trattamento penitenziario.

D'altra parte l'art. 30 *ter*, comma 4 l. c) riferisce due condizioni necessarie per ottenere i permessi premio se si sono commessi delitti compresi nell'art. 4 *bis* ord. penit. ma non tutte le condizioni sufficienti e ciò, ad esempio, accade anche per i c.d. *sex offenders*, per i quali è necessario che abbiano espiato il metà pena o comunque dieci anni, ma deve essere compresente la qualificata osservazione di personalità con l'esperto ex art. 80 per almeno un anno, condizione ulteriore e specifica contenuta nel disposto dell'art. 4 *bis*, comma 1 *quater* ord. penit., proprio come, nel caso che qui ci occupa, nel 4 *bis*, comma 1 è prevista una integrale ostatività, salvo procedere per come previsto nell'art. 58 *ter* o 4 *bis*, comma 1 *bis* ord. penit.

Ricostruita nei termini predetti la disciplina applicabile al caso concreto, al M. deve applicarsi il disposto ostativo dell'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., fintanto che lo stesso non ottenga una declaratoria di collaborazione con la giustizia, eventualmente anche inesigibile o impossibile, allo stato comunque non allegata in via incidentale alla domanda di permesso premio qui reclamata.

Occorre comunque ricordare che il condannato, in relazione ad altre istanze, ha in realtà già utilizzato tale strumento ed il Tribunale di sorveglianza di Perugia con ordinanza depositata il 24.01.2011 ha rigettato la domanda di accertamento della collaborazione c.d. impossibile.

Appare dunque del tutto condivisibile il provvedimento del Magistrato di sorveglianza di Spoleto che, esaminati i titoli di reato presenti nel cumulo attualmente in espiazione, ha ritenuto inammissibile l'istanza del M., proprio in difetto di quella subordinata istanza di accertamento collaborazione che soltanto avrebbe potuto condurre ad una valutazione individuale volta all'eventuale superamento dell'ostatività.

Quanto alle due questioni di costituzionalità proposte dalla difesa del reclamante all'attenzione del Collegio, entrambe appaiono rilevanti ai fini del decidere ma manifestamente infondate.

La prima fa riferimento al presunto contrasto tra l'art. 30 *ter* e il disposto dell'art. 25, comma 2 Cost. per il suo estendere il divieto di concessione di permessi premio ai condannati per fatti oggi compresi nel disposto dell'art. 4 *bis* ord. penit. ma commessi antecedentemente alla disciplina restrittiva, in assenza di una norma transitoria specifica e sulla scorta del *revirement* delle SU in materia di misure cautelari.

La questione è manifestamente infondata poiché per giurisprudenza costante, che qui si condivide, la norma da scrutinarsi, vertendo in

materia di ordinamento penitenziario, deve ritenersi che abbia natura processuale e non sia equiparabile alle norme penali sostanziali. Conseguentemente non opera il principio della irretroattività della legge penale più sfavorevole (cfr., tra le altre, Cass. 27.10.1994 n. 3789 e Cass. 05.06.1997 n. 3048 ed ancora Cass sez. unite 30.05.2005 n. 24561 e Cass. 18.06.2008 n. 240601, 24.11.2009 n. 245947, 18.02.2010 n.246374).

L'arresto delle SU con la sent. Ambrogio (31.03.2011 n. 27919) non sembra in tal caso pertinente, da un lato involgendo la differente materia delle misure cautelari e dall'altro poiché ribadisce la natura processuale anche di quelle norme e si limita a definire la disciplina applicabile, in assenza di una norma transitoria espressa, ad una misura cautelare già in corso al momento del sopravvenire di una nuova normativa, stabilendo che la stessa non possa subire modifiche unicamente per effetto della nuova e più sfavorevole normativa.

Si tratta dunque di una situazione in fatto assai diversa, non soltanto perché non riferita ad esecuzione penale, ma anche perché, pur in presenza di principi in qualche modo assimilabili anche nell'ambito esecutivo (espressi anche dalla Corte costituzionale in materia di non regressione incolpevole del trattamento), non pertinente al caso di specie, non trattandosi di detenuto già ammesso, al tempo dell'introduzione del 4 *bis* ord. penit., a beneficio penitenziario che poi, solo per il sopravvenire di una norma pur processuale peggiorativa, gli venga oggi precluso.

La seconda questione, concerne invece l'art. 30 *ter* ed il 4 *bis* rispetto agli artt. 3 e 27 Cost. per l'irragionevole compressione della finalità rieducativa della pena, prevedendo un comportamento collaborativo per consentire l'accesso ai benefici, inibendo per ciò solo ogni anelito alla rieducazione.

Anche tale questione appare manifestamente infondata, poiché anche la pena da espiarsi per reati rientranti nel disposto dell'art. 4 *bis* ord. penit., per come già sopra espresso, non è impermeabile all'ottenimento di benefici penitenziari, e dunque al principio rieducativo della pena, e ciò perché da un lato è consentita la concessione di liberazione anticipata e la partecipazione al trattamento condotto a livello intramurario e dall'altro poiché è previsto lo strumento della collaborazione con la giustizia, sia *ex art.* 58 *ter* ord. penit., sia nelle forme della collaborazione impossibile o inesigibile, proprio all'esito di uno storico intervento adeguativo della Corte Costituzionale, oggi confluito nel disposto dell'art. 4 *bis*, comma 1 *bis* ord. penit..

In questa sede, per tutte le ragioni sin qui esposte, deve quindi giungersi al rigetto del reclamo proposto dal M., avverso il provvedimento emesso dal Magistrato di sorveglianza di Spoleto, che ha dichiarato correttamente l'inammissibilità dell'istanza del condannato (*Omissis*).

(1) Il diritto alla premialità anche per l'ergastolano "ostativo" non collaborante

SOMMARIO: 1. *Il problema: è ravvisabile un'antinomia tra gli artt. 4 bis e 30 ter ord. penit.?* - 2. *Le soluzioni: la previdenza della lex specialis* - 3. (Segue): *l'interpretazione "adeguatrice"* - 4. *Dal nemo tenetur se detegere al carceratus tenetur alios detegere* - 5. *La collaborazione nelle "maglie" della Costituzione* - 6. *Normativa penitenziaria e irretroattività della legge penale*

L'ultima ridefinizione dell'art. 4 bis ord. penit.⁽¹⁾, nel senso di una sua razionalizzazione, ha comportato la tanto attesa sistematizzazione di una normativa dalla storia davvero tormentata. All'esito di un percorso che ha inteso operare una progressiva rastremazione delle maglie d'accesso ai benefici penitenziari, si è giunti, ora, ad una suddivisione per categorie di reati nel tentativo di scandire le diverse modalità di fruizione, in ragione dei differenti livelli collaborativi, tanto dei benefici quanto delle misure alternative alla detenzione. Alla previgente formulazione si è così sostituita una dicitura più chiara, alla quale si è accompagnata, in conseguenza, la rimodulazione delle previsioni - "satellite": cosicché, per queste ultime, il richiamo non sarà più al corposo elenco di reati annoverati nel vecchio art. 4 bis ord. penit., ma alle fattispecie indicate nei commi 1, 1-ter e 1-quater.

Al di là del nuovo coordinamento operato negli artt. 21, comma 1, 50, comma 2, 50 bis, comma 1, 58 ter, comma 1 e 58 quater, comma 5 ord.

⁽¹⁾ Cfr. FIORIO, *Art. 4 bis ord. penit.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di Procedura Penale Commentato*, 4° ed., Milano, 2011, 10166 ss., laddove si rileva l'intento dell'ultima riforma di approntare delle notevoli modificazioni alla struttura della disposizione, anche al fine di agevolarne la lettura; di talché il previgente comma 1 è stato suddiviso in quattro diversi commi. Nell'attuale primo comma sono compresi i cosiddetti "delitti di prima fascia", dal cui elenco, all'esito della l. 23 aprile 2009, n. 38, sono state espunte le fattispecie di violenza sessuale (artt. 609 bis e 609 ter c.p.) e di atti sessuali con minorenne (art. 609 quater, comma 1 c.p.); per quanto concerne l'ipotesi di violenza sessuale di gruppo (art. 609 octies), si è previsto un meccanismo "rinforzato" di accesso al beneficio, il quale abbina alla tradizionale collaborazione con la giustizia, l'inedita condizione di cui al comma 1quater, circa l'osservazione scientifica della personalità del detenuto. Nella "seconda fascia", di cui all'attuale comma 1ter, si contemplano accanto alle tradizionali previsioni (ad es., l'art. 575 c.p.) i delitti di violenza sessuale, già espunti dal primo elenco, nonché si ripropone la fattispecie della violenza sessuale di gruppo dell'art. 609 octies c.p. Differente discorso per quanto concerne l'inedito comma 1quater, laddove si precisa come i detenuti e gli internati per i cosiddetti "sex offenders" (artt. 609 bis, 609 ter, 609 quater e 609 octies c.p.) possano essere ammessi alla fruizione dei benefici penitenziari soltanto sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità del ristretto, condotta per almeno un anno da un collegio di esperti (art. 80, comma 4 ord. penit.). L'esito positivo della valutazione si pone come autonomo requisito di concedibilità del beneficio, costituendo un *quid pluris*, autonomo rispetto alla mera attività collaborativa.

penit., il diverso assetto ha significativamente inciso sulla normativa disciplinante i “permessi premio” ex art. 30 *ter* ⁽²⁾, con la creazione di un’evidente antinomia applicativa, che grandi contrasti sta originando in sede giurisprudenziale.

Una discrasia di sistema che risulta il precipitato ultimo delle novelle del 2009 ⁽³⁾, le quali, nel ridefinire il descritto coordinamento, hanno comportato il superamento di quella che appariva essere un’interpretazione consolidata, e mai discussa, circa l’applicazione da riconoscersi alla previsione del beneficio premiale in combinato disposto con l’art. 4 *bis* ord. penit.

Prima della l. 15 luglio 2009, n. 94, infatti, si era soliti riferire il richiamo operato nel comma 4, lett. c) della prima previsione al contenuto complessivo della seconda; ferma restando, dunque, l’impossibile fruizione di benefici diversi dalla liberazione anticipata, da riconoscersi anche agli ergastolani non collaboranti, il permesso premio era ammissibile per i soli reati ostativi di “seconda fascia” (ossia, per quelli cristallizzati nel secondo periodo del comma 1 dell’art. 4 *bis* ord. penit., previgente formulazione). Di contro, per i reati assolutamente ostativi (indicati nella prima parte della previsione) operava un impedimento di carattere assoluto, superabile solo allorché il condannato decidesse di collaborare nelle forme dell’art. 58 *ter* ord. penit. ⁽⁴⁾. Una collaborazione che laddove irrilevante, impossibile o inesigibile, purché accertata giudizialmente, comportava comunque la possibilità di accedere al beneficio, pur nell’osservanza dei più tenui parametri applicativi delle lett. a) e b) dell’art. 30 *ter* ord. penit. ⁽⁵⁾.

Il vigente disposto in materia di premialità ha, invece, sovvertito i termini del discorso: la lett. c) dello stesso, all’esito del percorso di categorizzazione dell’art. 4 *bis* ord. penit, intende riferirsi ai soli reati assolutamente ostativi, quelli per i quali, si ricordava, all’infuori delle ipotesi di collaborazione, do-

⁽²⁾ Fra tanti, AMILCARE, *I permessi: la premialità sulla via della giurisdizione*, in *Giur. merito*, 2006, 2224 ss.; CARINI, *Art. 30 ter ord. penit.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di Procedura Penale Commentato*, cit., 10372 ss.; LA GRECA, *Il permesso premio quale strumento della progressione nel trattamento rieducativo*, in *Foro it.*, 1196, I, 396 ss.

⁽³⁾ Si accenna, in particolare, all’art. 2, comma 2, lett. b) della l. 15 luglio 2009, n. 94, il quale ha sostituito negli articoli menzionati la dicitura «*dei delitti indicati nel comma 1*» con la vigente formula «*dei delitti indicati nei commi 1, 1ter, 1quater*», per effetto dell’intervenuta razionalizzazione.

⁽⁴⁾ BERNASCONI, *Indissolubile il legame tra la collaborazione con la giustizia e benefici penitenziari*, in *Cass. pen.*, 1997, 3570 ss., laddove si risconta come sin dal 1993 la Consulta abbia progressivamente eroso le inflessibilità tipiche del regime emergenziale. Sono emerse, in conseguenza, tante aporie, alle quali, con difficoltà, la dottrina ha cercato una risposta interpretativa, al fine di rischiarare la «*nebulosità del quadro normativo di riferimento*».

⁽⁵⁾ Ovverosia, di limiti temporali di espiazione sicuramente meno “corposi”: il permesso premio, stante l’inesigibilità della cooperazione, sarebbe stato fruibile in ogni momento, all’infuori delle ipotesi di recidiva (art. 30 *ter*, comma 4, lett. a), o comunque dopo aver scontato un quarto della pena (comma 4, lett. b).

vrebbe essere precluso ogni canale d'accesso al beneficio; di contro, la settoriale previsione in tema di permessi, non esigendo alcuna attività di cooperazione con la giustizia, riconosce il permesso laddove il condannato abbia espiato almeno metà della pena o comunque dieci anni di detenzione.

Evidente la contraddizione. Nell'un caso si elimina in partenza ogni aspettativa nel godimento del beneficio, se non astringendolo alle ipotesi di fattiva collaborazione (art. 4 *bis* ord. penit.); nell'altro, si lega al mero trascorrere del tempo la fruizione dello stesso (art. 30 *ter* ord. penit.). Un'impossibilità assoluta descritta in quella che appare essere la norma di applicazione generale, al cospetto dell'impossibilità condizionata al fattore cronologico nella previsione "satellite".

A quale delle due riconoscere giuridica prevalenza?

Prima di risolvere l'arcano, alcune considerazioni preliminari appaiono obbligatorie. In primo luogo, diversamente da quanto espresso dal collegio di sorveglianza nell'ordinanza in commento, il dettato della lett. *c*) non risulta relazionabile alle evenienze di collaborazione impossibile o irrilevante ⁽⁶⁾, ora disciplinate nell'art. 4 *bis*, comma 1*bis* ord. penit., in quanto unica parte della previsione generale non richiamata nella formulazione dell'art. 30 *ter* ord. penit. E se il senso delle parole continua ad avere una sua giuridica importanza, non si può aggiungere al disposto normativo ciò che in esso non è contenuto, al solo fine di salvaguardare una consolidata interpretazione giurisprudenziale. A voler rimarcare, in seconda analisi, come simile distonia non possa considerarsi un mero *lapsus calami* nel quale è incorso il pur distratto legislatore nostrano, non si può che richiamare la diversa disciplina riservata alla liberazione condizionale: per la concessione delle misure alternative alla detenzione, nonché per gli ulteriori benefici penitenziari insiste, infatti, il diverso regime restrittivo normalmente riservato agli ergastolani non collaboranti ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Ai sensi dell'art. 58 *ter* ord. penit. in combinato disposto con la nuova formulazione dell'art. 4 *bis*, comma 1*bis* ord. penit., si intende definire come "impossibile" quella collaborazione non utile, essendo stato accertato con pronuncia di condanna definitiva, ogni singolo aspetto della vicenda criminosa; è "irrilevante" quel contributo inutile nell'economia del percorso investigativo, qualora la sentenza abbia già espressamente riconosciuto una delle circostanze attenuanti previste dall'art. 62, n. 6 c.p. (anche laddove l'integrale risarcimento del danno sia avvenuto dopo la pronuncia di condanna) ovvero dagli artt. 114 e 116 c.p.; da ultimo, si parla di cooperazione "inesigibile" allorquando, pur essendoci ancora degli aspetti dell'episodio delittuoso suscettibili di approfondimento e verifica, la collaborazione appare inutile stante la limitata partecipazione al fatto criminoso, già attestata in fase procedimentale.

⁽⁷⁾ Fermi restando gli ulteriori requisiti e limiti di cui all'art. 176 c.p., in caso di sentenza passata in giudicato per taluno dei delitti di cui all'art. 4 *bis* ord. penit., per effetto della modifica dell'art. 2, comma 28 legge n. 94/2009, «[i] *condannati per i delitti indicati nei commi 1, 1ter, 1quater dell'art. 4 bis della legge 26 luglio 1975, n. 354* [come così riformata dal d.l. 13 maggio 1991, n. 152, poi convertito dalla l. 12 luglio 1991, n. 203], *possono essere ammessi alla liberazione condizionale solo*

Insomma, elementi che depongono a favore di una lettura che valorizzi la specialità della normativa in tema di permessi nel confronto delle altre previsioni e che rivela una decisa apertura al fine rieducativo, verso il quale la pena è comunque volta (art. 27, comma 3 Cost.). Così opinando, del resto, maggiore portata avrebbe il riconoscimento del beneficio della liberazione anticipata anche agli ergastolani non collaboranti, già contenuto nella previgente configurazione dell'art. 4 *bis* ord. penit. e confermato in sede riformistica, che diversamente avrebbe il significato di un'irragionevole disparità, non suffragata nel riscontro con gli alti principi affermati nella Carta. Perché, infatti, riconoscere il meccanismo dello scomputo progressivo al condannato non cooperante e non anche, pur in presenza di un'inequivoca dicitura, stante il senso proprio delle parole, la fruizione di un permesso premio legata al mero trascorrere del tempo?

2. Le soluzioni: la prevalenza della *lex specialis*.

In presenza di una classica situazione di antinomia normativa, come quella esistente tra l'art. 4 *bis* ord. penit. nella parte in cui preclude l'ammissibilità ai benefici e alle misure alternative alla detenzione per il condannato non collaborante e l'art. 30 *ter* ord. penit., laddove nel richiamare *in toto* l'elenco dei reati assolutamente ostativi di cui al comma 1 della precedente previsione, condiziona l'ammissibilità alla premialità all'espiazione di metà della pena o comunque di non oltre dieci anni della stessa, non ci si può che appellare all'insegnamento di parte generale⁽⁸⁾. In presenza di simili "disarticolazioni giuridiche", giungono in soccorso dell'interprete quattro complementari criteri di risoluzione, l'uno in rapporto di alternatività sull'altro.

In prima battuta, il criterio cronologico, in virtù del quale per fonti equiordinate quella successiva deroga la precedente (criterio sintetizzabile nel brocardo *lex posterior derogat priori*); il criterio di specialità, il quale premette alla previsione generale quella di parte speciale, normalmente dal contenuto più puntuale (*lex specialis derogat generali*); il criterio gerarchico, riferibile, di contro, nell'identità della materia disciplinata, a fonti allocate in una diversa scala valoriale (*lex superior derogat inferiori*); da ultimo, il parametro della competenza, all'esito del quale il campo applicativo di una previsione può essere circoscritto territorialmente o per materia.

Nel nostro ordinamento la risoluzione di una prospettata antinomia viene solitamente lasciata ai primi due criteri, modellabili anche per la situazione in commento. Del resto, si tratta di parametri desumibili sia dal

se ricorrono i relativi presupposti previsti dallo stesso comma per la concessione dei benefici indicati». Evidente, quindi, l'intenzione palesata dal legislatore di mantenere per gli altri benefici un'apposita disciplina restrittiva, al fine di immaginare tanti "scaglioni" di accesso al modello trattamentale.

⁽⁸⁾ MODUGNO, *Norma giuridica (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 328.

complesso dei principi cristallizzati nel dettato fondamentale, sia dall'art. 15 disp. prel. c.c., laddove particolare risalto viene posto alla successione temporale di disposizioni e al rapporto di complessività-settorialità intercorrente fra le stesse.

L'indagine, in conseguenza, non potrà che procedere cercando di scorgere se esista fra le due discipline un'identità nella materia trattata e quale delle due possa qualificarsi come disposizione di carattere generale. Una premessa: di certo, la legge n. 94 del 2009 è l'ultima novella intervenuta sul tema, alla quale, se riconosciuta la paventata identità, attribuire maggiore rilevanza, in virtù del mero fattore temporale.

È d'uopo precisare come l'art. 4 *bis* ord. penit., apparso da oltre un ventennio sul proscenio ordinamentale, si caratterizzi per essere lo strumento privilegiato attraverso il quale differenziare il regime carcerario spettante all'uno piuttosto che all'altro condannato, in ragione della gravità del titolo di reato⁽⁹⁾. Non appare dubitabile, del resto, la considerazione in base alla quale si vuole descrivere il rapporto intercorrente tra detta fattispecie e quelle che non si è esitato a definire come discipline "satellite", in termini di *genus ad speciem*, laddove nella prima si parla, con fare generico, di preclusione all'ottenimento di benefici e misure alternative alla detenzione, in mancanza di fattiva condotta collaborativa, financo impossibile. Di contro, l'art. 30 *ter* ord. penit. non può che considerarsi come previsione speciale, in quanto prospettata per la sola tematica dei permessi premio e per l'ammissibilità delle relative istanze; cosicché il richiamo alle categorie di reati di cui all'art. 4 *bis* ord. penit. ha una mera funzione descrittiva, al solo fine di inquadrare correttamente i limiti temporali per la concessione del beneficio a date fattispecie, siano esse più o meno ostative, in relazione alla gravità delle stesse.

In sostanza, qualsiasi lettura che cerchi di inquadrare l'art. 4 *bis* ord. penit. come disciplina settoriale, anche nella tematica dei permessi premio, scompaginerebbe il piano sistemico, sovvertendone i termini, ma, soprattutto, priverebbe di significato l'art. 30 *ter* ord. penit., relegato al margine della disciplina. Non soltanto la specificità della fattispecie, ma anche la necessità di salvaguardarne la cogenza, debbono indurre, quindi, a considerare come puntuale la formulazione dell'art. 30 *ter* ord. penit. e, per il caso in discussione, del suo comma 4, lett. c). Di modo che, corroborando la creduta specialità con il criterio cronologico, ogni condannato ostativo, per quanto non collaborante, possa beneficiare del permesso premio, laddove

⁽⁹⁾ GREVI, *Premessa. Verso un regime penitenziario progressivamente differenziato: tra esigenze di difesa sociale ed incentivi alla collaborazione con la giustizia*, in GREVI, *L'ordinamento penitenziario tra riforme ed emergenza*, Padova, 1994, 7 ss.; GUAZZALOCA, *Differenziazione esecutiva e legislazione di emergenza in materia penitenziaria*, in *Dei delitti e delle pene*, 1992, n. 3, 123 ss.; RUOTOLO, *Quando l'emergenza diventa quotidiana. Commento alle modifiche agli art. 4 bis e 41 bis dell'ordinamento penitenziario*, in *Studium iuris*, 2003, 417 ss.

abbia maturato la metà di espiatione o comunque i dieci anni richiesti. A nulla vale ogni diversa valutazione, nel tentativo di salvaguardare una presunta diversa volontà legislativa.

Nel richiamare *in toto* i reati assolutamente ostativi di cui al comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., il comma 4, lett. c) dell'art. 30 *ter* ord. penit. non fa altro che dar vita ad una cosiddetta "riferibilità oggettiva": si crea, in conseguenza, una condizione di profonda antinomia, risolvibile dando prevalenza non solo alla previsione successiva, ma anche a quella dotata di maggiore specificità sul punto. Non ci si può richiamare ad una diversa valutazione che il legislatore intendesse operare, in quanto ciò che rileva è il solo dato normativo; non è nuovo, del resto, il determinarsi del fenomeno della cosiddetta abrogazione tacita⁽¹⁰⁾, laddove i *conditores legum* nella riformulazione di una disciplina abbiano "dimenticato" il raccordo con le normative di contorno: cosicché in simili evenienze emergerebbe un'evidente condizione di antinomia logica, che non potrebbe di certo garantire l'applicazione parallela di entrambe. E nel dover dar operatività ad una sola di esse, quella di applicazione più settoriale sarà comunque destinata alla prevalenza.

3. (Segue): *l'interpretazione "adeguatrice"*.

Nella pronuncia in commento il Tribunale perugino non riscontra l'insorgenza di alcuna antinomia e continua a sostenere una lettura sinottica delle diverse disposizioni, per salvaguardare il complesso di previsioni «*certamente restrittivo, immaginato dal legislatore*»⁽¹¹⁾. L'estensore sembra voler differenziare due modalità di fruizione del trattamento premiale: nell'ipotesi di piena collaborazione (art. 58 *ter* ord. penit.), nonostante il condannato si sia macchiato di delitti assolutamente ostativi (di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.) i limiti di accesso al beneficio tornano ad essere quelli più tenui già formulati nelle lett. a) e b) dell'art. 30 *ter* ord. penit., per i delitti non ostativi⁽¹²⁾; di contro, laddove sia accolta un'istanza volta ad ottenere una

⁽¹⁰⁾ PUGLIATTI, *Abrogazione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 143: «*si conosce un'abrogazione tacita per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia regolata dalla legge anteriore (art. 15 disp. prel. c.c.)*».

⁽¹¹⁾ Testualmente quanto sancito dall'estensore nell'ordinanza (5). Da ultimo, nel senso del rigetto della prospettata antinomia, Cass., sez. I, 8 maggio 2012, n. 17051, *inedita*.

⁽¹²⁾ Per chiarezza espositiva, si rammenta come la lett. a) dell'art. 30 *ter* ord. penit. riguardi i casi in cui al condannato sia stata irrogata la pena della reclusione (anche se congiunta all'arresto) o dell'arresto non superiore ai tre anni: per simili eventualità il legislatore non ha inteso apporre particolare limiti temporali, se non per l'ipotesi di recidiva di cui all'art. 99 comma 4 c.p., nel qual caso il beneficio viene riconosciuto solo dopo l'espiatione di almeno un terzo della pena. Nella successiva lett. b), inoltre, si disciplinano i casi in cui, con pronuncia passata in giudicato, sia

declaratoria di inammissibilità ovvero di irrilevanza della collaborazione, scatterebbero le indicazioni temporali cristallizzate nelle lett. c) e d) ⁽¹³⁾. Si garantirebbe, così, l'accesso al beneficio anche al condannato ostativo, a patto che sia emersa l'impossibilità ovvero l'inesigibilità di una sua cooperazione con la giustizia ⁽¹⁴⁾, non rilevando il mancato richiamo, indice sintomatico di una diversa *voluntas legis*, al comma 1-*bis* dell'art. 4 *bis* ord. penit. da parte dell'innovativa formulazione dell'art. 30 *ter* ord. penit.

Evidente appare la forzatura, che non si spinge all'ordinaria attività interpretativa, ma che assurge a vero e proprio modello creativo di ciò che, in realtà, il legislatore non dice. Emerge, infatti, non tanto un mancato richiamo (ovverosia, la mancata indicazione del comma 1-*bis*, in tema di collaborazione impossibile), ma la diversa carica precettiva tra quanto canonizzato nel comma 1 dell'art. 4 *bis* ord. penit., improntato a quello schema restrittivo valorizzato dal giudicante, ed il comma 4, lett. c) dell'art. 30 *ter* ord. penit., orientato in sede riformistica alla valorizzazione della finalità rieducativa.

Le considerazioni testè avanzate, del resto, appaiono condivise da recente giurisprudenza, la quale, senza alcun arroccamento ideologico, riconosce a pieno la paventata antinomia ⁽¹⁵⁾; di talché, anche per i condannati assoluta-

stata attribuita la pena della reclusione superiore ai tre anni; è qui che, stante la maggiore gravità del fatto di reato, il legislatore ha inteso apporre delle prime limitazioni temporali: il reo per l'accesso alla premialità deve aver scontato già un quarto della pena inflittagli, se non la metà della stessa laddove recidivo.

⁽¹³⁾ In un percorso di progressivo inasprimento delle possibilità di accesso al beneficio, la lett. c) del comma 4 dell'art. 30 *ter* ord. penit. disciplina la situazione dei condannati per taluno dei delitti indicati nell'art. 4 *bis* ord. penit., comma 1, per i quali è necessario, come già riportato, l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni della stessa; per le ipotesi di recidiva la premialità è garantita solo in seguito al trascorrere di due terzi della pena o di non oltre quindici anni. Da ultimo, per l'ancillare ipotesi descritta nella lett. d), laddove si ha riguardo dei condannati alla pena dell'ergastolo, può essere presentata istanza per l'ottenimento di un permesso premio soltanto dopo l'espiazione di almeno dieci anni di detenzione ovvero dopo quindici per le ipotesi di cui all'art. 99, comma 4 c.p.

⁽¹⁴⁾ RICCI, *Profili di indagine sulla collaborazione impossibile o inesigibile con la giustizia da parte del detenuto*, in *Giust. pen.*, 2011, II, 100 ss., nella parte in cui si precisa come l'accertamento dell'inesigibilità, *latu sensu* intesa, della cooperazione riguardi i medesimi fatti storici oggetto, dapprima, d'imputazione e, poi, di condanna; in conseguenza, alcun rilievo potrà desumersi dagli elementi per i quali sia già intervenuta sentenza di assoluzione o non sia neppure iniziata alcuna attività procedimentale. Si richiede, all'esito, una stringente relazione tra la *quaestio facti* integrante l'ostatività ed il succedaneo apprezzamento circa la plausibile cooperazione.

⁽¹⁵⁾ Mag. Sorv. Pavia, 10 gennaio 2011, n. 288, Moccia, *inedita*, è la prima pronuncia a riscontrare la prospettata situazione di antinomia: «è riscontrabile una antinomia totale tra l'art. 4 *bis* comma 1 O.P. – che prevede che i permessi premio possono essere concessi ai detenuti e internati per i “seguenti delitti” solo nei casi in

mente ostatici e non collaboranti, emergerebbe la possibilità di percorrere il sentiero della premialità, laddove sia stato già scontato il limite temporale indicato nella riformulata lett. c).

Una lettura costituzionalmente orientata, si crede, debba imporre una simile ricostruzione, affinché anche per siffatta categoria di ristretti possano trovare attuazione le già riferite finalità rieducative e di reinserimento di cui all'art. 27, comma 3 della Carta ⁽¹⁶⁾.

È ben vero, come suggerisce l'ordinanza in commento, nell'abbracciare il sostenuto orientamento restrittivo, che anche per gli ostatici è operativo il meccanismo della liberazione anticipata e la partecipazione al trattamento condotto a livello intramurario (se non anche il canale della collaborazione). Tuttavia, si crede che tra i propositi sottesi alla spinta riformistica degli ultimi anni, imposta dal gravoso carico di detenuti che affollano le carceri, ci sia la ferma volontà di rafforzare il fine rieducativo verso il quale ogni sanzione penale, anche quella di "fine pena mai", debba necessariamente tendere.

Altrimenti, come già argomentato, apparirebbe del tutto irragionevole la previsione del riformulato art. 4 *bis* ord. penit., laddove si è inteso confermare il beneficio della liberazione anticipata per l'ergastolano ostatico non collaborante. Per attribuire una qualche dignità costituzionale allo spirito della riforma, si deve interpretare detta antinomia *in bonam partem*, nella convinzione che il legislatore abbia inteso riconoscere per il beneficio premiale una modalità d'accesso meno restrittiva rispetto al passato. Accettando una diversificazione dell'intervento normativo, si riuscirebbero, così, ad immaginare tanti e differenziati scaglioni attraverso i quali ambire alla rieducazione, financo dell'ostativo: dalla liberazione anticipata, operante *ex se*, nonostante la mancanza di una condotta collaborativa, al permesso premio, vincolato comunque all'espiazione di una cospicua porzione della detenzione.

cui tali detenuti e internati collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58 ter della presente legge – e l'art. 30 ter comma 4 lett. c) O.P. – nella parte in cui prevede che nei confronti dei condannati alla reclusione per taluno dei delitti indicati nel comma 1 dell'art. 4 bis O.P. i permessi premio non possono che essere concessi dopo l'espiazione di almeno metà della pena e, comunque, di non oltre dieci anni». Si rileva, inoltre, come prima della riforma intervenuta con la legge n. 94/2009, che ha modificato il contenuto del comma 4, lett. c) dell'art. 30 *ter* «non era ravvisabile un'antinomia totale tra le due norme» (decisione poi confermata, nel senso del rigetto, ma sposandone i contenuti circa la prospettata antinomia, nella sentenza decidente il reclamo emessa dal Trib. Sorv. Milano, 6 luglio 2011, n. 3261, Moccia, *inedita*).

⁽¹⁶⁾ Nonostante la resistenza di posizioni conservatrici, non può tacersi la creazione di un corposo filone giurisprudenziale deciso a percorrere la strada dell'antinomia, già battuta nel procedimento "Moccia" deciso dalla Magistratura di Sorveglianza lombarda: fra le altre, Mag. Sorv. Pavia, 15 marzo 2011, n. 545, Scaduto; Id., 4 aprile 2011, n. 666, Pignataro; Id., 27 maggio 2011, n. 1078, Mghizou; Mag. Sorv. Milano, 27 ottobre 2011, Pullara; Trib. Sorv. Milano, 15 novembre 2011, n. 5109, Sole; Mag. Sorv. Spoleto, 30 novembre 2011, Prestifilippo.

Del resto, neppure l'indirizzo giurisprudenziale più illuminato, che ha inteso attestare la configurata antinomia, si è mai accontentato del mero trascorrere del tempo per la concessione del permesso in parola. Se di rieducazione si vuol parlare, infatti, la stessa deve essere pur suffragata dall'atteggiamento intramurario osservato dal detenuto: in ciò si richiede non soltanto che le relazioni degli organi preposti al trattamento abbiano segno positivo, al fine di riscontrare un fare improntato alla correttezza nel vivere ristretto ed un'operosità nelle attività della struttura, ma anche un percorso di critica nei riguardi degli estremamente gravi delitti commessi ed, in conseguenza, il venir meno di ogni collegamento con il mondo criminale dell'esterno ⁽¹⁷⁾.

4. *Dal nemo tenetur se detegere al carceratus tenetur alios detegere* ⁽¹⁸⁾.

Per la ricostruzione prospettata dal collegio perugino, alcuna scompaginazione del quadro normativo si è determinata in seguito alle novelle degli ultimi anni involgenti il settore penitenziario. La possibilità di accesso al meccanismo premiale di cui all'art. 30 *ter* ord. penit. sarebbe pur sempre condizionata ad una fattiva collaborazione che il condannato offre all'autorità procedente. A nulla, in conseguenza, rileverebbe la constatazione che la stessa risulti, per le finalità del procedimento, impossibile o irrilevante. Di modo che il condannato colpito da una pronuncia passata in giudicato di "fine pena mai", in difetto di cooperazione, non avrebbe possibilità di diversificare il regime di esecuzione della detenzione o, addirittura, di fruire di brevissime uscite dalla struttura, nella forma dei permessi premio.

Evidenti, allora, appaiono i dubbi di legittimità dell'interpretazione dedotta con i principi affermati nella Carta: la presenza o meno della rieducazione, finalità ultima verso la quale ogni sanzione dovrebbe ambire, sarebbe unicamente ancorata all'intervento di una collaborazione *ex* art. 58 *ter* ord. penit.; in difetto di una cooperazione sia fattiva (art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit.), che irrilevante, complessivamente intesa (comma 1-*bis*), non

⁽¹⁷⁾ In proposito, si riportano alcuni significativi passi della già citata pronuncia "Pullara", la quale, pur nel riconoscere l'insorgenza dell'antinomia totale tra le due previsioni, perviene al rigetto della pretesa «*considerato che [il ricorrente] appare essere, sulla base del suo percorso criminale, persona estremamente pericolosa, pervicacemente dedita al crimine, del tutto aliena da indici di resipiscenza ovvero anche da una semplice rivisitazione critica del suo percorso di vita, alla stregua di quanto desumibile dai fatti per i quali è stato condannato, dai fatti per i quali è pendente giudizio, dalle indicazioni contenute nella relazione comportamentale*».

⁽¹⁸⁾ FILIPPI-SPANGHER, *Manuale di diritto penitenziario*, Milano, 2007, 197: «*in questo modo la regola processuale del nemo tenetur se detegere resta sconosciuta, almeno per i reati di cui all'art. 4 bis ord. penit., nella fase dell'esecuzione penale, dove vige, all'opposto, l'incivile brocardo carceratus tenetur alios detegere, per cui al detenuto è imposto l'onore della collaborazione*».

si potrebbe determinare alcun accesso alla premialità. Il tutto, si ricordava, forzando il dettato normativo, ed aggiungendo in esso ciò che manca: ovvero sia il dimenticato raccordo tra l'art. 30 *ter* ord. penit. e quel comma 1-*bis*, più volte menzionato. Si immagina, così, nella penna dell'estensore, che l'inclusione delle limitazioni temporali di cui al comma 4, lett. c) sia proprio pensata solo per le evenienze di cooperazione inesigibile, *latu sensu* intesa.

Tuttavia, si dimentica come la collaborazione, in qualunque forma resa, rappresenta una scelta non solo coraggiosa per chi la sostiene, significando l'abbandono dei modelli precedentemente sposati, ma anche onerosa. La scelta di non cooperare, infatti, non necessariamente significa un senso di perdurante appartenenza con il mondo del malaffare, ma potrebbe avere risvolti più complessi ed intimistici. Il condannato, ad esempio, potrebbe essere spinto a preferire una simile soluzione, per certi versi forse più coraggiosa, per la volontà di non alterare a proprio favore la privazione della libertà personale di altro individuo; scelta davvero onerosa se compiuta da un soggetto che resterà comunque ristretto, ma giustificabile considerando il profondo senso di difesa della propria dignità e del proprio orgoglio. Il che non comporta necessariamente il sentirsi ancora legato al mondo criminale. Un secondo aspetto può forse focalizzare meglio la scelta del non collaborante.

Quella che potrebbe apparire una libera ed incondizionata volontà di ostacolare il decorso della giustizia, attraverso la mancata cooperazione, si trasforma troppo spesso in una vera e propria imposizione, dettata dal timore che gli appartenenti al proprio nucleo familiare possano subire delle ritorsioni in conseguenza delle parole spese. E l'alto senso di protezione degli affetti spinge, dunque, a tacere.

La non collaborazione potrà, allora, assurgere ad indice sintomatico della mancata risocializzazione del ristretto, sempre passibile di diversa valutazione in concreto, ma non unico parametro attraverso il quale attestare l'impossibile reinserimento dell'ostativo, con annesso divieto di accesso alla premialità. Diversamente opinando, infatti, si finirebbe per disegnare una presunzione assoluta, e per questo incontrovertibile, circa il mancato conseguimento della finalità rieducativa ispirata nell'art. 27, comma 3 Cost. Se si arriva a sostenere una lettura così restrittiva circa le possibilità di accesso alla premialità, come sembra ribadire il Tribunale umbro, si finisce per modellare quella che è una facoltà spendibile in fase processuale, ovvero sia l'atteggiamento silente al fronte delle accuse mosse, rendendola uno stringente onere in fase esecutiva: solo cooperando con la giustizia, anche secondo modalità inesigibili per le finalità del procedimento, si potrebbe concorrere all'ottenimento del beneficio; diversamente, ferma restando la presunzione di mancata risocializzazione, non vi sarebbe altra modalità per diversificare l'esecuzione. Dal *nemo tenetur se detegere* al *carceratus tenetur detegere alios* ⁽¹⁹⁾, appunto.

⁽¹⁹⁾ In senso analogo nel contenuto, ed anticipatorio della fortuna espressione forgiata da FILIPPI-SPANGHER, *loc. ult. cit.*, IOVINO, *Osservazioni sulla recente riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 1993, 1262.

5. La collaborazione nelle “maglie” della Costituzione.

La pena irrogata non può mai costituire un incentivo per la collaborazione⁽²⁰⁾: la possibilità di concorrere all’ottenimento del beneficio non può che essere lasciata alla discrezionalità del destinatario di quel vantaggio, senza che possa imporsi alcuna costrizione. Non è possibile, di certo, conciliare una coercizione con l’agire per finalità utilitaristiche, tipico della cooperazione *ex art. 58 ter* ord. penit.: indurre il detenuto ostativo al contributo significa, infatti, obbligarlo nel modo più perverso, laddove ambisca ad una qualche differenziazione trattamentale, a comprimere un legittimo arbitrio⁽²¹⁾.

In un ordinamento che non conosce la pena di morte si tratta, del resto, della costrizione massima ipotizzabile, dal momento che si frustra l’aspettativa, perseguibile da qualsivoglia categoria di detenuto, al miglioramento della propria condizione carceraria.

Significativa, e simbolo della contraddizione, risulta la disciplina dettata nell’art. 384 c.p., laddove si fissano dei casi di non punibilità per alcune ipotesi delittuose commesse in danno dell’autorità giudiziaria, laddove il reo abbia inteso evitare il determinarsi di un pregiudizio grave ed inevitabile per l’onore personale; il legislatore ha palesato, così, l’intento di non sanzionare condotte che, diversamente, sarebbero attributarie di autonoma dignità, stoppando il regolare decorso procedimentale, qualora il responsabile, in stato di necessità, abbia manifestato il bisogno di conservare la condizione di libertà personale, al fine di prevenire il verificarsi di un nocimento alla sua dimensione morale.

Di contro, nel voler sostenere la tesi restrittiva circa la fruibilità dei permessi premio, si ritiene meritevole di considerazione, al fine di escludere il beneficio, la mancata collaborazione di una persona già condannata: nell’un caso, insomma, alcuna sanzione, nell’altro, il diniego di una qualche

⁽²⁰⁾ Anche nello svolgimento dell’intero percorso procedimentale si ribadisce come per l’esame di una persona non possano utilizzarsi metodi o tecniche idonee ad influenzarne la capacità di autodeterminazione, ricordo e valutazione, neppure dietro apposito consenso dell’interessato (art. 188 c.p.p.): nel bilanciamento tra le esigenze di un celere accertamento e la necessità di preservare il libero volere individuale, il legislatore ha sempre preferito l’incondizionata tutela di quest’ultimo valore, demandando, se del caso, ad altre fonti cognitive, terze ed indipendenti dall’episodio, il disvelamento della realtà.

⁽²¹⁾ FIORENTIN, *Collaborazione “impossibile”*: grava sul condannato l’onere di allegazione delle situazioni di derogabilità alle preclusioni in materia di benefici penitenziari, in *Cass. pen.*, 2008, 2566 ss., laddove si precisa come competa al condannato, in assenza di accertamento circa l’avvenuta collaborazione con la giustizia, l’onere di prospettare al giudice, almeno nelle linee essenziali, le circostanze che integrano gli estremi di una collaborazione impossibile o irrilevante; di talché, così operando, si riuscirebbe a bypassare la generale preclusione dell’art. 4 *bis* ord. penit. circa la fruibilità del percorso trattamentale, mediante l’imposizione di uno stringente onere di allegazione incombente sulla parte richiedente.

possibilità di ascesa nel percorso riabilitativo. Come se la non cooperazione assurgesse ad autentica condotta omissiva, avente autonomo rilievo ed in grado di screditare ogni legittima aspettativa alla progressione ⁽²²⁾.

In sostanza, si vuol far dipendere da un elemento futuro ed incerto rispetto alla verifica del fatto di reato, quale l'incidenza del contributo cooperativo sul percorso investigativo intrapreso, l'applicazione di un dato regime di esecuzione penitenziaria, in barba non soltanto al disposto costituzionale (principio di offensività, di cui agli artt. 13 e 25 Cost., e colpevolezza *ex art. 27*, comma 1 Cost.), ma anche a quanto emergente dalle fonti internazionale (art. 7, comma 1, seconda parte, C.E.D.U.) ⁽²³⁾.

Avvalorare la tesi in base alla quale il difetto di cooperazione equivale a mancato reinserimento, o financo al perdurante collegamento col mondo criminale, equivale a sostenere la reintroduzione nel nostro ordinamento di quegli indici di pericolosità presunta, che, in diverse occasioni, sono stati espunti dal panorama normativo, proprio per il nocimento cagionato al sistema valoriale della Carta ⁽²⁴⁾.

Da ultimo, non si può dimenticare come la stessa legge n. 94 del 2009 abbia approntato una riformulazione nella disciplina della semilibertà, di cui all'art. 50 *bis* ord. penit. ⁽²⁵⁾, ancorando, anche nel caso di specie, la con-

⁽²²⁾ Ai sensi del già citato art. 384 c.p., inoltre, si limita la punibilità anche nel caso in cui mediante la commissione del fatto di reato, il reo abbia inteso evitare l'esposizione a pericolo di prossimi congiunti (comma 1). Elemento che, in un ragionamento a più ampio respiro, dovrebbe legittimare la mancata cooperazione dell'ostativo che tema ripercussioni nella vita del nucleo familiare di appartenenza: senza che, per l'effetto, possa restringersi il canale d'accesso alla premialità. In aggiunta, appare ulteriormente irragionevole, e per questo censurabile *ex art. 3* Cost., la disparità di trattamento al cospetto della normativa che pochi anni or sono ha riconosciuto rilievo premiale alla condotta di mera dissociazione da attività terroristiche, senza esigere alcuna collaborazione con la giustizia (l. 31 luglio 2005, n. 155).

⁽²³⁾ PICCIANI, *La premialità nel sistema penale*, in ARMELLINI-DI GIANDOMENICO (a cura di), *Ripensare la premialità*, Torino, 2002, 322 ss., il quale, già prima delle recenti novelle, riscontrava la necessità di recuperare anche per il detenuto non collaborante, ostativo o meno, la finalità rieducativa e di riabilitazione sociale nell'espiazione della pena, in ossequio anche a quanto in materia sancito dalle fonti internazionali sottoscritte e ratificate dall'Italia.

⁽²⁴⁾ È stata proprio la l. 10 ottobre 1986, n. 663 ad abrogare l'art. 204 c.p., rubricato "*Accertamento di pericolosità. Pericolosità presunta*"; nel previgente regime l'applicazione di una misura di sicurezza personale veniva ancorata alla mera sussistenza di indici sintomatici del disagio nella personalità, in mancanza di un concreto riscontro di detta pericolosità.

⁽²⁵⁾ La presente previsione è stata aggiunta al *corpus* dell'ord. penit. dalla l. 5 dicembre 2005, n. 251 (la cosiddetta "*ex Cirielli*"), e modificata dalla l. n. 94 del 2009. Nel coordinarne la dicitura con il nuovo dettato dell'art. 4 *bis* ord. penit. si richiamano nell'unico comma tutte le categorie di reati previsti nei commi 1, *1ter*, *1quater*, senza condizionare la fruizione del beneficio ad una preventiva collaborazione del richiedente. Di modo che, anche il condannato ostativo non cooperante

cessione del beneficio al trascorrere di un determinato tempo di espiazione, oltre il quale, in linea con la ricostruzione avanzata, alcun diniego potrebbe opporsi al detenuto ostatico, per quanto non collaborante.

Si tratta di un ulteriore tassello mediante il quale attestare la volontà del legislatore, sconfessata ogni diversa valutazione, di costruire una premialità progressiva anche per gli ostatici non cooperanti. Il sistema così congeniato risulta, di certo, più coerente con le sottese finalità riabilitative e non configura un indebito privilegio; anche perché, nell'ottica della progressione trattamentale, continua a restare comunque preclusa all'ostativo la possibilità di accedere al lavoro esterno alla struttura carceraria e alla liberazione condizionale.

6. *Normativa penitenziaria e irretroattività della legge penale.*

L'ordinanza del collegio perugino si sofferma anche sulla eccepita questione di irretroattività della previsione *ex art. 4 bis* ord. penit., allineandosi all'orientamento maggioritario, il quale, forse fin troppo frettolosamente, ha sempre liquidato la disciplina *de qua* come "processuale"⁽²⁶⁾. Ovvio, in conseguenza, il corollario che se ne vorrebbe desumere: la selezione di reati in essa prevista inciderebbe esclusivamente sulla qualità e sulla quantità della sanzione, senza che possa emergere alcun rilievo "sostanziale". Per l'effetto, come ogni norma avente connotato meramente procedimentale, l'art. 4 *bis* ord. penit. non sarebbe colpito dal divieto di retroattività previsto dall'art. 25, comma 2 Cost., il quale, secondo un principio di civiltà giuridica ormai acquisito, proibirebbe la perseguibilità se non in forza di una disposizione già cogente al *tempus commissi delicti*. La disciplina rimonderebbe al canonico distinguo che contrappone le norme sostanziali, assorbite nell'enunciato della Carta, a quelle processuali, per l'appunto, per le quali, di contro, sarebbe ben possibile una retrodatazione dell'ambito di applicazione.

Per quanto l'estensore corrobori la sua lettura mediante il riferimento a copiosa giurisprudenza⁽²⁷⁾, si crede che la tradizionale dicotomia tra fattispecie sostanziale e non, meriti di essere riconsiderata. Alla luce non solo di illuminanti indicazioni all'uopo fornite dalla Consulta negli ultimi anni, ma anche da un recentissimo arresto delle Sezioni Unite della Cassazione circa

possa trascorrere parte della giornata al di fuori della struttura penitenziaria, quando ha già scontato i tre quarti della sanzione inflittagli (di contro, per i recidivi di cui all'art. 99, comma 4 c.p. si è ammessi al beneficio soltanto dopo aver scontato i due terzi della pena).

⁽²⁶⁾ DELLA CASA, *Successione di leggi penitenziarie: modifiche "peggiorative" e limiti inerenti allo jus superveniens*, in *Cass. pen.*, 1992, 399 ss.; NATALINI, *Ordinamento penitenziario e benefici, la reformatio in peius è ammessa*, in *D&G.*, 2005, 35 ss.

⁽²⁷⁾ Tra le altre e da ultimo, Cass., sez. I, 24 novembre 2009, n. 1135, in *Mass. uff.*, 245947; Cass., sez. I, 18 febbraio 2010, n. 9110, *ivi*, 246374.

la disciplina processuale per eccellenza, quella delle misure cautelari ⁽²⁸⁾.

L'opzione volta a sostenere la retroattività della disciplina penitenziaria ha sempre garantito la possibilità di applicare le previsioni sempre più restrittive in tema di ostatività anche a quei detenuti per i quali, nel momento di eseguire la pena definitiva, non vigevano simili meccanismi. Si tratta di un'opzione acritica, molto spesso fondata sul comune presupposto di dover gestire in modo differenziato, e financo peggiorativo, la popolazione carceraria. Del resto, come già si accennava, la lettura che si sostiene è apparsa a più riprese condivisa anche dalla giurisprudenza costituzionale. Sin dai primi anni '90, infatti, la Consulta non ha mancato di sottolineare la necessità di avanzare una seria riflessione circa la dimensione applicativa dell'art. 4 *bis* ord. penit., al fine di riscontrare se lo stesso vada o meno ad incidere sulla sostanza della pena detentiva.

Tuttavia, per non spingersi nell'*ultra petitum*, stante la mancanza di un'apposita indicazione del giudice *a quo*, l'Alto collegio non si è mai interrogato circa la compatibilità astratta della previsione con l'art. 25, comma 2 Cost., ma è comunque giunto ad affermare quel principio di "aspettativa al trattamento penitenziario" ancora oggi valido, e suffragato da successive pronunce. Colui che abbia già maturato i presupposti per l'accesso ad un dato beneficio, si sostiene, non può essere privato dello stesso per l'intervento di una novella restrittiva. Perché imporre l'innovativa disciplina peggiorativa, significherebbe frustrare l'esigenza della progressione trattamentale.

Appurate le premesse, per la Consulta è stato agevole il passaggio dal momento revocatorio (delle misure alternative alla detenzione) a quello della concessione; di talché anche chi ha già potuto fruire di permessi *ex art. 30 ter* ord. penit. non può essere privato dell'aspettativa conseguita per la sola modificazione legislativa, avendo già raggiunto un grado di rieducazione e mancando la prova di collegamenti attuali con la criminalità organizzata ⁽²⁹⁾.

⁽²⁸⁾ Cass., sez. un., 14 luglio 2011, n. 27919, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1200 ss.; per un primo commento, MACRÌ, *In tema di esecuzione di misure cautelari*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 2128 ss.

⁽²⁹⁾ Corte cost. 11 dicembre 1995, n. 504, in *Foro it.*, 1996, I, 396 ss.: è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4 *bis*, comma 1 ord. penit., come modificato dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, nella parte in cui prevedeva che la concessione di ulteriori permessi premio fosse negata ai condannati per i delitti indicati nel primo periodo del comma 1 (le attuali fattispecie assolutamente ostative, di "prima fascia") dello stesso art. 4 *bis*, che non si trovassero nelle condizioni per l'applicazione dell'art. 58 *ter* ord. penit., anche quando essi ne avessero già fruito in precedenza e non fosse stata accertata la sussistenza di collegamenti attuali con la criminalità organizzata. La presente decisione è stata poi confermata dalla successivo pronunciamento del 14 aprile 1999, n. 137, in *Foro it.*, I, 1727 ss., il quale ha rilevato l'illegittimità della medesima previsione nella parte in cui si inibiva l'accesso alla premialità anche a colui che, prima del percorso di riforma della stessa, avesse palesato un grado di rieducazione consono al beneficio richiesto.

In seguito alla riformulazione dell'art. 111 Cost., inglobante i principi del "giusto processo", inoltre, si sono avuti altri interventi sul tema, proprio per l'avvertita esigenza di rimodellare le categorie concettuali, bypassando la dicotomia di cui sopra; per conferma, già nel testo proposto con la l. 23 dicembre 2002, n. 279, per la stabilizzazione del regime carcerario di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., il legislatore aveva optato per una decisa irretroattività dell'art. 4 *bis* ord. penit., con plausibile estensione del divieto di retroattività nell'ambito del diritto esecutivo penale. Nel frenare così la svolta autoritativa dei "pacchetti-sicurezza", la Consulta non ha mancato di rilevare come sia compito del giudice limitare la compromissione delle situazioni soggettive del detenuto, suscettibili, per esigenze general-preventive, di nocimento da parte amministrativa. Da qui, il necessario riscontro di ogni provvedimento restrittivo, sia anche di carattere ostativo, per verificarne l'esistenza dei presupposti legittimanti e la compatibilità con il quadro valoriale cristallizzato nella Carta.

In sostanza, per quanto difetti un'espressa presa di posizione, che si auspica possa intervenire, sono comunque numerosi gli spunti che inducono a ritenere superata la rigida ricostruzione che equipara l'art. 4 *bis* ord. penit. ad una previsione dai requisiti meramente processuali.

Per spezzare le catene del tradizionale dogmatismo, non si può tacere dell'incontestabile novità apportata in tema di misure cautelari dalla recente pronuncia della Suprema Corte, giunta a Sezioni Unite. In difetto di una puntuale disciplina transitoria, si è detto, la novella che ha inteso estendere il novero dei reati per i quali vige la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere⁽³⁰⁾, non può interessare le misure già in corso di esecuzione. Insomma, anche per quel settore che ci si è sempre affrettati a connotare come strettamente procedimentale (quello delle misure limitative della libertà *ante iudicatum*), avrebbe risalto il principio sintetizzabile nel brocardo *tempus regit actum*⁽³¹⁾. La pronuncia, del resto, appare in linea con quanto ciclicamente affermato dalla Consulta circa il criterio dell'adeguatezza, laddove si è man mano eroso il lungo elenco di reati per i quali le esigenze cautelari potrebbero soddisfarsi con il solo regime custodiale⁽³²⁾. La ricostruzione delle Sezioni Unite, in sostanza, impedisce

⁽³⁰⁾ PAVICH, *L'estensione della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere a nuove figure di reato*, in *Riv. pen.*, 2010, 946 ss., laddove veniva già auspicato un intervento della Consulta, affinché si potesse arginare la spinta "carcerocentrica" della recente politica securitaria-emergenziale.

⁽³¹⁾ CHERCHI, *Modifiche normative peggiorative dello status libertatis e principio del tempus regit actum*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 342 ss., sintetizzando i contrastanti indirizzi giurisprudenziali emersi sul punto, prima dell'intervento disvelatore delle Sezioni Unite.

⁽³²⁾ Per prima, Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1150 ss., con la declaratoria di illegittimità dell'art. 275, comma 4 c.p.p. (come modificato dalla legge n. 38/2009), nella parte in cui lo stesso – nel prevedere che quando

la possibilità di travolgere l'apprezzamento discrezionale compiuto dal giudice in un dato momento, magari applicando il *novum* ad un contesto già definito nelle sue coordinate essenziali. Il che ha finalmente reso operativa l'irretroattività di cui all'art. 25, comma 2 Cost. anche per i provvedimenti *de libertate*: diversamente, sarebbe stata ridiscussa, in senso peggiorativo, la posizione di chi risultava già limitato nell'agire.

Finalmente, in definitiva, si è creata un'osmosi concettuale. La frontiera aperta, in linea con le indicazioni più volte formulate dalla giurisprudenza costituzionale, evidenzia la natura non necessariamente processuale delle disposizioni *de libertate*, tanto cautelari quanto esecutive, con effetto, nel caso discusso dalle Sezioni Unite, che le misure adottate e/o adottabili sotto la vecchia disciplina non possono rivisitarsi per effetto dello *jus superveniens*.

In assenza di puntuale previsione transitoria, insomma, si vorrebbe *de relato* disporre un divieto alla concessione dei permessi premio anche per quei condannati che hanno commesso il fatto di reato precedentemente alla novella restrittiva (quella che avrebbe preteso la sola collaborazione come modalità di accesso alla premialità), in contrasto non soltanto con qualsiasi legittima aspirazione rieducativa, ma anche con il preciso "statuto" giuridico che doveva governare la vicenda, sin dalla sua genesi. Del resto, per quanto l'estensore cerchi di differenziare l'oggetto di disciplina (misure cautelari da una parte, momento esecutivo dall'altra) e sostenga come non si abbia a che fare con un detenuto già ammesso alla fruizione del beneficio, poi precluso in forza dello *jus superveniens*, si trova a dover riconoscere la permeabilità dei principi esposti dalle Sezioni Unite nel settore penitenziario⁽³³⁾.

Non appare più sostenibile, in realtà, l'acritica contrapposizione tra leggi penali sostanziali, protette dal divieto di irretroattività, e norme regolatrici dell'esecuzione penale, perfettamente rimodulabili da ogni innovativa e peggiorativa disciplina; cosicché, accogliendo quell'invito formulato dalla Consulta, e troppo spesso disatteso, diventa ormai necessaria la rivisitazione di anacronistiche contrapposizioni.

CLAUDIO LARA

sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti di cui agli artt. 600 *bis*, comma 1, 609 *bis* e 609 *quater* c.p., è applicata la custodia cautelare in carcere, a meno che non siano acquisiti elementi dai quali risulti l'insussistenza di esigenze cautelari – non fa salva, inoltre, la possibilità che vengano acquisiti precisi elementi, desumibili dal caso concreto, dai quali risulti che dette esigenze cautelari possano soddisfarsi con altre misure. Il fenomeno "erosivo" si è consumato anche attraverso due successivi pronunciamenti, l'uno riguardante la fattispecie dell'art. 575 c.p., l'altro involgente l'art. 74 d.p.r. 9 ottobre 1990, n. 309 (Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, in *Giur. it.*, 2011, 2247 ss.; Corte cost., 22 luglio 2011, n. 231, in *Dir. pen. e proc.*, 2011, 937 ss.).

⁽³³⁾ L'estensore sostiene (8) che, per quanto «[s]i tratt[i] di una situazione in fatto assai diversa [...]», la decisione assunta dalle Sezioni Unite abbia riguardo «di principi in qualche modo assimilabili anche nell'ambito esecutivo».

G.I.P. TRIBUNALE DI PERUGIA - 23 febbraio 2012 – *Est.* SEMERARO
– M.S.

Restituzione nel termine in genere – Restituzione nel termine per l'impugnazione – Ignoranza dei termini per impugnare – Caso fortuito o forza maggiore – Inesistenza – Ragioni.

L'ignoranza del difensore dei termini per impugnare non è ipotesi di caso fortuito ai fini della restituzione nei termini (1).

(*Omissis*). Il ricorso è infondato. La gravità della fattispecie oggetto della sentenza non può configurare alcun parametro di riferimento rispetto al ricorso, poiché le questioni processuali dedotte devono necessariamente prescindere dal merito: l'argomento adombrato è del tutto estraneo sia alla fattispecie *ex art.* 670 c.p.p. che all'istituto delle remissione nel termine. Nel merito, la sentenza è passata in giudicato essendo regolarmente decorsi i termini per l'impugnazione ed essendo stata regolarmente apposta la formula esecutiva. Va preliminarmente rilevato che la questione giuridica sulla sospensione "feriale" del termine per la redazione della motivazione della sentenza è stata risolta nel lontano 1996, con la sentenza delle Sezioni Unite n. 7478 del 19/06/1996: "Il termine per la redazione della sentenza di cui all'art. 544 cod. proc. pen. - alla scadenza del quale decorre l'ulteriore termine per l'impugnazione, ai sensi dell'art. 585 cod. proc. pen. - non è soggetto alla sospensione nel periodo feriale prevista dall'art. 1 legge 7 ottobre 1969, n. 742; con la conseguenza che, ove venga a cadere in detto periodo, l'ulteriore termine per proporre impugnazione comincia a decorrere dalla fine del periodo di sospensione". Il contrasto giurisprudenziale risale al 1995; solo due sentenze della Corte di Cassazione avevano affermato il principio contrario (Sez. VI, 17 marzo 1992, *ce*, Lenoni; Sez. I, 22 marzo 1995, n. 5193, Mancuso), mentre l'indirizzo del tutto prevalente era quello in linea con la sentenza delle Sezioni Unite. Le Sezioni Unite della Suprema Corte avevano infatti aderito all'indirizzo interpretativo prevalente per il quale la disciplina della sospensione dei termini processuali in periodo feriale atteneva alla attività dei difensori e delle parti (pubblica e privata), in relazione a termini previsti per le impugnazioni delle parti e per il compimento di atti processuali correlati ad interventi di assistenza e di patrocinio dei difensori. Ciò perché scopo dell'istituto della sospensione feriale è quello di assicurare un periodo di riposo agli avvocati ed ai procuratori legali: si possono a tal fine confrontare i lavori parlamentari e le decisioni della Corte Costituzionale che, a tutela dei diritti della difesa, ne avevano esteso la disciplina ai termini ed. sostanziali di rile-

vanza processuale (tra le altre C.Cost. 2 febbraio 1990 n. 49; 13 luglio 1987, n. 255; 3 marzo 1982, n. 53). Pertanto, affermano le Sezioni Unite: "... non è soggetto alla disciplina della sospensione il termine entro il quale il giudice deve redigere la motivazione della sentenza a norma dell'art. 544, co. 2° c.p.p., e il deposito della sentenza, in periodo feriale e nel prescritto termine fissato dalla legge o dal giudice, tiene luogo di notifica per il p.m. e per gli imputati non contumaci: pertanto, da tale scadenza, in base al meccanismo automatico del nuovo codice di rito, inizia a decorrere il termine di impugnazione assegnato alle patti, che è però soggetto a sospensione in periodo feriale ...". La soluzione della questione giuridica a decorrere dal 1996, cioè 15 anni fa, e l'inesistenza di successivi orientamenti contrari all'indirizzo delle Sezioni Unite devono far ritenere definitivamente abbandonato l'indirizzo interpretativo propugnato dal difensore e la questione definitivamente chiusa.

Cfr. fra le sentenze di adesione ai principi delle Sezioni Unite, Cass. Sez. 4, Sentenza n. 41834 del 27/06/2007: "Il termine per la redazione della motivazione della sentenza non è soggetto alla disciplina della sospensione feriale dei termini, diversamente da quello assegnato per l'impugnazione della sentenza depositata nel corso di tale periodo, che inizia a decorrere una volta che questo si sia concluso". Nel caso in esame pertanto il termine per proporre l'impugnazione decorreva alla scadenza del 90° giorno fissato per la redazione della motivazione della sentenza, e cioè il 23.10.2011, ben oltre il periodo di sospensione feriale. In pendenza del termine per impugnare (45 giorni), l'appello non è stato proposto, sicché correttamente è stata indicata l'irrevocabilità della sentenza al 9.12.2011. [...]. Quanto alla richiesta di rimessione nel termine per proporre l'impugnazione, la competenza funzionale del giudice dell'esecuzione sussiste ai sensi dell'art. 670 comma 3 c.p.p. Cass. Sez. 1a, Sentenza n. 35361 del 04/07/2007, Estensore Cassano M.: "Nel caso di contestuale pendenza dinanzi al giudice dell'esecuzione di una richiesta diretta all'accertamento della mancanza o della non esecutività del titolo esecutivo e della domanda di restituzione nel termine per l'impugnazione della sentenza contumaciale, la competenza a conoscere di entrambi i procedimenti è attribuita al giudice dell'esecuzione" [...]. La difesa ha invocato la sentenza della Corte di Cassazione, Sez. 6a, n. 35149 del 26/06/2009 (Estensore Conti G.) a sostegno del ricorso per la restituzione nel termine per impugnare. Si riporta la massima della sentenza: "È illegittimo il diniego della richiesta di (omissis) in termini per la presentazione dei motivi di appello *ex art. 175 cod. proc. pen.*, quando l'omesso adempimento dell'incarico di proporre impugnazione da parte del difensore di fiducia, non attivatosi contrariamente alle aspettative dell'imputato, sia stato determinato da una situazione di imprevedibile ignoranza della legge processuale penale, tale da configurare un'ipotesi

di caso fortuito o forza maggiore”. Nel caso esaminato dalla Suprema Corte, l'imputato aveva reiteratamente presentato una dichiarazione di appello all'ufficio matricola della casa circondariale ove si trovava ristretto, riservando i motivi al difensore di fiducia che l'aveva assistito in primo grado, il quale però poi, a dire del ricorrente, gli aveva comunicato di ritenere che non fossero decorsi i termini di impugnazione, non essendo stato notificato l'avviso di deposito della sentenza; adempimento che però non doveva essere espletato, ai sensi dell'art. 585 comma 2, letto c), c.p.p., dato che la sentenza era stata depositata nei termini previsti dalla legge. Secondo la Corte di Cassazione, la Corte di Appello, il cui provvedimento era stato impugnato, non aveva verificato le circostanze di fatto dedotte dal ricorrente le quali “... se sussistenti, integravano un caso di mancata assistenza difensiva, posto che, secondo le allegazioni di parte, la inerzia del difensore non derivava da una sua ragionata scelta processuale, ma da una ignoranza delle regole elementari in tema di decorrenza dei termini di impugnazione. Nel caso di specie, dunque, la mancata proposizione dell'atto di appello non sarebbe stata l'effetto di incuria o negligenza professionale, che potendo di norma essere prevedibile, ricade processualmente sulla parte assistita (v. fra le altre, proprio in tema di restituzione nel termine, Cass., Sez. un., 11 aprile 2006, De Pascalis; Cass., Sez. III, 27 marzo 1969, Jagata; Cass., Sez. I, 10 giugno 1968, Iaia; Cass., Sez. V, 29 gennaio 1968, Malabotta) ma, sempre in tesi, di una marchiana ignoranza di basilari regole in tema di decorrenza dei termini di impugnazione, che qualsiasi abilitato alla professione legale, esercitante nel settore penale, deve conoscere; sicché può dirsi che, se fossero veri i fatti esposti, l'imputato potrebbe non avere avuto alcuna possibilità di prevedere una simile radicale ignoranza della legge processuale penale da parte del professionista che aveva accettato il suo patrocinio e al quale egli aveva (reiteratamente) demandato la proposizione dell'atto di appello...”. La Corte ha quindi affermato di non condividere l'orientamento di parte della giurisprudenza secondo cui “... il mancato o inesatto adempimento da parte del difensore di fiducia dell'incarico di proporre impugnazione, “a qualsiasi causa ascrivibile”, non è idoneo a realizzare l'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore che legittimano la restituzione nel termine; perché se è vero che incombe all'imputato l'onere di scegliere un difensore professionalmente valido e di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito (Cass., Sez. II, 11 novembre 2003, Sulli; Cass., Sez. I, 24 aprile 2001, Bekhit; Cass., Sez. V, 1 febbraio 2000, Bettili), non può pretendersi che egli, nell'effettuare la scelta del difensore, verifichi previamente (senza peraltro possedere le relative cognizioni culturali) la sua padronanza di ordinarie regole di diritto che dovrebbero costituire il bagaglio tecnico di qualsiasi soggetto legittimato alla professione forense attraverso il superamento dell'esame di Stato...”.

La Corte quindi equiparava il caso in esame all'ipotesi di caso fortuito, che "... è integrata appunto da un dato della realtà imprevedibile che soverchia ogni possibilità di resistenza e di contrasto (v. per tutte Cas. Sez. un., ric. De Pascalis, cit.; nonché Corte Cost., sent. n. 101 del 1993)...". La Corte poi orientava la sua scelta interpretativa anche in base alla giurisprudenza della CEDU, secondo la quale "... il giudice nazionale ha il dovere di restaurare i diritti processuali fondamentali dell'imputato quando le carenze difensive siano manifeste e siano segnalate alla sua attenzione (v. sentenze 9 aprile 1984, Goddi C. Italia; 24 novembre 1993, Imbrioscia C. Svizzera; 27 aprile 2006, Sannino e. Italia; 18 gennaio 2007, Hany C. Italia); e al giudice nazionale è fatto obbligo di applicare e interpretare la norma interna in modo conforme alla CEDU, alla luce della giurisprudenza della Corte europea...". La Suprema Corte impugnava con rinvio la sentenza impugnata poiché "... la Corte di appello si è sottratta al dovere di accertare se i fatti allegati fossero corrispondenti a verità e se essi integrassero una situazione di caso fortuito, tale da fondare la richiesta di restituzione nel termine per proporre appello..." [...]. Di recente, la Suprema Corte (cfr. Cass. Sez. 2a, Sentenza n. 31680 del 14/07/2011, Estensore Chindemi D.), ha richiamato l'indirizzo interpretativo di cui alla sentenza n. 35149 del 2009, ma poi nel merito ha rigettato il ricorso in quanto non era stata fornita la prova dell'"imprevedibile ignoranza" del difensore con riferimento ai termini per proporre appello, avendo egli curato anche gli interessi di altri due coimputati, per i quali risultava invece presentato rituale e tempestivo atto di appello: "È illegittimo il diniego della richiesta di restituzione in termini per la presentazione dei motivi di appello ex art. 175 cod. proc. pen., quando l'omesso adempimento dell'incarico di proporre impugnazione da parte del difensore di fiducia, non attivatosi contrariamente alle aspettative dell'imputato, sia stato determinato da una situazione di imprevedibile ignoranza della legge processuale penale, tale da configurare un'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore". Più di recente, la Suprema Corte (cfr. Cass. Sez. 4a, Sentenza n. 23337 del 15/04/2011, Estensore Massafra U.) ha diversamente affermato che "Non integra il caso fortuito o la forza maggiore, che possono legittimare la restituzione nel termine, l'errore del difensore di fiducia nell'individuazione dei termini di impugnazione della sentenza, causato da ignoranza della legge processuale...". In motivazione, la Corte ha affermato che non vi è un contrasto tra l'orientamento tradizionale e quello espresso dalla sentenza n. 35149 del 2009. L'orientamento della Sezione 4a era stato affermato con la sentenza n. 45364 del 18.9.2003: "In tema di restituzione nei termini, non possono configurarsi come caso fortuito o forza maggiore né la detenzione dell'imputato, né l'errore di fatto commesso da chi ha proposto l'istanza, giudicata inammissibile,

essendo all'imputato consentito di proporre le istanze, le dichiarazioni e le impugnazioni autorizzate dalla legge con atto ricevuto dal direttore dello stabilimento, né l'erroneo espletamento dell'incarico da parte del difensore, salvo che quest'ultimo, come espressamente previsto nell'art. 175 c.p.p., comma 1, non si sia personalmente trovato nella situazione di caso fortuito o forza maggiore". Così la Corte di Cassazione indica l'unica concreta differenza tra i due orientamenti:

"... risiede nella valutazione della mancata attivazione del difensore in conseguenza di una situazione di caso fortuito o forza maggiore in cui la più recente pronuncia inquadra anche la "imprevedibile ignoranza della legge processuale penale", oltre che al richiamo alla giurisprudenza della Corte Europea per Diritti dell'Uomo (in conformità alla quale il giudice nazionale deve interpretare le norme interne), laddove aveva affermato che il Giudice nazionale ha il dovere di "restaurare i diritti processuali fondamentali dell'imputato quando le carenze difensive siano manifeste e siano segnalate alla sua attenzione". Insomma, persino "la marchiana ignoranza di basilari regole in tema di decorrenza dei termini di impugnazione che qualsiasi abilitato alla professione legale, esercitante nel settore penale, deve conoscere", e non già, come in astratto ipotizzabile, una malattia invalidante del difensore di fiducia o altra circostanza addebitabile a terzi (cancelleria, etc.), varrebbe a costituire forza maggiore o caso fortuito, ai sensi dell'art. 175 c.p.p., comma 1, intesi, dunque, in senso ben diverso dall'accezione tradizionale per effetto esclusivamente della richiamata giurisprudenza della CEDU...". A sostegno della sua tesi, per la quale la "marchiana ignoranza" del difensore di fiducia, non possa rientrare nei concetti di caso fortuito o forza maggiore, la sez. 41 della Corte di Cassazione richiamava gli orientamenti di legittimità in casi analoghi (Cfr. Cass. Sez. 3a, n. 19918, del 14.4.2010); oppure Cass. pen. Sez. 3a, n. 17964 dell'8.4.2010: "non integra forza maggiore ne' caso fortuito e, quindi, non legittima la richiesta di restituzione nel termine, l'inadempimento dell'incarico da parte del difensore di fiducia consistito nella mancata comparizione all'udienza preliminare a causa della tardiva comunicazione della data dell'udienza da parte del collega di studio, cui l'avviso era stato tempestivamente notificato, in quanto incombe sull'imputato l'onere di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito. (In motivazione la Corte ha inoltre precisato che risultava colpevole tanto il collega di studio che aveva dimenticato di consegnare l'atto, che il difensore che aveva fatto affidamento sul collega). Si richiamava ancora l'insegnamento delle Sezioni Unite di questa Corte (n. 14991 del 11.4.2006, Rv. 233419), riferito al difensore di ufficio, rispetto al quale il rapporto fiduciario è inesistente: "in materia di restituzione nel termine, la condotta del difensore d'ufficio che, in violazione degli obblighi di diligenza, abbia omissso di informare il difensore di fiducia

circa il mancato accoglimento dell'istanza di rinvio dell'udienza e non abbia presentato tempestiva impugnazione in qualità di sostituto *ex art.* 102 cod. proc. pen., non può essere considerata, per gli effetti dell'art. 175 c.p.p., comma 1, ipotesi di caso fortuito, né di forza maggiore. (Nella specie, la Corte ha ritenuto che il difensore di fiducia, con un comportamento improntato a normale diligenza, come quello di recarsi presso la cancelleria del giudice per chiedere informazioni, avrebbe potuto conoscere per tempo che era stata pronunciata sentenza di condanna e presentare impugnazione)". La 4a sez. della Corte di Cassazione, in motivazione, ha anche operato un fondamentale passaggio ponendo un limite all'interpretazione estensiva del concetto di caso fortuito, anche alla luce della giurisprudenza della CEDU: "... non può certo snaturarsi l'accezione sedimentata nel nostro ordinamento giuridico di forza maggiore e di caso fortuito solo in ossequio al dovere, sancito dalla giurisprudenza della CEDU, di "restaurare i diritti processuali dell'imputato per carenze difensive dipendenti non già dalla Struttura o patologie del processo italiano (mancata nomina o disinteresse del difensore di ufficio, ovvero omesse notifiche avvisi o altro) bensì da "marchiana ignoranza" del difensore di fiducia, cioè di professionista appositamente scelto *intuitu personae* dall'imputato, essendo l'ignoranza, marchiana o meno, comunque effetto di carenza di studio e dell'omessa documentazione e, quindi, imputabile esclusivamente a negligenza del difensore e non già dipendente da una *vis cui resisti non potest* in cui si sostanzia la forza maggiore o da un avvenimento impreveduto e imprevedibile che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente, in cui si sostanzia il caso fortuito...". In punto di fatto va osservato che l'orientamento giurisprudenziale invocato dalla difesa non è applicabile nel caso in esame perché non risulta in alcun modo, prima del passaggio in giudicato della sentenza, che l'imputato abbia manifestato la volontà di impugnare la sentenza; non vi è in atti alcun documento dal quale dedurre tale volontà, neanche mediante una nomina al difensore nella quale vi era il potere di procedere all'impugnazione. La volontà di impugnare la sentenza di condanna è stata manifestata solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza e con il deposito del ricorso.

Inoltre, essendo le parti presenti all'udienza, non trova applicazione l'art. 175 comma 2 e 2 *bis* c.p.p.: il processo de quo non è un processo contumaciale e le parti hanno avuto personalmente conoscenza del provvedimento che avrebbero potuto impugnare, essendo presenti alla sua lettura. In punto di diritto, l'orientamento espresso da Cass. Sez. 4a, Sentenza n. 23337 del 15/04/2011 è assolutamente condivisibile, oltre ad essere più aderente proprio ai principi espressi dalla Cedu. Va infatti osservato che effettivamente il giudizio della Cedu è volto proprio

a sanzionare le patologie del processo italiano rispetto ai diritti previsti nell'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo come interpretati dalla Cedu e non alle patologie difensive. Se è indubbio poi che il giudice italiano deve dare un'interpretazione conforme, è anche vero che le affermazioni di principio della Cedu si riferiscono ai casi concreti da essa esaminati. Orbene, dalla lettura delle sentenze della Cedu citate nella sentenza n. 35149 del 2009 emerge che alcuni casi sono ontologicamente diversi da quello in esame e pertanto anche le affermazioni di principio (per altro non così nette come riportato) non sono applicabili. Il caso Goddi ad es. è in conferente, trattandosi della violazione dell'art. 6 par. 3 c). Analogamente, il caso Imbrioscia c. Svizzera (di cui alla decisione del 24 novembre 1993) riguarda la mancata partecipazione del difensore agli interrogatori, ed è quindi molto diverso da quello per cui si procede. Anche il caso Hany C. Italia (cfr. decisione del 18 gennaio 2007, indicata anche quale sentenza del 6 novembre 2007; la sentenza è su italgiureweb) non è conferente. Il ricorrente infatti riteneva che il procedimento penale da lui subito non fosse stato equo perché a causa della sua assenza all'udienza preliminare (la legittimità della quale era stata da lui contestata) non aveva potuto richiedere il rito abbreviato. Si riporta il passo della decisione: "... È vero che il ricorrente era assente all'udienza preliminare del 20 giugno 2003. Tuttavia, la sola questione definita nel corso di tale udienza era se il ricorrente dovesse, o no, essere rinviato a giudizio. Ora, se l'articolo 6 della Convenzione può svolgere un ruolo prima che sia adito il giudice del merito, tale disposizione ha come scopo principale, nel penale, quello di garantire un processo equo dinanzi ad un "tribunale" competente a decidere "sulla fondatezza dell'accusa" (Brennan c/Regno Unito [GC], n. 39846/98, § 45, CEDU 2001-X, e Berlinski c/Polonia, nn. 27715/95 e 30209/96, § 75, 20 giugno 2002). Dato che lo scopo dell'udienza controversa era esclusivamente quello di decidere se il ricorrente dovesse essere giudicato da un "tribunale", senza approfondire la sua innocenza o colpevolezza, la Corte ritiene che l'assenza dell'interessato non possa, da sola, inficiare l'equità del procedimento considerato nel suo complesso (si veda, *mutatis mutandis*, De Lorenzo c/Italia (dec.), n. 69264/01, 12 febbraio 2004)...". E bene ricordare che nel caso Hany C. Italia la Cedu ha dichiarato inammissibile il ricorso. Di maggiore interesse è invece la decisione del 27 aprile 2006, nel caso Sannino c. Italia. In tale decisione si rinviene però un'affermazione di principio in linea non con la sentenza n. 35149 ma con quella n. 23337 del 15/04/2011. La Cedu infatti afferma in primo luogo l'effettività dei diritti di difesa: "...

La Corte ricorda che, se riconosce a ogni imputato il diritto di "difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore (...)", l'articolo 6 § 3 c) non precisa le condizioni di esercizio di tale diritto. Esso lascia

pertanto agli Stati contraenti la scelta dei mezzi atti a permettere al loro sistema giudiziario di garantirlo; il compito della Corte consiste nell'esaminare se la via da essi intrapresa concorda con le esigenze di un processo equo (Quaranta C. Svizzera, sentenza del 24 maggio 1991, serie A n. 205, p. 16, § 30). Al riguardo, non bisogna dimenticare che la Convenzione ha lo scopo di "tutelare dei diritti non teorici o illusori, ma concreti ed effettivi", e che la nomina di un avvocato non garantisce da sola l'effettività dell'assistenza che l'avvocato può fornire all'imputato (Imbrioscia C. Svizzera, sentenza del 24 novembre 1993, serie A n. 275, p. 13, § 38, e Artico C- Italia, sentenza del 13 maggio 1980, serie A n. 37, p. 16, § 33)..."

Fatta tale affermazione, la Cedu però limita esplicitamente il suo potere di intervento alla difesa di ufficio, cioè a quella forma di difesa che coinvolge lo Stato chiamato a rispondere, escludendo la difesa fiduciaria: "... Non si può tuttavia imputare ad uno Stato la responsabilità di tutte le lacune dell'avvocato nominato d'ufficio o scelto dall'imputato. Dall'indipendenza dei foro rispetto allo Stato deriva che il modo in cui viene condotta la difesa è essenzialmente di competenza dell'imputato e del suo avvocato, nominato a titolo di gratuito patrocinio o retribuito dal suo cliente (Cuscani c. Regno Unito, n° 32771/96, § 39, 24 settembre 2002). L'articolo 6 § 3 c) obbliga le autorità nazionali competenti a intervenire solo se la lacuna dell'avvocato d'ufficio sembra manifesta, o se le stesse ne vengono sufficientemente informate in qualsiasi altro modo (Kamasinski c. Austria, sentenza del 19 dicembre 1989, serie A n. 168, p. 33, § 65, e Daud e, Portogallo, sentenza del 21 aprile 1998, Raccolta delle sentenze e decisioni 1998-II, pp. 749-750, § 38)..." L'accoglimento del ricorso del S. sarà fondato infatti sulle provate "... lacune degli avvocati d'ufficio ..." senza che le autorità interne fossero intervenute - come loro obbligo - per garantire l'effettività della rappresentanza dell'imputato. E ciò anche a prescindere dal comportamento del ricorrente. Deve allora concludersi che l'adesione ad un orientamento interpretativo del tutto sorpassato è il frutto di una imperizia del difensore e pertanto non può ritenersi quella situazione di inevitabilità che caratterizza la forza maggiore (che si concretizza in un'energia causale esterna alla parte ed alla quale la parte non ha potuto in nessun capo opporsi ed a causa della quale è decorso inutilmente il termine) o il caso fortuito (che consiste in un evento impreveduto ed imprevedibile che intervenga prima, durante o dopo l'attività diretta all'adempimento dell'onere e che non può essere evitato da alcuna diligenza, prudenza o perizia). Mediante l'uso della normale perizia difensiva, aderendo all'ormai univoco e datato indirizzo della giurisprudenza, si poteva infatti evitare la decadenza. L'errore interpretativo del difensore non solo non è scusabile, ma non trova tutela nell'art. 175 c.p.p. neanche interpretando la norma alla luce delle decisioni della Cedu, come prima indicato. (*Omissis*).

(1) Restituzione nel termine, errore del difensore e «caso fortuito»

SOMMARIO: 1. *La questione.* - 2. *Perché la sospensione dei termini durante il periodo feriale non opera per il tempo di deposito della sentenza* - 3. *Caso fortuito e irrilevanza di qualsiasi errore del difensore* - 4. *Dall'irrilevanza dell'errore alla «imprevedibile ignoranza»* - 5. *Perché l'«errore marchiano» legittima la restituzione in termini: differenti chiavi di lettura* - 6. *Il rigetto del ricorso.*

1. La questione.

La parte ha diritto ⁽¹⁾, secondo l'art. 175 c.p.p., alla restituzione nel termine che non ha potuto osservare per caso fortuito o forza maggiore. *Quid iuris* nell'ipotesi in cui il difensore non proponga appello contro la condanna per errore sull'interpretazione della disciplina relativa ai termini? Questo comportamento rientra nel concetto di caso fortuito? L'istante pone la questione al G.I.P. del tribunale perugino anche se in realtà mirava alla restituzione nel termine solo in subordine, in via principale chiedeva la dichiarazione di inesistenza del giudicato, essendo i termini ancora in corso al momento della presentazione del gravame di merito.

Secondo il giudice umbro, sono richieste senza fondamento. La prima, perché l'erronea o mancata conoscenza di regole elementari della procedura in materia di termini per le impugnazioni, non rientra nel «caso fortuito». La seconda, perché incentrata sull'assunto falso, smentito dal «diritto vivente», che la sospensione dei termini durante il periodo feriale (1° agosto - 15 settembre) valga anche per il deposito della sentenza. Ecco le argomentazioni che fanno da premessa a queste conclusioni.

2. Perché la sospensione dei termini durante il periodo feriale non opera per il tempo di deposito della sentenza.

La vicenda si è svolta nel 2011: condanna emessa il 25 luglio; 90 i giorni per il deposito; e il giudice motiva entro il termine, l'8 settembre; il *dies a quo* per proporre appello è dunque il 23 ottobre; 45 giorni dopo, termine perentorio, il 7 dicembre, la potestà di appello si estingue; passano due giorni ed è apposta la formula esecutiva.

L'«inesistenza del giudicato» secondo il ricorrente discende dalla regola, enunciata in alcune sentenze della Cassazione ⁽²⁾, secondo cui la sospensione dei termini per tutto il periodo feriale vale anche per quelli relativi al deposito della sentenza. Il *dies a quo* per proporre appello si sposta quindi in

⁽¹⁾ Vero e proprio diritto secondo GARUTI, *Termini processuali penali*, in *Dig. Disc. Pen., Agg.* III, Torino, 2005, 1587.

⁽²⁾ Segnalate nel testo del provvedimento che si annota: «sez. VI, 17 marzo 1992, Lenoni; Sez. I, 22 marzo 1995, n. 5193, Mancuso».

avanti di 45 giorni: non più il 23 ottobre ma l'8 dicembre 2011; la sentenza era ancora appellabile dunque al momento dell'apposizione della formula esecutiva (9 dicembre).

Il giudice perugino spiega come questo «*indirizzo interpretativo propugnato dal difensore*» sia stato, in realtà, «*definitivamente abbandonato*» dalla Suprema corte in seguito all'intervento delle Sezioni unite del 1996⁽³⁾, e come «*l'inesistenza di successivi orientamenti contrari*»⁽⁴⁾ nella giurisprudenza di legittimità debbano far ritenere «*la questione definitivamente chiusa*», «*15 anni fa*». È quindi di «fatto» infondata la premessa del ragionamento difensivo. L'asserito vincolo interpretativo è inesistente: il ricorrente ha operato un riferimento ad alcune decisioni della Suprema corte che hanno valore solo storico e documentale, non di «*diritto vivente*». Tale, invece, l'orientamento opposto, le cui ragioni sono state di recente ribadite dalla Suprema corte⁽⁵⁾. «*Il termine per la redazione della motivazione della sentenza non è soggetto alla disciplina della sospensione feriale dei termini*» perché «*scopo dell'istituto della sospensione feriale è quello di assicurare un periodo di riposo agli avvocati ed ai procuratori legali*» e garantire la parte dalla frettolosa stesura di atti importanti. Essa vale rispetto all'attività delle parti, ad esempio rispetto al termine «*assegnato per l'impugnazione*», ma non rispetto alle incombenze del giudice⁽⁶⁾.

3. Caso fortuito e irrilevanza di qualsiasi errore del difensore

Nella più recente sent. n. 31680 del 14 luglio 2011, e, in particolare, nella sent. n. 23337 del 15 aprile 2011, la Corte di cassazione ha ricacciando nell'«*incuria o negligenza*» in qualche modo «*prevedibile*», la «*ignoranza delle regole elementari in tema di decorrenza dei termini di impugnazione*», che una sentenza del 2009, invece, la n. 35149, aveva voluto tenere distinta.

«*Non integra il caso fortuito o la forza maggiore, che possono legittimare la restituzione nel termine, l'errore del difensore di fiducia nell'individuazione dei termini di impugnazione della sentenza, causato da ignoranza della legge processuale*»⁽⁷⁾.

⁽³⁾ Il riferimento è a Cass., sez. un., 19 giugno 1996, Giacomini, in *Mass. Uff.*, 205335.

⁽⁴⁾ Per il resoconto giurisprudenziale, LACCHI, *Art. 1, L. 7.101968, n. 742. Sospensione dei termini processuali nel periodo feriale*, in GAITO (a cura di), *Codice di procedura penale ipertestuale. Norme di attuazione e altre leggi sulla giustizia penale*, 2° ed., Torino, 2006, 424 ss.

⁽⁵⁾ Cfr. Cass., Sez. II, 27 giugno 2007, Fiaschetti, in *Mass. Uff.*, 237983.

⁽⁶⁾ Giurisprudenza recente in TURCO, *Art. 240 bis*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4° ed., Milano, 2010, 8863.

⁽⁷⁾ Il provvedimento che si annota rinvia espressamente a Cass., sez. II, 18 settembre 2003, n. 45364, secondo cui è escluso il caso fortuito e la forza maggiore potendo l'imputato proporre impugnazione con dichiarazione ricevuta dal direttore

La conseguenza di questa ri-definizione del concetto di caso fortuito è che gli effetti della condotta del difensore ricadono in ogni caso sulla parte assistita. Il concetto, scrivono i giudici, ha una sua propria «*accezione sedimentata*», che rischia di essere «*snaturata*» dai tentativi di ricondurvi i casi della «*marchiana ignoranza*» del difensore che spiazza la parte assistita. Mentre l'ignoranza, in ogni sua forma, è «*comunque effetto di carenza di studio*», «*e, quindi, imputabile esclusivamente a negligenza*» di singola persona, la categoria del caso fortuito, stando alla sua «*sedimentata accezione*», «*si sostanzia*» di fenomeni ontologicamente differenti e tutti riconducibili al modello di «*un avvenimento imprevisto e imprevedibile che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente*». I giudici di legittimità vogliono sterilizzare il comportamento del difensore incompetente: «*a qualsiasi causa ascrivibile*», ribadiscono ⁽⁸⁾, «*il mancato o inesatto adempimento da parte del difensore di fiducia dell'incarico di proporre impugnazione*», «*non è idoneo a realizzare l'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore che legittimano la restituzione nel termine*». L'imputato è così gravato di oneri pesantissimi, gli si chiede l'assoluzione di compiti impossibili: ha «*l'onere di scegliere un difensore professionalmente valido e di vigilare sull'esatta osservanza dell'incarico conferito*» ⁽⁹⁾. Resta irrilevante la sua incolpevole ignoranza in materia processual-penalistica, senza contare le limitazioni alla libertà fisica gli derivino dalla incarcerazione.

4. Dall'irrelevanza dell'errore alla «*imprevedibile ignoranza*».

La sentenza della Cassazione n. 35149 del 2009 ⁽¹⁰⁾, vi apre una breccia. Il caso era questo. L'imputato, detenuto, aveva per due volte presentato,

dello stabilimento penitenziario ed essendo irrilevante l'erroneo espletamento dell'incarico da parte del difensore, salvo sia impedito da caso fortuito o forza maggiore. Nel senso che l'imperizia del difensore esula dal concetto di caso fortuito o forza maggiore. V anche Id., sez. III, 14 aprile 2010, n. 19918; Id., 8 aprile 2010, n. 17964, entrambe *inedite*.

⁽⁸⁾ Giurisprudenza in COMI, *Il ripristino dei diritti processuali fondamentali come tutela sostanziale dell'imputato in caso di negligenza difensiva*, in *Giur. it.*, 2010, 674 nt. 9. Ma v. anche CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, *ivi*, 2010, 2425-2428, spec. 2425 nota 1 e 3, ove troviamo gli estremi della sentenza della Cassazione che ha negato il caso fortuito nelle ipotesi di «*sospensione o cancellazione del difensore dall'albo*», quantunque se la parte assistita ne fosse ignara, perché è «*comunque*» suo «*onere*» scegliere bene e vigilare sull'incarico.

⁽⁹⁾ Cass., sez. III, 22 febbraio 2002, Principato, in *Dir. pen. e proc.*, 2002, 831; Id., sez. V, 1° febbraio 2000, Bettini, in *Cass. pen.*, 2001, 1584.

⁽¹⁰⁾ Cass., Sez. VI, 26 giugno 2009, A., in *Giur. it.*, 2010, 671 con nota adesiva di COMI, *Il ripristino dei diritti processuali fondamentali come tutela sostanziale dell'imputato in caso di negligenza difensiva*, *cit.*, 672-675.

all'ufficio matricola della casa circondariale, dichiarazione di appello contro la condanna riservando l'articolazione dei motivi al difensore di fiducia, il quale, però, lasciava spirare i termini ritenendoli decorrenti dall'avviso di deposito, in realtà, non dovuto, perché la sentenza era stata depositata nei termini, né si trattava di processo contumaciale. La Corte d'appello di Genova ha di conseguenza «dichiarato inammissibile, in quanto non corredato da motivi, l'appello proposto personalmente»⁽¹¹⁾. Dice la Suprema corte: «queste circostanze» (il difensore avrebbe comunicato all'imputato di ritenere non decorsi i termini), «avrebbero potuto essere verificate dalla Corte di appello, nell'ambito dei poteri di cognizione connessi alla procedura di restituzione nel termine» perché bisogna distinguere: un conto, come vogliono precedenti risalenti al 1968), è la mancata impugnazione per «incuria o negligenza» che sia «prevedibile», e che perciò «ricade» con i propri effetti sull'imputato; altro, perché non esiste «alcuna possibilità di prevedere» la cosa, è la «marchiana ignoranza di basilari regole in tema di decorrenza dei termini».

La Corte, «pertanto», rende flessibile, relativizzandola, la regola di *law in action*⁽¹²⁾ secondo cui «a qualsiasi causa ascrivibile», «il mancato o inesatto adempimento», esula dalle «ipotesi di caso fortuito o forza maggiore»: «l'onere di scegliere» bene e di «vigilare», afferma, non può arrivare a tanto perché l'imputato ignora la materia e quindi né prima né durante il rapporto può sorvegliare i passi che il difensore muove, e poi nella specie l'imputato era fisicamente impedito perché in carcerazione preventiva. Indi aggiunge un richiamo alla «giurisprudenza» della Corte di Strasburgo: «il giudice nazionale ha il dovere di restaurare i diritti processuali fondamentali dell'imputato quando le carenze difensive siano manifeste e siano state segnalate alla sua attenzione»⁽¹³⁾. Appare insomma iniquo alla Corte che l'imputato patisca conseguenze dannose prodotte dall'ignoranza di nozioni che comunemente si considerano acquisite al «bagaglio tecnico» dell'avvocato.

La nuova regola giurisdizionale è la seguente: è illegittimo, trattandosi di «un'ipotesi di caso fortuito o forza maggiore», il mancato accoglimento della restituzione in termini per proporre appello tutte le volte in cui «il comportamento omissivo del difensore di fiducia, non attivatosi contrariamente alle aspettative dell'imputato per proporre impugnazione, sia dovuto ad una situazione di imprevedibile ignoranza della legge processuale penale». Né si può «pretendere» che egli, «nell'effettuare la scelta del difensore», «verifichi

⁽¹¹⁾ Così COMI, *Il ripristino dei diritti processuali fondamentali come tutela sostanziale dell'imputato in caso di negligenza difensiva*, cit., 672.

⁽¹²⁾ CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, cit., 2425 nota 1, ove la giurisprudenza ivi citata è fatta risalire a Cass., sez. IV, 4 marzo 1975, Delagarem, in *Mass Uff.*, 130654: «a qualsiasi causa ascrivibile», errore o «negligenza del difensore nello svolgimento del mandato non costituisce ipotesi di caso fortuito o forza maggiore essendo addebitabile alla stessa parte sotto l'aspetto della culpa in eligendo».

⁽¹³⁾ Cass., sez. VI, 26 giugno 2009, A., cit.

previamente» la «*padronanza»* di tale disciplina da parte del difensore, non potrebbe farlo senza «*possedere le relative cognizioni culturali»* ⁽¹⁴⁾.

5. *Perché l'«errore marchiano» legittima la restituzione in termini: differenti chiavi di lettura.*

Due differenti chiavi di lettura la dottrina ha adoperato per esprimere adesione alla sentenza n. 35149. Secondo una prima chiave di lettura ⁽¹⁵⁾, la decisione è «*condivisibile»* perché l'errore marchiano finisce «*per costituire circostanza del tutto imprevedibile»*, che supera «*ogni possibilità di resistenza e di contrasto»*, come avviene nelle ipotesi di «*caso fortuito»* e/o «*forza maggiore»* ». Stando alla recente definizione del concetto di caso fortuito e forza maggiore ⁽¹⁶⁾, sono riconducibili, alla seconda, fatti umani o naturali caratterizzati dall'irresistibilità, al primo, eventi inevitabili, originatisi senza dolo o colpa (da misurare sulla normale diligenza) e pertanto imprevedibili. Ora, irresistibilità e imprevedibilità non sono definibili fuori dai contesti che rendono irripetibili ogni singolo caso, contano quindi qualità soggettive, ambientali e simili, e su ciò concorda la giurisprudenza, sempre restando fermo che, dentro questa situazione concreta e relativa, devono essere «*assolute»* e cioè non superabili con impegno e diligenza normale.

Ebbene, l'imputato, «*nel caso di specie»*, si è trovato: primo, ad aver affidato l'incarico per la difesa ad un avvocato; secondo, a non poter personalmente «*compiere l'atto»*, «*essendo ristretto»* in carcere; terzo, non avrebbe potuto vigilare sul difensore perché l'«*onere di sorveglianza»* è stato reso impossibile dal fatto è stato «*proprio il difensore ad avergli fornito informazioni erronee»*; quarto, non c'entra nulla qui la «*differenza tra errore o omissione causata da errore e caso fortuito o forza maggiore»*, per la semplice ragione che chi ha patito l'errore, non è lo stesso soggetto che lo ha compiuto ⁽¹⁷⁾.

Il «*comportamento del professionista che vada oltre la negligenza prevedibile»*, può essere sussulto nel concetto di caso fortuito: si tratta in realtà di «*un dato della realtà imprevedibile che esclude ogni possibilità di resistenza o contrasto»*. Questa chiave interpretativa, che supera la chiusura della Corte nel «*positivismo formalistico»*, trova conferme nello sviluppo di interpretazioni delle norme interne, orientate dalla CEDU: è violato l'art. 6 della Convenzione «*nei casi di pregiudizio derivante da carenze difensive in conseguenza delle quali l'autorità giudiziaria non assuma provvedimenti in grado di assicurare un livello di assistenza tecnica effettiva e non meramente*

⁽¹⁴⁾ Sono parole di Cass., sez. VI, 26 giugno 2009, A., cit.

⁽¹⁵⁾ CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, cit., 2425-2428, spec. 2426 s.

⁽¹⁶⁾ Il riferimento è alla sentenza delle sezioni unite, dell'11 aprile 2006, nel caso De Pascalis, sulla quale, v. CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, cit., 2426 nt. 5.

⁽¹⁷⁾ CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, cit., 2426.

formale»⁽¹⁸⁾. Si potrebbe anche dire, di là della sussunzione nell'ipotesi di caso fortuito, che le istanze e i principi del giusto processo interno e dell'equo processo europeo impongono «*di controllare*» e «*rimediare ad errori*» che siano «determinanti sulla giustizia della decisione»⁽¹⁹⁾.

Una seconda chiave di lettura è offerta da Conte⁽²⁰⁾.

La Corte sa che, «*a qualsiasi causa ascrivibile*», l'errore del difensore non ha rimedi²¹, e anche nel 2006 le Sezioni unite⁽²²⁾ «*entro una certa misura*», non assegnano rimedi alla negligenza del difensore d'ufficio. Tuttavia con questa decisione la Cassazione ha stabilito che non si può pretendere ... senza cognizioni culturali, la verifica della padronanza delle regole di diritto processuale in materia di termini per l'impugnazione, ed è questa «*la portata innovativa della sentenza*». «*Data*», infatti, la «*definizione*» di caso fortuito e forza maggiore, da ultimo cristallizzata dalle Sezioni unite, l'errore professionale non è «*assimilabile*» all'una o all'altra, «*se non a prezzo di una forzatura inammissibile*». Come fare allora, visto che quel che risulta «*difficile è spezzare il vincolo che si crea tra avvocato ed assistito per cui a quest'ultimo [sono] ricondotti gli effetti dell'attività del primo*»⁽²³⁾ in ogni caso?

La strada della sussunzione dell'errore marchiano nel caso fortuito appare impraticabile da questo secondo angolo visuale, perché forza maggiore e caso fortuito hanno in comune «*l'inevitabilità del fatto*»: nel primo caso, per essere «*irresistibile*»; nel secondo, «*imprevedibile*», e l'evento deve essere «*non imputabile al soggetto a titolo di colpa o dolo*», mentre il difensore, nel caso di specie, pensava al «*momento della comunicazione del deposito*», dovuto in realtà «*solo*» nelle due differenti ipotesi di mancato deposito «*nei termini di legge*» o «*prefissati*» dal giudice⁽²⁴⁾. L'evento che si è prodotto è dunque imputabile al soggetto a titolo di colpa. Ora, se si «*dubit[a] della riconducibilità del caso alla categoria del caso fortuito o forza maggiore*», tuttavia la decisione ha «*il merito di aver posto un problema di grande portata*»; «*la questione merita attenzione*»; tocca infatti «*il diritto costituzionale*

⁽¹⁸⁾ COMI, *Il ripristino dei diritti processuali fondamentali come tutela sostanziale dell'imputato in caso di negligenza difensiva*, cit., 673 e 674.

⁽¹⁹⁾ CARINI, *Quando la richiesta di restituzione nel termine per impugnare dipende da "errore" dell'avvocato*, cit., 2427.

⁽²⁰⁾ CONTE, *Errore marchiano del difensore e rimessione in termini per caso fortuito e forza maggiore: brevi considerazioni processualcivilistiche a margine di una sentenza penale*, in *Corr. giur.*, 2010, 1066-1075.

⁽²¹⁾ E cita Cass., sez. II, 11 novembre 1003, in *Riv. pen.*, 2005, 252; Id., Sez. I, 24 aprile 2001, in *Cass. pen.*, 2002, 1466; Id., sez. V, 1° febbraio 2000, *ivi*, 2001, 1584.

⁽²²⁾ Per i riferimenti alla sentenza, v. nota 16.

⁽²³⁾ CONTE, *Errore marchiano del difensore e rimessione in termini per caso fortuito e forza maggiore: brevi considerazioni processualcivilistiche a margine di una sentenza penale*, cit., 1068.

⁽²⁴⁾ CONTE, *Errore marchiano del difensore e rimessione in termini per caso fortuito e forza maggiore: brevi considerazioni processualcivilistiche a margine di una sentenza penale*, cit., 1067.

di difesa»⁽²⁵⁾. E, superato il problema dei differenti valori in gioco (il risarcimento danni a volte non è meno importante del sacrificio della libertà personale), bisogna domandarsi se i «*principi*» di questa decisione non possano applicarsi al processo civile, e se, anziché «*attraverso una simile fattispecie*», quella cioè dell'«*errore marchiano*» *species* del *genus* caso fortuito, non sia utile lavorare in entrambi i terreni per costruire la più larga categoria dell'«*errore scusabile*» come *genus* del quale sarebbe una *species* l'«*errore marchiano*», essendo anche questo riconducibile a «*causa non imputabile*» alla parte *ex art. 153 comma 2 c.p.c.* Notevoli sono poi le tendenze evolutive della legislazione e della giurisprudenza verso aperture di questo tipo, tutte rette dal principio secondo il quale, «*funzione del processo*», specie dopo la riscrittura dell'art. 111 Cost., «*non è di arrivare ad una sentenza quale che sia, ma alla regolazione di un caso*», «*che si pervenga ad una decisione di merito*»⁽²⁶⁾. Resterebbero a carico dell'imputato le conseguenze non di ogni e qualsiasi passo falso determinato da incompetenza del difensore, ma solo le conseguenze di comportamenti originati da colpa non scusabile.

Le «*accezioni sedimentate*» sono una garanzia contro abusi e arbitri delle istituzioni penali poiché mirano a garantire la certezza del diritto come prevedibilità del lavoro dei tribunali e perciò ne formano una limitazione, la stabilità degli effetti prodotti dagli atti giuridici e quindi l'efficienza degli apparati repressivi, la ragionevole durata dei processi, l'uniformità di trattamento e l'eguaglianza formale dei cittadini dinanzi alla legge, la coerenza e completezza dell'ordinamento giudico. C'è da chiedersi ora se ognuno di questi valori (certezza, limitazioni all'arbitrio penale, stabilità giuridica, efficienza, durata ragionevole, eguaglianza formale, e così via) debba essere riguardato solo nella prospettiva delle esigenze di legittimazione e funzionamento dell'ordinamento politico e giuridico oggettivamente considerato e, soprattutto, se questi valori debbano essere considerato di livello superiore rispetto ai principi del garantismo penale e processuale⁽²⁷⁾. Tutto qui è il conflitto dinanzi al quale è stato invocato l'intervento del giudice perugino.

⁽²⁵⁾ CONTE, *Errore marchiano del difensore e rimessione in termini per caso fortuito e forza maggiore: brevi considerazioni processualciviltistiche a margine di una sentenza penale*, cit., 1069.

⁽²⁶⁾ CONTE, *Errore marchiano del difensore e rimessione in termini per caso fortuito e forza maggiore: brevi considerazioni processualciviltistiche a margine di una sentenza penale*, cit., 1070 ss.

⁽²⁷⁾ Nel senso che «*l'uniformità della interpretazione è valore essenziale di ogni ordinamento: valore che supera l'esigenza – quando mai erroneamente la si accampi – di una interpretazione commisurata alla specificità del caso... Questo, poi, significa la “certezza” del diritto, ch'è garanzia di uguaglianza e svolgimento ragionevole e persuasivo delle tendenze giurisprudenziali*». Sono parole di FAZZALARI, *Introduzione alla giurisprudenza* (1984), ora in ID., *Conoscenza e valori. Saggi*, Torino, 1999, 60 s., che intende non a caso con certezza del diritto la «*prevedibilità della sua “lettura” [vale a dire della legge], per via di un'opera coerente della giurisprudenza*».

6. Il rigetto del ricorso.

L'errore dell'istante nella deduzione di questa seconda questione, relativa ai rapporti tra caso fortuito e decorso dei termini a causa dell'ignoranza del difensore è stato analogo al primo. Non è manifestazione di «*diritto vivente*», anzi, vi contrasta in modo radicale la sentenza n. 35149 del 26 giugno 2009⁽²⁸⁾, secondo la quale – proprio con riguardo al comportamento del difensore che non ha proposto appello contro la condanna per ignoranza delle disposizioni sulla decorrenza dei termini – nel concetto di caso fortuito deve rientrare l'errore del difensore, talmente grossolano da non essere ragionevolmente prevedibile.

«*In punto di fatto*» rileva come i due casi siano in realtà incomparabili. La sentenza n. 35149 enuncia una regola ritagliata su un vicenda nella quale l'imputato, ristretto in carcere, aveva più volte manifestato la volontà di impugnare. Nel caso *de quo* invece, l'imputato è libero, e non c'è traccia di una identica manifestazione di volontà. In secondo luogo, «*non è un processo contumaciale*» quello *de quo*, «*le parti hanno avuto personalmente conoscenza del provvedimento che avrebbero potuto impugnare, essendo presenti alla sua lettura*», e il deposito è avvenuto nei termini.

Quanto ai motivi «*in diritto*», si richiama alle statuizioni contenute nella sentenza della Corte europea dei diritti umani nel caso Sannino c. Italia, oltre che alla sentenza n. 23337 della Corte di Cassazione, sopra citata⁽²⁹⁾.

La Corte di Strasburgo, secondo l'ordinanza che si annota, con questa decisione del 2006, dopo aver premesso che:

– a) «*la nomina di un avvocato non garantisce da sola l'effettività dell'assistenza*»;

– b) «*se riconosce a ogni imputato il diritto di "difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore", l'articolo 6 § 3 c) non precisa le condizioni di esercizio di tale diritto*»;

– c) quindi lascia «*agli Stati contraenti la scelta dei mezzi atti a permettere al loro sistema giudiziario di garantirlo*»;

– d) il «*compito della Corte consiste nell'esaminare se la via da essi intrapresa concorda con le esigenze di un processo equo*»;

– e) «*il modo in cui viene condotta la difesa è essenzialmente di competenza dell'imputato e del suo avvocato*», d'ufficio o di fiducia e che le «*lacune dell'avvocato*», «*manifest[e]*» o comunicate alle autorità statali, darebbero luogo a responsabilità dell'ente sovrano soltanto nel primo caso⁽³⁰⁾. Insomma per la Corte europea, stando a questa ricostruzione, poiché la difesa buo-

⁽²⁸⁾ Cass., Sez. VI, 26 giugno 2009, A., in *Mass. Uff.*, 244871.

⁽²⁹⁾ Le ragioni di diritto accolte dal giudice umbro sono quelle sopra delineate. La Corte ha con questa decisione ribaltato la regola pregressa: anche se ristretto in carcere, è onere dell'imputato vigilare sull'esecuzione del mandato difensivo; restano ferme le conseguenze di ogni incompetenza del difensore.

⁽³⁰⁾ Il testo citato è nei punti 47 ss. della sentenza

na o cattiva che sia «è essenzialmente di competenza» delle parti private, l'imperizia anche grossolana, «marchiana», del difensore non costituisce ipotesi di caso fortuito.

Entrambe le premesse «*in diritto*» del ragionamento del giudice perugino («*diritto vivente*» contrario alla testi difensiva e limitazione della rilevanza delle «*lacune difensive*» alla difesa d'ufficio) sono confutabili.

Primo. La difesa avrebbe aderito, anche qui per «*imperizia*», «ad un orientamento interpretativo del tutto sorpassato» anziché «*all'ormai univoco e datato indirizzo della giurisprudenza*» di legittimità, costituente «*diritto vivente*», secondo il quale la «*marchiana ignoranza*» del difensore dei termini per l'impugnazione non costituisce ipotesi di caso fortuito né di forza maggiore. Da qui «*l'errore interpretativo*», «*non scusabile*» per quanto grossolano, né rimediabile ex art. 175 c.p.p. «*Mediante l'uso della normale perizia difensiva*», scrive il giudice, «*si poteva infatti evitare la decadenza*». Ora, come determinare tra orientamenti contrastanti il «*diritto vivente*»? Sulla questione *de qua*, in effetti, esistono decisioni discordanti. Lo abbiamo visto. Anzi, opposte. E proprio per questo non sembra possibile parlare di «*diritto vivente*»⁽³¹⁾. Diverso il discorso nell'altra questione: è «certo» «*diritto vivente*», l'inapplicabilità della sospensione dei termini durante il periodo feriale per il deposito della sentenza⁽³²⁾.

Qui, no⁽³³⁾.

E nel dubbio⁽³⁴⁾, la soluzione poteva essere diversa anche perché (e siamo alla seconda premessa) la restituzione nel termine costituisce vero e proprio diritto e soprattutto perché la tendenza evolutiva dell'ordinamento è nel senso di favorire il ricorso ai rimedi processuali volti all'effettività dell'esercizio dei diritti e delle garanzie soggettive⁽³⁵⁾. Né va dimenticato,

⁽³¹⁾ Né vale il criterio della conformità alla Costituzione perché come chiarito dalla Corte costituzionale, «*diritto vivente non equivale sempre a diritto conforme alla Costituzione*»: con queste parole si chiude il «*Considerato in diritto*», v. Corte cost., sent. n. 69 del 1982, su www.cortecostituzionale.it.

⁽³²⁾ V., da ultimo, Cass., sez. un., 29 settembre 2011, Rossi e altro, reperibile sul sito www.penalcontemporaneo.it, spec. la parte finale del pt. 2.3, p. 18

⁽³³⁾ Cfr. giurisprudenza contrastante in FIORIO, *Art. 175*, in *Codice di procedura penale commentato*, cit., 1574, cui va aggiunta, Cass., sez. VI, 20 gennaio 2011, L.P.R., n. 1561, reperibile sul sito www.gadit.it. La Corte ha dichiarato inammissibile il ricorso «*nella specie, [perché] nessuna prova concreta risulta essere stata indicata, a sostegno della pretesa ignoranza della legge processuale penale da parte dell'inadempiente difensore*», «*con conseguente impossibilità di inquadrare la condotta lamentata nelle categorie del caso fortuito o della forza maggiore*», «*secondo un orientamento di questa sezione*», dice la Corte, e richiama «*Cass. pen. Sez. 6, 35149/2009 Rv. 244871*».

⁽³⁴⁾ V. Cass., Sez. II, 1° ottobre 2010, n. 1286, *inedita*, che non applica la regola in questione perché «*il ricorrente non era detenuto ed aveva la possibilità di controllare l'operato del difensore*» (statuizione comunque criticabile sotto quest'ultimo profilo). Il testo della sentenza è reperibile sul sito <http://www.studioromano.it/foroduemila.it> (citazione p. 4).

⁽³⁵⁾ In questa direzione è la modifica legislativa dello stesso art. 175 c.p.p., ad opera del d.l. 21 febbraio 2005 n. 17, titolato *Disposizioni urgenti in materia di impugna-*

dal lato ordinamentale, che non è «ipotizzabile un conflitto fra» l'effettività delle garanzie del giusto processo e la sua ragionevole durata, «poiché, per definizione costituzionale, deve considerarsi ragionevole la durata di un processo "giusto"»⁽³⁶⁾.

ANTONIO BITONTI

zione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna, conv. con modificazioni dalla l. 22 aprile 2005 n. 60, nonché il successivo intervento della Corte costituzionale: Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, visibile sul sito www.cortecostituzionale.it, che ha dichiarato «la illegittimità costituzionale dell'art. 175, comma 2, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente la restituzione dell'imputato, che non abbia avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione sia stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato»

⁽³⁶⁾ Così GARUTI, *Termini processuali penali*, cit., 1575 s., 1587, spec. 1589 ss. e note 116-117.

TRIBUNALE DI PERUGIA – 2 febbraio 2012 (ord.) – Pres. Est. CENCI
– M.A. ed altri.

Notizia di reato – Denuncia anonima – Inutilizzabilità sotto il profilo probatorio – Intercettazioni disposte in via d'urgenza dal p.m. sulla base di una denuncia anonima – Inutilizzabilità dei relativi risultati
(C.p.p., artt. 267; 271; 333, comma 3).

Sono inutilizzabili i risultati delle intercettazioni disposte in via d'urgenza dal p.m. e convalidate dal g.i.p. qualora le stesse siano fondate su una notizia di reato non utilizzabile sotto il profilo probatorio perché contenuta in un esposto anonimo (1).

Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni disposte a seguito dei risultati di intercettazioni inutilizzabili – Inutilizzabilità derivata – Esclusione – Ragioni (c.p.p., artt. 185, comma 1; 271).

Stante l'inoperatività della regola sancita per le nullità dall'art. 185, comma 1, c.p.p., l'inutilizzabilità delle intercettazioni originariamente eseguite non travolge i risultati di quelle successivamente legittimamente operate (2).

Mezzi di ricerca della prova – Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni – Obbligo di motivazione – Motivazione per relationem – Condizioni di ammissibilità – Omesso rispetto – Inutilizzabilità dei relativi risultati (Cost., art. 15; c.p.p., artt. 125, comma 3; 267; 271).

Sono inutilizzabili i risultati delle operazioni captative disposte mediante decreti autorizzativi e di proroga non adeguatamente motivati. Il costante utilizzo di identici modelli prestampati, così come il costante ricorso alla motivazione per relationem mediante pedissequo rinvio agli atti della polizia giudiziaria, devono, infatti, ritenersi inidonei a dare conto dell'iter cognitivo e valutativo seguito dal giudice, né a dimostrare l'avvenuto vaglio critico del contenuto degli atti di riferimento e di come da essi il g.i.p. abbia enucleato le ragioni - sussistenza dei gravi indizi di reato e indispensabilità dell'utilizzo del mezzo captatorio - in base alle quali era consentito sottoporre ad attività di monitoraggio le conversazioni tra privati e comprimere il diritto alla riservatezza degli intercettandi (3).

(*Omissis*). Tutti i difensori degli imputati hanno dedotto violazioni di legge dell'intera attività di captazione telefonica effettuata nel corso delle indagini preliminari tali da comportare l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni.

Si contesta il mancato rispetto delle regole stabilite dagli artt. 267 e ss., 333, ultimo comma e 240 c.p.p., per essere stato il mezzo di ricerca della prova attivato esclusivamente sulla scorta di informazioni acquisite da una denuncia anonima, non potendosi attribuire alcuna valenza probatoria al primo esito delle indagini delegate dal pubblico ministero e compendiate nella nota della questura di Perugia, Divisione Polizia Anticrimine del 27.12.2006.

Una tale situazione di fatto ha determinato, ad avviso di tutti i difensori, l'impossibilità, per il pubblico ministero, prima, nel momento in cui ha disposto le intercettazioni in via d'urgenza, e per il G.i.p., poi, allorquando ne ha convalidato, autorizzato e prorogato l'operato, di ravvisare una valida piattaforma indiziaria dei reati originariamente contestati, giacché l'unico elemento valutativo ai fini degli indizi di reità che aveva comportato il monitoraggio delle utenze in uso a M.G., era rappresentato dall'esposto anonimo, dal quale non ci si era ancora

realmente affrancati. Né le investigazioni successive, sulla scorta delle quali, si era via via estesa l'attività captativa a tutte le ulteriori utenze intestate o in uso a soggetti inizialmente non indagati e poi iscritti nel registro delle notizie di reato, avevano acquisito un'autonoma dignità dimostrativa che deponesse nel senso della gravità indiziaria dei reati oggetto delle indagini (si ricorda reati di calunnia, iscritta a carico di ignoti, di estorsione e turbativa d'asta iscritti nei confronti di M.G.) con la conseguenza che anche le ulteriori intercettazioni erano affette dalla medesima patologia, atteso che anche per esse i gravi indizi di reato erano stati desunti esclusivamente dall'esposto anonimo.

Ulteriori censure hanno poi riguardato i decreti con i quali il G.i.p. ha di volta in volta convalidato o prorogato le operazioni di intercettazioni telefoniche disposte sempre in via d'urgenza dal pubblico ministero. Tutti i difensori hanno evidenziato come gli stessi, in violazione delle disposizioni contenute negli artt. 267 comma 1 e 125 c.p.p., fossero stati redatti con l'utilizzo di formule di stile e con il ricorso da parte del G.i.p. alla motivazione "*per relationem* di secondo grado" ovvero mediante richiami agli atti di polizia giudiziaria. L'assenza di un apparato giustificativo che attestasse l'avvenuto vaglio critico da parte del giudice circa la sussistenza dei gravi indizi di reato e della indispensabilità dell'utilizzo delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini, secondo i difensori, costituiva un ulteriore motivo di inutilizzabilità di tale mezzo di ricerca della prova.

Infine ed in via subordinata, comunque, tutti i difensori concordavano nell'eccepire la inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche eseguite oltre il termine di scadenza delle indagini preliminari, calcolato in sei mesi a partire dal 28.6.2007, giorno dell'emissione del provvedimento con cui il pubblico ministero aveva disposto l'iscrizione nel registro delle notizie di reato di C.C., P.P., F.M., C.M., L.M., P.M., B.M., P.F., M.A., G.V., M.M., D.R., con l'ulteriore specificazione che in relazione al reato di cui all'art. 416 c.p. non operava la sospensione del decorso del termine durante il periodo feriale.

Il Pubblico ministero ha contro-dedotto alle esposte eccezioni come da verbale. In particolare, la Procura ha evidenziato, quanto all'aspetto involgente l'ipotesi di calunnia, la pacifica procedibilità per contestazioni alternative e, quanto agli ulteriori profili, la non applicabilità nel caso di specie del principio della inutilizzabilità derivata, per costante orientamento giurisprudenziale. In ordine, poi, al superamento del termine previsto per le indagini preliminari, avvenuto con i decreti di proroga delle intercettazioni, il Pubblico Ministero ha evidenziato che si procedeva, in ogni caso, in relazione a fattispecie permanente, sicché, in realtà, il termine massimo previsto non era decorso. Quanto all'omessa indicazione del M. tra i testi da escutere (in questo caso *ex art.* 210

c.p.p.), omissione che determinerebbe oggi la non acquisibilità delle sue dichiarazioni ex art. 512 c.p.p., il P.M. ha evidenziato la insussistenza dell'omissione contestata, essendo stato il M. indicato *ab origine* tra gli imputati di cui era stato chiesto l'esame.

Tanto sinteticamente ricostruito, ad avviso del Collegio, alla luce della documentazione prodotta dalle parti, le doglianze difensive risultano fondate limitatamente alle intercettazioni disposte con decreto d'urgenza del pubblico ministero del 28 dicembre 2006, affette da sicura inutilizzabilità, in quanto sostanzialmente fondate su una notizia di reato non utilizzabile sotto il profilo probatorio perché contenuta in un esposto anonimo; tale decreto d'intercettazione emesso dal p.m. in via d'urgenza e quello che ha convalidato tali operazioni hanno tratto giustificazione inequivocabilmente dagli spunti investigativi offerti da una fonte di cui non si poteva tener conto. Né vale a superare tali conclusioni il contenuto della nota della Polizia di Stato datata 27 dicembre 2006, pervenuta il giorno seguente, in cui si riportano informazioni neutre rispetto ai reati contestati e certamente non tali da costituire autonomi spunti investigativi su cui fondare valutazioni sotto il profilo della gravità indiziaria dei reati, che alcun contributo aveva ricevuto dalle verifiche svolte e dalla indispensabilità delle captazioni disposte.

L'alternativa iscrizione del reato di calunnia a carico di ignoti (persona offesa M.G., evidentemente incolpato di qualcosa nell'anonimo) e di estorsione e turbativa d'asta a carico di M. attestano l'incertezza della sussistenza di «gravi indizi» dell'uno e degli altri reati.

Non c'è - insomma - alla data del 28 dicembre 2006 un compendio probatorio su cui fondare una valutazione di gravità indiziaria per i reati iscritti.

In tale contesto le intercettazioni non erano né autorizzabili né, ovviamente, prorogabili.

Di contro, come è dato evincere dal contenuto dei successivi decreti d'intercettazione d'urgenza, deve registrarsi come i dati man mano acquisiti, davano conto di come prendesse corpo l'ipotesi accusatoria.

È soltanto, invero, dal 30 gennaio 2007, sulla scorta della nota della P.S. del 30 gennaio 2007, che la Polizia delinea un quadro indiziario maggiormente consistente in relazione all'ipotesi di turbativa d'asta, sino a questo momento non evincibile sulla base di altra notizia, essendo, come precisato, l'anonimo assolutamente inutilizzabile. È da questo momento che l'indagine si estende ad utenze in uso a persone diverse da M.G. e non ancora indagate. Va detto che a tali ulteriori elementi, frutto dell'estensione dell'ambito delle indagini, descritti nei provvedimenti emessi dalla pubblica accusa, può attribuirsi piena valenza dimostrativa perché non sanzionati con l'inutilizzabilità "derivata" per l'inoperatività della regola dell'art. 185 comma 1 c.p.p.: l'inutilizzabilità

delle intercettazioni originariamente eseguite non travolge i risultati di quelle successivamente legittimamente operate.

È noto, infatti, al Collegio il principio in tema di prova della insussistenza della “inutilizzabilità derivata” ove siano disposte intercettazioni sulla base di elementi emersi attraverso intercettazioni inutilizzabili, in quanto ciascun decreto ha una propria autonomia e può ricevere impulsi da un qualsiasi notizia di reato, anche da quelle acquisite sulla scorta di intercettazioni inutilizzabili (cfr. Cass., sez. 6 sent. n. 10051 del 3.12.2007).

È altrettanto noto, poi, che per le intercettazioni di conversazioni i gravi indizi di reato possono anche riguardare soggetti diversi dagli intercettati, che quindi ben possono essere e rimanere estranei alle indagini e non rivestire nel corso delle operazioni ed anche in seguito la veste di indagato, costituendo presupposto indispensabile gli indizi di reato e non di reità (Cass., sez. 6 sent. 12722 del 12.2.2009).

Analoghe considerazioni valgono in relazione a tutti i decreti di intercettazione svolti con urgenza, alle convalide ed alle proroghe emesse in data successiva al 30 gennaio 2007, tenuto conto della progressiva evoluzione del quadro indiziario alla luce del concreto contenuto delle conversazioni riferite, valutato dalla polizia giudiziaria e condiviso dal pubblico ministero.

Da ciò consegue che a fronte della originaria inutilizzabilità non possono dirsi travolte dalla medesima patologia anche le successive svolte sulle ulteriori utenze.

Meritano, invece, accoglimento i rilievi dedotti in materia di omessa proroga del termine di durata delle indagini preliminari. Infatti l'iscrizione *omnibus* è del 28 giugno 2007, sicché i sei mesi dalla iscrizione andavano a scadere il 28 dicembre 2007.

Tuttavia, la valutazione sulla ulteriore eccezione avanzata dalle difese in ordine alla mancanza di motivazione dei decreti emessi dal G.i.p. è idonea a condurre a conclusioni assorbenti rispetto ad ogni altro profilo.

Fondamentale la nota pronunzia a Sezioni Unite n. 17 del 21 giugno 2000, ric. Primavera, secondo cui «[...] vanno affermate le seguenti regole: a) la motivazione dei decreti che autorizzano o prorogano le operazioni di intercettazioni telefoniche o tra presenti, che convalidano i decreti emessi in casi d'urgenza dal pubblico ministero e questi stessi provvedimenti, costituisce requisito essenziale del decreto e deve dimostrare, anche attraverso il rinvio, recettizio o no, ad altro atto del procedimento, che il giudice ha valutato la sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge (esistenza di gravi, o sufficienti, indizi di reato; indispensabilità, o necessità, del ricorso allo specifico mezzo di ricerca della prova); b) la mancanza della motivazione, sia in senso fisico te-

stuale che logico, comporta la diretta inutilizzabilità dei risultati delle operazioni captative, per effetto della combinata lettura degli artt. 267 comma 1 e 271 comma 1 c.p.p.; c) il giudizio sulla congruità di merito e sulla idoneità dell'apparato giustificativo spetta al giudice del fatto, che sollecitato, deve fornire motivazione adeguata e corretta sia sotto il profilo normativo e che logico giuridico, sulla quale si esercita il controllo di legittimità».

Nel caso di specie, l'utilizzo costante di identici modelli prestampati non dà conto in alcun modo delle ragioni di merito valutate dal giudice e dell'autonomia di valutazione rispetto alla prospettazione di una parte che, ancorché pubblica, è, appunto, parte.

A giudizio del Collegio tutti i provvedimenti esaminati, motivati "*per relationem*", atteso il costante rinvio, nella parte propriamente motivazionale, ai soli atti della polizia giudiziaria, sono privi di una pur minima succinta indicazione dei motivi delle decisioni assunte e dell'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal decidente per pervenire al risultato decisorio, senza che sia stata fornita la dimostrazione dell'avvenuto vaglio critico del contenuto degli atti a cui viene fatto rinvio. In altri termini, non si è dato conto delle ragioni per le quali il G.i.p. ha ritenuto congrui gli atti di riferimento e come da essi abbia enucleato le ragioni – sussistenza dei gravi indizi di reato e indispensabilità dell'utilizzo del mezzo captatorio – in base alle quali era consentito sottoporre ad attività di monitoraggio le conversazioni tra privati e comprimere il diritto alla riservatezza degli intercettandi.

Emblematico in tal senso è che, pur dopo l'aggiornamento delle iscrizioni, avvenuto con decreto del 28 giugno 2007 e consistito nell'iscrizione di vari nominativi di persone già intercettate e nell'iscrizione di vari e diversi reati rispetto a quelli in origine ascritti (associazione per delinquere, corruzione etc.), l'intercettazione d'urgenza del P.M. del mese di luglio 2007 fa ancora riferimento alla tralattizia iscrizione di M. per estorsione e per turbativa d'asta (pur non essendo M. destinatario del citato decreto d'iscrizione del 28 giugno 2007, prodotto in atti), e di ignoti per calunnia, pur essendo, a questo punto, ragionevolmente "uscita di scena" l'ipotesi calunniosa. Tale situazione, immediatamente percepibile dalla semplice lettura degli atti, non è stata colta dal G.i.p., che si è limitato a prorogare le intercettazioni già in atto, disposte per gli originari reati di calunnia in danno di M. ad opera di ignoti e di 629 e 353 c.p. nei confronti di M., nonostante – si ribadisce – i reati per cui, a partire dal 28 giugno 2007, ufficialmente si procedeva imponessero, non importa se mediante la veste di nuova intercettazione o di decreto di proroga, una valutazione nuova, certamente non ripetitiva di formule nate e ribadite a fronte di un quadro indiziario, come si è visto, completamente diverso: rispetto ai primi mesi del 2007, infatti, poteva, quantomeno da luglio 2007 in poi,

- ed anzi doveva - dirsi definitivamente tramontata l'ipotesi di lavoro di M. come vittima di denuncia calunniosa e si imponeva, secondo lo stesso P.M. precedente, la necessità di valutazione di un quadro corruttivo, che, come noto, pone i partecipanti sostanzialmente sullo stesso piano, in difformità dallo schema della estorsione o della concussione.

Di tale percorso argomentativo non vi è, nemmeno *in nuce*, alcun passaggio, tanto da far ritenere che la valutazione del G.i.p., seppure sicuramente svolta a livello di foro interno, non ha avuto momenti di estrinsecazione sotto il profilo motivazionale.

La rilevata permanenza dell'iscrizione del (solo) reato di turbativa d'asta, inoltre, non consente di ritenere motivato il decreto di proroga, se solo si considera che, nel frattempo, il quadro complessivo delle indagini era significativamente mutato, vista l'iscrizione e l'attribuzione ad altri soggetti del reato di turbativa d'asta, in origine provvisoriamente addebitato al solo M., stavolta al diverso titolo associativo.

Da tanto consegue l'inutilizzabilità di tutte le intercettazioni disposte.

Restano pertanto assorbite tutte le altre questioni prospettate dalle difese, ad eccezione di quella relativa all'asserita non acquisibilità *ex art. 512 c.p.p.* delle dichiarazioni rese dal M. in fase di indagini.

Sul punto si rileva che con la lista testi depositata dalla Procura in data 25.6.2010 era stato chiesto l'esame di tutti gli imputati, tra cui naturalmente anche il M. che tale era, per l'appunto, in quel momento.

In seguito, poi, la posizione del M. era stata stralciata sicché egli avrebbe semmai potuto essere indicato con un'integrazione della lista testi originariamente depositata, quale teste *ex art. 210 c.p.p.*: ma lo stralcio era stato motivato dalle gravissime condizioni di salute del M., ormai divenuto incapace di partecipare coscientemente al processo in ragione della patologia cerebrale esistente a suo carico, sicché in nessun modo egli avrebbe potuto essere indicato dal P.M. quale teste, essendo fisicamente e mentalmente impossibilitato a rendere consapevolmente qualunque dichiarazione; peraltro al termine ultimo utile per l'indicazione dei testimoni *ex art. 468 c.p.p.* - sette giorni prima dell'udienza del 21.10.2011 - il M. era deceduto da tempo.

Le sue dichiarazioni vanno pertanto certamente acquisite *ex art. 513, comma 2, c.p.p. (Omissis)*.

(1-3) Intercettazioni telefoniche tra utilizzabilità investigativa ed inutilizzabilità probatoria

SOMMARIO: 1. *L'inutilizzabilità delle intercettazioni disposte sulla base di denunce anonime* - 2. *L'insussistenza del principio dell'inutilizzabilità derivata* - 3. *Condizioni e limiti per l'ammissibilità della motivazione per relationem dei decreti autorizzativi delle intercettazioni.*

1. L'inutilizzabilità delle intercettazioni disposte sulla base di denunce anonime.

Con l'ordinanza in esame, il Tribunale di Perugia, nell'accogliere le doglianze difensive sollevate in sede di trattazione delle questioni preliminari, espunge dal fascicolo dibattimentale gli esiti delle intercettazioni disposte in via d'urgenza dal p.m. e convalidate dal G.i.p., ritenendole «affette da sicura inutilizzabilità», «in quanto sostanzialmente fondate su una notizia di reato non utilizzabile sotto il profilo probatorio perché contenuta in un esposto anonimo», nonché di quelle successivamente emesse dal G.i.p., rilevando come i relativi decreti autorizzativi - caratterizzati dall'«utilizzo costante di identici modelli prestampati» e «motivati per relationem, atteso il costante rinvio [...] ai soli atti della polizia giudiziaria» - risultino «privi di una pur minima succinta indicazione dei motivi delle decisioni assunte e dell'iter cognitivo e valutativo seguito dal decidente», non prima di aver escluso l'operatività, in materia, della regola dell'inutilizzabilità derivata.

A fronte di un impianto argomentativo così articolato, pare opportuno analizzare separatamente ciascuna delle questioni affrontate dal Collegio nella pronuncia annotata.

Sotto il primo dei profili considerati, com'è noto, «la denuncia anonima, anche se precisa e circostanziata, non è tecnicamente definibile come notizia di reato perché la mancanza di paternità non consente di valutare l'attendibilità della fonte da cui la notizia (stessa) proviene» ⁽¹⁾.

Costituisce, del resto, assunto pacifico, in virtù del disposto di cui all'art. 333, comma 3, c.p.p., come sia impedito qualsiasi uso processuale e probatorio delle denunce anonime, salvo quanto stabilito dall'art. 240 c.p.p., nel caso in cui le stesse integrino il corpo del reato o provengano comunque dall'imputato e salvo che ricorra, inoltre, l'ipotesi prevista dall'art. 41 r.d. 18 giugno 1931, n. 773, ai sensi del quale la polizia giudiziaria è legittimata ad

⁽¹⁾ Così BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 895. Ai sensi degli artt. 108 disp. att. c.p.p. e 5 reg. esec. c.p.p., il legislatore ha, peraltro, previsto, l'istituzione di uno speciale registro, nel quale sono destinati a confluire gli esposti o gli altri documenti anonimi, così escludendone l'idoneità ad indurre l'iscrizione nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. Sul punto, PAULESU, «Anonimi, documenti e denunce», in *Dig. disc. pen.*, IV, Torino, 1990, 477.

effettuare perquisizioni di propria iniziativa qualora nello scritto anonimo si faccia riferimento alla presenza, in un determinato luogo, di armi, munizioni o materie esplodenti non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute⁽²⁾.

Coerentemente, si è, pertanto, escluso che sulla base di una delazione anonima possa procedersi a quelle attività di indagine - quali perquisizioni, sequestri o intercettazioni telefoniche - che comprimono taluni diritti fondamentali della persona e che, necessariamente, presuppongono l'esistenza di indizi di reato⁽³⁾.

Senonché, nell'escludere l'uso probatorio delle delazioni anonime, la medesima corrente giurisprudenziale, valorizzando le prerogative istituzionalmente riconosciute agli organi inquirenti⁽⁴⁾, afferma, espressamente, che le stesse possano e debbano, «in virtù del principio di obbligatorietà dell'azione penale», essere utilizzate dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria come stimoli o spunti investigativi, cioè come presupposto per investigazioni strumentali «al fine di assumere dati conoscitivi diretti a

⁽²⁾ In tal senso, Cass., sez. IV, 17 maggio 2005, Cicerone, in *Cass. pen.*, 2006, 2902.

⁽³⁾ Sul tema, cfr., tra le più recenti, Cass., sez. V, 28 ottobre 2008, Chiocci, in *Mass. Uff.*, 242944, a margine della quale COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, in *Cass. pen.*, 2009, 4323; Cass., sez. VI, 21 settembre 2006, Macri, *ivi*, 2006, 2946; Id. sez. IV, 17 maggio 2005, Cicerone, *cit.*; Id. sez. V, 13 maggio 2004, Patricelli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 751; in senso conforme, inoltre, Cass., sez. VI, 20 maggio 1998, De Michelis, in *Giust. pen.*, 1999, II, 385; Id. 21 aprile 1998, Sambrotta, in *Cass. pen.*, 1999, 3506; Id. sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, *ivi*, 1998, 2081, a margine della quale ROMBI, *Anonimo, perquisizioni, sequestro, ibidem*, 2082; Id. sez. IV, 22 dicembre 1995, Figliolino, *ivi*, 1997, 1081; Id. sez. III, 8 marzo 1995, Ceroni, *ivi*, 1996, 1876, con nota di ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro, ibidem*, 1878; cfr., altresì, Cass., sez. un., 29 maggio 2008, Ivanov, in *Cass. pen.*, 2008, 4533, nella quale, in relazione all'inutilizzabilità di una denuncia irrituale, si è affermato che, alla stregua di una denuncia anonima, la stessa è «idonea a stimolare l'attività del p.m. o della polizia giudiziaria al fine dell'assunzione di dati conoscitivi atti a verificare se da essa possano ricavarsi indicazioni utili per l'enucleazione di una valida *notitia criminis*, suscettibile di essere approfondita con gli strumenti legali»; in tal senso, vigente il codice abrogato, si era già espressa sia la giurisprudenza di legittimità (v., in proposito, Cass., Sez. I, 17 marzo 1988, confl. in c. X ed altro, in *Cass. pen.*, 1989, 86, con note di DI CHIARA, *Cestinazione, declaratoria di impromovibilità dell'azione penale e notizie anonime, ibidem*, 87 e in *Giur. it.*, 1989, II, 257 e 321, con note, rispettivamente, di DEAN, *Delazioni anonime e condizionamento dell'azione penale* e di PAULESU, *Sulle sorti delle denunce anonime*) sia la Corte costituzionale (cfr., al riguardo, Corte cost., 27 dicembre 1974, n. 300, in *Foro it.*, 1975, I, 257 e Corte cost., 18 gennaio 1977, n. 29, *ivi*, 1977, I, 784).

⁽⁴⁾ In virtù dei poteri conferiti dall'art. 330 c.p.p., a mente del quale il p.m. e la polizia giudiziaria, oltre che ricevere «le notizie di reato presentate o trasmesse» a norma degli artt. 331 e ss., «prendono [altresì] notizia dei reati di propria iniziativa». Al riguardo, cfr. COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, *cit.*, 4325, nonché PAULESU, *Art. 330 c.p.p.*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 2010, 4120.

verificare se dall'anonimo possano ricavarsi gli estremi utili per l'individuazione di una valida *notitia criminis*»⁽⁵⁾.

In linea con la consolidata elaborazione giurisprudenziale, anche in dottrina, preso atto che «la modalità di ricerca della notizia di reato di gran lunga più frequente nella pratica è rappresentata [proprio] dalla rielaborazione (precisazione, selezione, messa a fuoco)», da parte della polizia giudiziaria e del p.m., «delle c.d. pseudo-notizie di reato, cioè di quanto appreso attraverso canali non codificati al fine di fare emergere con contorni definiti ciò che è rilevante per l'esercizio dell'azione penale»⁽⁶⁾, si ammette l'uso degli scritti anonimi in funzione di stimolo e orientamento delle attività degli organi inquirenti durante la fase pre-procedimentale, caratterizzata dalla ricerca di elementi utili per l'individuazione della notizia di reato, autonomi rispetto all'informazione anonima⁽⁷⁾.

Innanzitutto «ad un'attività informale, apparentemente svincolata dalle garanzie previste in materia di indagini preliminari»⁽⁸⁾, risulta, tuttavia, imprescindibile un vaglio preliminare da parte degli inquirenti circa la fondatezza delle informazioni ricevute⁽⁹⁾, nonché «un'esatta perimetrazione dei poteri degli organi investiganti, al fine di garantire il rispetto delle garanzie difensive, non solo della futura persona sottoposta ad indagine, ma anche delle altre potenziali parti private»⁽¹⁰⁾.

Diversamente, «qualora gli organi investiganti potessero ricorrere indiscriminatamente a tutte le attività previste nel libro V del codice di procedura penale, ci troveremmo dinanzi a vere e proprie indagini preliminari "irrituali"», con il rischio di «trasformare i mezzi di ricerca della prova in mezzi di acquisizione di una notizia di reato»⁽¹¹⁾. In altri termini, come si

⁽⁵⁾ In questi termini, cfr., tra le molte pronunce sopra citate nella nota n. 3, Cass., sez. V, 28 ottobre 2008, Chiocci, cit.

⁽⁶⁾ Così TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, in *Cass. pen.*, 2005, 3949.

⁽⁷⁾ Per tali rilievi, APRATI, *Notizia di reato*, in SPANGHER (diretto da) *Trattato di procedura penale* III, GARUTI (a cura di), *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Torino, 2009, 44-45; COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, cit., 4325; FUMU, sub art. 333 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da CHIAVARIO, IV, Torino, 1990, 55; LEO, *L'uso degli anonimi per lo sviluppo di attività di ricerca della prova*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, 712-713; PAULESU, Art. 333 c.p.p., in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 4129.

⁽⁸⁾ Così si esprime COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, cit., 4326.

⁽⁹⁾ Al riguardo, tra gli altri, MERCONE, *L'utilizzabilità penal-procedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, 755, nonché FANUELE, *L'utilizzazione delle denunce anonime per l'acquisizione della notizia di reato: condizioni e limiti delle attività pre-procedimentali alla luce delle regole sul «giusto» processo*, *ivi*, 2002, 1556.

⁽¹⁰⁾ In proposito, COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, cit., 4326.

⁽¹¹⁾ In questi termini, COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di rea-*

è efficacemente rilevato, alla «ragionevole attenuazione della preclusione all'uso dell'anonimo, dettata dalla necessità di non paralizzare le attività investigative», non poteva che corrispondere uno speciale rigore delle sanzioni «nel caso di abuso da parte degli inquirenti dei poteri d'indagine loro riconosciuti»⁽¹²⁾.

Risulta, pertanto, pienamente condivisibile il regime sanzionatorio particolarmente rigoroso - *id est* l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni - conseguente ad un eventuale uso processuale e, come tale, non consentito dell'esposto anonimo, imposto dalla giurisprudenza di legittimità ed accolto nell'ordinanza in commento.

Ed invero, anche nella fattispecie sottesa alla pronuncia annotata il Collegio, pur alludendo espressamente alla funzione propulsiva che, nella genesi del procedimento, aveva assunto la denuncia anonima⁽¹³⁾, preso atto di come alla data della prima intercettazione disposta in via d'urgenza dal p.m. non vi fosse «un compendio probatorio su cui fondare una valutazione di gravità indiziaria per i reati iscritti», non può che dichiarare come «in tale contesto le intercettazioni non [fossero] né autorizzabili né, ovviamente, prorogabili», recependo così integralmente gli affermati insegnamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia.

Sulla scorta di tali considerazioni, non può dunque dubitarsi che il contenuto di una intercettazione pur inutilizzabile perché captata sulla base di una delazione anonima possa, legittimamente, costituire un spunto investigativo, utile ad acquisire eventualmente una valida *notitia criminis*, ferma restando l'inutilizzabilità degli esiti delle stesse captazioni, in quanto, altrimenti, si consentirebbe, questa volta, illegittimamente, un uso processuale non consentito dell'esposto anonimo⁽¹⁴⁾.

to, cit., 4326, nonché, per considerazioni analoghe, FANUELE, *L'utilizzazione delle denunce anonime*, cit., 1555 e ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notitia criminis*, cit., 1882.

⁽¹²⁾ Così, in modo incisivo, ancora COLAIACOVO, *L'anonimo nella ricerca della notizia di reato*, cit., 4330; analogamente anche PAULESU, *Art. 333 c.p.p.*, cit., 4130.

⁽¹³⁾ Il Tribunale sottolinea, infatti, come «il decreto d'intercettazione emesso dal p.m. in via d'urgenza e quello che ha convalidato tali operazioni [avessero] tratto giustificazione inequivocabilmente dagli spunti investigativi offerti da una fonte di cui non si poteva tener conto».

⁽¹⁴⁾ V., al riguardo, Cass., sez. V, 28 ottobre 2008, Chiocci, cit.; Id., sez. III, 10 febbraio 2004, Mache e altri, in *Cass. pen.*, 2005, 3947, con nota di TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, cit.; Cass., sez. III, 29 aprile 2004, Canaj, *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 613; Id., sez. VI, 6 marzo 2003, Berdaku e altri, in *Riv. pen.*, 2004, 583; Id., sez. VI, 4 febbraio 2003, Hazbardhi, *ibidem*, 469, nelle quali si afferma espressamente che l'inutilizzabilità probatoria del contenuto di una intercettazione telefonica non esclude che quel medesimo contenuto possa dare impulso ad ulteriori indagini, legittimamente utilizzabili dal giudice per la complessiva valutazione del quadro probatorio.

2. L'insussistenza del principio dell'inutilizzabilità derivata.

Nel proseguo della motivazione, il Tribunale rileva, poi, come «dal contenuto dei successivi decreti d'intercettazione d'urgenza» - pur disposti sulla base di quella originaria, inutilizzabile per quanto sopra detto - «i dati man mano acquisiti» corroboravano «l'ipotesi accusatoria», delineando «un quadro indiziario maggiormente consistente» e giustificando la progressiva «estensione dell'ambito delle indagini» nei confronti di soggetti diversi fino ad allora non indagati. Gli esiti delle ulteriori intercettazioni godono, a parere del Collegio, di una «piena valenza dimostrativa», non dovendosi ritenere gli stessi «sanzionati con l'inutilizzabilità "derivata"», stante «l'inoperatività della regola dell'art. 185, comma 1, c.p.p.»⁽¹⁵⁾.

Com'è noto, la questione che ha costituito il banco di studio privilegiato «per una teorizzazione della teoria dell'inutilizzabilità derivata»⁽¹⁶⁾ - ispirata, a sua volta alla celebre dottrina dei *"fruits of the poisonous tree"* elaborata dalla Corte Suprema degli Stati Uniti d'America⁽¹⁷⁾ - è quella concernente i rapporti tra perquisizione illegittimamente operata e susseguente sequestro⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Sulla tematica, cfr., *ex multis*, C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 2007, 254 ss.; EAD., *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 796; COSTANTINI, *Intercettazioni telefoniche fra inutilizzabilità derivata e sanatoria sopravvenuta*, *ivi*, 1997, 434 ss.; GRIFANTINI, «Inutilizzabilità», in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 253; PERONI, *Esclusa la propagazione dell'inutilizzabilità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 859. In generale sull'istituto dell'inutilizzabilità, v., tra i tanti studi, i più recenti contributi di C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, *cit.*, *passim*; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008; GALANTINI, *Inutilizzabilità della prova e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 64; PIERRO, *Inutilizzabilità degli atti (proc. pen.)*, in CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano, 2006, 3241 ss.; RUGGIERI, *Art. 191 c.p.p.*, in GIARDA-SPAGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, *cit.*, 1848 ss.; SCELLA, *Inutilizzabilità della prova (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, vol. II, t. I, Milano, 2009, 479 ss.

⁽¹⁶⁾ COSTANTINI, *Intercettazioni telefoniche*, *cit.*, 435.

⁽¹⁷⁾ Sulla scorta della quale la Corte Suprema era giunta ad escludere l'utilizzabilità «non solo dei risultati probatori acquisiti con condotte lesive di diritti costituzionali, ma anche di quelli derivati da essi e definiti, significativamente, "frutti dell'albero avvelenato"»: al riguardo, TRIGGIANI, *Sull'utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, *cit.*, 3951, nota n. 11; in argomento, cfr., inoltre, C. CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità*, *cit.*, 796; nonché, in senso critico, CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 831 (secondo l'A., infatti, nelle ipotesi in cui «alla perquisizione segu[a] un sequestro degli eventuali reperti, ma, dove non incombono divieti, i poteri di apprensione coattiva sono indipendenti dalla ricerca: supponendola male eseguita, le cose pertinenti al reato restano sequestrabili; né appare seriamente invocabile la cosiddetta "inutilizzabilità"»), il quale aveva già smentito la supposta propagazione dell'inutilizzabilità con la «formula *male captum, bene retentum*» (Id., *Procedura penale*, Milano, 1981, 848).

⁽¹⁸⁾ In dottrina, su tale argomento, cfr. BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, *cit.*, 898 ss.;

A fronte del contrasto interpretativo emerso in seno alle Sezioni semplici⁽¹⁹⁾, le Sezioni Unite, con una nota pronuncia⁽²⁰⁾, adottano una soluzione intermedia, perché, pur affermando che «l'illegittimità della perquisizione, quando assume dimensioni tali da sconfinare in una palese violazione delle norme poste a tutela di diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che la ricerca ha consentito di acquisire», concludono nel senso che «ove tali risultati coincidano con il rinvenimento ed il sequestro del corpo di reato o delle cose pertinenti al reato è lo stesso ordinamento a considerare irrilevante il modo con il quale si sia pervenuti al sequestro, rappresentando il

COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547 ss.; FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, *ivi*, 1997, 2177 ss.; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Milano, 2004, 468 ss.; EAD., *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1514 ss.; MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 1937 ss.; M. MONTAGNA, *Il "male captum bene retentum" è davvero applicabile ai rapporti tra perquisizione e sequestro?*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 1125; ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, 2331 ss.; SEGHETTI, *Disorientamenti sulla validità del sequestro conseguente a perquisizione illegittima e sul concetto di inutilizzabilità*, in questa *Rivista*, 1995, 154 ss.; TRIGGIANI, *Ispezioni, perquisizioni, sequestri*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, 1 (*Le prove*), a cura di Scalfati, cit., 448-449.

⁽¹⁹⁾ Da un lato, accolta la tesi dell'autonomia giuridica del sequestro rispetto alla perquisizione, si escludeva che l'invalidità del decreto perquisitivo potesse ripercuotersi sul susseguente sequestro (cfr. Cass., sez. V, 27 novembre 1995, Melillo, in *Cass. pen.*, 1996, 1934, con nota di MENDOZA, *Perquisizione illegittima e suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa dalla polizia giudiziaria*, cit.; Cass., sez. II, 5 dicembre 1994, Prisinzano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1995, 1064; Cass., sez. VI, 24 aprile 1991, Lionetti, in *Cass. pen.*, 1992, 1879; Id. sez. I, 13 luglio 1990, Bianco, in *Riv. pen.*, 1991, 667); dall'altro lato, invece, riconosciuta l'esistenza di uno stretto rapporto funzionale tra l'atto di ricerca della prova e la sua materiale apprensione, si dichiarava illegittimo il sequestro effettuato in seguito a perquisizione invalida, ora richiamandosi alla sanzione dell'inutilizzabilità, ora a quella della nullità (cfr. Cass., sez. V, 22 settembre 1995, Cavarero, in *Cass. pen.*, 1996, 1545, con nota di COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, cit.; Cass., sez. III, 28 febbraio 1994, Santi, in *Mass. Uff.*, 197316; Id., sez. I, 29 ottobre 1993, Lenzi, in *Giust. pen.*, 1997, III, 359; Id., 20 gennaio 1993, Mattiuzzi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1993, 649; Id. sez. V, 13 marzo 1992, Casini, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1127, con nota di MOLINARI, *Invalidità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, *ibidem*, 1130 ss. e in *Cass. pen.*, 1994, 117, con nota di BENE, *L'art. 191 c.p.p. e i vizi del procedimento probatorio*; Cass., sez. II, 10 dicembre 1990, Rocchi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 243).

⁽²⁰⁾ Cass., sez. un., 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996, 3268, con nota di VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima* e in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1122 con commento di LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata*, *ibidem*, 1126.

sequestro stesso un “atto dovuto” e, come tale, da effettuarsi nonostante la violazione delle prescrizioni inerenti alla perquisizione precedentemente compiuta ⁽²¹⁾.

Sulla scia di tale pronuncia, la questione circa l’operatività anche in materia di inutilizzabilità della regola fissata dall’art. 185, comma 1, c.p.p., secondo cui la nullità di un atto rende invalidi tutti gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo, è stato oggetto di variegata elaborazioni dottrinali ⁽²²⁾, alimentate dall’assenza di una disciplina analoga a quella contenuta dell’art. 185 c.p.p. ed animate da «due istanze di grandissima rilevanza: da un lato, la necessità di tutelare i diritti fondamentali; dall’altro lato, l’esigenza di conservare prove che potrebbero essere determinanti» ⁽²³⁾.

Viceversa, la propagazione dell’inutilizzabilità è stata costantemente esclusa dalla giurisprudenza, anche costituzionale ⁽²⁴⁾, sulla considerazione che tale sanzione processuale riguarderebbe solo le prove illegittimamente acquisite e non altre la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite ⁽²⁵⁾.

Il principio in questione è stato costantemente ribadito anche in materia

⁽²¹⁾ In senso conforme, successivamente, Cass., sez. IV, 27 febbraio 2003, Parisi, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 581; Id. sez. VI, 9 gennaio 2004, Scollo, in *Mass. Uff.*, 227880; Id., Sez. I, 28 aprile 2006, P., *ibidem*, 234672; Id., sez. II, 10 ottobre 2007, Lonoce, *ibidem*, 238114; e, da ultimo, Id. 23 aprile 2010, Ceschini, *ibidem*, 247679; Id. sez. VI, 23 giugno 2010, M’Nasri, *ibidem*, 248685.

⁽²²⁾ Per una panoramica delle quali, TRIGGIANI, *Sull’utilizzabilità a fini investigativi dei risultati di una intercettazione telefonica illegittima*, cit., 3951, nonché, più di recente, FELICIONI, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro*, cit., 1518-1520.

⁽²³⁾ Così C. CONTI, *Il volto attuale dell’inutilizzabilità*, cit., 796.

⁽²⁴⁾ Corte cost., 27 settembre 2001, n. 332, in *Giur. cost.*, 2001, 2821, con nota di SPANGHER, *E pur si muove»: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*.

⁽²⁵⁾ V., *ex plurimis*, Cass., sez. II, 29 novembre 2011, B., in *Mass. Uff.*, 251361; Id. sez. V, 5 novembre 2010, G., in *Cass. pen.*, 2012, 199; Id., sez. I, 2 marzo 2010, Aquino, *ivi*, 2011, 2684; Id. sez. II, 4 marzo 2008, P.G. in proc. Fiaccabrino, in *Mass. Uff.*, 239746; Id. sez. I, 30 gennaio 2007, Cirillo e altri, *ibidem*, 236694; Id. sez. III, 29 aprile 2004, Canaj, cit.; Id. sez. VI, 4 febbraio 2003, Hazbardi, cit.; Id. sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto, in *Mass. Uff.*, 224856; Id., sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, in *Cass. pen.*, 1999, 1569, con nota di DE AMICIS, *Sulla «inutilizzabilità consequenziale»*, *ibidem*, 1570; Id. sez. II, 24 gennaio 1996, Agostino, in *Giur. it.*, 1998, 558, con nota critica di VERRINA, *Approccio riduttivo della Corte di cassazione alla categoria dell’inutilizzabilità derivata*; Id. sez. II, 3 luglio 1995, D’Urzo, in *Cass. pen.*, 1997, 2176, con nota di FALATO, *A proposito di inutilizzabilità derivata e perquisizioni*, cit.; Cass., Sez. I, 26 maggio 1994, Scaduto, *ivi*, 1995, 2627; *contra*, l’isolata Cass., sez. I, 19 ottobre 1993, Messina, in *Mass. Uff.*, 196488, ritenendo, indifferentemente, che «la nullità o inutilizzabilità di un atto possono rispettivamente comunicarsi o avere effetto solo su atti successivi ed in quanto dipendenti dall’atto nullo o inutilizzabile».

di intercettazioni telefoniche, nell'ipotesi in cui le medesime siano disposte sulla base di elementi emersi attraverso precedenti captazioni inutilizzabili, sul rilievo che ciascun decreto autorizzativo è dotato di una propria autonomia e può ricevere impulso da una qualsiasi notizia di reato e, dunque, anche da quelle acquisite sulla scorta di intercettazioni inutilizzabili⁽²⁶⁾.

Nel far proprio tale consolidato insegnamento giurisprudenziale, il Collegio afferma, pertanto, che «l'inutilizzabilità delle intercettazioni originariamente eseguite non travolge i risultati di quelle successivamente legittimamente operate».

3. Condizioni e limiti per l'ammissibilità della motivazione per relationem dei decreti autorizzativi delle intercettazioni.

Nel richiamarsi ad una nota pronuncia delle Sezioni Unite ⁽²⁷⁾, nella quale la Suprema Corte ha definito «l'apparato motivazionale minimo per giudicare legittimo, sotto il profilo giustificativo, il provvedimento di cui all'art. 267 c.p.p.» ⁽²⁸⁾, il Tribunale accoglie, infine, l'ulteriore eccezione difensiva in ordine alla mancanza di motivazione dei decreti con i quali il G.i.p. aveva convalidato, autorizzato e prorogato le intercettazioni telefoniche successive ⁽²⁹⁾.

⁽²⁶⁾ Cfr. Cass., sez. I, 13 maggio 2010, Accomando e altri, in *Giur. it.*, 2011, 652, con nota di ANTINUCCI, *I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie*; nonché Cass., sez. V, 5 novembre 2010, G., cit.; Id. sez. I, 2 marzo 2010, Aquino, cit.; Id. sez. I, 6 marzo 2008, Imperato, in *Mass. Uff.*, 239373; Id. sez. VI, 3.12.2007, O., *ibidem*, 239458; Id. sez. VI, 22 novembre 2007, Ali, *ibidem*, 238714; Id. sez. I, 30 gennaio 2007, Cirillo e altri, cit.; Id. sez. III, 29 aprile 2004, Canaj, cit.; Id. sez. VI, 6 marzo 2003, Berdaku, cit.; Id. sez. VI, 4 febbraio 2003, Hazbardhi, cit.; Id. sez. I, 22 dicembre 1997, Nikolic, cit.; Id. sez. II, 14 novembre 1997, Meriani, in *Cass. pen.*, 1999, 1897; Id. sez. I, 26 maggio 1994, Scaduto, cit.

⁽²⁷⁾ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, in *Cass. pen.*, 2001, 69, nonché in *Dir. pen. proc.*, 2001, 621, con nota di FILIPPI, *Decreto che autorizza l'intercettazione telefonica e motivazione per relationem*, *ibidem*, 632, nella quale la Corte, nel suo più ampio consenso, ha precisato che dall'apparato motivazionale del provvedimento autorizzativo deve ricavarsi, anzitutto, «la prova che il magistrato che ha emesso il decreto abbia, in effetti e con riferimento al caso specifico, preso in considerazione i dati fattuali necessari secondo il dato normativo»; occorre, inoltre, che quest'ultimi «sussistano realmente», che «siano stati valutati in riferimento alle esigenze poste a fondamento della legge» ed, infine, che «siano stati trovati idonei a soddisfarle».

⁽²⁸⁾ Così SANTORIELLO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e possibilità di sanatoria*, in *Giur. it.*, 2005, 1281.

⁽²⁹⁾ Su tale peculiare mezzo di ricerca della prova, cfr., tra i tanti, APRILE, *Intercettazioni di comunicazioni*, in SPANGHER (diretto da), *Trattato di procedura penale*, II, cit., 475 ss.; CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; FILIPPI, *Intercettazioni telefoniche (diritto processuale penale)*, in *Enc.*

Anche in relazione a tale specifica questione, è ben noto come, fin dalla storica pronuncia con la quale la Corte costituzionale, annoverando «la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altro mezzo di comunicazione» nell'alveo dei diritti inviolabili dell'individuo, ha affermato che il principio riconosciuto e tutelato dall'art. 15 Cost. «sarebbe gravemente compromesso se a carico dell'interessato potessero valere, come indizi o come prove, intercettazioni telefoniche assunte illegittimamente senza previa motivata autorizzazione dell'autorità giudiziaria»⁽³⁰⁾, si sia configurata quale esigenza imprescindibile in materia quella connessa alla necessaria motivazione delle operazioni captative⁽³¹⁾.

Stante la «formidabile capacità intrusiva [di tale] mezzo di ricerca della prova nella sfera della segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata»⁽³²⁾ ed in considerazione della «concreta residualità [del medesimo] rispetto ad altri possibili strumenti investigativi»⁽³³⁾, la motivazione del decreto autorizzativo non può che atteggiarsi a «garanzia delle garanzie»⁽³⁴⁾.

A rafforzare tale previsione, il codice del 1988 ha espressamente sanzionato con l'inutilizzabilità i risultati delle captazioni telefoniche, qualora le stesse siano state effettuate in violazione delle prescrizioni normative, tra le quali si colloca, appunto, quella che pone a carico dell'autorità giudiziaria l'obbligo di motivare il decreto autorizzativo⁽³⁵⁾.

dir., Agg., VI, Milano, 2002, 565 ss.; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, *passim*.

⁽³⁰⁾ Corte cost., 4 aprile 1973, n. 34, in *Giur. cost.*, 1973, 337, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*, *ibidem*, 317.

⁽³¹⁾ Sul tema, tra i tanti, FILIPPI, *Art. 267 c.p.p.*, in GIARDA-SPAGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 2646 ss.; GAITO, *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, 929; SEGHETTI, *Intercettazioni telefoniche illegittime per motivazione insufficiente e nullità della custodia cautelare*, in *Giur. it.*, 1992, II, 131.

⁽³²⁾ Così, incisivamente, Cass., sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, in *Giur. it.*, 2003, 1001.

⁽³³⁾ In questi termini, GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3349, soffermandosi sul duplice presupposto, «di natura indiziaria» e «di assoluta indispensabilità in vista del successivo sviluppo delle indagini», richiesto dall'art. 267, comma 1, c.p.p. e ben valorizzato nella pronuncia annotata (Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, Lombardi Stonati, *ibidem*, 3341). Su tale carattere, inoltre, GIOSTRA, *Intercettazioni tra indagini e privacy. Primo, evitare soluzioni improvvisate*, in *D&G*, 2006, 31, 98; *Id.*, *Intercettazioni: un sacrosanto richiamo alla legalità e sciagurati propositi di riforma*, in *Quest. giust.*, 2009, 3, 209.

⁽³⁴⁾ Per tale espressione, CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 110. Sul tema, v. anche BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 36 ss.

⁽³⁵⁾ Cfr., *ex multis*, FUMU, *Sub art. 271 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., vol. II, 800 ss.

Alla ricerca di una esatta delimitazione del contenuto dell'obbligo motivazionale in questione, la giurisprudenza formatasi successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice, lungi dall'assumere una posizione unitaria, continuava ad oscillare tra un indirizzo meno rigoroso, già sperimentato, peraltro, vigente il codice del 1930⁽³⁶⁾ e favorevole all'utilizzo della cd. motivazione indiretta o *per relationem*, ovvero sia di quella che nell'impianto giustificativo si limiti a richiamare la richiesta del p.m. ovvero le informative di polizia giudiziaria⁽³⁷⁾, ed uno più rigido, orientato a richiedere, al contrario, una specifica motivazione tale da «coinvolgere [direttamente] il decidente nell'operazione decisoria»⁽³⁸⁾.

Sebbene l'ultima posizione interpretativa risulti, senza dubbio, «più conforme alla natura "eccezionale" di tale mezzo di ricerca della prova ..., ma, soprattutto, più aderente a quei principi costituzionali fissati, con norma precettiva, dall'art. 15 della Costituzione, a tutela del diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni»⁽³⁹⁾, «l'abusato ricorso» alla tecnica motivazionale sostenuta dal primo indirizzo trova, secondo taluni, la sua *ratio* giustificatrice «nell'evidente ottica di sottrarre il materiale probatorio alla sanzione della inutilizzabilità di cui all'art. 271 c.p.p.»⁽⁴⁰⁾, «alvanguardando,

⁽³⁶⁾ Si vedano, in proposito, Cass., sez. VI, 27 giugno 1988, Araniti, in *Cass. pen.*, 1989, 1797; Cass., sez. VI, 15 maggio 1987, Martino, *ibidem*, 420; Cass., sez. VI, 29 gennaio 1987, Margotta, *ivi*, 1988, 1214.

⁽³⁷⁾ Cfr., tra le tante, Cass., sez. IV, 4 maggio 2000, Aguneche, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 507; Id. sez. VI, 3 settembre 1999, Pasimeni, in *Cass. pen.*, 2000, 3354; Id. sez. I, 26 maggio 1999, Adorisio, in *Mass. Uff.*, 214006; Id. sez. I, 10 maggio 1999, Draskovicova, in *Cass. pen.*, 2000, 691, con nota di POMANTI, *Sulla motivazione del decreto di autorizzazione delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, *ibidem*, 692; Cass., sez. I, 25 marzo 1999, Scarabello, *ibidem*, 1335; Id. sez. VI, 14 dicembre 1998, Venturini, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 279; Id. sez. III, 3 luglio 1998, Grieco, in *Cass. pen.*, 1999, 2915; Id. sez. I, 11 febbraio 1998, Seseri, in *Mass. Uff.*, 210550; Cass., sez. VI, 16 dicembre 1997, Scollo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 51; Cass., sez. VI, 5 ottobre 1994, Celone, *ivi*, 1995, 219. In generale, sui caratteri della motivazione *per relationem*, cfr. VOGLIOTTI, *La motivazione dei provvedimenti giurisdizionali*, in CHIAVARIO-MARZADURI (diretta da), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale. Atti del procedimento penale. Forma e struttura* (a cura di Marzaduri), Torino, 1996, 72-75.

⁽³⁸⁾ Così BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 193. Al riguardo, cfr. Cass., sez. III, 3 ottobre 1997, Shabani, in *Cass. pen.*, 1999, 586; Id. sez. III, 23 maggio 1997, Bormolini, in *Mass. Uff.*, 208634; Id. sez. II, 12 aprile 1996, Amendola, *ibidem*, 205870; Id. sez. II, 6 febbraio 1996, Filoni, in *Cass. pen.*, 1997, 1434; Id. sez. V, 12 luglio 1995, Bonacchi, *ibidem*, 456; Id. sez. I, 25 marzo 1991, D'Errico, *ivi*, 1992, 141.

⁽³⁹⁾ In proposito, cfr. POMANTI, *Sulla motivazione del decreto di autorizzazione delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, cit., 693.

⁽⁴⁰⁾ Così BARGI, *Richieste della polizia giudiziaria e motivazione del G.i.p. sull'esistenza degli indizi legittimanti le intercettazioni: un confine da non trascurare*, in *Giur. it.*, 2006, 1499, rinvenendone il fondamento «nell'erronea quanto artificiosa

così, «l'esito di non poche indagini fondate esclusivamente sul materiale intercettato»⁽⁴¹⁾.

Al fine di evitare i rischi connessi ad un uso improprio di tale tecnica⁽⁴²⁾, risultava necessario fissare i presupposti di ammissibilità della cd. motivazione *per relationem*.

Intervenute sull'argomento, le Sezioni Unite, nell'avallare il ricorso alla «motivazione con rinvio ad altro atto del procedimento», precisano che la stessa «deve ritenersi legittima» purché «faccia riferimento ad un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione»; in secondo luogo, l'apparato argomentativo deve fornire idonea «dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento cui si richiama e le abbia meditate e ritenute coerenti alla sua decisione» ed, infine, «l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare» deve essere «conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda

dilatazione del concetto di motivazione insufficiente sviluppata dalle Sezioni unite» fin da Cass., sez. un., 25 marzo 1998, Manno in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 391 e ribadita anche da Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, cit. Introdotta la distinzione fra radicale mancanza e semplice insufficienza del discorso giustificativo dell'organo giurisdizionale, si è ritenuto integrata la prima, oltre che nel caso-limite di completa mancanza in senso fisico dell'apparato motivazionale, anche nelle ipotesi - senz'altro più frequenti nella prassi - in cui la motivazione sia «apparente, semplicemente ripetitiva della formula normativa, del tutto incongrua rispetto al provvedimento che deve giustificare», laddove l'insufficiente motivazione sarebbe, invece, ravvisabile nei casi in cui l'argomentazione addotta a sostegno dell'atto giudiziale risulti affetta da «incompletezza o insufficienza o non perfetta adeguatezza ovvero di sovrabbondanza con ben probabili, in simili eccessi, slabbrature logiche», trattandosi di «vizi che non negano e neppure compromettano la giustificazione, ma la rendono non puntuale». Opposte le conseguenze processuali: alla mancanza di motivazione non potrebbe che conseguire l'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni captative, mentre, invece, in caso di mera insufficienza dell'apparato argomentativo, il vizio sarebbe suscettibile di sanatoria da parte di altra autorità giudiziaria ed, in particolare, «dal giudice cui la doglianza venga prospettata, sia esso il giudice del merito, che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia da quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità» (così Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, cit.). In senso critico nei confronti di una simile «sanatoria della motivazione viziata», anche FILIPPI, *Decreto che autorizza l'intercettazione telefonica e motivazione per relationem*, cit., 634.

⁽⁴¹⁾ Per tale conclusione, POMANTI, *Sulla motivazione del decreto di autorizzazione delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, cit., 694, nonché, per considerazioni analoghe, BARGI, *Richieste della polizia giudiziaria e motivazione del G.i.p.*, cit., 1501.

⁽⁴²⁾ Come sottolineava già CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, Torino, 1989, 578, «il peggior nemico della legalità processuale è la motivazione apparente».

attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione»⁽⁴³⁾, non essendo, viceversa, necessaria la formale e fisica allegazione del documento specificamente richiamato⁽⁴⁴⁾.

Nonostante gli stringenti limiti espressamente individuati in ordine all'ammissibilità della motivazione *per relationem*, nella prassi, si assiste ad una sostanziale elusione di detti principi⁽⁴⁵⁾, fino a giustificare la cd. motivazione *per relationem* di secondo grado⁽⁴⁶⁾, «caratterizzata cioè dall'espedito del richiamo del richiamo, mediante il rinvio all'atto di polizia giudiziaria»⁽⁴⁷⁾.

In senso critico, si è rilevato come il «duplice rinvio apodittico alle informative della polizia giudiziaria» finisca per consegnare «all'organo investigativo la valutazione del presupposto di ammissibilità delle intercettazioni»⁽⁴⁸⁾; giudizio che, invece, è affidato alla competenza esclusiva ed inderogabile dell'autorità giudiziaria, come si desume agevolmente dal disposto di cui all'art. 267, comma 1, c.p.p., a sua volta, correlato alle prescrizioni dell'art. 15, comma 2, Cost.

In estrema sintesi, legittimare «la prassi del “richiamo del richiamo” [...] significherebbe svilire una delle principali garanzie poste a presidio dell'equi-

⁽⁴³⁾ Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, cit. In senso conforme, successivamente, v. Cass., sez. III, 27 novembre 2002, Ferretti, in *Mass. Uff.*, 223294; Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2003, Galano, *ibidem*, 225351; Id. sez. Un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Cass. pen.*, 2004, 1271, mentre, in senso meno rigoroso, cfr. Cass., sez. V, 13 maggio 2003, Pagano e altri, in *Guida dir.*, 2003, 40, 64; Id. sez. VI, 18 aprile 2003, Nobile, *ibidem*, 35, 108; Id. sez. V, 12 febbraio 2003, Graviano e altri, *ibidem*, 28, 90. Tra le più recenti pronunce, in senso adesivo al principio di diritto formulato dalle Sezioni unite, v. Cass., Sez. VI, 14 novembre 2008, M.E., in *Mass. Uff.*, 242233; Id. sez. I, 3 febbraio 2005, Gallace, *ibidem*, 232261; Id. sez. I, 10 novembre 2005, Distante, in *Giur. it.*, 2006, 1925.

⁽⁴⁴⁾ Così, da ultimo, Cass., sez. IV, 16 dicembre 2010, C., in *Mass. Uff.*, 249807.

⁽⁴⁵⁾ Nel riferirsi a tale fenomeno, GABRIELLI, Nota a Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2010, 1189 lo sintetizza efficacemente come «parassitismo giustificativo spesso attecchito nella prassi».

⁽⁴⁶⁾ Sul tema, cfr. Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, Lombardi Stonati, cit., con note di GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, cit., 3352 ss. e di PERONI, *Inammissibile la motivazione per relationem di “secondo grado” in tema di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 708-709 ed, inoltre, con osservazioni di GABRIELLI, cit., 1188 ss.; nonché Cass., sez. VI, 11 maggio 2005, Longoni, in *Giur. it.*, 2006, 1495, con nota di BARGI, *Richieste della polizia giudiziaria e motivazione del G.i.p.*, cit., 1498.

⁽⁴⁷⁾ Per tale definizione di sintesi, GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso»*, cit., 3353.

⁽⁴⁸⁾ In questi termini, BARGI, *Richieste della polizia giudiziaria e motivazione del G.i.p.*, cit., 1502; per analoghe considerazioni, v. GABRIELLI, Nota a Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, cit., 1188-1189 ed, in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, Lombardi Stonati, cit.

librato bilanciamento fra l'interesse dell'accertamento penale e quello della salvaguardia della sfera della *privacy*, rimettendo alla polizia giudiziaria quell'apprezzamento sui presupposti individuati dall'art. 267 c.p.p. che il codice di rito demanda inequivocamente all'organo giurisdizionale»⁽⁴⁹⁾.

Ciononostante, si è precisato che «a voler ritenere legittimo il rinvio *per relationem* ad atti investigativi, la motivazione in ordine ai gravi indizi comporta, comunque, l'obbligo, da parte dell'autorità giudiziaria, della previa valutazione critica degli argomenti investigativi della p.g. in ordine alla loro rappresentatività probatoria dell'ipotesi criminosa che rende ammissibile l'attività invasiva»⁽⁵⁰⁾.

In altri termini, come è stato autorevolmente affermato, il giudice che rinvii *per relationem* ad atti provenienti dalla p.g. «dovrà sempre aver cura di esplicitare [...] la propria volontà di recepire, all'interno della stessa motivazione, il contenuto di tali atti [...] soprattutto là dove questi ultimi indicano elementi di fatto, ovvero prospettano analisi investigative o ipotesi ricostruttive, rilevanti per la verifica dei ben noti presupposti descritti dall'art. 267, comma 1, c.p.p.»⁽⁵¹⁾.

Diversamente, risulterebbe, infatti, impossibile «dedurre l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal giudice e conoscerne i risultati che debbono essere conformi alle prescrizioni della legge», secondo i confini tracciati dalla Corte di Cassazione a Sezioni unite nella fondamentale pronuncia concernente i presupposti legittimanti la motivazione *per relationem*⁽⁵²⁾.

Se è vero che ogni «interpretazione inadeguata delle norme sull'ammissibilità delle intercettazioni» favorisce, inevitabilmente, «un'indiscriminata limitazione del diritto alla libertà e alla segretezza di ogni forma di comunicazione, garantito come inviolabile dall'art. 15 Cost.»⁽⁵³⁾, le valutazioni sopra riferite si attagliano perfettamente al caso di specie, nel quale - come

⁽⁴⁹⁾ Cfr., GABRIELLI, Nota a Cass., sez. VI, 12 febbraio 2009, cit., 1188.

⁽⁵⁰⁾ In tal senso, BARGI, *Richieste della polizia giudiziaria e motivazione del g.i.p.*, cit., 1502, nonché GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, cit., 3353-3354, nel sottolineare come «non interess[i]» tanto «quale sia la provenienza» degli elementi necessari all'accertamento dei presupposti previsti dall'art. 267, comma 1, c.p.p., quanto, piuttosto, che «non si tratti di una mera ricezione acritica e meccanica di tali dati e di tali apprezzamenti, occorrendo invece che il giudice manifesti una non equivoca volontà di avvalersi dei suddetti elementi informativi e valutativi, facendoli propri come passaggi essenziali in vista della formazione del suo convincimento».

⁽⁵¹⁾ Così, ancora, GREVI, *Sul necessario collegamento tra «utenze telefoniche» e «indagini in corso» nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, cit., 3354.

⁽⁵²⁾ Ci si riferisce alla già più volte citata Cass., sez. un., 21 giugno 2000, Primavera, cit., recante l'ulteriore precisazione secondo cui «tale regola vale anche per i provvedimenti di proroga, i quali possono, sotto il profilo razionale, scontare un minore impegno motivazionale quanto ai presupposti, se verificati ancora sussistenti, ma debbono ugualmente dar conto della ragione di persistenza dell'esigenza captativa».

⁽⁵³⁾ In questi termini, NAPPI, *Sull'abuso delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 473.

rileva il Collegio - «l'utilizzo costante di identici modelli prestampati non dà conto in alcun modo delle ragioni di merito valutate dal giudice e dell'autonomia di valutazione rispetto alla prospettazione di una parte che, ancorché pubblica, è, appunto, parte». In particolare, tutti i decreti esaminati - «motivati "per relationem", atteso il costante rinvio, nella parte propriamente motivazionale, ai soli atti della polizia giudiziaria» - risultano «privi di una pur minima succinta indicazione dei motivi delle decisioni assunte e dell'iter cognitivo e valutativo seguito dal decidente per pervenire al risultato decisorio, senza che sia stata fornita la dimostrazione dell'avvenuto vaglio critico del contenuto degli atti a cui viene fatto rinvio».

In difetto dell'indicazione delle ragioni specifiche «per le quali il G.i.p. ha ritenuto congrui gli atti di riferimento e come da essi abbia enucleato le ragioni - sussistenza dei gravi indizi di reato e indispensabilità dell'utilizzo del mezzo captatorio - in base alle quali era consentito sottoporre ad attività di monitoraggio le conversazioni tra privati e comprimere il diritto alla riservatezza degli intercettandi», il Tribunale non può che giungere alla declaratoria di inutilizzabilità di tutte le intercettazioni disposte.

ERICA FARINELLI

G.U.P. TRIBUNALE DI TERNI – 9 novembre 2011 – *Est.* Panariello - C.F.

Calunnia – Ritrattazione successiva all'acquisizione probatoria della falsità dell'incolpazione – Incidenza sulla punibilità in concreto del reato di calunnia – Esclusione – *Post factum* irrilevante rispetto all'avvenuto perfezionamento del reato di calunnia – Concessione circostanza attenuante prevista dall'art. 62 n. 6 c.p. – Esclusione – Ragioni (c.p., artt. 62, n. 6; 368).

La ritrattazione della denuncia non esclude la punibilità del reato di calunnia, integrando un post factum irrilevante rispetto all'avvenuto perfezionamento del reato, non valutabile neanche quale circostanza attenuante ex art. 62 n. 6 c.p., perché non effettuata prima che l'autorità giudiziaria acquisisse per altra via la prova della falsità dell'incolpazione (1).

Simulazione di reato – Falsa incolpazione nei confronti di una persona determinata o facilmente determinabile – Reato progressivo – Concorso con il reato di calunnia – Esclusione (c.p., artt. 367; 368).

Quando la simulazione oggettiva di un reato sia diretta a prospettare una falsa incolpazione della commissione dello stesso da parte di una persona determinata o facilmente determinabile si realizza un reato progressivo, nel quale il disvalore della simulazione è assorbito da quello della calunnia, con la conseguenza che deve escludersi il concorso tra le due fattispecie delittuose (2).

(*Omissis*). A conclusione delle indagini preliminari il Pubblico Ministero chiedeva il rinvio a giudizio di C.F. per rispondere del reato di cui agli artt. 81, 367 e 368 c.p., per avere, con più azioni in esecuzione del medesimo disegno criminoso, prima simulando che le lesioni subite fossero derivate da un'aggressione con dichiarazione resa ai sanitari del Pronto Soccorso, ove si era recato per farsi medicare, e successivamente con dichiarazioni rese ai Carabinieri della Stazione di Narni Scalo, accusato A.D. di averlo aggredito e ferito con un coltello pur sapendolo innocente e pur sapendo che le lesioni medicate a Pronto Soccorso se le era procurate scivolando a terra mentre saliva in auto [...]. All'udienza preliminare il difensore di fiducia dell'imputato, munito di rituale procura speciale, chiedeva l'ammissione al giudizio abbreviato.

Amnesso l'imputato al rito prescelto, all'esito della discussione, il Pubblico Ministero chiedeva la condanna dell'imputato alla pena di 1 anno e 7 mesi, mentre il difensore chiedeva l'assoluzione del proprio assistito.

Dagli atti delle indagini preliminari utilizzabili per la decisione risulta evidente la penale responsabilità di C.F. per il reato di calunnia al medesimo ascritto.

In data 26/06/2008, alle ore 00,30, personale della stazione dei Carabinieri di Narni Scalo si portava, su richiesta della stazione dei Carabinieri di Amelia, nella locale via Tuderte, all'altezza del distributore Agip, in quanto una persona aveva chiesto l'intervento dei Carabinieri. Avuta la presenza del richiedente, identificato in A.D., si appendeva da quest'ultimo che, non appena rientrato nella propria abitazione, sita in Via M. n° 15, aveva trovato ad aspettarlo una persona da lui conosciuta con il nome di F. che sembrava voler estrarre qualcosa dal proprio fianco destro, al punto che l'A., impauritosi, aveva fatto retromarcia allontanandosi ma, nonostante ciò, la persona conosciuta come F. era salito a bordo della propria autovettura e l'aveva inseguito cercando di speronarlo. Giunti nei pressi del distributore Agip, l'inseguitore si era allontanato in direzione di Terni. Dato che l'A. riferiva ai Carabinieri di frequentare una ragazza di nome M.M., che era stata fidanzata del F. che l'aveva inseguito, i Carabinieri si recavano presso l'abitazione della M. che, sentita a sommarie informazioni, riferiva che il F. in questione si

identificava in C.F. e che lo aveva sentito da poco, al telefono, in quanto le aveva detto che si era recato in ospedale in quanto alcuni sconosciuti avevano cercato di rubargli la macchina e che, nel tentativo di fermarli, era stato ferito alla mano con una spranga. I Carabinieri accertavano, quindi, presso l'ospedale di Terni che, verso le ore 01,00, si era presentato tale C.F., il quale aveva riferito di aver subito un'aggressione con arma da taglio da persona nota, come peraltro risultava dal certificato acquisito dai militari operanti. Dopo il ritiro del referto, i Carabinieri sentivano il C., che nel frattempo si era recato presso la locale caserma, in quanto voleva sporgere una denuncia perché, a suo dire, era stato aggredito ed accoltellato al braccio in presenza di testimoni. Nel corso della stesura del verbale il C. riferiva che l'aggressore si chiamava D. e che l'incontro era avvenuto in Narni Scalo nei pressi del concessionario Mercedes, quando quest'ultimo era sceso dalla propria autovettura ed avvicinosi al C., fermo vicino alla propria, l'aveva colpito con un coltello o un corpo contundente dicendo: "Non ti devi permettere di cercarmi". Tuttavia, nel corso della deposizione, a fronte di quanto gli veniva contestato dai militari circa il fatto che il denunciante aveva detto al telefono alla M. di essersi fatto male a causa di un tentativo di furto della propria autovettura ad opera di sconosciuti malviventi, il C. ritrattava le dichiarazioni appena fatte, così come quelle rilasciate in ospedale, riportate nel referto medico, aggiungendo di averle fatte per uno stato di agitazione dovuto all'incontro con l'A., mentre in realtà non c'era stata alcuna aggressione con arma contundente o con coltello, essendosi procurato le lesioni da solo scivolando mentre entrava in macchina.

Stando così le cose, è evidente, sotto il profilo dell'elemento oggettivo del reato di calunnia, per quanto si è detto, la falsità dell'incolpazione del reato di lesioni in danno dell'A., contenuta nelle dichiarazioni rese prima in ospedale e poi ai Carabinieri da parte del C., avendo il medesimo ritrattato tali accuse, non appena resosi conto che le indagini appena avviate, soprattutto attraverso l'acquisizione delle dichiarazioni dell'A. e della M., avevano rilevato le lacune e le incoerenze dell'impianto accusatorio.

Al riguardo va detto che non rileva la circostanza che l'imputato non abbia sporto, sotto il profilo formale, una vera e propria denuncia, posto che l'espressione "denuncia", riportata nell'art. 368 c.p., va intesa nel senso di informazione contenente fatti criminosi, idonea ad attivare un procedimento penale nei confronti di una persona agevolmente individuabile, portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria o di altra autorità che abbia l'obbligo di riferire a quest'ultima.

Orbene, non vi è dubbio che il C., riferendo al pronto soccorso di essere stato aggredito da persona nota con un'arma bianca da taglio e precisando, ai Carabinieri, in sede di sommarie informazioni testimo-

niali, di essere stato aggredito da tale D., persona a lui nota, con un coltello o corpo contundente, peraltro in presenza di testimoni, abbia fatto una denuncia rilevante ai sensi dell'art. 368 c.p., avendo incolpato una persona agevolmente individuabile (perché conosciuta dal denunciante e per la dichiarata presenza di testimoni) di un reato rivelatosi, per successiva ammissione del C. medesimo, insussistente.

Sotto il profilo dell'elemento psicologico, va detto che ricorre indubbiamente il dolo generico ed diretto, necessario affinché possa trovare applicazione la norma incriminatrice di cui all'art. 368 c.p., in quanto il C. era ben consapevole dell'innocenza dell'incolpato, come emerge dal verbale di sommarie informazioni rese ai Carabinieri dal medesimo C., il quale ammette, senza alcuna ombra di dubbio, la falsità delle dichiarazioni rese al pronto soccorso ed ai Carabinieri sull'aggressione con arma bianca da lui patita ad opera del D.

Peraltro la ritrattazione della denuncia non esclude la punibilità del reato di calunnia, integrando un "*post factum*" irrilevante rispetto all'avvenuto perfezionamento del reato, non valutabile nella fattispecie, tuttavia, neanche quale circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62 comma 6° c.p., perché non effettuata prima che l'autorità giudiziaria acquisisse per altra via la prova della falsità dell'incolpazione (vedi Cass., sez. VI, n. 26177 del 17/03/2009).

All'imputato possono, tuttavia, concedersi le circostanze attenuanti generiche, avuto riguardo al comportamento collaborativo ed alla confessione resa.

In ordine al reato di cui all'art. 367 c.p., va detto che quando la simulazione oggettiva di un reato sia diretta a prospettare una falsa incolpazione dello stesso in danno di una persona determinata o facilmente determinabile, come nella fattispecie che qui ci occupa, si realizza un reato progressivo, ove il disvalore della simulazione è assorbito da quello della calunnia, con la conseguenza che resta, quindi, escluso il concorso tra i due delitti (vedi Cass., sez. VI, n. 26114 del 28.4.2003). (*Omissis*).

(1-2) Nella sentenza in esame, il G.U.P. presso il Tribunale di Terni offre una puntuale ricostruzione della fattispecie delittuosa di cui all'art. 368 c.p., pienamente aderente alle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali formatesi sulla stessa (quanto alle prime, cfr., tra i tanti, i contributi di BARTOLO, *Calunnia*, in COPPI (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Torino, 1996, 155 ss.; MAZZOTTA, *I delitti concernenti le false notizie di reato (artt. 367-370 c.p.)*, in CADOPPI-CANESTARI-MANNA-PAPA (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, III, parte I, sez. I, Torino, 2009, 36 ss.; PAGLIARO, *Il delitto di calunnia*, Palermo, 1961; PEZZI, *Calunnia e auto-*

calunnia, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, 1 ss.; PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, I. *I delitti contro l'attività giudiziaria*, in MARINUCCI-DOLCINI (diretto da), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, IV, Padova, 2005, 188 ss.; ID., *Art. 368 c.p.*, in MARINUCCI-DOLCINI (a cura di), *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, 3788 ss.; PULITANÒ, *Calunnia e autocalunnia*, in *Dig. disc. pen.*, II, Torino, 1988, 9 ss.; SANTORIELLO, *Calunnia, autocalunnia e simulazione di reato*, Padova, 2004).

«Reato plurioffensivo», diretto ad «evitare sia il pericolo che l'amministrazione della giustizia venga tratta in inganno e fuorviata e possa così essere determinata a procedere contro persone innocenti, sia il pericolo della lesione dell'onore ed eventualmente della libertà della persona falsamente incolpata» (in questi termini, tra gli altri, PIFFER, *Art. 368 c.p.*, cit., 3789 e, in giurisprudenza, *ex multis*, Cass., sez. VI, 28 aprile 2010, Pascarella, in *Mass. Uff.*, 247116; Cass., sez. VI, 21 febbraio 2007, Caprio, *ibidem*, 235929; Cass., sez. VI, 15 maggio 1998, Sparano e De Lucia e altri, in *Cass. pen.*, 1999, 1477), il delitto di calunnia è integrato dalla condotta di chi «con denuncia, querela, richiesta o istanza, anche se anonima o sotto falso nome, diretta all'autorità giudiziaria o ad un'altra autorità che a quella abbia obbligo di riferirne, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato».

Com'è noto, il fatto tipico del reato *de quo*, consistente nella falsa incolpazione di un reato inesistente o commesso da altri a carico di un soggetto del quale si conosce l'innocenza, è integrato da due diverse modalità di realizzazione, sostanzandosi, alternativamente, mediante la denuncia, la querela, la richiesta o l'istanza resa all'autorità giudiziaria o ad altra obbligata a riferirne alla prima o mediante la simulazione a carico del soggetto falsamente incolpato delle tracce di un reato (sulla distinzione tra calunnia diretta o formale e calunnia indiretta o materiale, cfr., per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, II, 15^a ed., Milano, 2008, 508).

Nel caso oggetto della presente pronuncia, la condotta tenuta dall'imputato - il quale, dapprima, ai medici del pronto soccorso e, poi, ai Carabinieri, in sede di sommarie informazioni testimoniali, aveva falsamente riferito di essere stato aggredito da persona nota con arma da taglio per poi ammettere l'insussistenza del reato denunciato - è perfettamente suscumbibile nella fattispecie delittuosa di cui all'art. 368 c.p., del quale risultano pienamente integrati sia l'elemento oggettivo sia quello soggettivo, costituito dalla intenzionalità della incolpazione e dalla sicura conoscenza dell'innocenza dell'incolpato (a proposito dell'elemento psicologico del reato di calunnia, cfr., tra le molte, Cass., sez. VI, 27 novembre 2009, M.M., in *Dir. pen. proc.*, 2010, 541; Cass., sez. VI, 2 aprile 2007, P., in *Mass. Uff.*, 236448; Cass., sez. VI, 13 gennaio 2005, Rallo, in *Guida dir.*, 2005, 17, 83; Cass., sez. VI, 24 maggio 2004, Prandelli, in *Riv. pen.*, 2005, 999; per l'espressa esclusione di qualsivoglia rilevanza, ai fini dell'integrazione dell'elemento soggettivo del reato di calunnia, della forma del dolo eventuale, sull'assunto che «la formula normativa "taluno che egli sa innocente" risulta particolarmente pregnante

e indicativa della consapevolezza certa dell'innocenza dell'incolpato», cfr., invece, Cass., sez. VI, 18 febbraio 2009, R.G., in *Mass. Uff.*, 243517; Cass., sez. VI, 16 dicembre 2008, A.P., *ivi*, n. 242424 Cass., sez. VI, 7 marzo 2007, P.S., *ivi*, n. 237675).

In conformità del costante orientamento giurisprudenziale, il Giudice ha cura di precisare, inoltre, come, ai fini della realizzazione del reato di cui all'art. 368 c.p., «non rilev[i] la circostanza che l'imputato non abbia sporto, sotto il profilo formale, una vera e propria denuncia, posto che l'espressione "denuncia", contenuta nella medesima norma incriminatrice, non deve essere intesa nella sua accezione tecnico-processuale ex art. 331 e ss. c.p.p., ma come qualsivoglia «informazione contenente fatti criminosi, idonea ad attivare un procedimento penale nei confronti di una persona agevolmente individuabile, portata a conoscenza dell'autorità giudiziaria o di altra autorità che abbia l'obbligo di riferire a quest'ultima» (su tale aspetto, cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. VI, 19 giugno 2009, O., n. 29439, in *Sistema leggi d'Italia* on line; Cass., sez. VI, 8 ottobre 2008, De Barbieri ed altri, in *Mass. Uff.*, 241654; Cass., sez. VI, 2 marzo 1999, Paparella, in *Cass. pen.*, 2001, 3031; Cass., sez. VI, 20 ottobre 1997, Dell'Olmo, *ivi*, 1998, 2611; Cass., sez. VI, 25 marzo 1995, Castaldi, *ivi*, 1996, 2536; in dottrina, per tutti, ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 508).

Nel prosieguo della motivazione, il Giudice, in linea con l'indirizzo seguito dalla giurisprudenza, nega, altresì, che la successiva ritrattazione operata dall'imputato possa escludere la punibilità del reato di calunnia, integrando un "post factum" irrilevante rispetto all'avvenuto perfezionamento della medesima fattispecie delittuosa, non valutabile, peraltro, neanche quale circostanza attenuante ex art. 62, n. 6, c.p., perché non effettuata prima che l'autorità giudiziaria abbia acquisito *aliunde* la prova della falsità dell'incolpazione, ma «non appena resosi conto che le indagini appena avviate ... avevano rilevato le lacune e le incoerenze dell'impianto accusatorio» (v., in proposito, Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, V.M., in *Mass. Uff.*, 244356, nella quale si afferma espressamente come debba ritenersi «irrilevante la "ritrattazione" della denuncia», trattandosi di «un reato formale e istantaneo in cui un tale evento non ha alcuna attitudine ad impedirne il perfezionamento»; per le stesse ragioni, la Suprema Corte ha anche escluso l'idoneità della ritrattazione a fare degradare la calunnia consumata nell'ipotesi tentata ovvero a configurare recesso attivo, così Cass., sez. VI, 16 ottobre 1995, Garganese, in *Cass. pen.*, 1996, 3639; sulla possibilità che la ritrattazione possa configurarsi come un «post factum, eventualmente valutabile come circostanza attenuante ai sensi dell'art. 62, n. 6, c.p., ossia come una condotta di ravvedimento operoso», a patto che la stessa intervenga «prima che l'autorità giudiziaria acquisisca la prova della falsità dell'incolpazione», cfr. Cass., sez. VI, 18 giugno 2009, L.M.V., in *Mass. Uff.*, 244555; Cass., sez. VI, 14 maggio 2003, Mora, in *Riv. pen.*, 2004, 1128; Cass., sez. VI, 19 marzo 1998, Ruggeri, in *Cass. pen.*, 1999, 1442).

Da ultimo, il G.U.P. recepisce integralmente l'orientamento assunto dalla

giurisprudenza di legittimità anche in ordine alla questione concernente il concorso del reato di calunnia con quello di cui all'art. 367 c.p., così come prospettato nel capo di imputazione, negando che «quando la simulazione oggettiva di un reato sia diretta a prospettare una falsa incolpazione dello stesso in danno di una persona determinata o facilmente determinabile» possa configurarsi il concorso tra i due delitti, realizzandosi, viceversa, un reato progressivo, nel quale «il disvalore della simulazione è assorbito da quello della calunnia» (cfr. la richiamata Cass., sez. VI, 28 aprile 2003, Giannini, in *Mass. Uff.*, 227419; in dottrina, per tutti, PIFFER, *Art. 368 c.p.*, cit., 3789).

ERICA FARINELLI

DIRITTO PUBBLICO

T.A.R. UMBRIA – 22 dicembre 2011 n. 401 – Pres. LAMBERTI – Est. FANTINI – Z. S. Coop. Soc. (avv.ti G. Ranalli e L. Calzoni) c. Azienda Ospedaliera di Terni (avv.ti P. Bececco e D. Antonucci) e nei confronti di C.P.M. (n.c.).

Contratti della P.A. – Gara – Presentazione di offerta difforme da quella richiesta dalla *lex specialis* – Esclusione – Necessità (art. 46, comma 1 e comma 1bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Nelle gare pubbliche la mancata presentazione di un'offerta specifica e conforme alla lex specialis non costituisce una mera carenza documentale, ma determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, che giustifica l'esclusione del concorrente che l'ha presentata (1).

La società ricorrente impugna il provvedimento con cui l'Azienda Ospedaliera S. Maria di Terni ha aggiudicato definitivamente il «servizio di consegna referti diagnostici/consegna carrozzine» al controinteressato C.P.M., chiedendo l'aggiudicazione dell'appalto, previa pronuncia di inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, od in subordine il risarcimento del danno.

(Omissis)

Deduce a sostegno del ricorso i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione della lettera d'invito e del capitolato speciale di appalto (artt. 2 e 3); violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; eccesso di potere per contraddittorietà, difetto di istruttoria, illogicità manifesta.

L'avviso di gara prevede quale oggetto dell'affidamento il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine; analoga prestazione è stabilita dall'art. 2 del capitolato speciale, alla cui stregua la ditta aggiudicataria dovrà consegnare in comodato d'uso gratuito dieci carrozzine.

Parte necessaria dell'offerta era dunque la messa a disposizione di dieci carrozzine da consegnare in comodato d'uso gratuito all'Azienda Ospedaliera, mentre l'offerta del C.P.M. non prevede la messa a dispo-

sizione gratuita di tali carrozzine; doveva conseguentemente essere esclusa dalla gara.

2) Violazione della lettera di invito e del capitolato speciale d'appalto; violazione dei principi di imparzialità e correttezza nelle procedure di evidenza pubblica; travisamento dei fatti; difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso di potere per irrazionalità ed illogicità dell'azione della Commissione tecnica, nella considerazione che, ove anche non si fosse voluto escludere il Consorzio, la valutazione dell'offerta del medesimo doveva necessariamente tenere conto del predetto difetto dell'offerta (mancanza della fornitura di dieci carrozzine in comodato d'uso), con la doverosa attribuzione di un punteggio ben più basso rispetto a quello degli altri partecipanti, ed in particolare rispetto a quello attribuito alla società ricorrente.

3) Violazione dei principi di congruità, proporzionalità e logicità dei criteri di valutazione nelle procedure di evidenza pubblica; difetto di motivazione.

La lettera di invito è illegittima nella misura in cui, nella formulazione dei criteri di assegnazione dei punteggi, nulla dice in ordine all'aspetto della distribuzione delle carrozzine e della fornitura in comodato d'uso delle stesse, benché tale profilo sia, ai sensi degli artt. 2 e 3 del capitolato, elemento costitutivo e valutativo del progetto stesso. (*Omissis*)

1. - Le tre censure in cui si articola il ricorso possono essere esaminate congiuntamente in quanto tra loro connesse e complementari, incentrate come sono sull'asserita incompletezza dell'offerta aggiudicataria che non avrebbe indicato una prestazione essenziale dell'appalto, costituita dalla consegna in comodato d'uso gratuito di dieci carrozzine, sì da dover essere esclusa dalla gara, o quanto meno valutata in termini meno positivi di quanto non abbia fatto la Commissione giudicatrice.

Deduce parte ricorrente che l'appalto ha inequivocabilmente un contenuto misto, riguardando il servizio di consegna dei referti diagnostici e la consegna delle carrozzine, come si evince dall'avviso di gara, ed anche dall'art. 2 del capitolato speciale, che enuclea le caratteristiche del servizio, e sul quale parametrare il "progetto offerta", come stabilito dal successivo art. 3 dello stesso capitolato.

Allega ancora la Z. S. Coop. Soc. che la relazione tecnica predisposta dal controinteressato C.P.M. non contempla affatto la consegna delle carrozzine in comodato d'uso, limitandosi a stabilire, a pagina 3, che «il servizio verrà svolto presso i locali dell'azienda ospedaliera di Terni, la quale metterà a disposizione un box presso la portineria centrale. Sarà garantita la presenza giornaliera di una persona allo sportello negli orari sopra descritti, la persona addetta si occuperà della distribuzione al pubblico dei referti medici che saranno consegnati alla medesima

dai vari reparti e servizi interessati, inoltre tale addetto si occuperà di consegnare su richiesta da parte dell'utente che ne avrà bisogno della distribuzione di 10 carrozzine in comodato d'uso messe a disposizione dall'azienda ospedaliera S. Maria di Terni, gli utenti potranno farne richiesta direttamente all'addetto allo sportello».

L'Azienda Ospedaliera, da parte sua, tende a marcare il profilo contenutistico del servizio oggetto di gara, evidenziando che, alla stregua di quanto disposto dall'art. 2 del capitolato, lo stesso ha ad oggetto la distribuzione dei referti medici e delle seggiole a rotelle allocate presso la portineria centrale del presidio ospedaliero, tenendolo distinto dalla fornitura delle carrozzine; il progetto offerta riguarderebbe solamente l'illustrazione delle procedure operative del servizio, mentre la fornitura costituirebbe un'obbligazione distinta ed aggiuntiva, prevista dalla *lex specialis* (tra l'altro, l'impresa aggiudicataria ha sottoscritto in ogni sua parte il capitolato speciale), il cui inadempimento rileverebbe in fase di esecuzione del contratto e ne comporterebbe la risoluzione.

L'assunto dell'Amministrazione, ad avviso del Collegio, prova troppo, mancando un'offerta, proveniente dalla controinteressata aggiudicataria, che nel suo complesso ricomprenda la fornitura in comodato gratuito delle dieci carrozzine; ciò dicasi avuto riguardo tanto alla relazione tecnica, quanto all'offerta economica.

È pur vero che il C.P.M. ha sottoscritto, in tutte le pagine, il capitolato speciale, ed a tale adempimento la lettera di invito attribuisce il valore di completa ed incondizionata accettazione delle clausole in esso contenute, ma, a bene considerare, ciò equivale ad esprimere la volontà dell'offerente di eseguire le obbligazioni contrattuali nell'esatta connotazione indicata nel capitolato, oltre che di accettazione delle regole di gara (in termini Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2011, n. 3877; Sez. V, 30 gennaio 2007, n. 425).

La sottoscrizione del capitolato non comporta dunque che, in sede di formulazione dell'offerta, tale volontà sia automaticamente rispettata, a prescindere dal suo concreto contenuto, in quanto può accadere che l'offerta effettivamente presentata sia diversa da quanto previsto dal capitolato ed espressamente accettato.

Nel descritto contesto, la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla *lex specialis* non costituisce dunque una mera carenza documentale, ma determina un'incertezza sul contenuto dell'offerta, che ne giustifica l'esclusione anche alla stregua di quanto disposto dal nuovo e più rigoroso art. 46, comma 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici, peraltro inapplicabile *ratione temporis*.

Proprio in ragione di carenza sostanziale, e non formale, l'offerta non può ritenersi integrabile *ex post*, in particolare attraverso la dichiarazione sostitutiva in data 28 novembre 2011 del C.P.M. (con allegato un

preventivo privo di data certa, e che, anzi, risulta trasmesso per telefax il 18 novembre 2011), atteso che si determinerebbe, quanto meno, una violazione del principio della par condicio.

2. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione. (*Omissis*).

(1) Brevi note in tema di difformità dell'offerta dalla *lex specialis* di gara, alla luce dell'art. 46, comma 1 *bis*, d.lgs. 163/2006.

La pronuncia in esame evidenzia l'orientamento seguito dal Giudice umbro in una controversia concernente l'annullamento dell'aggiudicazione di una gara d'appalto nella quale l'offerta presentata dalla società aggiudicataria non contemplava una parte delle prestazioni richieste dalla stazione appaltante.

Ad avviso del Collegio la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla *lex specialis*, lungi dal costituire una mera carenza documentale, determina un'incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta che ne giustifica l'esclusione. E ciò – sta in questo la vera peculiarità della sentenza – anche alla luce del principio di tassatività delle cause di esclusione dalla gara, oggi legislativamente sancito dal comma 1*bis* all'art. 46 del Codice dei Contratti pubblici ⁽¹⁾.

Ma si vada per ordine.

Alle censure avanzate dal ricorrente, incentrate sull'asserita incompletezza dell'offerta aggiudicataria, che sarebbe risultata priva di una prestazione essenziale dell'appalto, la resistente, da parte sua, tendeva a rimarcare la distinzione fra le differenti prestazioni richieste dalla stazione appaltante. Ad avviso di quest'ultima, infatti, la fornitura non ricompresa nell'offerta presentata dall'aggiudicataria avrebbe costituito un'obbligazione distinta ed aggiuntiva rispetto alla principale, il cui inadempimento avrebbe rilevato esclusivamente in fase di esecuzione del contratto a prescindere dall'aggiudicazione definitiva. Ed altresì, la volontà dell'aggiudicataria di eseguire compiutamente le obbligazioni contrattuali richieste dalla stazione appaltante, sarebbe stata evincibile dall'integrale sottoscrizione del capitolato speciale di gara da parte della prima.

Il Giudice Amministrativo, dal canto suo, rifiuta la tesi dell'Amministra-

⁽¹⁾ In materia sussiste copiosa dottrina, si segnalano in particolare, rinviando anche alla bibliografia ivi indicata: DE NICCOLIS, *Le novità dell'estate 2011 in materia di pubblici appalti*, in *Urb. app.*, 2011, 1012 ss.; GHANI, *Le cause di esclusione dalle gare tra tipizzazione legislativa, bandi standard e dequotazione del ruolo della singola stazione appaltante*, in *Urb. app.*, 2012, 95 ss.; CODEBO', *Tassatività delle cause di esclusione: piccola rivoluzione in favore delle imprese*, in *Urb. app.*, 2012, 797 ss.

zione resistente ed esclude la possibilità che la sottoscrizione del capitolato da parte dell'aggiudicataria, con conseguente espressa accettazione delle obbligazioni ivi contenute, possa ritenersi idonea ad integrare la carenza sostanziale da cui l'offerta presentata risulta essere affetta.

Secondo il Collegio umbro, la mancanza di un'offerta specifica e conforme alla *lex specialis* non potrebbe costituire una mera carenza documentale, da vagliare con stretto riguardo al principio di tassatività delle cause di esclusione ed eventualmente sanabile (in sede di gara) mediante ricorso al c.d. "soccorso istruttorio" di cui all'art. 46, primo comma, del Codice Appalti. Ad avviso del Tar, al contrario, la carenza in questione deve necessariamente qualificarsi come sostanziale e non meramente formale, difettando l'offerta dell'aggiudicataria proprio sotto il profilo contenutistico, con la conseguente non integrabilità *ex post* della stessa offerta e doverosità della sua esclusione da parte della stazione appaltante.

Peculiare è il riferimento del Giudice umbro al concetto di "incertezza sul contenuto dell'offerta" e la sua – non troppo velata – riconducibilità al disposto di cui al nuovo comma *1bis* del richiamato art. 46.

La novella, infatti, introdotta ad opera dell'art. 4, comma 2, lettera d), d.l. 70/2011 (conv. in legge n. 106/2011), nel dettare la disciplina delle cause tassative di esclusione dalla gara, include tra queste proprio i «*casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta*».

Più precisamente, secondo il nuovo testo del citato art. 46, comma *1bis*, l'esclusione dell'impresa dalla gara d'appalto può essere disposta esclusivamente in caso di: a) mancato adempimento a prescrizioni di legge previste dal Codice degli appalti, dal regolamento attuativo (d.p.r. 207/2010) e da altre disposizioni legislative vigenti; b) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali; c) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura del plico, tale da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. Queste cause di esclusione sono espressamente definite dalla norma come tassative ed ogni altra prescrizione prevista dagli atti di gara deve considerarsi nulla.

La vigenza del principio di tassatività delle cause d'esclusione, sancito dalla richiamata novella, comporta, di conseguenza, l'obbligo per il giudice di accertare, di volta in volta, se l'omissione di cui una concorrente si lamenta (ai fini della domanda di esclusione dalla gara di altro concorrente) sia effettivamente ascrivibile alle condizioni del menzionato art. 46, comma *1bis* ⁽²⁾.

Tanto premesso, ciò che in questa sede preme sottolineare è proprio

⁽²⁾ In questi termini anche TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 22 giugno 2012, n. 1295.

il riferimento condotto dal Tar Umbria a quel concetto di “incertezza sul contenuto dell’offerta” che pare inequivocabilmente coincidere con una delle ipotesi contemplate dalla lettera della nuova disposizione.

Questa, pur non applicabile *ratione temporis* al caso in esame (trova, infatti, applicazione alle procedure di gara i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto-legge, 14 maggio 2011), è richiamata dal Giudice umbro in quanto cristallizza quell’*iter* interpretativo seguito dalla giurisprudenza amministrativa che, nei suoi termini essenziali, può essere riassunto nel divieto di aggravare il procedimento con oneri meramente formali, limitando le cause di esclusione dalle gare d’appalto alle sole ipotesi di carenze sostanziali dell’offerta ovvero a quelle carenze, sì di carattere formale, ma tali da inficiare un reale interesse della pubblica amministrazione precedente ovvero dei concorrenti alla gara.

Prima dell’entrata in vigore della novella, infatti, la giurisprudenza amministrativa era giunta ad operare sulla base della distinzione fra difformità essenziali/sostanziali dell’offerta, sanzionate con l’esclusione dalla gara, e difformità non essenziali/formali, suscettibili di regolarizzazione, secondo quanto previsto dall’art. 46, primo comma, del Codice dei Contratti.

In particolare, la regolarizzazione *ex art. 46*, primo comma, incontrava (ed incontra, attesa la valenza ancora attuale di tale assunto) il duplice limite del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti, nonché il c.d. “limite degli elementi essenziali”, nel senso che la regolarizzazione non potrebbe trovare applicazione con riferimento agli elementi essenziali dell’offerta, la carenza dei quali sarebbe in ogni caso sanzionabile con l’esclusione dalla gara⁽³⁾.

Sotto tale profilo, va segnalato come la giurisprudenza amministrativa abbia qualificato le carenze concernenti l’offerta economica e tecnica quali carenze sostanziali, escludendo categoricamente la possibilità di una loro integrazione postuma, con conseguente necessità di addivenire alla loro esclusione dalla gara⁽⁴⁾.

Più precisamente, una parte della giurisprudenza ha evidenziato che laddove fosse consentito alla stazione appaltante di disapplicare la *lex specialis*, consentendo la partecipazione alla gara di un’offerta tecnica difforme da quella richiesta a tutti i concorrenti, si violerebbe il principio della *par condicio* tra i candidati, di talché l’esclusione dell’offerta si porrebbe quale atto dovuto⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Cfr. TAR Lombardia, Brescia, 7 dicembre 2007, n. 1314; Cons. St., sez. V, 27 marzo 2009, n. 1840.

⁽⁴⁾ Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. II, 11 luglio 2007, n. 1225; TAR Lombardia, Brescia, 5 marzo 2007, n. 180.

⁽⁵⁾ Cfr., da ultimo, TAR Piemonte, Torino, 25 luglio 2012, n. 907, in una fattispecie del tutto simile rispetto a quella sottoposta al vaglio dal Giudice umbro e nella quale, analogamente a quella in esame, il comma *1bis* non era suscettibile di applicazione.

Altra parte della giurisprudenza ha sottolineato, altresì, come, nel caso di offerta concernente una prestazione inferiore a quella richiesta dalla stazione appaltante, tale difformità sarebbe di per sé solo sufficiente a determinare l'esclusione dalla gara, indipendentemente dall'esistenza di un'espressa clausola in tal senso, atteso che ricevere esattamente quanto a monte ritenuto necessario alle proprie esigenze, costituisce principio generale in materia di procedimenti di gara ⁽⁶⁾.

Il Collegio umbro, pertanto, non ha avuto dubbi nel seguire tale orientamento, ritenendo evidente come la presentazione di un'offerta di gara che contemplasse solo parte delle prestazioni richieste dalla stazione appaltante fosse assolutamente carente proprio nei suoi elementi essenziali e, pertanto, non suscettibile di integrazione, ma necessariamente da escludere, anche a prescindere dall'esistenza nel bando di gara di una espressa clausola in tal senso ⁽⁷⁾.

Il Giudice nostrano ha, però, voluto sottolineare come l'esclusione dell'offerta difforme avrebbe ugualmente trovato giustificazione anche nel caso in cui la nuova norma fosse stata nella specie concretamente applicabile e malgrado il maggior rigore che la caratterizza.

Infatti, il vizio inficiante l'offerta dell'aggiudicataria, già di per sé escludibile secondo l'orientamento giurisprudenziale antecedente la novella, in quanto carente sotto il profilo sostanziale, in ogni caso avrebbe potuto essere ricondotto ad almeno una delle tassative ipotesi di esclusione contemplate dal comma *1bis* dell'art. 46 ed in particolare a quei casi di «*incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali*» specificamente individuato dalla nuova disposizione.

Da ultimo, va segnalato come l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, in data 2 agosto 2011, abbia prodotto un documento di consultazione ("Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro") in risposta alle richieste di chiarimenti in ordine alle nuove disposizioni di cui al comma *1bis*.

In particolare, l'Avcp ha esplicitato l'ambito di applicazione della novella che (come anticipato) si applica alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del d.l. 70/2011 (14 maggio 2011), nonché, in caso di contratti stipulati senza previa pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto-legge, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

L'Autorità ha, altresì, chiarito l'operatività della nuova disposizione con

⁽⁶⁾ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. I, 23 giugno 2010, n. 1553; TAR Campania, Napoli, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 514 e 2 aprile 2008, n. 1790.

⁽⁷⁾ Vedasi in altro caso del tutto analogo a quello di specie, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 5 aprile 2006, n. 531.

riferimento a quelle ipotesi in cui il partecipante violi – come nel caso di specie – una prescrizione che non è sanzionata espressamente con l'esclusione dalla procedura di gara. In tal caso, la stazione appaltante dovrà valutare se la violazione comporti, in concreto, una delle conseguenze previste dal comma *1bis* dell'art. 46 del Codice. Nel caso di offerta sprovvista di cauzione provvisoria, ad esempio, secondo l'Avcp dovrà ritenersi che ciò comporti la mancanza di un elemento essenziale dell'offerta che giustifica l'esclusione del concorrente. Va, tuttavia, precisato che la giurisprudenza non è univoca sul punto, qualificando il difetto di cauzione e/o fideiussione, talvolta, alla stregua di carenze formali suscettibili di integrazione⁽⁸⁾, talaltra, invece, considerandola parte integrante dell'offerta, non integrabile *ex post*⁽⁹⁾, ovvero, secondo il più recente orientamento, distinguendo fra cauzione provvisoria e definitiva⁽¹⁰⁾.

Ad ogni modo, seguendo le indicazioni esemplificative dell'Autorità, se deve ritenersi carente nei suoi elementi essenziali l'offerta priva della garanzia richiesta, dovrà, a maggior ragione, ritenersi priva di un elemento essenziale quell'offerta carente – come nel caso in esame – di parte delle prestazioni richieste dalla stazione appaltante, che pertanto dovrà necessariamente essere esclusa.

Con riguardo alla mancanza di elementi essenziali dell'offerta, peraltro, l'Avcp si sofferma sul rapporto tra tali carenze e l'esercizio del c.d. "soccorso istruttorio". Richiamando la precedente giurisprudenza in materia, l'Autorità fa riferimento al c.d. "limite degli elementi essenziali" (di cui si è dianzi trattato), specificando come tale limite deve ritenersi persistente anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dal d.l. n. 70/2011 ed impedisce che si possano specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta, anche perché una simile possibilità violerebbe il limite della perentorietà del termine per la sua presentazione, oltre al principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Di conseguenza, anche nel nuovo quadro normativo, il ricorso al c.d. "soccorso istruttorio" non potrebbe colmare lacune concernenti elementi sostanziali dell'offerta, la cui carenza – come nel caso in esame – comporterebbe la doverosità dell'esclusione dell'offerta stessa dalla gara.

ALESSANDRO BOVARI

⁽⁸⁾ TAR Lazio, Roma, sez. III, 19 febbraio 2003, n. 1297 e TAR Lazio, Roma, sez. II, 4 novembre 2010, n. 33188.

⁽⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3746 e TAR Lazio, Roma, sez. III *quater*, 26 gennaio 2012, n. 863.

⁽¹⁰⁾ Cfr. TAR Liguria, 22 settembre 2011, n. 1396 e Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2012, n. 493.

T.A.R. UMBRIA – 2 novembre 2011, n. 352 – *Pres. LAMBERTI – Est. CARDONI* – A. S.r.l. (avv.ti Calgaro e Calvieri) c. Comune di Bastia Umbra in persona del Sindaco p.t. (avv. Marchetti) e nei confronti di A. M. s.r.l. (avv.ti Ranalli e Calzoni).

Edilizia ed urbanistica – Procedimento amministrativo – Attività privata intrapresa su denuncia – Decorso termine 30 giorni ex art. 25 d.p.r. n. 380/2001– Silenzio assenso – Provvedimento di autotutela – Sussistenza (art. 25 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380).

Edilizia ed urbanistica – Procedimento amministrativo - Attività privata intrapresa su denuncia – Obblighi e provvedimenti della p.a. – Applicazione dell'art. 10 bis l. 241/1990 – Insussistenza (artt. 10 bis e 21 *octies*, comma 2 l. 7 agosto 1990, n. 241).

È legittimo il diniego parziale di agibilità sebbene il provvedimento sia stato emanato dopo il decorso del termine di 30 giorni previsto dall'art. 25 d.p.r. n. 380/2001 e quindi dopo la formazione del silenzio assenso, dovendosi considerare tale provvedimento non come espresso tardivamente ma come provvedimento di autotutela (1).

Non è obbligatorio il preavviso di rigetto, ex art. 10 bis l. n. 241/1990, per il rilascio del provvedimento di abitabilità, avendo quest'ultimo natura essenzialmente vincolata poiché fondato sul mero accertamento della rispondenza di un immobile a parametri predefiniti (2).

(*Omissis*). 1 - Con il provvedimento impugnato è stata dichiarata l'agibilità di un capannone industriale di proprietà della ricorrente, originariamente destinato a magazzino e poi utilizzato per esposizione e vendita mobili, limitatamente alla parte in cui tale diverso utilizzo era stato successivamente assentito (permesso di costruire n. 189 del 7 settembre 2007).

2 - Nel ricorso si formulano le censure di eccesso di potere e violazione di legge di seguito riassunte ed esaminate.

3 - Il Collegio osserva quanto segue.

Non è fondato il motivo con il quale si assume l'illegittimità del diniego parziale di agibilità (implicito nell'accoglimento limitato dell'inerente istanza) per contrasto con il silenzio assenso formatosi ex art. 25 d.p.r. n. 380/2001, sulle più estese richieste della ricorrente.

Infatti, non è contestato che il provvedimento impugnato sia stato emanato dopo il decorso del termine di 30 giorni previsto dall'art. 25 cit. e quindi dopo la formazione del silenzio assenso, ma ciò non inficia la legittimità del provvedimento medesimo.

Invero, questo si atteggia non tanto come un provvedimento espresso

tardivo, ormai da considerarsi inidoneo ad incidere sugli effetti provvedimenti consolidati, conseguenti all'istanza del privato, ma come un provvedimento di autotutela (legittimo, come si vedrà), riduttivo della portata di quegli effetti (argomenta da Cons. St. A.P. 29 luglio 2011 n. 15, ora corroborata dall' art. 6, comma 3, d.l. n. 138/2011, convertito in legge dall'art. 1, comma 1, l. n. 148/2011).

4 - Non è poi condivisibile la censura sull'omissione del preavviso di rigetto (art. 10 *bis* l. n. 241/1990).

Infatti, il rilascio dell'abitabilità è un provvedimento di natura essenzialmente vincolata perché fondato sul mero accertamento della rispondenza di un immobile a parametri predefiniti per cui non è obbligatorio detto preavviso (Cons. St. Sez. VI 18 marzo 2011 n. 1673; TAR Sicilia, Palermo Sez. I, 23 marzo 2011 n. 541; arg. a contrario da TAR Toscana Sez. III, 2 marzo 2011 n. 426).

Del resto, osserva il Collegio, la norma di garanzia non deve essere interpretata in maniera formalistica, ma tenendo conto della sua funzione sostanziale che è quella di evitare un effettivo pregiudizio alla parte istante, cui viene impedito di proporre osservazioni preventive.

Ebbene, è evidente che nessuna lesione può derivare da tale impedimento allorché l'Amministrazione non possa provvedere diversamente, appunto come avviene nel caso in esame (Cons. St. Sez. IV, 28 gennaio 2011 n. 679). Il tutto, senza poi considerare che, trattandosi di atto vincolato, soccorre comunque l'art. 21 *octies* l. n. 241/1990.

5 - Sono infondate anche le censure di difetto di motivazione ed eccesso di potere.

Difatti, viene negata l'agibilità delle parti dell'immobile soggette ad un abusivo cambio di destinazione.

Questo è stato già sanzionato con provvedimenti che il Tribunale ha giudicato legittimi (tranne che per il limitato profilo del difetto di motivazione sulla determinazione della sanzione pecuniaria) con le Sentenze sui ricorsi n. 201/2007, n. 220/2007; n. 399/2007; n. 415/2007 e n. 416/2007, pronunciate nell'odierna Camera di Consiglio.

Da qui deriva che il diniego parziale di abitabilità qui osteggiato è a sua volta legittimo poiché il rilascio dell'abitabilità stessa non può prescindere dalla regolarità edilizia (fra le tante, arg. da Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2009 n. 326; *id.* 30 aprile 2009 n. 2760; TAR Marche, Sez. I, 25 gennaio 2010 n. 4; TAR Lombardia, Milano, Sez. II 17 settembre 2009 n. 4672).

6 - Infine, dall'accertata legittimità dei provvedimenti repressivi edilizi, discende il rigetto dei restanti motivi di ricorso giacché sostanzialmente consistono nella riproposizione delle censure volte a dimostrare la conformità dell'utilizzo dell'immobile all'inerente normativa, già respinte nelle suddette Sentenze alle quali per brevità si rinvia.

7 - Per le ragioni sin qui espresse il ricorso dev'essere rigettato.

(1-2) Il provvedimento di rilascio dell'agibilità e la rilevanza dell'omissione del preavviso di rigetto

Con la sentenza in epigrafe il Tribunale Amministrativo Regionale si pronuncia rigettando il ricorso proposto avverso un provvedimento con il quale era stata dichiarata l'agibilità di un capannone industriale - originariamente destinato a magazzino e poi utilizzato per esposizione e vendita di mobili - limitatamente alla parte in cui tale diverso utilizzo era stato successivamente assentito tramite relativo permesso di costruire.

Con il primo motivo la società ricorrente lamenta l'illegittimità del diniego parziale di agibilità – implicito nell'accoglimento limitato dell'inerente istanza – per contrasto con il silenzio assenso ⁽¹⁾ formatosi ai sensi dell'art. 25 d.p.r. n. 380/2001 ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Il silenzio assenso, noto anche come silenzio-accoglimento, consiste in una qualificazione giuridica formale del silenzio, nel senso che l'istanza si considera accolta. E ciò può verificarsi solo nei casi espressamente previsti dalla legge. A differenza del silenzio-rifiuto, costruito dalla giurisprudenza per offrire un rimedio contro l'inerzia amministrativa, il silenzio-accoglimento costituisce una precisa scelta legislativa e si riconduce alla esigenza di rimuovere l'inerzia mediante uno strumento di sostituzione della volontà amministrativa con una *fiction iuris*, capace di fornire all'interessato il mezzo giuridico per la tempestiva soddisfazione dell'interesse. La tendenza a qualificare in termini di positività o a dispensare l'organo tenuto ad emanare un atto dall'onore di spiegare un'attività positiva, decorso un determinato termine, costituisce, sul piano della politica legislativa, una presa di posizione favorevole all'accoglimento di istanze di un determinato oggetto, e, nel secondo caso, un modo di privilegiare la speditezza del procedimento rispetto a determinate esigenze istruttorie. Dal punto di vista giuridico, il silenzio-accoglimento equivale alla emanazione dell'atto positivo, il quale viene identificato attraverso la documentalità del procedimento per la formazione del silenzio. Esso, appunto atto positivo, non ammette di regola, una verifica giurisdizionale su iniziativa del soggetto beneficiario dell'atto, ma può essere impugnato dai controinteressati, ai quali è offerta la duplice possibilità di contestare il fatto che il silenzio-accoglimento si sia formato, e di rilevare vizi intrinseci alla formazione della volontà positiva, implicita nel silenzio (così BRIGNOLA, voce *Il silenzio della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, 1, ss.). La tematica del silenzio assenso ha formato oggetto di esame da parte della più illustre dottrina. Al riguardo, si segnala: CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2008, 976 ss.; CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 504 ss.; CASSESE, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, 311, ss.; CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in Santaniello (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, 1993, 14 ss.; CHIEPPA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, 403 ss.; MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, ROVERESI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1381 ss.; P. VIRGA, *Diritto amministrativo. Atti e ricorsi*, Milano, 1997, 41 ss.

⁽²⁾ L'art. 25 d.p.r. del 6 giugno 2001 n. 380, noto anche come "Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia", recita: "1. Entro quindici giorni dall'ultimazione dei lavori di finitura dell'intervento, il soggetto di cui all'art. 24, comma 3, è tenuto a presentare allo sportello unico la domanda di rilascio del certificato di agibilità, corredata della seguente documentazione:

Com'è noto, l'art. 25 d.p.r. n. 380/2001 stabilisce che l'Amministrazione, entro 30 giorni dalla ricezione della domanda, rilasci il certificato di agibilità ⁽³⁾ dopo aver verificato la documentazione elencata al terzo comma del citato articolo, ossia: il certificato di collaudo statico; il certificato del competente ufficio tecnico regionale di conformità delle opere alle norme per le costruzioni in zone sismiche; la documentazione prodotta dal richiedente; la dichiarazione di conformità delle opere alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche. Il successivo comma della summenzionata disposizione prevede un meccanismo di

a) richiesta di accatastamento dell'edificio, sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità, che lo sportello unico provvederà a trasmettere al catasto;

b) dichiarazione sottoscritta dallo stesso richiedente il certificato di agibilità di conformità dell'opera rispetto al progetto approvato, nonché in ordine alla avvenuta prosecuturatura dei muri e della salubrità degli ambienti;

c) dichiarazione dell'impresa installatrice che attesta la conformità degli impianti installati negli edifici adibiti ad uso civile alle prescrizioni di cui agli artt. 113 e 127, nonché all'art. 1 della Legge 9 gennaio 1991, n. 10, ovvero certificato di collaudo degli stessi, ove previsto, ovvero ancora certificazione di conformità degli impianti prevista dagli artt. 111 e 126 del presente testo unico.

2. Lo sportello unico comunica al richiedente, entro dieci giorni dalla ricezione della domanda di cui al comma 1, il nominativo del responsabile del procedimento ai sensi degli artt. 4 e 5 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

3. Entro trenta giorni dalla ricezione della domanda di cui al comma 1, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, previa eventuale ispezione dell'edificio, rilascia il certificato di agibilità verificata la seguente documentazione:

a) certificato di collaudo statico di cui all'art. 67;

b) certificato del competente ufficio tecnico della regione, di cui all'art. 62, attestante la conformità delle opere eseguite nelle zone sismiche alle disposizioni di cui al capo IV della parte II;

c) la documentazione indicata al comma 1;

d) dichiarazione di conformità delle opere realizzate alla normativa vigente in materia di accessibilità e superamento delle barriere architettoniche di cui all'art. 77, nonché all'art. 82.

4. Trascorso inutilmente il termine di cui al comma 3, l'agibilità si intende attestata nel caso in cui sia stato rilasciato il parere dell'A.S.L. di cui all'art. 5, comma 3, lett. a). In caso di autodichiarazione, il termine per la formazione del silenzio assenso è di sessanta giorni.

5. Il termine di cui al comma 3 può essere interrotto una sola volta dal responsabile del procedimento, entro quindici giorni dalla domanda, esclusivamente per la richiesta di documentazione integrativa, che non sia già nella disponibilità dell'amministrazione o che non possa essere acquisita autonomamente. In tal caso, il termine di trenta giorni ricomincia a decorrere dalla data di ricezione della documentazione integrativa.

⁽³⁾ L'art. 24 d.p.r. n. 380/2001, al primo comma, definisce la funzione del certificato di agibilità affermando che esso "attesta la sussistenza delle condizioni di sicurezza, igiene, salubrità, risparmio energetico degli edifici e degli impianti negli stessi installati, valutate secondo quanto dispone la normativa vigente".

silenzio assenso diversificato in relazione ad alcune ipotesi alternative. In particolare, «l'agibilità si intende attestata nel caso in cui sia stato rilasciato il parere dell'A.S.L.» circa la sussistenza delle prescritte condizioni igieniche e sanitarie decorsi 30 giorni dalla ricezione della domanda. Il suddetto termine per la formazione del silenzio assenso viene elevato a 60 giorni nelle ipotesi in cui la conformità del progetto alle norme igienico-sanitarie sia autocertificata⁽⁴⁾.

La disciplina testé illustrata si è innestata nel solco di quella previgente di cui al d.p.r. n. 425/1994, apportandovi significative modifiche e migliorie⁽⁵⁾. *In primis*, la novella legislativa ha razionalizzato i termini rispetto al regolamento del 1994 recante «la disciplina dei procedimenti di autorizzazione all'abitabilità, di collaudo statico e di iscrizione al catasto», prevedendo una netta separazione tra la conclusione del procedimento e la formazione del silenzio: infatti, mentre l'art. 4, comma 2, disponeva che l'Amministrazione dovesse pronunciarsi entro 30 giorni dalla presentazione della domanda, il successivo capoverso disponeva in 45 giorni dalla data di presentazione della medesima istanza l'arco temporale decorso inutilmente il quale «l'abitabilità⁽⁶⁾» doveva intendersi «attestata».

In secondo luogo, la nuova previsione normativa ha eliminato il potere attribuito al Comune dall'art. 4, comma 3 della vecchia disciplina di disporre nei successivi 180 giorni l'ispezione diretta a verificare l'esistenza «dei requisiti richiesti alla costruzione per essere dichiarata abitabile» e, quindi, per «eventualmente dichiarare la non abitabilità, nel caso in cui verifichi l'assenza dei requisiti alla costruzione per essere dichiarata abitabile». Detto potere di dichiarare l'inagibilità risulta oggi attribuito dall'art. 26 del t.u. edilizia, che espressamente stabilisce che l'inutile spirare del termine comporta la formazione del silenzio assenso, che nel d.p.r. del 1994 non era qualificato come tale.

Tornando alla fattispecie in esame, il TAR dell'Umbria rileva come

⁽⁴⁾ Al riguardo, si veda il commento all'art. 25 d.p.r. n. 380/2001 in ASSINI, MANTINI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 1997, 838-842.

⁽⁵⁾ Al riguardo, si vedano le osservazioni elaborate da GUALANDI, *La disciplina del certificato di abitabilità: nuove problematiche alla luce del d.p.r. 22 aprile 1994*, in *Riv. giur. edil.*, 1995, II, 60 ss.; OCCHIENA, SAITTA, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, Relazione al XIII Convegno nazionale A.I.D.U. su *La semplificazione nella disciplina del territorio* – Trento, 8 – 9 ottobre 2010, in *www.aidu-dirittourbanistico.it*; ROTIGLIANO, *Art. 25*, in SANDULLI (a cura di), *T.u. edilizia*, II, Milano, 2009, 446 ss.

⁽⁶⁾ Come è noto, nel vecchio regime vigeva la differenza tra certificato di abitabilità, che concerneva gli immobili destinati all'abitazione, e certificato di agibilità, che invece riguardava quelli aventi diversa destinazione d'uso. Il t.u. edilizia ha invece eliminato detta distinzione, prevedendo il solo certificato di agibilità. Su tali aspetti si vedano DE CAROLIS, *L'agibilità degli edifici tra condono edilizio e disciplina urbanistica*, in *Urb. app.*, 2003, 90 ss.; IANNOTTA, *Art. 24*, in SANDULLI (a cura di), *T. u. edilizia, ivi*, 432 ss.

parte ricorrente non contesta che il provvedimento impugnato sia stato emanato dopo il decorso del termine di 30 giorni previsto dall'articolo 25 del sopraindicato d.p.r. e quindi dopo la formazione del silenzio assenso, evidenziando come il decorso di tale *spatium temporis* non inficia la legittimità del provvedimento medesimo.

In particolare, i Giudici Amministrativi ritengono che il citato provvedimento più che un provvedimento espresso tardivo, e pertanto inidoneo ad incidere sugli effetti provvedimentali consolidati, conseguenti all'istanza del privato, deve considerarsi un provvedimento di autotutela ⁽⁷⁾.

I rilievi a cui giungono i Giudici umbri recepiscono un'autorevole senten-

⁽⁷⁾ Come afferma CARINGELLA, cit., Milano, 2008, 1184-1217, l'autotutela amministrativa è tuttora oggetto di ampie discussioni, sia in dottrina che in giurisprudenza, tant'è che allo stato non ha trovato un inquadramento unitario tale da consentire una univoca definizione. Ciò deve, in parte, addebitarsi alla mancanza di un preciso riferimento normativo cui vincolare, con certezza, le linee fondamentali dell'istituto. Secondo la ben nota definizione di BENVENUTI (voce *Autotutela*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537), l'autotutela consiste nella possibilità che l'amministrazione possiede di "farsi ragione da sé" (naturalmente secondo diritto) per le vie amministrative (e salvo ogni sindacato giurisdizionale ai sensi dell'art. 113 Cost.). Si tratterebbe, in altri termini, della possibilità, riconosciuta dall'ordinamento all'amministrazione, di rimuovere essa stessa gli ostacoli che si frappongono tra il provvedimento ed il risultato cui essa mira, cioè la realizzazione dell'interesse pubblico concreto per la tutela del quale il provvedimento è stato emanato. Secondo parte della dottrina (GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1993, 830), il concetto di autotutela appare riferibile esclusivamente al potere di esecuzione coattiva diretta dei provvedimenti amministrativi spettante all'amministrazione, la cosiddetta esecutorietà del provvedimento. È a seguito degli studi di CAMMEO (*Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1992, 1448 ss.) che l'esecuzione coattiva viene fatta confluire nella più ampia nozione di autotutela insieme alle manifestazioni del potere di riesame, cioè di verifica, da parte della p.a., della validità dei suoi provvedimenti, che, nella sua connotazione più rilevante, si risolve nel ritiro dell'atto riconosciuto invalido, principalmente, ma non esclusivamente, nelle forme della revoca e dell'annullamento d'ufficio. Si tratta di un'interpretazione che è stata accolta dalla prevalente dottrina. Tuttavia, altre figure sono andate progressivamente arricchendo i contenuti dell'autotutela. Secondo BENVENUTI, infatti, di autotutela potrebbe parlarsi in tutti i casi in cui all'amministrazione sia demandato il compito di risolvere situazioni conflittuali, attuali o potenziali, insorgenti con i soggetti che con essa vantano un contatto. Nell'autotutela si radicherebbe, pertanto, non solo il potere di riesame e quello di esecuzione coattiva del provvedimento, ma anche quello di decisione dei ricorsi amministrativi, nonché i poteri sanzionatori, di controllo e di sospensione del provvedimento. Di autotutela si è parlato anche in relazione all'introduzione, a partire dagli anni novanta del secolo scorso, di nuovi modelli di azione amministrativa. È il caso del potere di verifica, successivo alla denuncia di inizio attività da parte del privato, dei requisiti necessari per l'esercizio della stessa, rimanendo in capo all'amministrazione il potere – in caso di esito negativo di tale riscontro – di vietare la prosecuzione dell'attività e di ordinare la rimozione dei relativi effetti (al riguardo, si veda CERULLI IRELLI, *Modelli procedurali alternativi in tema di*

za del Consiglio di Stato, ad. pl., del 29 luglio 2011 n. 15, nel cui apparato motivazionale si afferma che «il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso è perentorio e che, comunque, anche dopo il decorso di tale spazio temporale, la p.a. conserva un potere residuale di autotutela. Detto potere, con cui l'Amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dalle norme di cui alla l. n. 241/1990, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio». Tale sentenza è stata corroborata dall'art. 6, comma 3 d.l. n. 138/2011, convertito in legge dall'art. 1, comma 1, l. n. 148/2011.

Parimenti infondato ad avviso del Collegio è il secondo motivo, con il quale la società ricorrente deduce l'omessa comunicazione del preavviso di rigetto.

A tal proposito, è opportuno rilevare come la questione in esame trova il proprio referente normativo nella l. n. 15/2005 che ha introdotto, nell'originario corpo della l. n. 241/1990, l'art. 10 *bis* ⁽⁸⁾. Come noto, ai sensi del predetto articolo, nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile

autorizzazioni, in *Dir. amm.*, 1993, 1 ss.). In ordine all'ampliamento contenutistico dell'autotutela poc'anzi descritto, va rilevato che non vi è unanime consenso in dottrina. Quanto alla giurisprudenza, occorre evidenziare come essa si sia concentrata sulle modalità di esercizio e sui limiti di operatività del potere, soprattutto in relazione alle manifestazioni del riesame. Allo stato, convivono nel panorama giurisprudenziale tre diverse concezioni di autotutela: la prima, che fa coincidere la nozione di autotutela con quella dell'attività di esecuzione coattiva diretta delle pretese dell'amministrazione (GIANNINI, *op. cit.*, 830); la seconda, che aggiunge a tale area anche quella del riesame (CASSETTA, *op. cit.*, 531); nell'ambito di quest'ultima elaborazione si trovano, poi, altre opinioni che considerano quale manifestazione dell'autotutela solamente l'attività di riesame con esito demolitorio (QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Milano, 1982, 317) ossia quella tendente ad eliminare l'atto riconosciuto invalido, ed altre opinioni dottrinali che fanno invece rientrare nell'autotutela anche l'attività di riesame ad esito conservativo, ovvero quella volta all'eliminazione dei vizi ed alla conseguente conservazione del provvedimento, così "sanato", nell'ordinamento. La terza concezione di autotutela proposta dalla dottrina è quella che fa coincidere questo istituto "con quella parte di attività dell'amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazioni ai suoi provvedimenti od alle sue pretese" (BENVENUTI, cit. 537).

⁽⁸⁾ Il citato articolo recita: "*Nei procedimenti ad istanza di parte il responsabile del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione di un provvedimento negativo, comunica tempestivamente agli istanti i motivi che ostano*

del procedimento o l'autorità competente, prima della formale adozione del provvedimento di diniego, comunicano tempestivamente a coloro che hanno determinato l'avvio del procedimento i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza. Entro il termine di 10 giorni dal ricevimento della suddetta comunicazione i soggetti destinatari hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni eventualmente corredate da documenti. La comunicazione interrompe i termini per la conclusione del procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla scadenza del termine di 10 giorni. Dell'eventuale mancato accoglimento delle osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. La l. n. 15/2005 con l'introduzione dell'articolo 10 *bis* ha voluto in particolare sviluppare il principio del giusto procedimento, estendendo la partecipazione anche alla fase predecisionale del procedimento nel caso in cui l'Amministrazione ritenga che vi siano i presupposti per l'adozione di un provvedimento negativo in un procedimento ad istanza di parte. Infine, così si chiude l'art. 10 *bis*, le predette disposizioni non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali.

La norma in questione presenta diversi profili di rilievo che hanno destato l'interesse di dottrina e giurisprudenza. Innanzi tutto conviene sottolineare come essa sia destinata ad operare nell'ambito dei procedimenti la cui apertura avviene ad istanza di parte. Si tratta, dunque, in massima parte di procedimenti che, ove conclusi con un provvedimento positivo per il destinatario, ampliano la sua sfera giuridica. Dall'applicazione della norma sono esclusi, come anticipato, i procedimenti concorsuali⁽⁹⁾ ed i procedimenti in materia previdenziale ed assistenziale⁽¹⁰⁾. La *ratio* sottesa alla norma, come affermato da autorevole dottrina⁽¹¹⁾, risiede nel garantire ai destina-

all'accoglimento della domanda. Entro il termine di dieci giorni dal ricevimento della comunicazione, gli istanti hanno il diritto di presentare per iscritto le loro osservazioni, eventualmente corredate da documenti. La comunicazione di cui al primo periodo interrompe i termini per concludere il procedimento che iniziano nuovamente a decorrere dalla data di presentazione delle osservazioni o, in mancanza, dalla scadenza del termine di cui al secondo periodo. Dell'eventuale mancato accoglimento di tali osservazioni è data ragione nella motivazione del provvedimento finale. Le disposizioni di cui al presente articolo non si applicano alle procedure concorsuali e ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziali sorti a seguito di istanza di parte e gestiti dagli enti previdenziali”.

⁽⁹⁾ Secondo F. G. SCOCA, in *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 236 ss., “L'esclusione della norma ai procedimenti concorsuali è giustificata dal momento che la partecipazione ai medesimi potrebbe coinvolgere un numero potenzialmente alto di soggetti con un conseguente aggravio del procedimento e un altrettanto conseguente ritardo quanto alla sua conclusione”.

⁽¹⁰⁾ Il Cons. St., nel parere del 26 febbraio 2008 n. 2518/2007, ha asserito che “L'elenco dei procedimenti ai quali non si applica il c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10 *bis*, l. n. 241/1990 non è tassativo, potendovi e dovendosi enucleare altri

tari degli effetti del provvedimento un ulteriore contraddittorio scritto con la p.a. procedente nonché di rafforzamento del profilo della trasparenza dell'azione amministrativa. Quanto affermato è confermato anche dalla collocazione dell'articolo nell'ambito del capo della l. 241/1990 che disciplina la partecipazione.

Altra questione che si è posta all'attenzione della dottrina riguarda l'eventuale omissione della comunicazione di cui all'art. 10 *bis*: a rigore la conseguenza dovrebbe essere quella dell'illegittimità del provvedimento finale, ma è necessario tenere conto della ipotesi di non annullabilità del provvedimento di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, l. n. 241/1990⁽¹²⁾. Sul punto non si è ancora formata un'interpretazione univoca. Al riguardo, la dottrina

casi di sottrazione al preavviso di rigetto, alla luce di una interpretazione sistematica; in particolare, si sottraggono al preavviso di rigetto: a) il procedimento della denuncia di inizio attività in materia edilizia, per molteplici considerazioni (l'assenza di un procedimento destinato a sfociare in un provvedimento amministrativo; la tempistica peculiare del procedimento, incompatibile con i tempi del preavviso di rigetto, che comporta una interruzione del termine per provvedere); b) i procedimenti di secondo grado e, segnatamente, i procedimenti di autotutela avviati su istanza di parte e sfociati in atti confermativi; c) i procedimenti di controllo di nulla osta paesaggistici". Per un approfondimento sull'ambito di applicabilità del preavviso di rigetto, si segnala AMOVILLI, *Preavviso di rigetto: l'ambito di applicabilità. I casi problematici*, in www.neldiritto.it.

⁽¹¹⁾ Per una disamina sul tema del preavviso di rigetto, si segnalano i seguenti studi: CASSETTA, cit., Milano, 2011, 422; CASSESE, cit., Milano, 2009, 270; F. G. SCOCA, cit., 236-239, il quale afferma che la fase disciplinata dall'art. 10 *bis* si caratterizza per alcune particolari peculiarità. In particolare, nel momento in cui si innesta non soltanto l'istruttoria procedimentale può dirsi conclusa, ma anche la fase della decisione. Ad avviso di F. G. SCOCA, se infatti la p.a. deve indicare i motivi che ostano all'accoglimento dell'istanza presentata dal privato, è evidente come essa ritenga di avere già sciolto e chiarificato tutti i profili problematici presenti nella vicenda che ha dato luogo all'apertura del procedimento. In altri termini la p.a. ha già deciso di non poter accogliere l'istanza. Il contraddittorio che si innesta ha ad oggetto dunque una decisione già assunta nella sostanza. Pertanto, la funzione principale di questo ulteriore momento di partecipazione è più di tipo difensivo che non collaborativo. Al riguardo, infatti viene riconosciuta, di fronte ad una proposta di provvedimento negativo, la possibilità di confutare e contestare tale proposta a mezzo di asserzioni miranti a fare rilevare la illegittimità della decisione in relazione a qualsiasi profilo rilevante a tal fine – riguardi esso l'accertamento del fatto, la valutazione e ponderazione degli interessi, l'individuazione delle norme regolative della fattispecie concreta e la loro corretta interpretazione – e ad indurre la p.a. ad assumere una diversa decisione.

È da osservare, inoltre, come il preavviso di diniego, che viene comunicato dalla p.a. al privato, non è un atto avente natura procedimentale ma si tratta di un atto endoprocedimentale privo di autonoma capacità lesiva della sfera giuridica del destinatario dal momento che la p.a. potrebbe decidere diversamente da quanto comunicato, ed in quanto tale non deve pertanto essere oggetto di autonoma impugnazione (*ex multis*, TAR Veneto, sez. III, 1 agosto 2006 n. 2257; TAR Campania, sez. VII, 12 giugno 2006 n. 6891 in www.giustizia-amministrativa.it).

⁽¹²⁾ L'art. 21 *octies* l. 241/1990, rubricato "Annullabilità del provvedimento", recita: «1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione

si divide in due orientamenti. Secondo un indirizzo prevalente all'omessa comunicazione *ex art. 10 bis* si applica in via estensiva la disciplina prevista nell'*art. 21 octies*, comma 2. Da ciò discenderebbe la conseguenza che il provvedimento di diniego non sarebbe suscettibile di annullamento ove la p.a. dimostri in giudizio che il contenuto dispositivo non sarebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁽¹³⁾. Sul versante opposto si staglia altra dottrina, un po' più rigida, che ritiene non applicabile il suddetto articolo⁽¹⁴⁾.

Proseguendo nell'analisi della sentenza in esame, l'*iter* motivazionale seguito dal Collegio con riferimento al citato secondo motivo di doglianza di parte istante, oltre ad essere basato sull'interpretazione seguita dalla dottrina maggioritaria con riferimento alle norme predette, coincide con il noto orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la violazione dell'*art. 10 bis* l. n. 241/1990 non comporta l'automatica illegittimità del provvedimento finale, in quanto trova applicazione l'*art. 21 octies* della stessa legge, secondo il quale il giudice non può annullare il provvedimento per vizi formali, che non abbiano inciso sulla legittimità sostanziale del provvedimento⁽¹⁵⁾.

Al fine di comprendere le argomentazioni del Collegio, si procederà ad effettuare un breve *excursus* giurisprudenziale sul tema *quivi* delineato.

Un primo indirizzo della giurisprudenza risalente agli anni 2005 affermava l'automatica illegittimità del provvedimento non preceduto dal preavviso di rigetto *ex art. 10 bis* l. n. 241/1990⁽¹⁶⁾. In antitesi a tale interpretazione giurisprudenziale, si assiste alla formazione progressiva di un diverso orientamento che riconosce l'obbligatorietà della comunicazione *de*

di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

⁽¹³⁾ In linea con tale orientamento dottrinale si registra una ricca elaborazione giurisprudenziale fiorita in materia. Al riguardo, si consigliano le seguenti sentenze: TAR Puglia, Lecce, sez. II, 12 settembre 2006, n. 4412; TAR Lazio, Roma, sez. I; 10 aprile 2006, n. 2553, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁴⁾ Sulla scorta di tale interpretazione dottrinale giova segnalare la pronuncia del TAR Liguria, Genova, sez. II, 26 ottobre 2006, n. 1258, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8831; Id. sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4929; Id. sez. II, 30 luglio 2009, n. 4802; Id. sez. III, 27 gennaio 2009, n. 7; Id. sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 120, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁶⁾ Cfr. TAR Lazio, sez. II *bis*, 18 maggio 2005 n. 3921; TAR Veneto, sez. II, 1 giugno 2005 n. 2358; TAR Campania, sez. VIII, 4 luglio 2005 n. 9368; TAR Emilia Romagna, sez. I, 6 settembre 2005 n. 1512; TAR Lazio, sez. III *ter*, 8 settembre

qua esclusivamente nei casi in cui questa rivesta un'effettiva utilità per il privato nel procedimento amministrativo che lo interessi ⁽¹⁷⁾, anche avuto riguardo a quanto sancito dall'art. 21 *octies*, comma 2, della l. n. 241/1990. Pertanto, la violazione dell'art. 10 *bis* si riduce ad essere una mera irregolarità non invalidante qualora si verifichi in ipotesi di attività vincolata e risulti evidente che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato ⁽¹⁸⁾.

Nel caso di specie, il TAR Umbria, ricalcando un recente arresto del Consiglio di Stato ⁽¹⁹⁾, giunge ad affermare che «il rilascio dell'abitabilità è un provvedimento di natura essenzialmente vincolata perché fondato sul mero accertamento della rispondenza di un immobile a parametri predefiniti per cui non è obbligatorio detto preavviso». Al riguardo, occorre sottolineare come l'impostazione seguita dal Collegio si pone in contrasto con quanto sostenuto da un orientamento minoritario dei giudici di Palazzo Spada, che da ultimo si sono pronunciati con la sentenza del 2 marzo 2011 n. 426 ⁽²⁰⁾. Osserva il Collegio che la norma di garanzia non deve essere interpretata in maniera formalistica, ma tenendo conto della sua funzione sostanziale che è quella di evitare un effettivo pregiudizio alla parte istante, cui viene impedito di proporre osservazioni preventive ⁽²¹⁾.

Orbene, nel caso di cui trattasi risulta di palmare evidenza che nessuna lesione può derivare da tale impedimento allorché l'Amministrazione

2005 n. 6618; TAR Piemonte, sez. I, 3 ottobre 2005, n. 2837; TAR Piemonte, sez. I, 26 ottobre 2005, n. 3296; Cons. St., sez. VI, ord. n. 5196/2005, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. TAR Veneto, sez. II, 13 settembre 2005 n. 3421; TAR Veneto, sez. II, 13 settembre 2005 n. 3421, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁸⁾ Cfr. TAR Toscana, sez. I, 29 luglio 2005 n. 3817, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 18 marzo 2011 n. 1673, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽²⁰⁾ Per un'analisi della sentenza del TAR Toscana, sez. III, 2 marzo 2011 n. 426 si consiglia di consultare il sito *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁽²¹⁾ Per un *excursus* giurisprudenziale sul tema, si segnalano le sentenze di seguito elencate: Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8831; Cons. St., sez. VI, 9 gennaio 2009, n. 2452, consultabili sul sito internet *www.giustizia-amministrativa.it*. Si veda, altresì, il commento di FARINA alla sentenza del TAR Lecce, 5 dicembre 2005 n. 56, in *www.altalex.it*. In particolare, i giudici leccesi con la citata sentenza hanno statuito che al preavviso di rigetto vanno riferite le stesse conclusioni alle quali la giurisprudenza è pervenuta nell'interpretazione dell'art. 7 l. n. 241/1990. In particolare, la giurisprudenza ha avvertito che quest'ultima norma non deve essere applicata in modo meccanico formalistico e che deve ritenersi superflua l'omissione della comunicazione d'avvio laddove questo vizio formale non integri contestualmente una lesione sostanziale delle garanzie partecipative del privato. Ciò accade nei casi in cui il privato abbia avuto comunque conoscenza *aliunde* dell'avvio del procedimento, dovendo pertanto ritenersi ugualmente raggiunto lo scopo cui tende la comunicazione d'avvio del procedimento *ex art. 7*; inoltre deve ritenersi inutile la comunicazione

non possa provvedere diversamente. A questa conclusione i Giudici Amministrativi pervengono omologandosi nella sentenza a quello che è stato l'orientamento prevalente formatosi nel corso degli anni e da ultimo ribadito dalla recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, del 28 gennaio 2011 n. 679 ⁽²²⁾.

LETIZIA MACRÌ

d'avvio del procedimento nei casi in cui la partecipazione del privato non potrebbe in alcun modo incidere concretamente nel procedimento amministrativo. Tali arresti, come afferma FARINA nel commento alla citata sentenza, possono essere riferiti pure all'omissione del preavviso di rigetto, attesa la sostanziale coincidenza delle finalità cui tendono gli artt. 7 e 10 *bis* l. n. 241/1990. In modo particolare, l'art. 10 *bis*, così come l'art. 7, non costituisce un mero simulacro formale ma deve essere interpretato in senso sostanziale, e deve essere riconosciuta la superficialità dell'omissione del preavviso di rigetto in tutti i casi in cui tale vizio formale non produca anche un danno sostanziale al privato o una deficienza d'istruttoria procedimentale.

⁽²²⁾ Al riguardo, il Consiglio di Stato, sez. IV, con la sentenza del 28 gennaio 2011 n. 679, ha statuito l'infondatezza della doglianza di parte appellante, inerente la violazione della disposizione di cui all'art. 10 *bis* l. 7 agosto 1990, n. 241, non avendo il Comune provveduto, prima di emettere l'impugnato provvedimento di diniego a comunicare all'istante le ragioni che si opponevano all'accoglimento della sua richiesta di titolo *ad aedificandum*. Tuttavia la Sezione, non discostandosi dall'orientamento giurisprudenziale oramai consolidato, è nel senso di interpretare anche la norma di cui all'articolo testé citato, così come le altre norme in materia di partecipazione procedimentale, non in senso formalistico ma avendo riguardo all'effettivo e oggettivo pregiudizio che la sua inosservanza abbia causato alle ragioni del soggetto privato nello specifico rapporto con la p.a.. Pertanto, i giudici ritengono che *“nel caso di specie appare evidente, alla stregua della disciplina urbanistica che si è richiamata, come le determinazioni dell'Amministrazione comunale, non avrebbero potuto essere che nel senso del diniego dell'intervento richiesto; né parte odierna appellata ha fornito alcun elemento indicativo della concreta incidenza che un suo ulteriore apporto procedimentale avrebbe potuto avere sulle dette determinazioni, trascurando quasi del tutto le norme urbanistiche richiamate”*.

T.A.R. UMBRIA – 22 dicembre 2011 n. 400 – *Pres. Est.* LAMBERTI – G. N., A.S.T.A.C., M. C., M. A. F., S. M., C. R. P. (avv.ti G. Piccini e S. Gherardelli) contro il Comune di San Venanzo (avv. V. Tascini) e nei confronti di Associazione E. S. (avv. M. Rampini); Regione Umbria.

Processo amministrativo – Rimedi del terzo controinteressato avverso la d.i.a. – Azione di annullamento – Mancato esperimento entro il termine – Conseguenze – Inoppugnabilità del diniego tacito di provvedimento inibitorio. (artt. 29 e 31 d.lgs. n. 104/2010)

Processo amministrativo – Rimedi del terzo controinteressato avverso la D.I.A. – Azione di adempimento – Ammissibilità – Sussiste. (art. 31 d.lgs. n. 104/2010)

Processo amministrativo – Rimedi del terzo controinteressato avverso la D.I.A. – Azione di adempimento – Art. 31 c.p.a. – Accertamento della fondatezza della pretesa – Inammissibilità – Ragioni. (art. 31 d.lgs. n. 104/2010)

La mancata impugnazione entro un termine ragionevole del diniego tacito di provvedimento inibitorio dell'attività oggetto della denuncia d'inizio attività determina il consolidarsi degli effetti della denuncia d'inizio attività (nella specie, in cui si verteva della legittimità della realizzazione tramite DIA di un piccolo impianto sportivo costituito da una pista di motocross per attività agonistica, il ricorso avverso la DIA era stato proposto a distanza di sedici anni) (1).

Il terzo pregiudicato dall'attività proseguita o iniziata illegittimamente in base a DIA può proporre, congiuntamente o separatamente da quella di annullamento dell'atto tacito di diniego, l'azione di adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di adottare provvedimenti interdittivi o restrittivi (2).

Nell'ambito dell'azione di adempimento promossa dal terzo pregiudicato dall'attività proseguita o iniziata illegittimamente in base a DIA è possibile richiedere la declaratoria dell'obbligo del Comune di provvedere sull'istanza di autotutela, mentre non sussiste la possibilità di chiedere l'accertamento della fondatezza della pretesa, ai sensi dell'art. 31, c.p.a., vertendosi di attività di autotutela in cui la P.A. gode di un ampio margine di discrezionalità, sia per quanto attiene l'individuazione dell'interesse pubblico e l'esame degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, sia per quanto concerne la ragionevolezza del termine entro il quale può intervenire d'ufficio l'annullamento dell'atto (3).

(*Omissis*) 1. Nella qualità di proprietari di immobili limitrofi alla pista di moto cross realizzata dall'Associazione Scorpioni nel Comune di S. Venanzo - censita al foglio n. 17, particelle n. 2, 3, 4, 5, 22, 24, 79 e 141 - e di Associazione costituita dai residenti nell'area limitrofa alla pista di moto cross, per la salvaguardia degli habitat naturali nei Comuni di S. Venanzo e Marsciano, i ricorrenti impugnano i provvedimenti che seguono:

1.1. l'attestazione di agibilità rilasciata dal Comune di S. Venanzo, in data 5 gennaio 2011 relativa alla pista di motocross sui terreni siti in San Venanzo, loc. Ciciano;

1.1.1. la denuncia di inizio attività del 15 aprile 1995, prot. n. 1952 per la realizzazione di un piccolo impianto sportivo costituito da una pista di motocross per attività agonistica;

1.1.2. la concessione edilizia n. 49/97, in data 29 aprile 1997, per la realizzazione di servizi igienici per l'impianto sportivo pista di motocross;

1.1.3. la denuncia di inizio attività prot. n. 3178/04 avente ad oggetto il ricarica materiale lapideo di area destinata a parcheggio e transito e la realizzazione di un impianto d'illuminazione;

1.1.4. la denuncia di inizio attività prot. n. 4878 dell'8 settembre 2006 (in sanatoria) avente ad oggetto lo spostamento di un salto in terra battuta e la realizzazione di un chiosco in legno temporaneo.

1.2. I ricorrenti chiedono l'accertamento dell'assenza dei presupposti di assentibilità della D.I.A. del 15 aprile 1995, prot. n. 1952 e la declaratoria di illegittimità della concessione edilizia prot. n. 49/97 del 29 aprile 1997, costituenti entrambe il presupposto per il rilascio del provvedimento di agibilità.

1.2.1. I ricorrenti chiedono conseguentemente la condanna del Comune all'adozione delle misure repressive e sanzionatorie ex art. 27 D.P.R. 380/01 per l'inefficacia della D.I.A. del 15 aprile 1995, prot. n. 1952 e della concessione edilizia n. 49/97 e per assenza dei requisiti previsti dalla legge per la realizzazione della pista di moto cross.

2. Va preliminarmente disattesa l'eccezione di difetto di legittimazione dei ricorrenti quantomeno per ciò che attiene alla posizione dei sigg.ri M. A. F., C. R. P., N. G. e M. C. che hanno fornito prova in atti della loro condizione di proprietari di abitazioni situate in prossimità dell'impianto sportivo la cui realizzazione è contestata nel ricorso (docc. sub 4, deposito il 26 aprile 2011).

2.1. La titolarità del bene concreta lo stabile collegamento con la zona interessata e il pregiudizio all'interesse sia di carattere urbanistico ed edilizio sia di natura ambientale e paesaggistico (ex plurimis: TAR Sicilia Catania, sez. I, 9 ottobre 2007, n. 1629) necessario per configurare la posizione differenziata richiesta per adire il giudice (TAR Molise

Campobasso, 5 settembre 2006, n. 723), indipendentemente dall'effettiva concreta frequentazione degli immobili, eccepita dal Comune di San Venanzo nella comparsa di costituzione.

2.2. Va parimenti respinta l'eccezione di difetto di legittimazione a ricorrere dell'associazione denominata "Sviluppo e Tutela Ambientale di Civitella dei Conti" in ragione della finalità contenuta nell'atto costitutivo per notaio D. in Marsciano rep. N. 1.864 - racc. n. 1.256 in data 1° febbraio 2010 della "salvaguardia e la tutela dell'integrità e della qualità degli habitat naturali presenti all'interno delle aree dei comuni di San Venanzo e Marsciano e il risanamento di quelli compromessi".

2.3. L'associazione ha in tal modo comprovato lo stabile e fisico collegamento con l'area interessata dall'impianto sportivo (Cons. St., sez. V, 13 luglio 2000, n. 3904)

3. Il Collegio ritiene necessario, in via preliminare di precisare l'oggetto della domanda come risultante dall'atto introduttivo.

3.1. Sotto un primo profilo la domanda riveste contenuto annullatorio: nei punti sub 2 e 3 dell'atto introduttivo, si afferma l'illegittimità del certificato di agibilità dell'impianto prot.n. 074 del 5 gennaio 2011 (all. 1, deposito 26 aprile 2011) perché viziato d'illegittimità derivata dalla denuncia d'inizio attività presentata al Comune il 15 aprile 1995 (all. 1, deposito 16 maggio 2011) ai sensi dell'art. 8 del decreto legge n. 88 del 27 marzo 1995 e dalla concessione edilizia rilasciata il 29 aprile 1997 (all. 11 deposito 16 maggio 2011) e perché affetto da vizi propri (assenza del certificato di prevenzione incendi).

3.2. Sotto un secondo profilo la domanda ha contenuto di condanna del Comune di San Venanzo all'adozione dei provvedimenti repressivi e ripristinatori dello status quo ante, ai sensi dell'art. 27, DPR n. 380/2001, previo accertamento della non assentibilità della D.I.A. prot. n. 1952 del 15 aprile 1995, e dell'illegittimità della concessione edilizia n. 49/97 (relativa alla realizzazione di servizi igienici per l'impianto sportivo pista di motocross) per difformità dagli strumenti urbanistici.

4. La denuncia d'inizio attività del 15 aprile 1995 riguarda la realizzazione di un piccolo impianto sportivo - pista di motocross per attività agonistica - ed è stata presentata dall'associazione sportiva al Comune ai sensi del decreto legge n. 88/95, il cui art. 8, co. 7, lett. g) subordinava le aree destinate ad attività sportive senza creazione di volumetrie a denuncia di inizio dell'attività "ai sensi e per gli effetti dell'art. 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, come modificato dall'art. 2, comma 10, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 ... ferma restando la necessità delle autorizzazioni previste dalle leggi 1° giugno 1939, n. 1089; 29 giugno 1939, n. 1497; 8 agosto 1985, n. 431 e 6 dicembre 1991, n. 394".

4.1. Alla D.I.A. siccome allora rilasciata (e convalidata ex art. 2, co. 61, l. n. 662/1996 di sanatoria degli atti e provvedimenti adottati sulla

base del decreto legge n. 88/95, non convertito), devono essere applicati i precetti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 15 del 29 luglio 2011, che ha attribuito alla scadenza del termine previsto dall'art. 19, co. 3, l. n. 241/1990 l'efficacia costitutiva del diniego tacito di adozione del provvedimento inibitorio che l'amministrazione adotta nell'esercizio della doverosa potestà di verifica dei requisiti per l'esercizio dell'attività denunciata, salva la residua potestà di autotutela.

5. Conseguenza la tardività delle censure rivolte nei confronti del diniego tacito di provvedimento inibitorio dell'attività (realizzazione di un piccolo impianto sportivo costituito da una pista di motocross per attività agonistica) oggetto della denuncia d'inizio attività del 15 aprile 1995, prot. n. 1952, la cui efficacia è divenuta inoppugnabile non essendo stato proposto ricorso comunque entro un termine che possa essere qualificato ragionevole.

5.1. Fra la presentazione della denuncia d'inizio attività da parte dell'Associazione Scorpioni, in data 15 aprile 1995, la proposizione della diffida e messa in mora per l'annullamento della D.I.A. in data 11 marzo 2011 e la notificazione del presente ricorso in data 13 aprile 2011, ad opera degli odierni interessati, sono infatti decorsi circa sedici anni.

5.2. Anche se nell'originario art. 19, l. n. 241/1990, richiamato dal decreto legge n. 88 del 1995, in esito al quale è stata proposta la denuncia d'inizio attività in esame, non era previsto un termine per impugnare l'inerzia dell'amministrazione sul divieto di prosecuzione dell'attività e sulla rimozione dei suoi effetti (termine stabilito nei sessanta giorni dalla denuncia con la formulazione dell'art. 19 introdotta dall'art. 1, co. 10, l. n. 537/1993), non appare né logico né ragionevole affermare che durante un periodo di tempo talmente ampio non si fosse concretata in capo agli interessati la conoscenza della realizzazione dell'opera, onde procedere alla verifica del titolo di legittimazione alla sua realizzazione e adire il giudice per l'accertamento della mancanza dei requisiti richiesti per la sua formazione.

5.3. Ai fini della decorrenza del termine per ricorrere di cui all'art. 41, co. 2, cod. proc. amm., l'effettiva piena conoscenza del provvedimento abilitativo (formatosi per *silentium*) o dell'attività (privata) - a seconda della qualificazione che si intenda conferire alla D.I.A. - si determina quando l'opera realizzata riveli in modo certo ed univoco le sue caratteristiche essenziali e l'eventuale non conformità della stessa alla disciplina urbanistica (da ult. TAR Campania Napoli, sez. VI, 10 gennaio 2011, n. 35).

5.4. Per ciò che attiene alle caratteristiche dell'opera onde contestarne la difformità dei presupposti a quelli previsti dalla legge o dalla strumentazione urbanistica, l'indagine ha carattere meramente fattuale perché connessa alle possibilità del terzo pregiudicato di acquisire la

piena conoscenza della struttura e dei tratti essenziali: per una pista di motocross, realizzata completamente all'aperto e senza infrastrutture circostanti, come risulta dalla documentazione fotografica e dalle planimetrie allegate (doc. 6 deposito 16 maggio 2011) la percezione dei suoi elementi distintivi è contestuale alla sua esecuzione per l'evidenza della modificazione dell'ambiente circostante sotto l'aspetto della visuale e dell'acustica.

5.5. Non rileva perciò ai fini della tempestività dell'impugnazione, che della D.I.A. e dei successivi provvedimenti rilasciati dal Comune all'Associazione Scorpioni sia stata appresa l'esistenza solo in data 18 febbraio 2011, a seguito dell'istanza di accesso presentata dagli interessati.

5.6. Il decorso di oltre dieci anni dalla presentazione della denuncia d'inizio attività e dalla realizzazione dell'opera (utilizzata per lo svolgimento di una gara appena in data 29 aprile 1995, a dire degli stessi ricorrenti) alla proposizione delle domande di accesso (del 23 gennaio e del 4 febbraio 2011) e del ricorso (del 13 aprile 2011), è tale da sottrarre a ragionevolezza la proposizione di qualsivoglia azione diretta all'annullamento del titolo edilizio formatosi per effetto dell'inerzia mantenuta dal Comune di San Venanzo sull'attività edilizia iniziata o proseguita nel tempo da parte dell'Associazione Scorpioni, anche in considerazione del termine, anch'esso decennale, stabilito dall'art. 39, DPR n. 380 del 2001 per l'esercizio del potere regionale di annullamento del permesso di costruire (Cons. St., sez. IV, 3 agosto 2010 n. 5170).

5.7. Dal consolidarsi degli effetti della denuncia d'inizio attività prot. n. 1952 del 15 aprile 1995 per l'inoppugnabilità del diniego tacito di adozione del provvedimento inibitorio formatosi al decorso del termine di legge, deriva l'inammissibilità del ricorso in esame nella parte in cui denuncia d'illegittimità derivata il certificato di agibilità in data 5 gennaio 2011.

5.8. Deriva, inoltre, l'inammissibilità del ricorso nella parte in cui impugna d'illegittimità derivata e senza la proposizione di autonome censure la concessione edilizia n. 49/97 (relativa alla realizzazione di servizi igienici per l'impianto sportivo pista di motocross) nonché le denunce di inizio attività prot. n. 3178/04 (relativa al ricarica materiale lapideo di area destinata a parcheggio e transito e alla realizzazione di un impianto d'illuminazione; e prot. n. 4878/06 (in sanatoria relativa allo spostamento di un salto in terra battuta e alla realizzazione di un chiosco in legno temporaneo).

6. Diverse conclusioni devono essere raggiunte con riferimento alla condanna dell'amministrazione comunale ad adottare i provvedimenti repressivi e ripristinatori dello status quo ante, ai sensi dell'art. 27, DPR n. 380/2001, previo accertamento della non assentibilità della D.I.A.

prot. n. 1952 del 15 aprile 1995 (e della concessione edilizia n. 49/97 per i servizi igienici dell'impianto).

6.1. Con atto di diffida e messa in mora in data 11 marzo 2011 (doc. 10 deposito 26 aprile 2011), i ricorrenti hanno richiesto ai competenti organi comunali di "procedere in via di autotutela ad annullare e/o revocare, ai sensi e per gli effetti degli articoli 21-quinquies e 21-nonies, L. 241/1990, il certificato di agibilità prot. n. 74/11 rilasciato all'"Associazione Enrico Scorpioni" nonché gli atti autorizzativi presupposti (DIA 1952/1995 e C.E. n. 49/97) ...". Nell'istanza sono altresì intimati il Comune e la Regione "ad adottare nei confronti dell'Associazione Scorpioni i poteri repressivi stabiliti dall'art. 39 co. 5-bis e 40, D.lgs. n. 267/00" (recte: DPR n. 380/2011).

6.2. Ancorché espressamente estesa alla DIA edilizia dall'art. 49, co. 4-bis, del D.L. n. 78/2010, la potestà dell'amministrazione di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies, deve ritenersi espressione di un precetto generale dell'ordinamento che non ne assoggetta l'esercizio a precisi vincoli temporali, purché la potestà stessa si manifesti conforme a criteri di ragionevolezza, di certezza dei rapporti giuridici e di salvaguardia del legittimo affidamento del privato (Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1474; TAR Emilia Romagna Parma, sez. I, 22 settembre 2009, n. 676).

6.3. Non avendo il comune di San Venanzo emesso alcuna determinazione sulla diffida e messa in mora dell'11 marzo 2011, il presente ricorso ben può configurarsi come azione avverso il silenzio ai sensi dell'art. 31 cod. proc. amm., anche in ragione della domanda di "ordinare al Comune l'adozione degli opportuni e improcrastinabili provvedimenti repressivi e ripristinatori nei confronti dell'Associazione Scorpioni" (cfr, pag. 27 del ricorso introduttivo).

6.4. Deve essere respinta l'eccezione d'inammissibilità, formulata al proposito dall'Associazione "Enrico Scorpioni" a pag. 9 dell'atto di costituzione in giudizio, sull'assunto che il meccanismo del silenzio rifiuto sia configurabile solo di fronte ad un vero e proprio obbligo di provvedere e non nel caso in cui l'amministrazione abbia già regolato la situazione con una denuncia d'inizio attività.

6.5. Conformemente a quanto statuito dalla citata sentenza n. 15 del 29 luglio 2011, dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, al terzo pregiudicato dall'attività proseguita o iniziata illegittimamente, è attribuita, congiuntamente o separatamente da quella di annullamento dell'atto tacito di diniego, l'azione di adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di adottare i provvedimenti interdittivi o restrittivi, da esercitare comunque nel termine di un anno stabilito dall'art. 31 co. 2, cod. proc. amm. per l'azione avverso il silenzio.

6.6. Relativamente a quest'ultima, la possibilità di chiedere l'accer-

tamento della fondatezza della pretesa è prevista dall'art. 31 co. 3, cod. proc. amm. solo di fronte ad attività vincolata, o in assenza di ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non quando siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'Amministrazione (Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2011, n. 996).

6.7. Nell'esercizio dell'autotutela ex art. 21-nonies, l. n. 241/1990 è, invece, evidente l'ampio margine di discrezionalità sia per quanto attiene l'individuazione dell'interesse pubblico e l'esame degli interessi dei destinatari e dei controinteressati sia per quanto concerne la ragionevolezza del termine entro il quale può intervenire d'ufficio l'annullamento dell'atto, sempreché illegittimo secondo una valutazione dell'attualità dell'interesse, da effettuare cioè alla stregua della disciplina legislativa ed urbanistica vigente.

6.8. Per questo limitato aspetto, il ricorso deve essere accolto e deve essere dichiarato l'obbligo del Comune di san Venanzo di provvedere sull'istanza di autotutela in data 11 marzo 2011, ancorché nei modi in precedenza precisati.

Natura giuridica della d.i.a. “dichiarazione di inizio attività” (ora, ai sensi del nuovo art. 19 della L. n. 241/1990: s.c.i.a. “segnalazione certificata di inizio attività”) e tutela del terzo controinteressato

SOMMARIO: 1. *Premessa* – 2. *Natura giuridica della denuncia di inizio attività (d.i.a.)* – 3. *Tecniche di tutela azionabili dal terzo controinteressato* – 4. *Considerazioni conclusive.*

1. *Premessa*

Con sentenza n. 400 del 22 dicembre 2011 i Giudici del TAR Umbria si sono pronunciati in merito alla natura giuridica della denuncia di inizio attività (d.i.a.) ed alle tecniche di tutela azionabili dal terzo che deduca un pregiudizio per effetto dell'illegittimo svolgimento dell'attività denunciata, tutto nel solco della pronuncia del Consiglio di Stato, assunta in sede di Adunanza Plenaria del 29 luglio 2011 n. 15⁽¹⁾. Entrambe le pronunce non

⁽¹⁾ Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15 - Con questa pronuncia, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato affronta le non poche problematiche relative alla d.i.a. ritenendo che le controversie interpretative ivi “affrontate e le relative soluzioni non possono non trovare fondamento in una ricostruzione degli istituti in questione di portata generale e quindi valevole anche per il futuro”. - la nota sentenza n. 15 del 29/07/2011 edita nelle principali riviste di settore e commentata, fra gli altri, da

si soffermano su un rapporto meramente privatistico, ossia il conflitto tra il denunciante che intende svolgere l'attività oggetto della dichiarazione ed il terzo che lamenta l'indebita ingerenza nella sua sfera giuridica, ma si appuntano su un rapporto amministrativo che ha come fulcro il corretto e tempestivo esercizio del potere amministrativo di controllo circa la conformità dell'attività dichiarata alle previsioni e prescrizioni normative, con conseguente adozione delle misure inibitorie in caso di esito negativo del riscontro. Nel caso di specie viene infatti sottolineato come il decorso di oltre dieci anni tra la proposizione del ricorso e la presentazione della denuncia d'inizio attività, oltre alla avvenuta realizzazione (sempre ultra-decennale) dell'opera, sottrae ogni ragionevolezza alla proposizione di qualsivoglia azione da parte del terzo controinteressato diretta all'annullamento di un titolo edilizio formatosi per effetto dell'inerzia mantenuta dall'amministrazione comunale. Resta tuttavia riconosciuta l'esperibilità da parte del terzo dell'azione con cui si sollecita il potere di autotutela (del Comune) ai fini dell'adozione di provvedimenti repressivi e ripristinatori nei confronti del dichiarante.

L'istituto in parola ha da sempre custodito speranze e aspettative di semplificazione e snellimento degli iter procedurali. La d.i.a. si configura infatti quale istituto del tutto peculiare che consente al privato l'esercizio di una certa attività comunque rilevante per l'ordinamento, già subordinato a qualsivoglia forma di autorizzazione e, in quanto tale, assimilabile ad un'istanza autorizzatoria, la quale, con il decorso del termine di legge, provoca la formazione di un "titolo" che rende lecito l'esercizio dell'attività, ovvero di un provvedimento tacito di accoglimento dell'istanza del privato. Le incertezze regnanti in materia, che inevitabilmente si ripercuotono sul piano delle tutele del dichiarante e dei terzi controinteressati, discendono anche da una progressiva trasfigurazione dell'istituto in parola, sorto e naturalmente allocato tra gli strumenti di liberalizzazione delle attività private (che, cioè, presuppongono un'attività non soggetta al regime autorizzatorio), e poi utilizzato come strumento di semplificazione procedimentale inerente a procedimenti di natura autorizzatoria. Questo ha inevitabilmente portato l'istituto della d.i.a. a confondersi con lo strumento del silenzio-assenso o, quanto meno, a frantumarsi in una pluralità di istituti diversi, ciascuno dei quali assoggettato a un regime più o meno peculiare.

Il moltiplicarsi della normativa in materia ha condotto a tale frantumazione dell'istituto in una pluralità di forme applicative per diversi settori,

LAMBERTI, *L'Adunanza plenaria si pronuncia sulla DIA in Urb. app.*, 2011, 1185 ss.
TRAVI, *La tutela del terzo nei confronti della dia (o della s.c.i.a.): il codice del processo amministrativo e la quadratura del cerchio*, in *Foro It.*, 2011, III, 517 e ss.; e, da ultimo, GISONDI, *Il regime della tutela dei terzi contro la s.c.i.a. dopo la manovra di agosto 2011 ed il decreto correttivo del codice del processo amministrativo: un'interpretazione costituzionalmente orientata per evitare il deficit di effettività*, in *www.giustizia-amministrativa.it* (aprile 2012).

ciascuno dei quali assoggettato ad un regime più o meno peculiare, ma comunque razionalizzabile secondo una sua ricostruzione unitaria ⁽²⁾. Va ricordato che la d.i.a. ha fatto la sua prima apparizione nel nostro ordinamento con il nome di “denuncia di inizio attività” ed è stata introdotta, in via generale, dall’art. 19 della l. 7 agosto 1990, n. 241, mentre soltanto nel 2005 ha assunto la denominazione di “dichiarazione di inizio attività”. Il modello della dichiarazione di inizio attività è stato inoltre recepito dagli artt. 22 e 23 del d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, con riferimento alla materia edilizia, dall’art. 12 del d.lgs. 29 dicembre 2003, n. 387, in materia di promozione dell’energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili, dagli artt. 87 e 87 bis del d.lgs. 1° agosto 2003, n. 259, in materia di comunicazioni elettroniche, dall’art. 38 del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla l. 6 agosto 2008, n. 133, in materia di attività produttive, e dagli articoli 8, 17 e 64 del d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, di attuazione della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, in materia di attività imprenditoriali e professionali. Va, inoltre osservato che il modello della d.i.a., come regolato dalla l. n. 15/2005, l. n. 80/2005 e l. n. 69/2009, è stato articolato in una d.i.a. a legittimazione differita, per effetto della quale l’attività denunciata può essere intrapresa, con contestuale comunicazione, solo dopo il decorso del termine di trenta giorni dalla comunicazione (art.19, comma 2, primo periodo, della l. n. 241/1990) e in una d.i.a. a legittimazione immediata, che consente l’esercizio dell’attività sin dalla data di presentazione della dichiarazione (art. 19, comma 2, secondo periodo, con riferimento all’esercizio delle attività di impianti produttivi di beni e di prestazioni di servizi di cui alla direttiva 2006/123/CE, compresi gli atti che dispongono l’iscrizione in albi o ruoli o registri ad efficacia abilitante). L’amministrazione, in caso di dichiarazione presentata in assenza delle condizioni, modalità e fatti legittimanti, ai sensi del comma 3 dell’art. 19, adotta provvedimenti motivati di divieto dell’esercizio di detta attività nel termine di sessanta giorni, decorrente,

⁽²⁾ Riportiamo per completezza la genesi della disciplina della denuncia di inizio attività (d.i.a.) dettata dall’art. 19 della l. 7 agosto 1990 n. 241, prima sostituito dall’art. 2, della l. 24 dicembre 1993, n. 537, poi modificato dall’art. 21, della l. 11 febbraio 2005, n. 15, sostituito dall’art. 3, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, modificato dai commi 3, 4, 5 e 6 dell’art. 9, della l. 18 giugno 2009, n. 69, dal comma 1 dell’art. 85, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 e, infine, così sostituito dal comma 4bis dell’art. 49, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, nel testo integrato dalla relativa legge di conversione che ha introdotto il nuovo istituto della S.C.I.A. “Segnalazione certificata di inizio attività”. Ultimi interventi modificatori sono rappresentati dall’art. 4, comma 1, punto 14), dell’All. 4 del d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104, già modificato dall’art. 9 della l. 18 giugno 2009, n. 69, e dal numero 2) della comma 2, lettera b) dell’art. 5, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 e ancora dalla lettera b) del comma 1 dell’art. 6, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, poi dall’art.2, comma 1 l. 4 aprile 2012, n. 35. Merita ricordare che il legislatore, con l’art. 5, comma 2, lettera c) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 ha fornito l’interpretazione autentica delle disposizioni dell’art. 19 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

per la denuncia ad efficacia differita, dalla comunicazione dell'avvenuto inizio dell'attività e, per la d.i.a. ad efficacia immediatamente legittimante, dalla presentazione dell'originaria denuncia. In materia edilizia tale potere inibitorio è esercitabile nel termine di trenta giorni dalla presentazione della dichiarazione, che, a sua volta, deve precedere di almeno trenta giorni l'inizio concreto dell'attività edificatoria (art. 23, commi 1 e 6, del d.p.r. n. 380/2001). Decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, la pubblica amministrazione dispone del potere di autotutela ai sensi degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990. Restano salve, ai sensi dell'art. 21 della l. n. 241/1990, le misure sanzionatorie volte a reprimere le dichiarazioni false o mendaci nonché le attività svolte in contrasto con la normativa vigente, così come sono impregiudicate le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo previste dalla disciplina di settore. Da ultimo, non si può non richiamare l'ulteriore trasformazione e definitivo superamento dell'istituto della d.i.a. che, a seguito delle modifiche apportate all'art. 19 della l. n. 241/1990 dal d.l. n. 78 del 31 maggio 2010, convertito dalla l. n. 122 del 30 luglio 2010, consente sempre l'immediato inizio dell'attività oggetto dell'informativa a seguito della presentazione della segnalazione certificata di inizio attività (acronimo *s.c.i.a.*). Restano salvi, anche nella rinnovata architettura normativa, il potere dell'amministrazione di vietare, entro il modificato termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, l'esercizio dell'attività in assenza delle condizioni di legge, nonché il potere di autotutela esercitabile in caso di decorso infruttuoso di tale termine e dei poteri sanzionatori e di vigilanza di cui al rammentato art. 21. Il modello della *s.c.i.a.* è stato recepito dal d.p.r. 9 luglio 2010, n. 159, in materia di accreditamento delle agenzie delle imprese, e dal d.p.r. 7 settembre 2010, n. 160, in tema di sportello unico delle attività produttive.

Peraltro, se da un lato va precisato che la decisione in esame concerne una fattispecie anteriore alle richiamate ultime modifiche, dall'altro è innegabile che le problematiche affrontate nel presente approfondimento e le relative soluzioni non possono non trovare fondamento in una ricostruzione di portata generale degli istituti in questione, valevole anche per l'istituto della *s.c.i.a.*, finanche riguardo la tematica dell'applicabilità di detto modello alla materia edilizia (tematica sulla quale è da ultimo intervenuto il legislatore con l'art. 5 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106). A tal proposito giova richiamare l'interpretazione autentica delle disposizioni dell'art. 19 fornita dalla lettera c) del comma 2 dell'art. 5, d.l. 13 maggio 2011, n. 70 in base al quale *“le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 si interpretano nel senso che le stesse si applicano alle denunce di inizio attività in materia edilizia disciplinate dal decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire. Le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 si interpretano altresì nel senso che non sostituiscono la disciplina prevista*

dalle leggi regionali che, in attuazione dell'articolo 22, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 3, del medesimo decreto e nel senso che, nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la Scia non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale.”.

2. Natura giuridica della denuncia di inizio attività (d.i.a.)

Con l'art. 19 della l. n. 241/1990, oltre che sostituire un intervento preventivo dell'amministrazione con uno di tipo successivo, è stata mutata la stessa configurazione giuridica dell'attività del privato, attraverso una vera e propria misura di *deregulation* diretta a limitare l'impiego di poteri amministrativi. Sin dall'origine si è infatti potuto parlare di effettiva liberalizzazione di alcune attività private ed in tal senso si era espresso il Consiglio di Stato nell'Adunanza generale con il parere del 19 febbraio 1987 reso sul disegno di legge recante norme sul procedimento amministrativo, le cui posizioni hanno trovato poi conferma nel parere del 6 febbraio 1992, n. 27⁽³⁾.

Le tesi che sono state sostenute in tema di natura giuridica della d.i.a., nella dottrina e nella giurisprudenza, oscillano tra diversi orientamenti. Secondo un primo orientamento la d.i.a. rappresenta un atto soggettivamente ed oggettivamente privato che, in presenza di determinate condizioni e all'esito di una fattispecie a formazione complessa, attribuisce al dichiarante una legittimazione *ex lege* allo svolgimento di una determinata attività, che sarebbe dunque liberalizzata, mentre riconosce alla Pubblica Amministrazione (p.a.) la sola possibilità di porre in essere, in difetto dei presupposti, un intervento di tipo inibitorio. Diversamente viene sostenuto che la d.i.a. avrebbe natura provvedimentale e si tradurrebbe direttamente nell'autorizzazione implicita all'effettuazione dell'attività in virtù di una valutazione legale tipica, con la conseguenza che i terzi potrebbero agire innanzi al giudice per chiedere l'adempimento delle prestazioni che la p.a. avrebbe omesso di svolgere o l'annullamento della determinazione formatasi in forma tacita. La d.i.a. quindi quale fattispecie a formazione successiva

⁽³⁾ Cons. St., ad. gen., 6 febbraio 1992, n. 27 - d.i.a. “il regime previsto dagli art. 19 e 20 sembra destinato, d'altra parte, a trovare applicazione, in linea di massima, con riferimento a casi in cui il rilascio dell'autorizzazione o dell'atto di assenso non incida direttamente sulla sfera giuridica di terzi; sicché, per essi, non sembra sussistere la necessità di quelle particolari garanzie predisposte, anche con riferimento ai terzi, dalla disciplina del capo III della legge; mentre l'esigenza di certezza è ampiamente soddisfatta dalla possibilità di intraprendere le attività a seguito di una denuncia, ovvero dopo il decorso di un termine certo da essa, nonché dal meccanismo del silenzio-assenso.”.

(*recte* progressiva) intesa non come strumento di liberalizzazione imperniato sull'abilitazione legale all'esercizio di attività affrancate dal regime autorizzatorio pubblicistico, quanto piuttosto come modulo di semplificazione procedimentale che consente al privato di conseguire, per effetto di un'informativa equiparabile ad una domanda, un titolo abilitativo costituito da un'autorizzazione implicita di natura provvedimentale che si perfeziona a seguito dell'infruttuoso decorso del termine previsto dalla legge per l'adozione del provvedimento di divieto⁽⁴⁾. La dichiarazione, per effetto del susseguirsi dell'informativa del privato e del decorso del tempo per l'esercizio del potere inibitorio, culmina in un atto tacito di assenso, soggettivamente e oggettivamente amministrativo. Conseguentemente i terzi lesi dal silenzio serbato dall'amministrazione a fronte della presentazione della d.i.a. sono legittimati a reagire con le forme e nei tempi del ricorso ordinario di annullamento del provvedimento amministrativo (artt. 29 e 41 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 – c.p.a. “Codice del processo amministrativo”).

A sostegno della tesi della valenza provvedimentale dell'istituto è la espressa previsione del potere amministrativo di assumere, una volta decorso il termine per l'esplicazione del potere inibitorio, determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21 *quinqüies* (revoca del provvedimento) e 21 *nonies* (annullamento d'ufficio) della l. n. 241/1990 (art. 19, comma 3, come modificato dall'art. 3 del d.l. 14 maggio 2005, n. 35, conv. dalla l. 14 maggio 2005, n. 80 e, poi, dall'art. 9 della l. 18 giugno 2009, n. 69). Il riferimento all'autotutela decisoria di secondo grado, con esito di ritiro, sembra presupporre un provvedimento, o un titolo, su cui sono destinati ad incidere, secondo la logica propria del *contrarius actus*, i provvedimenti di revoca o di annullamento. Gli stessi Giudici di Palazzo Spada hanno rilevato che, se è ammesso l'annullamento d'ufficio, parimenti, deve essere consentita l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo⁽⁵⁾. In base alla tesi del provvedimento implicito il terzo è legittimato a reagire in sede giurisdizionale a seguito della formazione del titolo senza bisogno dell'attivazione della procedura finalizzata alla formazione del silenzio-rifiuto (o inadempimento). La ricostruzione provvedimentale trova sponda in materia di d.i.a. edilizia attraverso gli articoli 22 e 23 del testo unico approvato con d.p.r. n. 380/2001

⁽⁴⁾ *Ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2558; Id., 24 maggio 2010, n. 3263; Id., 8 marzo 2011, n. 1423.

⁽⁵⁾ Cons. St., sez. VI, 5 aprile 2007, n. 1550 “Tale disposizione, pur non essendo temporalmente applicabile alla fattispecie in esame, può essere letta come riconoscimento da parte del legislatore della natura provvedimentale del titolo abilitativo che si forma in seguito ad una d.i.a.. Nello stesso senso sembrerebbe essersi orientato il legislatore già in precedenza: nel T.U. edilizia l'applicabilità degli artt. 38 (interventi eseguiti in base a permesso annullato) e 39 (annullamento del permesso di costruire da parte della Regione) è stata estesa anche agli interventi di cui all'art. 22, comma 3, assoggettati a d.i.a..”.

in base ai quali “d.i.a. e permesso di costruire” sono titoli abilitativi⁽⁶⁾ di analogia natura, che si diversificano solo per il procedimento da seguire. Sarebbe, infatti, irragionevole, oltre che lesivo del canone costituzionale di effettività della tutela giurisdizionale, reputare che il terzo controinteressato incontri limiti diversi a seconda del tipo di titolo abilitativo, che può dipendere da una scelta della parte o da una diversa normativa regionale⁽⁷⁾. Il confine tra l’ambito di operatività della d.i.a. e quello del permesso di costruire non è fisso: le Regioni possono, infatti, ampliare o ridurre l’ambito applicativo dei due titoli abilitativi, ferme restando le sanzioni penali (art. 22, comma 4), ed è comunque fatta salva la facoltà dell’interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi assoggettati a d.i.a. (art. 22, comma 7). La costruzione che configura la d.i.a. edilizia alla stregua di titolo suscettibile di annullamento trova fondamento nel comma 2-bis dell’art. 38 del d.p.r. n. 380/2001, in base al quale è possibile l’accertamento dell’inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo, equiparando detta ipotesi ai casi di “permesso annullato”⁽⁸⁾. Sullo stesso piano, pur se non richiamate puntualmente dai giudici perugini, anche le disposizioni regionali dettate in materia dei titoli abilitativi edilizi, ovvero gli articoli da 13 a 21 della l.r. n. 1/2004, dove è stata mantenuta la dualità della d.i.a. e del permesso di costruire.

La tesi (provvedimentale) del silenzio significativo con effetto autorizzatorio elimina ogni differenza sostanziale tra gli istituti della d.i.a. e del silenzio-assenso ponendosi in distonia rispetto al dato normativo che considera dette fattispecie diverse con riguardo sia all’ambito di applica-

⁽⁶⁾ Titolo è l’atto o fatto giustificativo dell’acquisto di una posizione soggettiva.

⁽⁷⁾ Ebbene, in teoria generale, il titolo è l’atto o fatto giustificativo dell’acquisto di una posizione soggettiva e il provvedimento è, ad avviso della dottrina tradizionale, l’atto che costituisce, modifica o estingue una posizione giuridica amministrativa. Rilevante viene considerato, in particolare, l’art. 22 del d.p.r. n. 380/2001, il quale stabilisce che il confine tra l’ambito di operatività della d.i.a. e quello del permesso di costruire non è fisso: le Regioni possono, infatti, ampliare o ridurre l’ambito applicativo dei due titoli abilitativi, ferme restando le sanzioni penali (art. 22, comma 4), ed è comunque fatta salva la facoltà dell’interessato di chiedere il rilascio di permesso di costruire per la realizzazione degli interventi assoggettati a d.i.a. (art. 22, comma 7). Viene poi in considerazione il comma 2-bis dell’art. 38 che, prevedendo la possibilità di “accertamento dell’inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo”, equipara detta ipotesi ai casi di “permesso annullato”, in modo da avallare la costruzione che configura d.i.a. alla stregua di titolo suscettibile di annullamento. Sulla stessa linea si pone l’art. 39, comma 5-bis, che consente l’annullamento straordinario della d.i.a. da parte della Regione, confermando, così, che la denuncia viene considerata dal legislatore come un titolo passibile di annullamento (in sede amministrativa e, quindi, a maggior ragione, in sede giurisdizionale).

⁽⁸⁾ L’art. 39, comma 5 bis del d.p.r. n. 380/2001 prevede l’annullamento straordinario della d.i.a. da parte della Regione, confermando, così, che la denuncia viene considerata dal legislatore come un titolo passibile di annullamento (in sede amministrativa e, quindi, a maggior ragione, in sede giurisdizionale).

zione che al meccanismo di perfezionamento. Gli articoli 19 e 20 della l. n. 241/1990 manifestano il chiaro intento di tenere distinte le due fattispecie, considerando la d.i.a. come modulo di liberalizzazione dell'attività privata non più soggetta ad autorizzazione ed il silenzio assenso quale modello procedimentale semplificato finalizzato al rilascio di un pur sempre indefettibile titolo autorizzatorio. Anche la disciplina recata dal testo unico sull'edilizia distingue il modello provvedimentale del permesso di costruire che si perfeziona con il silenzio assenso ed i moduli (d.i.a. e s.c.i.a.) fondati sull'inoltro di un'informativa circa l'esercizio dell'attività edificatoria. La formazione del silenzio significativo positivo è incompatibile proprio con riferimento al modello della d.i.a. a legittimazione immediata (oggi sostituito dalla s.c.i.a.), nonché con il modello a legittimazione differita in cui il termine per l'esercizio del potere inibitorio si esaurisce dopo la comunicazione dell'avvenuto inizio dell'attività. In entrambe le ipotesi la legge, infatti, consente l'inizio dell'attività precedentemente allo spirare del termine per l'esercizio del potere inibitorio e alla conseguente formazione del preteso titolo tacito. Ne deriva che, salvo accedere alla complessa configurazione di un silenzio assenso con efficacia retroattiva o alla tesi secondo cui il silenzio assenso si perfezionerebbe prima del decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, in tali casi il passaggio del tempo non produce un titolo costitutivo avente valore di assenso ma impedisce l'inibizione di un'attività già intrapresa in un momento anteriore. In sostanza la lettura dell'istituto in termini di provvedimento tacito di assenso non è giustificata neanche dal richiamo legislativo all'esercizio dei poteri di autotutela di cui agli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990.

Il Consiglio di Stato⁽⁹⁾, lungi dal prendere posizione sulla natura giuridica dell'istituto a favore della tesi del silenzio assenso, ha chiarito che il termine per l'esercizio del potere inibitorio doveroso è perentorio e che, comunque, anche dopo il decorso di tale spazio temporale, la p.a. conserva un potere residuale di autotutela. Attraverso quest'ultimo, infatti, l'amministrazione è chiamata a porre rimedio al mancato esercizio del doveroso potere inibitorio, condivide i principi regolatori sanciti, in materia di autotutela, dalle norme citate, con particolare riguardo alla necessità dell'avvio di un apposito procedimento in contraddittorio, al rispetto del limite del termine ragionevole, e soprattutto, alla necessità di una valutazione comparativa, di natura discrezionale, degli interessi in rilievo, idonea a giustificare la frustrazione dell'affidamento incolpevole maturato in capo al denunciante a seguito del decorso del tempo e della conseguente consumazione del potere inibitorio.

3. *Tecniche di tutela azionabili dal terzo controinteressato*

Posto che la denuncia di inizio attività non è un provvedimento am-

⁽⁹⁾ Cons. St., sez. VI, n. 717/2009 e Cons. St., sez. VI, n. 2139/2010.

ministrativo a formazione tacita e non dà luogo in ogni caso ad un titolo costitutivo, ma costituisce un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge, diversi sono gli strumenti di tutela a disposizione del terzo controinteressato che si ritenga leso dallo svolgimento dell'attività dichiarata e dal mancato esercizio del potere inibitorio.

In passato la giurisprudenza maggioritaria ha ritenuto che il terzo potesse invocare la tutela del proprio interesse legittimo pretensivo attraverso l'azione nei confronti del silenzio-rifiuto (o inadempimento), con esplicito riferimento all'esercizio da parte della p.a. del doveroso potere inibitorio, azione oggi disciplinata dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo⁽¹⁰⁾. Una tesi diversa vede il terzo legittimato a richiedere alla p.a., decorso senza esito il termine per l'esercizio del potere inibitorio, l'adozione dei provvedimenti di autotutela, attivando, in caso di inerzia, il rimedio del ricorso avverso il silenzio maturato sul potere inibitorio e successiva declaratoria di nullità seguendo le modalità previste dalle richiamate norme del codice del processo amministrativo. Terza tesi residuale fa riferimento al silenzio-rifiuto maturato in ordine all'esplicazione del potere sanzionatorio di cui all'art. 21 della l. n. 241/1990⁽¹¹⁾. Tuttavia nessuna delle esposte ricostruzioni garantisce al terzo, titolare di una situazione giuridica differenziata e qualificata, una tutela piena, immediata ed efficace.

Il silenzio-rifiuto postula, sul piano strutturale, la sopravvivenza del potere al decorso del tempo fissato per la definizione del procedimento amministrativo, mentre nella fattispecie della d.i.a. troviamo che lo spirare del termine perentorio di legge implica la definitiva consumazione del potere inibitorio, così come del resto previsto dall'art. 19, comma 3, della l. n. 241/1990.

Non è poi praticabile il rimedio avverso il silenzio non significativo

⁽¹⁰⁾ *Infra multis*, Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007, n. 948; Cons. St., sez. IV, 4 settembre 2002, n. 4453.

⁽¹¹⁾ L'art. 21 della legge n. 241/1990 detta le disposizioni sanzionatorie relative alle violazioni dei precedenti artt. 19 e 20. In base all'art. 21 "1. Con la denuncia o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi ed il dichiarante è punito con la sanzione prevista dall'articolo 483 del codice penale, salvo che il fatto costituisca più grave reato. 2. Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente. 2bis. Restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20."

mantenuto dall'amministrazione a fronte dell'istanza proposta dal terzo al fine di eccitare l'esercizio del potere di autotutela. Qualora il terzo, prima di agire in giudizio, fosse chiamato a presentare apposita istanza sollecitatoria alla p.a., subirebbe una procrastinazione del momento dell'accesso alla tutela giurisdizionale, e, quindi, specie con riguardo alla d.i.a. ad efficacia immediata, un'incisiva limitazione dell'effettività della tutela giurisdizionale in spregio ai principi di cui agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione. L'istanza sarebbe infatti diretta a sollecitare non il potere inibitorio di natura vincolata (che si estingue decorso il termine perentorio di legge), ma il c.d. potere di autotutela evocato dall'art. 19, comma 3, della l. n. 241/1990 tramite il richiamo ai principi sottesi agli artt. 21 *quinquies* (revoca) e 21 *nonies* (annullamento). È bene sottolineare come tale potere di autotutela rientra ampiamente nella discrezionalità della p.a. in quanto richiede quella "congrua ponderazione degli interessi coinvolti"⁽¹²⁾, da parte della stessa amministrazione, con precipuo riferimento al riscontro di un interesse pubblico concreto e attuale che non coincide con il mero ripristino della legalità violata. Nell'eventuale giudizio avverso il silenzio-rifiuto il giudice amministrativo non potrebbe che limitarsi ad una mera declaratoria dell'obbligo di provvedere, senza poter predeterminare il contenuto del provvedimento da adottare, risultando così non soddisfacente ai fini della tutela dell'interesse del terzo ad ottenere una pronuncia che impedisca lo svolgimento di un'attività illegittima. Resterebbe infatti pur sempre il rinvio all'esercizio di un potere discrezionale da parte della p.a.. In definitiva, se la lesione dell'interesse pretensivo del terzo è ascrivibile alla mancata adozione di un provvedimento inibitorio doveroso, è incongruo che la tutela debba riguardare l'esercizio del diverso e più condizionato potere discrezionale di autotutela.

Neppure la tesi che postula l'attivazione del rito del silenzio rifiuto al fine di contrastare l'omessa adozione dei provvedimenti sanzionatori previsti dall'articolo 21 della l. n. 241/1990 risulta idonea a soddisfare, in modo effettivo e pieno, la posizione del terzo. L'adozione di sanzioni pecuniarie non soddisfa infatti l'interesse del terzo ad ottenere una misura che impedisca l'attività denunciata e neutralizzi gli effetti dalla stessa già prodotti.

L'interesse pretensivo ad ottenere una concreta misura interdittiva esige allora di accedere ad una lettura del sistema delle tutele che consenta al terzo controinteressato di esperire un'azione idonea ad ottenere, a seguito dell'intervento dell'amministrazione titolare del potere di inibizione, il risultato della cessazione dell'attività lesiva intrapresa dal dichiarante.

In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio successivo alla presentazione della

⁽¹²⁾ B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti*, in SANTANIELLO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, III, Padova, 1993, 38.

d.i.a. produce l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo ed integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un atto espresso di diniego dell'adozione del provvedimento inibitorio. Si tratta, quindi, di un provvedimento *per silentium* con cui la p.a., esercitando in senso negativo il potere inibitorio, riscontra che l'attività è stata dichiarata in presenza dei presupposti di legge e, quindi, decide di non impedire l'inizio o la protrazione dell'attività dichiarata. Tale posizione può essere accostata a fattispecie concettualmente analoghe come quelle prese in esame dall'indirizzo giurisprudenziale che ammette l'impugnabilità, da parte dei terzi controinteressati, dei c.d. provvedimenti negativi, con cui l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato archivia una determinata denuncia o comunque rifiuta di esercitare il proprio potere interdittivo o sanzionatorio ⁽¹³⁾.

Detto atto tacito consolida l'affidamento del denunciante circa la legittimazione allo svolgimento dell'attività, lasciando pur tuttavia esposto al rischio del più limitato potere di autotutela. Contestualmente il medesimo silenzio frustra l'interesse pretensivo del terzo, portatore di una posizione differenziata e qualificata, ad ottenere l'adozione del provvedimento interdittivo nel rispetto del principio di imparzialità dell'azione amministrativa. Abbiamo più volte sottolineato come il silenzio significativo negativo si riferisce al potere inibitorio e si differenzia dal silenzio accoglimento (o assenso) previsto dall'art. 20 della l. n. 241/1990. Il silenzio assenso presuppone la sussistenza di un potere ampliativo di stampo autorizzatorio o concessorio che nella fattispecie della d.i.a. si è visto non ricorrere. Quindi, mentre nel silenzio assenso il titolo abilitativo è dato dal provvedimento tacito dell'autorità, nella fattispecie della d.i.a. il titolo abilitante è rappresentato dall'atto di autonomia privata che, grazie alla previsione legale direttamente legittimante, consente l'esercizio dell'attività dichiarata senza il bisogno dell'intermediazione preventiva di un provvedimento amministrativo.

L'esercizio del potere di autotutela previsto dall'art. 19, comma 3, della l. n. 241/1990 attraverso il richiamo alle disposizioni di cui all'art. 21 *quinquies* e 21 *nonies*, si traduce nel superamento della precedente determinazione favorevole al denunciante e, nel contempo, determina l'onere per il terzo portatore dell'interesse pretensivo leso al rispetto del termine decadenziale di impugnazione. Tale assunto soddisfa l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici ed il principio comunitario di tutela dell'affidamento legittimo del denunciante consolidatosi a seguito del decorso del tempo .

La tutela del terzo è affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria, ex art. 29 del codice del processo amministrativo, da propor-

⁽¹³⁾ Cons. St., sez. VI, 23 luglio 2009, n. 4597 e Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2005, n. 280.

re nell'ordinario termine decadenziale di sessanta giorni, il cui *dies a quo* prende a decorrere solo dal momento della piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo (art. 41, comma 2, del c.p.a.). Ai fini dell'accertamento della conoscenza dell'atto lesivo, trovano applicazione i principi interpretativi consolidati, elaborati in materia di impugnazione di provvedimenti in materia edilizia e urbanistica in base ai quali la decorrenza del termine decadenziale non può essere fatta coincidere con la data in cui i lavori hanno avuto inizio, in quanto il termine inizia a decorrere quando la costruzione realizzata rivela in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica ⁽¹⁴⁾. In mancanza di altri ed inequivoci elementi probatori, il termine per l'impugnazione decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento ⁽¹⁵⁾. Nel caso in cui la piena conoscenza della presentazione della d.i.a. avvenga in uno stadio anteriore al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il *dies a quo* coinciderà con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive.

Ultima questione riguarda la possibilità per il terzo di porre in essere l'azione di annullamento unitamente ad un'azione di condanna dell'amministrazione all'esercizio del potere inibitorio ⁽¹⁶⁾. Sappiamo infatti che il codice del processo amministrativo ha portato a compimento un lungo e costante processo evolutivo dando attuazione armonica ai principi costituzionali e comunitari in materia di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale. Sono state finalmente ampliate le tecniche di tutela dell'interesse legittimo mediante l'introduzione del principio della pluralità delle azioni aggiungendo alla tutela di annullamento la tutela di condanna (risarcitoria e reintegratoria *ex art. 30*), la tutela dichiarativa (con l'azione di nullità del provvedimento amministrativo *ex art. 31, comma 4*) e, in materia di silenzio-inadempimento, l'azione di condanna (cd. azione di esatto adempimento) all'adozione del provvedimento, anche previo accertamento, nei casi consentiti, della fondatezza della pretesa dedotta in giudizio (art. 31, commi da 1 a 3). In definitiva, l'architettura del codice ha superato la

⁽¹⁴⁾ Cons. St., sez. VI, n. 717/2009.

⁽¹⁵⁾ Cons. St., sez. IV, 5 gennaio 2011, n. 18, secondo cui il termine per ricorrere in sede giurisdizionale da parte dei terzi avverso atti abilitativi dell'edificazione decorre da quando sia percepibile la concreta entità del manufatto e la sua incidenza effettiva sulla propria posizione giuridica; Cons. St., sez. VI, 10 dicembre 2010, n. 8705, ad avviso della quale il completamento dei lavori è considerato indizio idoneo a far presumere la data della piena conoscenza del titolo edilizio, salvo che venga fornita la prova di una conoscenza anticipata.

⁽¹⁶⁾ Cons. St., decisione del 23 marzo 2011, n. 3 "questa Adunanza, nel dare risposta positiva al quesito generale relativo all'esperibilità di un'azione di condanna pubblicistica all'esercizio del potere autoritativo in materia di interessi pretensivi, ha fatto leva sulla disciplina dettata dal codice del processo amministrativo in materia di tecniche di tutela dell'interesse legittimo."

tradizionale limitazione della tutela dell'interesse legittimo al solo modello impugnatorio, ammettendo l'esperibilità di azioni tese al conseguimento di pronunce dichiarative, costitutive e di condanna idonee a soddisfare la pretesa della parte vittoriosa. Di qui, la trasformazione del giudizio amministrativo, ove non vi si frapponga l'ostacolo dato dalla non sostituibilità di attività discrezionali riservate alla pubblica amministrazione, da giudizio amministrativo sull'atto, teso a vagliarne la legittimità alla stregua dei vizi denunciati in sede di ricorso e con salvezza del riesercizio del potere amministrativo, a giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata.

Il codice del processo amministrativo, pur difettando di una disposizione generale sull'azione di mero accertamento, prevede la definizione del giudizio con sentenza di merito puramente dichiarativa agli artt. 31, comma 4 (sentenza dichiarativa della nullità), 34, comma 3 (sentenza dichiarativa dell'illegittimità quante volte sia venuto meno l'interesse all'annullamento e persista l'interesse al risarcimento), 34, comma 5 (sentenza di merito dichiarativa della cessazione della materia del contendere), 114, comma 4, lett. b (sentenza dichiarativa della nullità degli atti adottati in violazione od elusione del giudicato). Soprattutto, l'azione di accertamento è implicitamente ammessa dall'art. 34, comma 2 secondo cui "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati". Detta disposizione vuole evitare, in omaggio al principio di separazione dei poteri, che il giudice si sostituisca alla pubblica amministrazione esercitando una cognizione diretta di rapporti amministrativi non ancora sottoposti al vaglio della stessa. Detta disposizione non può che operare per l'azione di accertamento, per sua natura caratterizzata da tale rischio di indebita ingerenza, visto che le altre azioni tipizzate dal codice sono per definizione dirette a contestare l'intervenuto esercizio (od omesso esercizio) del potere amministrativo.

4. *Considerazioni conclusive*

Riassumendo possiamo senza indugi sostenere che la d.i.a. continua ad avere natura di mero atto del privato e di strumento di liberalizzazione delle attività, trattandosi di fattispecie a formazione progressiva per effetto della quale, in presenza di tutti gli elementi costitutivi, verrebbe a formarsi un titolo costitutivo che non proviene dall'amministrazione ma trae origine direttamente dalla legge. Tali elementi costitutivi sono da individuare nella dichiarazione-denuncia presentata dal privato, accompagnata dalla prescritta documentazione; nel decorso del termine fissato dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio e nel silenzio mantenuto dall'amministrazione in tale periodo di tempo. La principale caratteristica dell'istituto, di recente accentuata dall'introduzione di denunce ad efficacia legittimante immediata, risiede, quindi, nella sostituzione dei tradizionali modelli provvedimentali autorizzatori con un nuovo schema ispirato alla liberalizzazione delle attività economiche private consentite dalla legge in presenza dei presupposti

fattuali e giuridici normativamente stabiliti. La tutela del terzo è affidata primariamente all'esperimento di un'azione impugnatoria da proporre entro sessanta giorni dal momento in cui lo stesso terzo controinteressato ha piena conoscenza dell'adozione dell'atto lesivo, dove per "conoscenza" è da intendere non la data in cui i lavori hanno avuto inizio, quanto la costruzione effettivamente realizzata e in grado di rivelare in modo certo ed univoco le essenziali caratteristiche dell'opera e l'eventuale non conformità della stessa al titolo o alla disciplina urbanistica. Quindi il termine per l'impugnazione decorre non con il mero inizio dei lavori, bensì con il loro completamento. Nel caso in cui il terzo acquisisca la piena conoscenza della presentazione della d.i.a. in uno stadio precedente al decorso del termine per l'esercizio del potere inibitorio, il *dies a quo* coinciderà con il decorso del termine per l'adozione delle doverose misure interdittive.

Il caso di specie ha proprio fissato la posizione appena riassunta, con i Giudici del TAR Umbria che concludono il dispositivo della sentenza chiamando il Comune a valutare la fondatezza dell'esercizio del potere di autotutela tenuto conto della piena discrezionalità dell'amministrazione per quanto attiene sia l'individuazione dell'interesse pubblico all'annullamento contestualmente all'esame degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, sia la ragionevolezza del termine entro il quale può intervenire d'ufficio l'annullamento dell'atto che potrà essere ritenuto illegittimo secondo una valutazione dell'attualità dell'interesse alla stregua della disciplina legislativa ed urbanistica vigente. Lo stesso richiamo alla possibilità di adottare provvedimenti repressivi e ripristinatori dello status quo ante ai sensi dell'art. 27 del d.p.r. n. 380/2001, previo accertamento della (originaria) non assentibilità della d.i.a., conferma la necessaria ponderata valutazione della ragionevolezza del medesimo termine entro cui si trova ad intervenire d'ufficio l'annullamento dell'atto (originariamente legittimo e successivamente) ritenuto illegittimo, tenuto conto dell'attualità dell'interesse sotteso alla sua rimozione. Dubbi possono permanere circa la dichiarata fondatezza della richiesta al Comune di pronunciarsi sul silenzio serbato nei confronti della fondatezza della richiesta all'esercizio o meno del potere di adottare (in autotutela) i provvedimenti interdittivi o restrittivi, quando poco sopra gli stessi Giudici hanno dichiarato che "il decorso di oltre dieci anni dalla presentazione della (originaria) denuncia d'inizio attività e dalla realizzazione dell'opera alla proposizione delle domande di accesso agli atti e del ricorso, è tale da sottrarre a ragionevolezza la proposizione di qualsivoglia azione diretta all'annullamento del titolo edilizio formatosi per effetto dell'inerzia mantenuta dal Comune sull'attività edilizia iniziata o proseguita nel tempo da parte del dichiarante, anche in considerazione del termine, anch'esso decennale, stabilito dall'art. 39 del d.p.r. n. 380/2001⁽¹⁷⁾

⁽¹⁷⁾ d.p.r. n. 380/2001 - art. 39 "Annullamento del permesso di costruire da parte della regione" (legge 17 agosto 1942, n. 1150, art. 27, come sostituito dall'art. 7, legge

per l'esercizio del potere regionale di annullamento del permesso di costruire". Permane l'interrogativo "*cui prodest* pronunciarsi sul silenzio serbato nei confronti della richiesta all'esercizio del potere di autotutela, quando è stata accertata l'attualità dell'interesse del terzo controinteressato sotteso alla rimozione del titolo?".

È dunque indubbio che le considerazioni racchiuse nel presente approfondimento, pur se riferite alla sentenza del TAR Umbria n. 400/2011 concernente l'istituto della d.i.a., non possono che essere riferite all'istituto della s.c.i.a. in quanto frutto di una ricostruzione di portata generale di entrambi gli istituti in questione, ivi comprese le rispettive applicazioni in materia edilizia, senza trascurare che la stessa l. n. 241/1990 all'art. 19, comma 6 *ter* ⁽¹⁸⁾ prevede ora che "la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili" e che "gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 ⁽¹⁹⁾".

6 agosto 1967, n. 765; decreto del Presidente della Repubblica 15 gennaio 1972, n. 8, art. 1) - 1. Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione. 2. Il provvedimento di annullamento è emesso entro diciotto mesi dall'accertamento delle violazioni di cui al comma 1, ed è preceduto dalla contestazione delle violazioni stesse al titolare del permesso, al proprietario della costruzione, al progettista, e al comune, con l'invito a presentare controdeduzioni entro un termine all'uopo prefissato. 3. In pendenza delle procedure di annullamento la regione può ordinare la sospensione dei lavori, con provvedimento da notificare a mezzo di ufficiale giudiziario, nelle forme e con le modalità previste dal codice di procedura civile, ai soggetti di cui al comma 2 e da comunicare al comune. L'ordine di sospensione cessa di avere efficacia se, entro sei mesi dalla sua notificazione, non sia stato emesso il decreto di annullamento di cui al comma 1. 4. Entro sei mesi dalla data di adozione del provvedimento di annullamento, deve essere ordinata la demolizione delle opere eseguite in base al titolo annullato. 5. I provvedimenti di sospensione dei lavori e di annullamento vengono resi noti al pubblico mediante l'affissione nell'albo pretorio del comune dei dati relativi agli immobili e alle opere realizzate. 5-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 22, comma 3, non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della denuncia di inizio attività.

⁽¹⁸⁾ Comma aggiunto dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 6, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, come modificato dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n. 148.

⁽¹⁹⁾ Art. 31 (Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità) "1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo e negli altri casi previsti dalla legge, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'am-

Il legislatore chiarisce così che d.i.a. e s.c.i.a. ineriscono ad attività liberalizzate, nel quadro di un equilibrio previsionale che se, da un lato, implementa la natura privatistica dell'atto, dall'altro, tuttavia, non priva la fattispecie della potestà pubblica, ingenerando così l'idea di una tipologia dal profilo ibrido, che, infatti, nasce privata e diventa pubblica ⁽²⁰⁾.

FRANCESCO NESTA

ministrato di provvedere. 2. L'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempimento e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti. 3. Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione. 4. La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV."

⁽²⁰⁾ GIARDINO *La DIA (e la SCIA) all'esame dell'Adunanza Plenaria in Gior. dir. amm.*, 2012, 153.

T.A.R. UMBRIA – 10 novembre 2011, n. 360 – *Pres. LAMBERTI – Est. UNGARI* – Imprese zootecniche varie (Avv.ti R. Villata e D. Dodaro) c. Regione Umbria (Avv.ti P. Manuali e C. Iannotti)

Ambiente – Inquinamento – Acque – Suolo – Incertezze scientifiche – Principio di precauzione – Applicabilità (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, artt. 3^{ter} e 92)

Principio di precauzione – Proporzionalità – Obbligo rigoroso di motivazione (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, art. 3^{ter}; l. 7 agosto 1990, n. 241, art. 3)

In materia della tutela ambientale, trova immediata applicabilità

il principio di precauzione, ogniqualvolta sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, non occorrendo attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi; tale principio assume carattere di principio generale, di criterio interpretativo del sistema giuridico, e non consente, in sede di bilanciamento fra protezione della salute e libertà economica, di esonerare le imprese dall'adottare a loro spese le indispensabili misure di cautela (1).

Il principio di precauzione deve essere armonizzato, nella sua concreta attuazione, con quello di proporzionalità, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco; ne discende che tutte le decisioni adottate dalle autorità competenti in materia debbono essere assistite da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di una attività istruttoria parimenti ineccepibile (2).

(*Omissis*). 1. La controversia è collegata alla situazione di inquinamento ambientale del comprensorio suinicolo ubicato (soprattutto) nel territorio dei Comuni di Bettona, Bastia Umbra e Cannara. I provvedimenti adottati per farvi fronte, concernenti il funzionamento dell'impianto di trattamento dei reflui zootecnici di Passaggio di Bettona e le misure restrittive imposte agli allevatori, sono già stati oggetto di pronunce di questo Tribunale (cfr., da ultimo, sent. 8 giugno 2010, nn. 358, 359 e 360 e 1 giugno 2010, nn. 351 e 356).

1.1. Per quanto interessa direttamente la presente controversia, con d.G.R. n. 1201/2005 (a causa dell'elevata presenza di detti inquinanti nella porzione settentrionale dell'acquifero della Valle Umbra, in destra del Chiascio), è stata individuata, ai sensi dell'articolo 19 del d.lgs. 152/1999 (oggi riprodotto nell'articolo 92 del d.lgs. 152/2006), la "zona vulnerabile da nitrati di origine agricola (ZVN)" denominata "Petrignano di Assisi" (comprendente aree dei tre Comuni suddetti e di quelli di Assisi e Torgiano).

Con d.G.R. n. 2052/2005 è stato adottato un primo programma di azione per la tutela della ZVN, che, tra l'altro, consente l'utilizzazione agronomica degli effluenti di allevamento fino ad un apporto di azoto organico complessivo di 170 kg/ha annui.

1.2. In seguito, sottolinea la Regione (cfr. memoria in data 3 febbraio 2011):

- l'A.R.P.A. Umbria, con nota in data 10 luglio 2009 prot. 13934, ha trasmesso una relazione sulla permanente gravità della situazione ambientale del comprensorio suinicolo; dopo la chiusura dell'impianto di Passaggio di Bettona e l'avvio di un'indagine penale, la Regione ha

avviato una serie di accertamenti conoscitivi in ordine alla situazione dei corpi idrici superficiali e sotterranei, dettagliandone il monitoraggio; con nota in data 27 ottobre 2009 prot. 21891, l'A.R.P.A. ha trasmesso i risultati dell'indagine svolta, evidenziando una situazione di contaminazione grave (con "punte" nell'area immediatamente a nord dell'impianto) per le specie azotate (nitrati), che lasciava presagire un fenomeno di accumulo di tali sostanze negli acquiferi sottostanti (in quanto l'area si trova, da un punto di vista idrogeologico, "sottogradiente piezometrico"), ed una contaminazione da coliformi, enterococchi ed *escherichia coli* correlata alle più elevate concentrazioni di nitrati;

- in data 20 novembre 2009, si è tenuto un incontro con il Ministero dell'ambiente, in esito al quale si è convenuto di ridefinire, a titolo cautelativo, la perimetrazione della ZVN, di introdurre in un'area ristretta limiti più restrittivi alle concentrazioni di azoto e di incentivare un uso consapevole dei suoli agricoli.

1.3. Occorre aggiungere che l'Autorità di Bacino del Tevere ha incluso, nel Piano di gestione del Distretto Idrografico dell'Appennino Centrale adottato con la deliberazione n. 1 in data 24 febbraio 2010, una "Misura Supplementare" che, nella prospettiva del raggiungimento degli obiettivi di qualità fissati dalla Direttiva 2000/60/CE, prevede per le Regioni, nelle zone in cui vengano riscontrate nelle acque di falda concentrazioni di nitrati superiori a 150 mg/l, l'obbligo di introdurre nei programmi di azione norme più restrittive di quelle contenute nel Codice della Buona Pratica Agricola approvato con il d.m. 19 aprile 1999; in particolare, vengono previste una riduzione pari al 30% del carico di azoto totale riferito al fabbisogno colturale individuato nel Codice e comunque una soglia massima di 130 Kg/ha, nonché la possibilità di stabilire un termine per l'eliminazione di qualsiasi apporto al terreno di nitrati in forma organica.

2. Nel marzo del 2010 l'A.R.P.A. ha effettuato una campagna di monitoraggio volta a verificare lo stato delle falde idriche, per valutare l'efficacia del programma di azione; i risultati della campagna (cfr. relazione tecnica, trasmessa con nota prot. 8143 in data 13 aprile 2010 – prot. reg. 62650) hanno rilevato in più punti valori di concentrazione di nitrati superiori a 150 mg/l.

2.1. È utile riportare per intero le «*Considerazioni finali*» di detta relazione tecnica sulla campagna di monitoraggio.

Secondo l'A.R.P.A. «*Confrontando i risultati analitici delle due campagne, emerge un peggioramento dal punto di vista qualitativo delle acque sotterranee, nelle porzioni orientale e sud-orientale dell'area indagata, ed incrementi nelle concentrazioni di nitrati piuttosto rilevanti (vedere allegato B). Il peggioramento della situazione attuale rispetto alla campagna estiva potrebbe essere imputabile al trasporto*

in falda dei nitrati presenti nel suolo, ad opera delle abbondanti precipitazioni atmosferiche che hanno caratterizzato la stagione invernale. Vi sono tuttavia dei segnali positivi, desumibili dalle concentrazioni di nitriti, azoto ammoniacale e dalla presenza di batteri di origine fecale riscontrate nella recente campagna, che rispetto alla precedente, sono sensibilmente diminuite. Occorre evidenziare che i nitriti sono una componente metastabile dell'azoto che tende a trasformarsi velocemente in nitrati o in ammonio a seconda delle condizioni di pH e di potenziale redox della soluzione. Anche l'azoto ammoniacale, nelle falde freatiche (in quelle confinate può essere naturalmente presente in questa forma), tende a trasformarsi in nitrato, forma più stabile; pertanto, la presenza di tali sostanze in un acquifero freatico potrebbe indicare la presenza di un inquinamento recente. Si reputa necessario proseguire l'attività di monitoraggio sulla rete attuale, per avere informazioni di maggior dettaglio sulla qualità delle acque sotterranee in un periodo di osservazione più lungo per evidenziare, oltre alle ciclicità stagionali, la presenza di eventuali trend evolutivi».

2.2. E' seguita l'adozione della d.G.R. 8 marzo 2010, n. 393, non pubblicata e mai divenuta operativa.

2.3. Dopo un confronto con le associazioni di categoria ed ulteriori accertamenti tecnici, che hanno condotto a modifiche del predetto provvedimento, è stata adottata la d.G.R. 28 settembre 2010, n. 1331, con la quale, in modifica della d.G.R. 2052/2005, sono state introdotte prescrizioni più restrittive.

In particolare, per quanto interessa la presente controversia, l'area della ZVN è stata ampliata, e nell'ambito di essa sono state individuate due fasce – “A” (area ristretta) e “B” (area intermedia) – sottoposte a particolare protezione in ragione del diverso livello di azoto riscontrato; per quanto interessa direttamente la controversia, nelle fasce A e B, è stato introdotto il divieto di utilizzazione agronomica degli effluenti dei suini e, nella sola fascia A, è stata imposta la riduzione del 30% del carico di azoto, che comunque non deve essere superiore a 170 Kg/ha, come già stabilito per tutta la ZVN (punto 5); inoltre, è stato disposto che l'invio della comunicazione al Comune di cui agli articoli 13 e 14 della d.G.R. 2052/2005 (comunicazione preventiva di utilizzo di effluenti zootecnici) avvenga nelle forme del Documento Unico di Comunicazione, di cui alla misura Q34 del Piano di Tutela delle Acque, mediante apposita procedura informatizzata, o, nelle more dell'operatività di tale procedura, in forma cartacea (punto 4).

Ciò, per la durata di due anni (punto 8), salvi gli esiti del monitoraggio demandato all'A.R.P.A. e le eventuali conseguenti conferme o revisioni delle prescrizioni, da effettuare al termine di ogni anno di osservazione (punto 9).

3. Le società ricorrenti, che esercitano attività zootecnica ed agricola su aree comprese nella ZVN, impugnano dette prescrizioni della d.G.R. 1331/2010.

Deducco le censure appresso sintetizzate.

3.1. La nuova perimetrazione della ZVN comprende una superficie complessiva (ha 1687 circa per la zona A e 426 ha circa per la zona B) molto più estesa del territorio interessato dai superamenti della soglia critica di 150 mg/l (soltanto 6 punti sui 17 esaminati, concentrati in un'area assai limitata), e pertanto il suo provvedimento non appare proporzionato ai presupposti giustificativi ed agli scopi perseguiti.

3.2. Irragionevole ed apodittica appare anche l'aver ascritto la contaminazione da azoto organico all'utilizzazione agronomica di effluenti suini, posto che l'A.R.P.A. aveva rilevato una riduzione delle sorgenti attive di inquinamento e che il peggioramento dello stato della falda appare piuttosto riconducibile alla percolazione di nitrati già presenti nel suolo.

3.3. Il divieto di utilizzare a fini agricoli effluenti organici e non concimi sintetici è irragionevole e si pone in contrasto con gli articoli 92 e ss. del d.lgs. 152/2006 e 26 del d.m. 7 aprile 2006 n. 109, che promuovono la pratica della fertirrigazione nelle zone vulnerabili proprio per la sua capacità di ridurre il rischio di percolazione di azoto nelle acque profonde.

Allo stesso modo, non è giustificato che il divieto colpisca soltanto gli effluenti suini e non quelli bovini e ovicaprini, se si considera che, ove trattati con sistemi di compostaggio, gli effluenti palabili di origine suina contengono pressoché la medesima quantità di azoto del letame bovino, e che non vi sono ormai (a seguito del Regolamento CE 1334/2003, che ha imposto una riduzione dei metalli pesanti quali additivi sui mangimi per suini) differenze sostanziali nella composizione chimica dei mangimi utilizzati per le diverse specie.

Incomprensibile, prima che ingiustificato è il fatto che il divieto comprenda indistintamente la zona A e la zona B (anziché escludere quest'ultima, come pure era stato proposto in sede istruttoria).

Altrettanto illogica ed irragionevole è la prescrizione di cui al punto 4, che – diversamente da quanto previsto dalla d.G.R. 2052/2005 - stabilisce il limite massimo di azoto utilizzabile per le coltivazioni agricole considerando, ai fini del calcolo, anche i nitrati di origine sintetica (ciò, a dire delle imprese ricorrenti, impedirebbe loro di produrre il mais per alimentare il bestiame).

3.4. Il divieto predetto contrasta con le misure Q 33 e Q 34 del Piano di tutela delle acque della Regione approvato con l.r. 25/2010, che consentono l'impiego agronomico degli effluenti (la prima, in via transitoria per gli allevamenti collegati all'impianto di depurazione di

Bettona, ancora non funzionante; la seconda, per gli altri allevamenti, previa realizzazione di misure di adeguamento inerenti il trattamento degli effluenti, da realizzare entro il 2013).

3.5. Illogico ed irragionevole appare infine l'obbligo di effettuare la comunicazione di cui agli articoli 13 e 14 della d.G.R. 2052/2005 nella forma del Documento Unico di Comunicazione di cui alla misura Q 34 del Piano, predetta, cui sono tenuti gli impianti di allevamento intensivo (ai sensi dell'articolo 38 del d.lgs. 152/2006, oggi sostituito dall'articolo 112 del d.lgs. 152/2006); infatti, la procedura informatizzata su cui è incardinato il sistema del DUC non è ancora stata definita, e non è nemmeno stato predisposto un modello cartaceo di riferimento utilizzabile nelle more.

4. Si è costituita in giudizio la Regione Umbria e controdeduce puntualmente.

5. Il Collegio osserva anzitutto come non sia in discussione l'esistenza del potere di imporre misure restrittive del tipo di quelle impugnate – previste dal Piano di Gestione citato, basato sull'articolo 26, comma 9, del d.m. 7 aprile 2006, che, nel dettare criteri per la disciplina dell'utilizzazione agronomica degli effluenti di allevamento, in attuazione dell'articolo 38 del d.lgs. 152/1999, considera le «*misure di protezione ambientale aggiuntive o integrative ... ivi compresa l'ulteriore limitazione degli apporti di azoto di qualsiasi origine*», e riconducibili anche a quanto previsto dall'allegato 7, parte II, paragrafo 4, della Parte Terza del d.lgs. 152/2006. Bensì la proporzionalità e la logicità o coerenza interna di dette misure, alla luce degli accertamenti effettuati.

5.1. Le ricorrenti ricordano come il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa implichi che l'Amministrazione debba adottare la soluzione idonea e adeguata, comportante il minor sacrificio possibile per gli interessi compresenti e si risolva, in sostanza, nell'affermazione secondo cui le autorità non possano imporre, sia con atti normativi che con atti amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura sproporzionata, e cioè superiore, a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile (cfr., tra le altre, TAR Campania, Napoli, IV, 22 novembre 2010, n. 25589).

Tuttavia, nella materia della tutela ambientale, trova immediata applicabilità anche il principio di precauzione, ogniqualvolta sussistano incertezze riguardo all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persone, non occorrendo attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà e la gravità di tali rischi; tale principio assume

carattere di principio generale, di criterio interpretativo del sistema giuridico, e non consente, in sede di bilanciamento fra protezione della salute e libertà economica, di esonerare le imprese dall'adottare a loro spese le indispensabili misure di cautela (cfr. T.G.A., Trento, I, 8 luglio 2010, n. 171).

Le ricorrenti, al riguardo, sottolineano che il principio di precauzione deve essere armonizzato, nella sua concreta attuazione, con quello di proporzionalità, nella ricerca di un equilibrato bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco; ne discende che tutte le decisioni adottate dalle autorità competenti in materia debbono essere assistite da un apparato motivazionale particolarmente rigoroso, che tenga conto di una attività istruttorie parimenti ineccepibile (cfr. TAR Toscana, II, 31 agosto 2010, n. 5145; TAR Liguria, II, 15 ottobre 2010, n. 9501; T.A.R. Campania, Napoli, V, 2 novembre 2009, n. 6758).

5.2. Chiariti i parametri di valutazione delle scelte regionali, va detto che la prospettazione delle imprese ricorrenti è incentrata sulla mancanza di consequenzialità tra risultanze tecnico-scientifiche presupposte, e contenuto delle misure contestate (in sostanza, sarebbe ingiustificato l'aver ascritto la contaminazione da azoto organico all'utilizzazione agronomica di effluenti suini); e considera sostanzialmente irrilevanti le vicende pregresse della zona e gli accertamenti effettuati in precedenza.

Occorre però sottolineare che la relazione dell'A.R.P.A. dell'aprile 2010 evidenzia, come dato certo, una situazione di peggioramento qualitativo delle acque sotterranee rispetto a quella rilevata nella precedente campagna di misurazioni effettuata nell'estate 2009.

Che ciò sia essenzialmente dovuto al trasporto dei nitrati presenti nel suolo e che l'accresciuta concentrazione di nitrati si accompagni ad un'evoluzione positiva dell'inquinamento, con la riduzione del rilascio delle sostanze inquinanti, è – come dimostra il contenuto ma anche il tenore lessicale delle «*Considerazioni finali*» («... potrebbe essere imputabile ... potrebbe indicare la presenza di un inquinamento recente ...») - un'ipotesi; basata su significativi elementi sintomatici, ma pur sempre un'ipotesi: tanto che la stessa A.R.P.A., ritiene necessario acquisire informazioni di maggior dettaglio in un periodo di osservazione più lungo, prima di poter «*evidenziare, oltre alle ciclicità stagionali, la presenza di eventuali trend evolutivi*».

Non appaiono privi di significato, poi, anche i dati risultanti dalle precedenti misurazioni, sempre riferite al c.d. anello di fertirrigazione, da cui risultavano le responsabilità (anche) della conduzione degli allevamenti suinicoli e della cattiva gestione delle infrastrutture di depurazione, ai fini del verificarsi del grave inquinamento da nitrati (e non solo), all'origine dell'adozione dei provvedimenti sopra ricordati. Anche

in questo caso, non è superfluo sottolineare come nelle conclusioni (cfr. relazione luglio 2009, pagg. 16-19), la situazione riscontrata venisse definita dall'A.R.P.A. «... ingestibile ed incontrollabile ... In particolare risulta impossibile determinare i reali volumi di liquami distribuiti per ettaro di superficie e relative quantità di azoto, nel rispetto della normativa vigente, pur con l'installazione di contalitri in entrata e in uscita dall'impianto ...» e che fossero emerse «... varie irregolarità relative al superamento dei limiti di azoto per ettaro di superficie previsti dalla normativa ...» così da affermare che l'utilizzazione agronomica dei reflui zootecnici, ed in particolare di quelli suinicoli, potrebbe «... considerarsi più come smaltimento al suolo di un rifiuto di cui disfarsi, piuttosto che di una pratica agronomica finalizzata al riutilizzo degli elementi nutritivi (azoto, fosforo e potassio) e della sostanza organica per soddisfare i bisogni delle colture agrarie ...».

Può aggiungersi che, in relazione all'ipotesi del ridimensionamento della sorgente attiva di inquinamento, sono state esternate considerazioni che non confortano sulla stabilità di detto fenomeno (e quindi sulla superfluità di un rafforzamento delle misure all'uopo precedentemente adottate). Infatti – come sottolinea la Regione, ma si tratta di fatti notori, considerati anche nelle sentenze di questo Tribunale, succitate – a partire dal 2009 si è determinato un drastico ridimensionamento dell'attività suinicola, a causa della chiusura del depuratore di Bettona, dell'adozione di un nuovo regolamento comunale (più restrittivo) per la disciplina dell'attività zootecnica, e dell'adozione da parte del Comune di Bettona del divieto di utilizzazione agronomica degli effluenti nei confronti di numerose aziende.

In altri termini, il ridimensionamento della sorgente attiva di inquinamento sembra dovuto (anche, o soprattutto) alla riduzione (temporanea) delle attività zootecniche, e non all'efficacia del programma d'azione adottato con la d.G.R. 2052/2005.

5.3. Ad avviso del Collegio, in tale contesto, caratterizzato da un peggioramento della situazione dei corpi idrici, nonostante l'attuazione del primo programma d'azione, e quindi dall'esigenza di intervenire in modo più rapido ed incisivo, il principio di precauzione giustificava l'allargamento della ZVN e l'introduzione di misure più restrittive per le attività agricole e zootecniche, anche in mancanza di una prova diretta del fatto che il rilascio di inquinanti dai terreni non fosse diminuito nella quantità auspicata.

5.4. Quanto al contenuto delle misure adottate, anzitutto non sembra illogico o sproporzionato che la nuova perimetrazione non sia stata strettamente correlata ai punti di prelievo nei quali l'A.R.P.A. aveva riscontrato il superamento della soglia di 150 mg/l.

La Regione ha sottolineato (con riferimento alla planimetria – doc.

n. 5) le ragioni per le quali le misure di protezione degli acquiferi sotterranei non possono essere limitate ai punti di maggiore criticità individuati dall'A.R.P.A.:

- l'area interessata dal c.d. anello di fertirrigazione è ubicata in prossimità degli spartiacque sotterranei che delimitano la zona di alimentazione dei campi pozzi ad uso idropotabile pubblico di Petrignano e di Cannara;

- lo spartiacque è di tipo dinamico, in quanto è funzione del regime dei prelievi e del bilancio idrogeologico del bacino; di conseguenza, in caso di periodi siccitosi e/o di incrementi di prelievi dal campo pozzi, detti spartiacque tendono ad avvicinarsi all'area dell'anello di fertirrigazione, richiamando da tale area acque contaminate verso le opere di captazione;

- l'andamento piezometrico riportato nella planimetria illustra le motivazioni dell'inserimento nelle aree di ampliamento delle zone sottogradiente idraulico, che possono pertanto essere interessate dalla diffusione dell'inquinamento con concentrazioni che possono superare i 50 mg/l di azoto.

In sostanza, in considerazione di dette caratteristiche oggettive della zona e del reticolo idrografico, il principio di precauzione ben consentiva di estendere la perimetrazione.

Le ricorrenti obiettano che tali considerazioni non fossero state esternate nella relazione A.R.P.A. dell'aprile 2010, formalmente richiamata nel documento istruttorio posto alla base del provvedimento impugnato.

Il Collegio osserva che il documento istruttorio, nel prendere in esame le richieste presentate in sede di partecipazione, quanto ai motivi per i quali non si ritiene possibile circoscrivere le perimetrazioni delle fasce A e B ai soli "picchi di concentrazione" di nitrati superiori a 150 mg/l, ribadisce sinteticamente che *«la definizione delle fasce è avvenuta attraverso l'individuazione del bacino idrogeologico afferente l'area gravemente inquinata il cui ridimensionamento comporterebbe l'inefficacia del nuovo programma di azione»*. Trattandosi di dati (essenzialmente: presenza di spartiacque di tipo dinamico, zone sottogradiente idraulico) tendenzialmente oggettivi e documentati, già evidenziati nelle relazioni dell'A.R.P.A. del luglio e dell'ottobre del 2009, alle quali la relazione dell'aprile 2010 evidentemente si ricollega – e, peraltro, non contestati in giudizio – il riferimento ad essi non comporta alcuna violazione del divieto di integrazione postuma del provvedimento.

5.5. Non sembra ravvisabile una contraddizione viziante nella difformità di contenuto, rispetto alle misure Q33 e Q34 del Piano regionale di tutela delle acque.

Dette previsioni risultano collegate a determinati presupposti

(adeguamento e riattivazione dell'impianto di depurazione di Bettona; adeguamento dell'impianto di Olmeto; realizzazione di misure di adeguamento inerenti il trattamento degli effluenti da parte degli allevatori), ancora mancanti e per la cui realizzazione sono comunque previsti tempi più lunghi (cfr. d.G.R. in data 31 maggio 2010, n. 802 e 25 ottobre 2010, n. 1501).

L'integrazione del programma di azione per la ZVN risponde invece ad una logica di immediato contrasto della situazione di inquinamento, perdurante nonostante le iniziative assunte in precedenza, e – come esposto – è dichiaratamente destinata ad operare nel breve periodo ed intrinsecamente soggetta a revisioni o conferme.

Pertanto, tra le previsioni dei due provvedimenti non vi è contraddizione, ma complementarietà; ed anche laddove fosse ravvisabile un contrasto irriducibile, dovrebbe darsi la prevalenza a quelle del secondo.

5.6. Restano da valutare i profili di censura che riguardano la coerenza per così dire “interna” delle misure restrittive impugnate.

Va ribadito che l'individuazione delle zone A e B è finalizzata all'applicazione o meno della ulteriore misura della riduzione del carico massimo di azoto consentito, e quindi ha una sua validità anche se il divieto di fertirrigazione accomuna le due aree.

Poi, la ricomprensione dei concimi sintetici nel limite massimo di azoto utilizzabile per le coltivazioni appare tutt'altro che illogica ed irragionevole. Infatti, la logica di una siffatta misura è quella di preservare le falde da una eccessiva concentrazione di inquinanti, e quindi ben può risultare priva di rilevanza la fonte di provenienza dei nitrati.

Quanto alla lamentata discriminazione tra effluenti suini ed effluenti delle altre categorie di bestiame da allevamento, non sembra che le ricorrenti abbiano interesse a contestare un trattamento più favorevole riservato a diversi settori zootecnici di cui non fanno parte. La limitazione, peraltro, si spiega semplicemente con il fatto che nella zona, da decenni, esiste un importante distretto suinicolo, e non vi sono importanti allevamenti bovini o ovicaprini, ed è pertanto con gli allevamenti di suini che le misure di tutela dovevano fare i conti. D'altra parte, è perfino superfluo ribadire che è da tali allevamenti che sono derivate le problematiche in questione, all'origine dell'individuazione della ZVN e della stessa introduzione delle misure Q 33, Q 34 e Q 35, nel Piano di tutela delle acque.

Viene anche censurata l'illogicità e la non sostenibilità economica della combinazione tra la prescrizione sul carico massimo di azoto (tanto più, nella misura ridotta applicabile alla zona A) ed il divieto di fertirrigazione con effluenti suini (applicabile alle zone A e B).

Il Collegio rileva come detta combinazione non precluda – come lamentano le ricorrenti – il commercio del concime organico da esse

prodotte, né comunque ne impedisce l'utilizzazione in aree diverse della ZVN ed in zone esterne ad essa.

Non può negarsi che si ponga in controtendenza rispetto alle disposizioni volte a promuovere tale pratica agronomica. La misura combinata – oltre a rendere meno economico l'allevamento dei suini nella zona, che non si può giovare degli effluenti suini per concimare (nelle zone A e B) la coltivazione di mais destinata all'alimentazione dei suini stessi – potrebbe risultare una diseconomia anche dal punto di vista del “bilancio ambientale” complessivo degli impatti legati alla zootecnia. Va però considerato, ancora una volta, che proprio gli allevamenti suinicoli sono all'origine della problematiche ambientali nella zona; che i moderni concimi chimici sono formulati al fine di consentire un lento rilascio delle sostanze nel suolo per evitare, o quanto meno ridurre i fenomeni negativi di infiltrazione nella falda; e che, quindi, la compressione della libertà di iniziativa economica, sotto il profilo della limitazione delle sinergie produttive, e la conseguente ridotta razionalità nella organizzazione del ciclo produttivo, appaiono giustificate dalla preminente esigenza di tutela ambientale di fronte a fenomeni di grave inquinamento.

Può sottolinearsi che tali fenomeni avrebbero potuto giustificare addirittura misure più drastiche ed in grado di garantire risultati più rapidi e sicuri, mentre l'iniziativa della Regione, nel corso degli ultimi anni, sembra caratterizzata da una gradualità nell'introduzione di misure di protezione e risanamento ambientale, volta a tener conto dell'esigenza di salvaguardare (in forme ambientalmente sostenibili) l'attività zootecnica.

5.7. Infine, la trasmissione del Documento Unico di Comunicazione attraverso la procedura informatizzata è prevista come sistema di comunicazione a regime, surrogabile nelle more della realizzazione della procedura dal tradizionale modello cartaceo.

Non è provato se il modello cartaceo di DUC sia stato o meno reso disponibile. Ma sembra evidente che, fino a che non venisse reso disponibile, nessun inadempimento e nessuna sanzione potrebbero essere contestati alle imprese a fronte del ritardato inoltro della comunicazione richiesta.

L'eventuale inadempimento non appare quindi in grado di inficiare la previsione in questione.

6. In conclusione, il provvedimento impugnato si sottrae a tutte le censure dedotte.

Il ricorso deve pertanto essere respinto.

7. In considerazione della complessità ed opinabilità delle questioni esaminate, sussistono giustificati motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio. (*Omissis*)

(1-2) Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti in materia di tutela dell'ambiente: il TAR Umbria si pronuncia sul principio di precauzione.

Con la sentenza in rassegna, il Tribunale Amministrativo Regionale dell'Umbria ha ritenuto legittimo un provvedimento adottato dalla Regione sulla base del principio di precauzione e finalizzato alla riduzione del rischio di inquinamento da nitrato delle falde acquifere nel distretto suinicolo ubicato nei Comuni di Bettona, Bastia e Cannara.

La presenza degli allevamenti determina inevitabilmente una concentrazione di nitrati nel suolo potenzialmente in grado di contaminare i corpi idrici sottostanti e, pertanto, l'area era stata già inserita nella Zona vulnerabile da nitrati di origine agricola ("ZVN")⁽¹⁾ di Petrignano, individuata ai sensi dell'art. 92 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 e s.m.i. ("Codice dell'ambiente"), e sottoposta ad uno specifico Programma di azione per la tutela ed il risanamento delle acque.

Nel quadro dell'attività di monitoraggio dell'efficacia del Programma citato, l'Agenzia regionale per la protezione ambientale ("ARPA") aveva rilevato un peggioramento della situazione della salute di tali corpi idrici e, pur non attribuendo con certezza il fenomeno all'attività zootecnica svolta, aveva comunque espresso la necessità di effettuare ulteriori controlli al riguardo.

In tale contesto, la Giunta Regionale, nell'esercitare i poteri ad essa riconosciuti dall'art. 92 sopra richiamato ed in esecuzione delle previsioni del Piano di gestione del Distretto Idrografico dell'Appennino Centrale adottato dall'Autorità di bacino del Tevere, aveva disposto l'ampliamento della "ZVN" in questione e, soprattutto, aveva introdotto ulteriori misure temporanee, particolarmente restrittive, per il raggiungimento degli obiettivi di tutela delle acque imposti dalla normativa comunitaria. In particolare, era stato previsto il divieto di utilizzazione agronomica degli effluenti zootecnici di origine suina.

Avverso tale provvedimento, alcune imprese zootecniche dell'area avevano proposto ricorso e la principale censura avanzata riguardava proprio l'assenza di evidenze scientifiche circa la riconducibilità dello scadimento dello stato di salute delle falde acquifere sottostanti all'utilizzazione agronomica degli effluenti.

Secondo i ricorrenti, la mancanza di tale nesso non avrebbe giustificato l'introduzione delle misure restrittive citate, le quali impongono loro un sacrificio sproporzionato rispetto all'obiettivo di tutela ambientale perseguito

⁽¹⁾ Ai sensi dell'art. 92, c. 7 del Codice dell'ambiente, con riferimento alle ZVN le Regioni "definiscono, o rivedono se già posti in essere i programmi d'azione obbligatori per la tutela e il risanamento delle acque dall'inquinamento causato da nitrati di origine agricola".

dalla Regione. In altri termini, il provvedimento impugnato sarebbe stato illegittimo in quanto adottato in violazione del principio di proporzionalità, il quale vieta all'Amministrazione di imporre "obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino in misura sproporzionata, e cioè superiore, a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo che l'autorità è tenuta a realizzare".

Secondo il principio di proporzionalità, infatti, il provvedimento emanato dall'Amministrazione deve essere "idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile".⁽²⁾

Il giudice amministrativo, tuttavia, ha evidenziato come "nella materia ambientale trovi immediata applicabilità anche il principio di precauzione in tutte le ipotesi in cui sussistono incertezze relative all'esistenza o alla portata di rischi per la salute delle persona, non occorrendo attendere che siano esaurientemente dimostrate la realtà o la gravità di tali rischi". "Esso" – prosegue il TAR – "assume carattere di principio generale, di criterio interpretativo del sistema giuridico, e non consente, in sede di bilanciamento fra protezione della salute e libertà economica, di esonerare le imprese dall'adottare a loro spese le indispensabili misure di cautela".⁽³⁾

Nell'applicare al caso concreto il principio di precauzione, mediante un'operazione di bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco anche alla luce del principio di proporzionalità, il giudice umbro ha ritenuto corretta la ponderazione degli interessi operata dalla Regione nell'ambito dell'istruttoria prodromica all'adozione del provvedimento censurato e ha quindi rigettato il ricorso.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, in un contesto caratterizzato dal peggioramento qualitativo delle acque sotterranee rispetto alle pregresse rilevazioni, "il principio di precauzione giustificava l'allargamento della ZVN e l'introduzione di misure più restrittive per le attività agricole e zootecniche, anche in mancanza di una prova diretta del fatto che il rilascio di inquinanti dai terreni non fosse diminuito nella quantità auspicata."

Con riferimento al contenuto delle misure adottate ed in particolare all'ampliamento della ZVN rispetto ai punti di prelievo ove erano state effettivamente riscontrati fenomeni di peggioramento dell'inquinamento della falda, il Collegio ha ritenuto che lo stesso principio, "in considerazione delle caratteristiche oggettive della zona e del reticolo idrografico sottostante, [...] ben consentiva di estendere la perimetrazione".

Inoltre, le misure restrittive introdotte, primo fra tutti il divieto di utilizzazione agronomica dei reflui zootecnici, sono state giudicate idonee allo scopo perseguito dal provvedimento stesso, il quale rispondeva "ad una logica

⁽²⁾ Cfr. *ex multis* TAR Campania, Napoli, 22 novembre 2010, n. 25589, in *Foro amm. TAR*, 2010, 3610.

⁽³⁾ Cfr. T.G.A., Trento, I, 8 luglio 2010, n. 171, in *Foro amm. TAR*, 2010, 231.

di immediato contrasto della situazione di inquinamento, perdurante nonostante le iniziative assunte in precedenza, e [...] è dichiaratamente operare nel breve periodo ed intrinsecamente soggetta a revisioni o conferme”.

Tralasciando considerazioni relative al merito della vicenda, il richiamo operato al principio di precauzione come regola di giudizio sulla base delle quali definire i giudizi sulle decisioni amministrative in materia ambientale offre l'opportunità di svolgere alcune considerazioni relative alle modalità attraverso le quali il TAR Umbria ha concretamente applicato tale principio nella pronuncia in esame.

Come rilevato da autorevole dottrina, infatti, l'incertezza che connota la nozione di tale principio ed il suo ambito di applicazione risulta potenzialmente in grado di mettere a rischio interessi economici, anche di estremo rilievo, e un suo utilizzo surrettizio può celare insidiose prassi protezionistiche.⁽⁴⁾

Sebbene non esista concordanza di vedute in dottrina circa la sua origine⁽⁵⁾, il principio di precauzione trova il suo naturale ambito di applicazione nel campo del diritto ambientale ad esso si fa ormai richiamo costantemente in relazione a tutti gli aspetti della vita umana interessati dall'incertezza scientifica e dall'innovazione, in particolare in tutto ciò che riguarda la tutela della salute – ad esempio, nella disciplina degli organismi geneticamente modificati o della salubrità degli alimenti – o in quello della sicurezza del lavoro.⁽⁶⁾ Tale intrinseca *vis expansiva* è peraltro riconosciuta anche dalla Commissione europea, la quale ritiene che il campo d'applicazione del principio “comprende quelle specifiche circostanze in cui le prove scientifiche sono insufficienti, non conclusive o incerte e vi sono indicazioni, ricavate da una preliminare valutazione scientifica obiettiva, che esistono ragionevoli motivi di temere che gli effetti potenzialmente pericolosi sull'ambiente e sulla salute umana, animale o vegetale possono essere incompatibili con il livello di protezione prescelto”.⁽⁷⁾

Introdotta formalmente nell'ordinamento italiano dal diritto comunitario, il principio di precauzione costituisce uno dei principi generali che regolano l'azione ambientale ai sensi dell'art. 3-ter del Codice dell'Ambiente.⁽⁸⁾

⁽⁴⁾ Cfr. MANFREDI, *Note sull'attuazione del principio di precauzione in diritto pubblico*, in *Dir. Pubbl.*, 2004, 1089; CARTEI, *I principi del diritto comunitario*, in CIVITARESE-MATTEUCCI, GARDINI (a cura di), *Dal procedimento amministrativo all'azione amministrativa*, Bologna, 2004, 30.

⁽⁵⁾ Sul punto, si rinvia a MANFREDI, *op. cit.*, 1077 ss.

⁽⁶⁾ Cfr. R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo*, Bari, 2002, 259 e MANFREDI, *op. cit.*, 1087.

⁽⁷⁾ Commissione europea, Comunicazione sul Principio di precauzione del 2 febbraio 2000, COM(2000)1 def., 10.

⁽⁸⁾ Per un approfondimento sui principi ambientali è d'obbligo il rinvio a CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso adattativo, comune*, Torino, 2007 e a R. FERRARA, *I principi comunitari di tutela dell'ambiente*, in *Dir. amm.*, 2002, 531 ss.

Esso, tuttavia, viene indicato in termini non univoci dalla dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa. Semplificando, appare ragionevole ritenere che il principio ricorre essenzialmente in due differenti accezioni: una “sostanziale”, l'altra “procedurale”.⁽⁹⁾

Nella versione “sostanziale”, il principio di precauzione rappresenta per l'Amministrazione “un vincolo a interdire qualsiasi operazione che presenti un rischio per la salute umana o per l'ambiente, anche se via incertezza su entità e consistenza di tale rischio e perfino sulla sua concreta esistenza”.⁽¹⁰⁾ Secondo tale interpretazione, particolarmente rigorosa, una corretta applicazione del principio prevede quindi “l'inibizione di tutte le quelle attività di cui (non) sia provata la (non) nocività”.⁽¹¹⁾

Il medesimo approccio risulta essere stato seguito da una parte della giurisprudenza amministrativa in materia di provvedimenti ambientali, secondo cui “anche la semplice possibilità di un'alterazione negativa [dell'interesse pubblico ambientale] va considerata un ragionevole motivo di opposizione alla realizzazione di un'attività”.⁽¹²⁾ In questi termini, il principio di precauzione nella sua versione “massimalista”⁽¹³⁾ o “verde”⁽¹⁴⁾ giustifica un'azione limitativa dell'altrui sfera giuridica anche in assenza di “evidenze scientifiche conclamate che illustrino la certa riconducibilità di un effetto devastante per l'ambiente ad una determinata causa umana”⁽¹⁵⁾.

Nella versione “procedurale”, invece, il principio di precauzione si concretizza in una forma di “tutela procedimentale che si realizza mediante tecniche di bilanciamento dei valori coinvolti” mediante la quale effettuare una ponderazione tra entità dei rischi paventati ed efficacia delle misure per

⁽⁹⁾ Distinguono tra una versione procedurale e una versione sostanziale del principio di precauzione, DELL'ANNO, *Principi del diritto ambientale europeo e nazionale*, Milano 2004, 94; EWALD, *L'Etat de précaution*, in *Conseil d'Etat, Rapport Public* 2005, 359; CECCHETTI, *La disciplina giuridica della tutela ambientale come “diritto dell'ambiente”*, in *www.federalismi.it*, SAVONA, *Il principio di precauzione e il suo ruolo nel sindacato giurisdizionale sulle questioni scientifiche controverse*, *ivi*. In termini analoghi, distinguono tra versioni “forti” e “deboli” del principio di precauzione SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, Cambridge 2005 e R. FERRARA, *op. ult. cit.*, 531 e ss.

⁽¹⁰⁾ DELL'ANNO, *cit.*, 94.

⁽¹¹⁾ SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 615.

⁽¹²⁾ Cons. St., sez. VI, 4 aprile 2005, n. 1462, in *Foro amm. C.d.S.*, 2005, 1163. Cfr., in termini analoghi, TAR Toscana, sez. II, 20 aprile 2010 n. 986 in *Riv. giur. ed.*, 2010, I, 1234 TAR; Puglia, Lecce, sez. I, 14 luglio 2011, n. 1341, in *www.ambientediritto.it*.

⁽¹³⁾ SAVONA, *op. cit.*, 16.

⁽¹⁴⁾ DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nella recente codificazione*, in M.P. CHITI, URSI (a cura di), *Studi su codice dell'ambiente*, Torino 2009, 83.

⁽¹⁵⁾ Cfr. TAR Puglia, Lecce, n. 1341/2011, *cit.*, in relazione alle possibili conseguenze delle vibrazioni prodotte dalla ricerca di idrocarburi al largo delle coste sul fenomeno del c.d. spiaggiamento dei cetacei.

fronteggiarli”.⁽¹⁶⁾ In tale accezione, condivisa dalla dottrina prevalente⁽¹⁷⁾, esso costituisce quindi una regola di esercizio della potestà discrezionale dell’Amministrazione che in caso di incertezza scientifica non impone né preclude in termini assoluti nessuna decisione, a patto che essa sia frutto di una istruttoria adeguata e di un ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco.⁽¹⁸⁾

Nel caso in rassegna, il TAR Umbria ha fatto evidentemente applicazione della versione “procedurale” del principio di precauzione e, in linea con la giurisprudenza amministrativa che sembra prevalere in materia di sindacato sui provvedimenti di eliminazione o riduzione dei rischi ambientali⁽¹⁹⁾, ha provveduto alla verifica del corretto bilanciamento dell’interesse ambientale perseguito dall’Amministrazione con il provvedimento impugnato e i contrapposti interessi vantati dai ricorrenti.

Tale scrutinio è stato condotto alla luce dei criteri generali individuati dalla Commissione europea per l’applicazione del principio in esame e, più in generale, di qualsiasi misura di gestione del rischio.⁽²⁰⁾ Tra essi, particolare rilievo assume la valutazione del rispetto del principio di proporzionalità: il giudice, mediante l’esame della motivazione del provvedimento, ha il compito di verificare se la misura precauzionale adottata è in grado di raggiungere il livello di protezione prescelto dall’Amministrazione con il minor sacrificio degli altri interessi coinvolti, giustificando un divieto totale allo svolgimento di attività dannose per l’ambiente soltanto quando questa è l’unica risposta possibile al rischio paventato.

Ebbene, in esito a tale scrutinio, il TAR Umbria, ha ritenuto la delibera adottata dalla Regione idonea ed adeguata al raggiungimento dell’obiettivo di ridurre il rischio di inquinamento delle falde acquifere dell’area, considerando quindi legittime le restrizioni imposte alle attività economiche dei ricorrenti.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, appare ragionevole ritenere che l’applicazione del principio di precauzione operata dal Collegio nel caso di specie risulti equilibrata e, pertanto, condivisibile.

Innanzitutto, perché nega l’assoluta prevalenza dell’interesse ambientale in situazioni di incertezza scientifica imposta dalla versione massimalista

⁽¹⁶⁾ DELL’ANNO, *op. cit.*, 94.

⁽¹⁷⁾ Cfr. CECCHETTI, *cit.*, 104; G.D. COMPORI, *Contenuto e limiti del governo amministrativo dell’inquinamento elettromagnetico alla luce del principio di precauzione*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2005, p. 226.

⁽¹⁸⁾ DE LEONARDIS, *op. cit.*, 128.

⁽¹⁹⁾ Cfr. *ex multibus* TAR Toscana, sez. II, 6 luglio 2010, n. 2316, in *Foro amm. TAR*, 2010, 2365; TAR Sicilia, Catania, 20 luglio 2007, n. 1254, in *Riv. giur. ambiente*, 2007, 828; TAR Sardegna, 08 ottobre 2007, n. 1809, in *Giur. merito*, 2008, 3, 844.

⁽²⁰⁾ Commissione europea, Comunicazione sul Principio di precauzione, *cit.*, 17 ss..

del principio di precauzione e chiarisce la necessità di una sua contemporaneità con le libertà economiche.

L'affermazione secondo cui l'interesse all'ambiente e alla salute debbano sempre e comunque prevalere, infatti, introdurrebbe in via surrettizia una gerarchia tra interessi incompatibile con la nostra Costituzione. ⁽²¹⁾

Inoltre, l'applicazione più rigorosa del principio determinerebbe di fatto la sottrazione al giudice amministrativo della possibilità di esercitare il proprio controllo sul rispetto del principio di proporzionalità e, più precisamente, sulla necessità e della adeguatezza delle misure introdotte dall'Amministrazione incidenti sulle posizioni giuridiche dei privati.

Al contrario, applicare il principio di precauzione nel senso di ritenere sempre doveroso un equo bilanciamento tra l'interesse ambientale e gli interessi economici, come è avvenuto nella sentenza in commento, consente di evitare il rischio, già evidenziato in precedenza, che esso venga a configurarsi come un ostacolo insormontabile all'esercizio delle libertà economiche e, quindi, allo sviluppo umano. ⁽²²⁾

Considerato che nessuna attività umana può essere ritenuta sicura in senso assoluto per l'ambiente, il principio di precauzione nella sua versione più "integralista" rischia infatti di risolversi nel blocco di qualsiasi attività economica e si pone in palese contrasto con il principio dello sviluppo sostenibile, in base al quale la risoluzione delle questioni che involgono aspetti ambientali deve necessariamente essere improntata alla ricerca di un equilibrio tra tutela dell'ambiente ed esigenze connaturate allo sviluppo scientifico e tecnologico. ⁽²³⁾

MICHELE RIZZO

⁽²¹⁾ SAVONA, op. cit., 20. Sull'inesistenza di una gerarchia tra gli interessi costituzionali, vedi CORSO, *Interessi in conflitto e criteri di composizione, in Ambiente e mercato: quale gerarchia dei valori?*, Genova, 2002, p. 23-25.

⁽²²⁾ Sulla necessità di bilanciamento tra interesse ambientale e libertà economiche, vedi MAZZAMUTO, *Diritto dell'ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2009, 1571 ss.

⁽²³⁾ Il principio dello sviluppo sostenibile, originatosi nell'ambito del diritto internazionale, è stato recepito nel diritto comunitario (art. 2 TUE, poi divenuto art. 3 TFUE) e successivamente introdotto dal legislatore italiano tra i principi generali del Codice dell'Ambiente (art. 4^{quater}, inserito dal d. lgs. 16 gennaio 2008, n. 4). Per un approfondimento sul principio dello sviluppo sostenibile, si rinvia a FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'Ambiente*, Torino, 2008, 170 ss.; ID., *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 31 ss. Per un'interessante analisi dell'immobilismo determinato dal principio di precauzione inteso in senso sostanziale o massimalista, si rinvia invece a SUNSTEIN, *Laws of fears. Beyond the precautionary principle*, cit.

MASSIME COMMENTATE

(a cura di Paola Jole Spinelli)

TAR UMBRIA – 3 ottobre 2011, n. 311 – *Pres.* LAMBERTI – *Est.* CARDONI – S. Volpicelli, e altri (avv. Volpicelli) c. Ministero della Giustizia (Avvocatura dello Stato).

Giudizio – Danno da ritardo giudiziario – Indennizzi – Soggetto debitore – Stato – Pagamento – Ministero dell’Economia e delle Finanze (d.lgs. n. 104/2010, art. 112 e ss.; l. n. 89/2001, art. 1 comma 1225, l. 27 dicembre 2006 n. 296).

Giudizio – Danno da ritardo giudiziario – Decreto di riparazione del danno – Natura – Obbligazione pecuniaria – Interessi legali – Sussistenza (l. n. 89/2001, art. 1224 c.c.).

Il pagamento di tutti gli indennizzi conseguenti l’applicazione della l. n. 89/2001 (c.d. Legge Pinto) può ritenersi legislativamente concentrato presso il Ministero dell’Economia e delle Finanze, al fine di “razionalizzare le procedure di spese ed evitare maggiori oneri finanziari...”, ad opera dell’art. 1 comma 1225 l. 27 dicembre 2006 n. 296 e prescindendo da quale sia l’organo di volta in volta convenuto in giudizio e condannato ai sensi della legge stessa, essendo debitore lo Stato, quale persona giuridica unitaria. (1)

Il debito per i diritti e gli onorari liquidati nel decreto (di riparazione del danno da ritardo giudiziario) da eseguire è un’obbligazione pecuniaria (art. 1224 c.c.) con la conseguenza che il ritardo nel pagamento produce automaticamente gli interessi legali. (2)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

(1) **Conforme:** TAR Umbria, 3 febbraio 2012, n. 35; TAR Umbria, 3 febbraio 2012, n. 36; TAR Umbria, 3 ottobre 2011, n. 312, n. 313, n. 314, n. 315, n. 316, n. 317, n. 318, n. 319, n. 320.

Contraria: TAR Umbria, 14 luglio 2011, n. 215.

(2) **Conforme :** TAR Umbria, 2 novembre 2011, n. 346.

(*Omissis*) il Collegio rammenta che:

- il giudizio d'ottemperanza è limitato alla stretta esecuzione del giudicato del quale si chiede l'attuazione ed esula dal suo ambito la cognizione di qualsiasi altra domanda, comunque correlata al giudicato stesso.

- l'ottemperanza è esperibile indipendentemente da ogni disposizione concernente l'esecuzione civile (ad es. combinato disposto degli artt. 1 ter L. n. 181/2008 e 1 L. n. 313/1994), attesa la totale diversità ontologica delle due azioni;

- l'esecuzione dell'ordine del Giudice costituisce un inderogabile dovere d'ufficio per l'Amministrazione cui l'ordine è rivolto nonché per i suoi rappresentanti e funzionari.

4 - Tanto rammentato, si ritiene che non vi siano ragioni per denegare la richiesta esecuzione.

A tal fine il Tribunale, rimeditata *funditus* la questione, considera che:

- il pagamento di tutti gli indennizzi conseguenti all'applicazione della L. n. 89/2001(c.d. Legge Pinto) può ritenersi legislativamente concentrato presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze, al fine di "razionalizzare le procedure di spese ed evitare maggiori oneri finanziari...", ad opera dell'art. 1 comma 1225 L. 27 dicembre 2006 n. 296;

- questo perché l'ultimo periodo di detto comma 1225 prevede misure organizzative proprio per fronteggiare gli adempimenti di cui al precedente comma 1224, recante appunto alcune modifiche alla ridetta L. n. 89/2001;

- per le ragioni sin qui esposte, si ritiene che il Ministero dell'Economia e delle Finanze sia l'unico organo cui la legge attribuisce il potere - dovere di effettuare i pagamenti degli indennizzi *ex* L. n. 89/2001, prescindendo da quale sia l'organo di volta in volta convenuto in giudizio e condannato ai sensi della legge stessa.

Infatti il debitore è lo Stato, quale persona giuridica unitaria, indipendentemente dall'identità dell'organo che ha resistito nel giudizio conclusosi con il Decreto del quale si chiede l'ottemperanza.

Da qui discende che il presente giudizio sia da ritenersi ritualmente proposto ove la notifica del Decreto da ottemperare sia avvenuta tanto nei confronti dell'organo che ha partecipato al giudizio, quanto di quello (il Ministero dell'Economia e delle Finanze) onerato, come si è visto, degli adempimenti necessari per il pagamento.

Diversamente, si imporrebbe al cittadino un'inesigibile indagine in ordine alle ripartizioni funzionali all'interno dello Stato che invece, come già rilevato, è il soggetto debitore unitario.

Tanto risponde a principi consolidati di semplificazione dei rapporti, anche contenziosi, fra il cittadino e lo Stato (cfr. per es. art. 2, ultimo comma, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199).

Il tutto poi a fortiori ove si consideri che l'art. 114 C.P.A. non indica la notifica della Decisione da ottemperare quale requisito dell'azione d'ottemperanza e, per di più, espressamente esclude la necessità della previa diffida (comma 1).

5 - Ciò considerato, il Tribunale ORDINA al Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro pro tempore, di provvedere entro il termine perentorio di 60 giorni dalla notifica o dalla comunicazione in via amministrativa della presente Sentenza, al pagamento delle somme di cui sopra.

Al riguardo, si precisa che il debito per i diritti e gli onorari liquidati nel Decreto da eseguire è un'obbligazione pecuniaria (art. 1224 C.C.) con la conseguenza che:

- il ritardo nel pagamento produce automaticamente gli interessi legali;
- la corresponsione di quest'ultimi soddisfa ogni pretesa da ritardo.

Si precisa altresì che detti interessi dovranno essere calcolati dal giorno della notifica del Decreto di cui trattasi, connotandosi la notifica come costituzione in mora del debitore (art. 1219 C.C.);

6 - In caso d'inadempienza, il Tribunale NOMINA sin d'ora Commissario ad Acta il Dirigente preposto alla Direzione Centrale dei Servizi del Tesoro del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Si precisa che detto Dirigente potrà avvalersi anche di idoneo personale dipendente, da egli specificamente delegato, che assumerà, in forza della delega, la qualifica di Commissario ad Acta unitamente al delegante, con responsabilità congiunte e poteri anche disgiunti.

7- Il Commissario, provvederà a:

- a- prelevare i fondi da qualsiasi capitolo di spesa del Ministero dell'Economia e delle Finanze;
- b- utilizzare in alternativa, a sua scelta, l'istituto del pagamento in conto sospeso.

8 - Il Commissario terminerà la sua opera, salvo proroghe da richiedersi a questo Tribunale, entro il termine di 60 giorni dalla richiesta che la parte interessata gli presenterà dopo che sia decorso inutilmente il termine di 60 giorni di cui al precedente paragrafo 5. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 11 ottobre 2011, n. 328 – Pres. CARDONI FF– Est. FANTINI – G.Z. s.a.s. (avv. Calzoni) c. Comune Corciano (avv. Mariani Marini) e c. C. s.r.l. (avv. Maori e Troilo).

Contratti della P.A. – Offerte – Principio di segretezza – Fondamento giuridico Finalità – (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 13, comma 2, lett. a).

Contratti della P.A. – Procedimento di gara – Rapporto di presupposizione.

Contratti della P.A. – Criterio di aggiudicazione – Discrezionalità tecnica della P.A. – Sindacabilità – Esclusione – Eccezioni (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 83)

Il principio di segretezza viene, generalmente, predicato con riguardo alle offerte, ed è posto in correlazione con la tutela della par condicio tra i concorrenti alla gara. Allo stesso tempo è volto ad evitare che più imprese, facenti capo agli stessi centri decisionali, possano accordarsi tra loro per fare in modo che il contratto sia aggiudicato a condizioni sfavorevoli per l'Amministrazione. Il fondamento giuridico di tale principio è rinvenibile nell'art. 13, comma 2, lett. A), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, norma che, in realtà, non è posta a presidio della segretezza delle offerte, ma proprio dell'elenco dei soggetti che hanno presentato l'offerta. (1)

Il procedimento di gara, dal bando all'aggiudicazione, si configura come una sequenza di atti, collegati da un nesso logico e finalistico, in cui ciascuno pone il presupposto di quello successivo. Tale rapporto di presupposizione, alla base del meccanismo dell'illegittimità derivata, concerne tutti gli atti e le operazioni che si inseriscono nella sequenza con carattere di necessità. (2)

Sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto, sia la scelta dei criteri più adeguati, tra quelli indicati nell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, ovvero microscopicamente viziate da travisamento di fatto. (3)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- (1) **Conforme:** Cons. St., sez. V, 28 marzo 2012, n. 1862; Cons. St., sez. V, 29 dicembre 2009, n. 8817; TAR Puglia, Bari, sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827.

- (2) **Conforme** : Cons. St., sez. V, 23 novembre 2010, n. 8154; Cons. St., sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683, TAR Reggio Calabria, 14 maggio 2009, n. 326.
- (3) **Conforme**: Cons. St., sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 969.

(Omissis)

1. - Con il primo motivo del ricorso introduttivo, ripreso nei primi motivi aggiunti, viene dedotta la violazione del principio di segretezza (fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte) dell'identità dei concorrenti alla gara, desumibile dall'art. 13, comma 2, lett. a), del codice dei contratti pubblici, da parte della nota del responsabile dell'Area Lavori Pubblici prot. n. 40512 in data 31 dicembre 2010, concernente le modalità di accesso e sopralluogo agli impianti, ed indirizzata contestualmente alla Perenne Lux, alla ricorrente ed alla Cosmos S.r.l., precedente gestore del servizio oggetto di gara.

Il motivo è fondato, e meritevole pertanto di positiva valutazione.

Il principio di segretezza viene, generalmente, predicato con riguardo alle offerte, ed è intuitivamente posto in correlazione con la tutela della *par condicio* tra i concorrenti alla gara. Tale principio risulta violato allorché una delle imprese partecipanti possa influire sulla determinazione dell'offerta di altra impresa concorrente, o possa conoscere detta offerta, ed in relazione a questa successivamente formulare la propria. Allo stesso tempo, il principio di segretezza delle offerte è volto ad evitare che più imprese, facenti capo agli stessi centri decisionali, possano accordarsi tra loro per fare in modo che il contratto sia aggiudicato a condizioni sfavorevoli per l'Amministrazione (c.d. cartelli).

Come pure, per evitare condizionamenti nella valutazione delle proposte, devono essere mantenute separate le buste contenenti l'offerta economica e l'offerta tecnica, in quanto l'esame dell'offerta economica prima di quella tecnica costituisce una violazione dei principi inderogabili di trasparenza ed imparzialità, consentendo di modulare il giudizio sull'offerta tecnica in modo non conforme alla parità di trattamento.

Nella vicenda controversa viene invece prospettato un profilo diverso, e, se così può dirsi, prodromico (rispetto alle offerte), della segretezza nei procedimenti di gara, concernente proprio l'identità dei concorrenti.

In punto di fatto, dispiegatasi la gara, risulta verificata la violazione del principio di segretezza da parte della Stazione appaltante, la quale, con l'impugnata nota prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010, ha invitato la Perenne Lux e la G.Z. S.a.s. a prendere contatto con la Cosmos S.r.l. per accedere agli impianti. Ed, invero, alla gara hanno poi partecipato la ricorrente, la Cosmos e la società Elettrifer; due delle tre imprese partecipanti hanno dunque avuto anticipatamente notizia della rispettiva identità.

Il fondamento di tale principio di segretezza è, allo stato, rinvenibile nell'art. 13, comma 2, lett. a), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che prevede il differimento automatico del diritto di accesso «nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime».

Si potrebbe obiettare che detta norma riguardi la disciplina dell'accesso agli atti di gara, e dunque un ambito diverso da quello ora in esame. In realtà, a bene considerare, e contrariamente a quanto dedotto dall'Amministrazione resistente, la norma in questione non è posta a presidio della segretezza delle offerte, ma proprio dell'elenco dei soggetti che hanno presentato l'offerta, locuzione da intendersi come comprensiva di tutti i documenti che consentano di avere notizie sugli aspetti soggettivi delle offerte, quand'anche non ancora presentate.

Se così è, deve allora ritenersi che a, pena di un evidente *vulnus* del principio di non contraddittorietà dell'ordinamento, non può ritenersi preclusa l'ostensione dei documenti rivelativi dei soggetti che hanno presentato le offerte, e, contestualmente, ammissibile la conoscenza, in altro modo, comunque imputabile alla Stazione appaltante, e non casuale, dei partecipanti, od almeno di taluni degli stessi (in particolare, nel caso di specie, di due su tre).

Ciò trova conferma anche nella *ratio* del differimento dell'accesso dell'elenco dei partecipanti alla gara fino alla presentazione del termine per la presentazione delle offerte, rinvenibile nell'obiettivo di salvaguardare l'effettività della libera concorrenza.

Come è stato posto in evidenza dall'A.V.C.P. con la determinazione n. 25 del 22 maggio 2000, concernente l'allora vigente art. 22 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, contenente analoga disposizione, «la genuinità della concorrenza stessa potrebbe essere pregiudicata dalla conoscenza, prima della definizione della gara, dei nominativi dei partecipanti alla stessa. Tale conoscenza potrebbe, infatti, suggerire accordi tra i candidati intesi ad alterarne i risultati, ovvero consentire pressioni o minacce tra gli stessi al fine di limitare la libertà di determinazione in ordine al contenuto delle offerte ... Scaduto il termine indicato, non vi è più ragione per mantenere il segreto, dal momento che eventuali successivi accordi o pressioni tra i partecipanti non possono avere alcuna rilevanza ai fini del relativo contenuto non potendo le offerte essere più ritrattate».

Analogamente, T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 3 settembre 2002, n. 3827 ha posto in evidenza che il differimento temporaneo dell'accesso è orientato non tanto alla tutela della sfera di riservatezza delle imprese partecipanti al pubblico incanto, ma alla garanzia della correttezza e trasparenza dei comportamenti connessi alla presentazione delle offerte, mirando, in definitiva, ad evitare condotte intese a turbare la regolarità e genuinità del confronto concorrenziale.

2. - L'accoglimento del primo motivo comporta l'annullamento della nota prot. n. 40512 in data 31 dicembre 2010 del Comune di Corciano, concernente le modalità di accesso e sopralluogo degli impianti.

Ma determina anche l'illegittimità derivata dei successivi atti del procedimento di gara, compresa l'esclusione e l'aggiudicazione definitiva.

Ed invero il procedimento di gara, dal bando all'aggiudicazione, si configura come una sequenza di atti, collegati da un nesso logico e finalistico, in cui ciascuno pone il presupposto di quello successivo (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 25 marzo 2002, n. 1683); l'annullamento dell'atto disciplinante le modalità di svolgimento del sopralluogo, adottato in violazione del principio di segretezza dei partecipanti alla gara, comporta dunque l'illegittimità derivata degli atti successivi, sino all'atto conclusivo.

Tale rapporto di presupposizione, alla base del meccanismo dell'illegittimità derivata, non concerne, seppure con diversa intensità, solamente gli atti di gara più importanti (ad esempio la relazione tra *lex specialis* ed aggiudicazione, ovvero tra esclusione ed aggiudicazione), ma tutti gli atti e le operazioni che si inseriscono nella sequenza, nell'*ordo productionis* con carattere di necessità.

Nel caso di specie, il disciplinare di gara prevedeva, al punto 3, che nella domanda di partecipazione, a pena di esclusione, il concorrente dichiarasse «di avere preso conoscenza e visionato i luoghi ove deve eseguirsi il servizio».

Ne segue che il procedimento di gara deve ritenersi viziato dal momento della riscontrata illegittimità (antecedente anche alla determina di proroga dei termini di scadenza delle offerte e di rettifica del bando, di cui alla determina n. 8 del 12 gennaio 2011), senza che risulti a ciò preclusivo (in termini di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse, secondo quanto eccepito dall'Amministrazione resistente) la circostanza dell'intervenuta esclusione dalla gara di parte ricorrente per la mancata presentazione di due referenze bancarie, in difformità da quanto previsto dal disciplinare.

È agevole rilevare, a questo riguardo, che il riscontrato vizio procedimentale è precedente alla formulazione dell'offerta ed, *a fortiori*, alla esclusione della medesima; è pertanto evidente l'interesse di parte ricorrente alla ripetizione della gara, anche in presenza di una *lex specialis* invariata.

3. - Occorre, piuttosto, onde valutare la portata della pronuncia demolitoria, esaminare, in breve, anche le censure svolte avverso la *lex specialis* della gara.

Al riguardo, deve essere disattesa la seconda censura, con cui si deduce la violazione del principio di concorrenza, degli artt. 41/43 del d.lgs. n. 163 del 2006, nonché il principio di proporzionalità in rapporto

alle caratteristiche quali-quantitative dell'appalto, assumendo che il bando ed il disciplinare di gara hanno imposto requisiti di partecipazione alla gara, di carattere economico e finanziario e tecnico, irragionevoli e contrari comunque al *favor participationis*.

Potendosi, per economia di giudizio, limitare l'esame al "possesso di idonea dichiarazione bancaria rilasciata da almeno due istituti di credito", essendo fondata sull'assenza di tale requisito di carattere economico-finanziario l'esclusione della ricorrente, disposta con il verbale di gara del 10 febbraio 2011, e poi confermata con la determinazione n. 76 in pari data, ritiene il Collegio che si tratta di clausola che riproduce esattamente la disposizione dell'art. 41, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici, nel testo risultante dal terzo decreto correttivo (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152), senza lasciare alcun margine di discrezionalità alla Stazione appaltante, ove la stessa intenda utilizzare tale indicatore di capacità per le imprese concorrenti.

4. - Analogamente infondato è il terzo motivo di ricorso con cui si allega la violazione dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, nella considerazione che i "criteri di valutazione" prestabiliti dal disciplinare di gara risultano sbilanciati in funzione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, essendosi attribuito un peso preponderante all'offerta tecnica rispetto a quella economica, cui è riconosciuto solamente il 20 per cento del punteggio attribuibile, ed, ancora, nella prospettiva dell'omissione dei sub-parametri relativi all'"analisi progettuale".

Occorre muovere dal consolidato indirizzo giurisprudenziale alla stregua del quale sia la scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto, sia la scelta dei criteri più adeguati, tra quelli indicati nell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, non sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità, tranne che, in relazione alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del contratto, non siano manifestamente illogiche, arbitrarie, ovvero microscopicamente viziate da travisamento di fatto (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259; T.A.R. Liguria, Sez. II, 3 febbraio 2010, n. 233).

La norma non impone un peso minimo predeterminato per l'elemento prezzo, e, nel caso di specie, trattandosi di un appalto concernente il servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti elettrici e di pubblica illuminazione del Comune di Corciano, ma anche di realizzazione di interventi di efficienza energetica (come dimostra la richiesta di un'analisi progettuale sulle soluzioni idonee al raggiungimento del risparmio energetico per l'area industriale/commerciale di Taverne, cui è stato attribuito un peso di punti 20/100), può ritenersi ragionevole la previsione del disciplinare.

Quanto, poi, all'assunto che nell'offerta tecnica (cui è stato attribuito un valore ponderale di punti 60/100) sarebbero stati enucleati criteri di valutazione riguardanti parametri di valutazione soggettiva dell'impresa, e non il "merito tecnico" dell'offerta, con conseguente commistione fra requisiti soggettivi di partecipazione ed elementi oggettivi di valutazione dell'offerta, osserva il Collegio anzitutto che la voce preponderante, concernente "materiali e macchinari impiegati nel servizio", non è inclusa tra i requisiti di qualificazione dei concorrenti.

Per quanto concerne, poi, il possesso del sistema di qualità (ed in particolare della certificazione SOA categoria OG 10), pur nell'opinabilità della scelta della *lex specialis*, è difficile dichiararne l'illegittimità, se si tiene conto, da un canto, della peculiarità di questo appalto di servizi, rispetto al quale il requisito in questione può essere apprezzato come indice della qualità delle prestazioni, e, dall'altro canto, che si tratta comunque di un criterio cui è attribuito un punteggio non preponderante.

Circa, da ultimo, la mancata adozione di sub-parametri e sub-punteggi relativi all'"analisi progettuale", la doglianza non appare meritevole di positiva valutazione, in quanto è lo stesso bando di gara, all'art. 5, che ne ha stabilito l'oggetto, nei termini che seguono: «l'ottimizzazione dei consumi energetici dovrà essere specificata in sede di presentazione dell'offerta dall'Impresa partecipante mediante presentazione di un'analisi progettuale avente ad oggetto le soluzioni tecniche ed illuminotecniche maggiormente idonee al raggiungimento dell'obiettivo del risparmio energetico relativamente all'area industriale/commerciale sita in Loc. Taverne, indicando sia le caratteristiche tecniche della lampada a risparmio energetico proposta e sia l'eventuale apparecchio di illuminazione necessario per l'installazione della lampada».

È, poi, noto che, per il bando, stabilire sub-criteri e sub-pesi od i sub-punteggi, è una facoltà, come si evince dall'art. 83, comma 4, del codice dei contratti pubblici. Naturalmente, ove non siano stabiliti sub-criteri, si impone poi al seggio di gara di assolvere ad un più rigoroso obbligo motivazionale nell'attribuzione dei punteggi.

5. - Alla luce di quanto precede, il ricorso deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione, con conseguente annullamento della nota prot. n. 40512 del 31 dicembre 2010 del Comune di Corciano, ed, in via derivata, dei provvedimenti di esclusione della ricorrente e di aggiudicazione in favore della Cosmos Consalvi S.r.l.

I limiti oggettivi dell'accertamento che precede comportano la rinnovazione del procedimento di gara dal momento della presentazione delle offerte.

Risulta dagli atti di causa che, successivamente all'ordinanza di questo Tribunale Amministrativo 8 giugno 2011, n. 87, è stato stipulato il contratto, che ha dunque avuto un breve periodo di esecuzione, specie se rapportato alla sua durata quinquennale.

Ritiene il Collegio che, in accoglimento dell'espressa domanda di parte ricorrente di risarcimento in forma specifica, esistano, proprio in funzione dell'esigenza di rinnovare la gara, i presupposti per la pronuncia di inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del cod. proc. amm. (cfr. T.A.R. Umbria, 13 ottobre 2010, n. 484).

L'inefficacia del contratto decorrerà dalla data di pubblicazione della presente sentenza, rimanendo salvi gli effetti finora maturati. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 18 ottobre 2011, n. 331 – *Pres. FF CARDONI – Est. FANTINI – P.A. s.r.l. (avv. Vagnucci e Cancrini) c. Comune di Terni (avv. Alessandro) e nei confronti di P.C. s.r.l. (avv. Paci e Marrone).*

Contratti della P.A. – Aggiudicazione – Comunicazione – Omissione o incompletezza – Legittimità della gara – Sussistenza (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 79, comma 5 *bis*).

Contratti della P.A. – Offerta – Verifica di anomalia – Motivazione succinta o per *relationem* – Legittimità (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 88, comma 7).

Contratti della P.A. – Commissione giudicante – Natura – Attività valutativa – Collegio perfetto.

Contratti della P.A. – Condanne riportate – Obbligo di dichiarazione – Sussistenza (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81).

L'art. 79, comma 5 bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dispone che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è, di regola, accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione, contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c). La sua omissione od incompletezza non incidono sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma solamente sulla decorrenza del termine per l'impugnazione. (1)

*La verifica di anomalia ha per oggetto l'accertamento se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile od inattendibile; tale giudizio può essere sostenuto da una motivazione succinta, od anche per *relationem* alle giustificazioni rassegnate dall'offerente, poste a disposizione del soggetto interessato. (2)*

La commissione giudicatrice nelle gare d'appalto allorchè svolga un'attività obiettivamente valutativa, è un collegio perfetto che decide, in quanto tale, con il plenum dei suoi componenti. Tale regola trova, invece, un temperamento laddove la Commissione sia chiamata a svolgere attività preparatoria, istruttoria ovvero del tutto vincolata. (3)

L'omissione dell'indicazione di tutte le condanne riportate dai concorrenti alla gara, rileva in quanto non consente alla Stazione appaltante una completa valutazione dell'affidabilità del concorrente, ma anche perché interrompe il nesso fiduciario che necessariamente deve presiedere ai rapporti tra Amministrazione ed il soggetto aggiudicatario del contratto. (4)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- (1) **Conforme:** Cons. St., sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2646; TAR Sardegna, sez. I, 16 agosto 2011, n. 894; TAR Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2011, n. 1441; TAR Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2010, n. 35031.
- (2) **Conforme :** Cons. St., sez. III, 22 novembre 2011, n. 6144; Id., sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; TAR Lazio, Roma, sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828.
- (3) **Conforme:** TAR Lombardia, Brescia, 2 febbraio 2011, n. 223; TAR Campania, Salerno, sez. I, 25 luglio 2008, n. 2174.
- (4) **Conforme:** Cons. St., sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782; Id., sez. V, 13 luglio 2010, n. 4520; Id., 8 ottobre 2010, n. 7349; TAR Umbria, 13 ottobre 2011, n. 330.

(Omissis) 1. - Con il primo motivo del ricorso introduttivo si deduce la violazione dell'art. 79 del codice dei contratti pubblici, nell'assunto che la comunicazione di aggiudicazione di cui alla nota del 13 aprile 2011 non contenga i requisiti prescritti dalla norma.

La censura non appare meritevole di positiva valutazione.

Ed, invero, la nota in questione contiene la comunicazione alla ricorrente che è risultata seconda graduata e che l'aggiudicazione è stata disposta in favore dell'A.T.I. PA.E.CO. S.r.l. e Valbasento Lavori S.r.l. «per avere essa presentato la migliore offerta di € 1.328.471,21 corrispondente al ribasso del 49,126%»; è altresì esplicitamente rappresentata la possibilità di esercitare e le modalità di esercizio del diritto di accesso.

Ora, l'art. 79, comma 5-bis, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 dispone che la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva è, di regola, accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione, contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c), vale a dire «le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto».

Nel caso di specie, prevedendo il bando, come criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso, può ritenersi assolto l'onere previsto dall'art. 79 con l'indicazione dell'attribuibilità al raggruppamento controinteressato dell'offerta contenente il maggiore ribasso.

Anche per quanto concerne l'accesso informale agli atti del procedimento di gara, la nota impugnata appare rispettosa della previsione dell'art. 79, comma 5-quater, del d.lgs. n. 163 del 2006.

Non può, d'altro canto, trascurarsi, solo per completezza argomentativa, che, secondo costante giurisprudenza, l'omissione della comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, ed, a maggiore ragione, l'incompletezza di tale comunicazione non incide sulla legittimità dell'aggiudicazione, ma solamente sulla decorrenza del termine per l'impugnazione (in termini Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2646; TAR Sardegna, sez. I, 16 agosto 2011, n. 894; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 11 marzo 2011, n. 1441; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 2 dicembre 2010, n. 35031).

2. - Con il secondo mezzo di gravame si allega poi la non conoscenza delle ragioni che hanno indotto il seggio di gara a giudicare congrua ed affidabile l'offerta presentata dal R.T.I. controinteressato, assumendosi comunque la sua non adeguata valutazione, dimostrata anche dall'eccessivo protrarsi del (sub)procedimento di verifica dell'anomalia; tale contestazione è poi ulteriormente sviluppata con il terzo dei "primi motivi aggiunti" (rubricato sub 6 nell'esposizione che precede), mediante il quale si lamenta, con riguardo all'offerta del raggruppamento P.A.E.CO., l'impossibilità di quantificare i tempi di esecuzione della prestazione, e dunque di lavorazione in relazione alla stima delle occorrenze di manodopera.

Le censure possono essere esaminate congiuntamente, in quanto complementari, o, per meglio dire, espressione dell'approfondimento, all'esito di una maggiore conoscenza degli atti di gara, di un medesimo argomento.

I motivi devono essere disattesi.

Occorre muovere dalla considerazione, consolidata in giurisprudenza e poi codificata dall'art. 88, comma 7, del codice dei contratti pubblici, secondo cui la verifica di anomalia non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando, invece, ad accertare se l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile od inattendibile, e dunque se dia o meno serio affidamento circa la corretta esecuzione dell'appalto (in termini Cons. Stato, Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 novembre 2009, n. 10828); ne consegue che il procedimento di verifica di anomalia è avulso da ogni formalismo inutile ed improntato alla massima collaborazione tra Stazione appaltante ed offerente; non vi sono preclusioni alla presentazione di giustificazioni; mentre l'offerta è immodificabile, possono essere variate le giustificazioni rese.

Parte ricorrente allega che le prime richieste di chiarimenti evidenziavano incongruenze dell'offerta nella valutazione dei tempi di lavorazione in relazione alla manodopera, che, poi, contraddittoriamente, con

le tabelle allegate al verbale del 16 febbraio 2011, sono state ritenute superate.

Tale conclusivo giudizio di non anomalia, nei limiti del sindacato consentito al giudice amministrativo, non appare al Collegio illogico, nè affetto da errori di fatto.

In particolare, con la richiesta integrativa del 13 dicembre 2010, la Direzione Lavori Pubblici del Comune di Terni ha rilevato che «in relazione alla manodopera non è stato possibile valutare i tempi di lavorazione in quanto le altre voci di prezzo che concorrono a formare le singole analisi devono essere integrate; si richiede inoltre di voler fornire delucidazioni in merito alle paghe orarie indicate in analisi in quanto discordanti con quanto da voi indicato a pag. 2 dei giustificativi»; in altre parole, a bene intendere, la Stazione appaltante ha chiesto chiarimenti anche sulle altre voci di prezzo relative all'appalto per confrontarle con il costo della manodopera.

Le risultanze del verbale del 24 gennaio, da cui emerge la non congruità della manodopera, devono essere confrontate con le acquisizioni risultanti dal verbale del 16 febbraio successivo, da cui si evince, tra l'altro, l'esistenza di un'attestazione di Centro di trasformazione, comportante che le barre di acciaio arrivano in cantiere già sagomate, con conseguente riduzione dei tempi di lavoro, e l'utilizzo di un escavatore ammortizzato per la movimentazione del materiale all'interno del cantiere, con connessa riduzione del costo dei noli.

Ne discende un giudizio non illogico, seppure sintetico, espresso dall'Amministrazione, di globale affidabilità dell'offerta presentata dall'A.T.I. PA.E.CO.

Del resto, occorre considerare che il giudizio di congruità non deve essere condotto in una prospettiva atomistica e parcellizzata delle singole componenti dell'offerta, ma deve investire quest'ultima nel suo complesso, onde accertare che il ribasso praticato non si attesti al di là del ragionevole limite segnato dalle leggi di mercato.

Quanto al dedotto vizio motivazionale, il giudizio di congruità dell'offerta può essere sostenuto da una motivazione succinta, od anche *per relationem* alle giustificazioni rassegnate dall'offerente, poste a disposizione del soggetto interessato, che le ha infatti poste a base dei motivi aggiunti.

3. - Con il terzo motivo di ricorso, sviluppato, anche questo, nel primo motivo aggiunto (rubricato sub 4), si deduce essenzialmente la violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, nella considerazione della mancata verifica, anteriormente alla stipulazione del contratto, del possesso dei requisiti di ordine generale in capo all'impresa aggiudicataria; con i "primi" motivi aggiunti si specifica, poi, che l'A.T.I. PA.E.CO. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto il cessato dalla carica di

direttore tecnico, sig. Esposito Salvatore, ha riportato una sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 483 del c.p., sicuramente incidente sulla moralità professionale dell'impresa.

Anche tali censure devono essere disattese.

Ed infatti, come si desume anche dalle allegazioni della controinteressata, nel periodo in cui è stato alle dipendenze della PA.E.CO., il sig. Esposito non risultava condannato con sentenza passata in giudicato, presupposto al quale l'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 condiziona l'esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti.

Dalla dichiarazione della PA.E.CO. si ricava che il reato previsto dall'art. 483 del c.p. è stato commesso il 2 aprile 2003, prima della nomina a direttore tecnico, risalente al maggio 2007; la revoca dell'incarico è intervenuta il 17 gennaio 2008, mentre la sentenza della Corte di Appello di Firenze è del 14 marzo 2009.

Ciò sembra sufficiente ad escludere l'applicabilità dell'art. 38, comma 1, lett. c), anche a prescindere da ogni ulteriore valutazione sull'effettiva incidenza della concreta fattispecie di reato sulla moralità professionale.

4. - Proseguendo ora nella disamina dei "primi" motivi aggiunti (residuano da scrutinare il secondo ed il quarto), deve essere anzitutto disattesa l'accezione di inammissibilità/irricevibilità svolta dalle parti resistenti, nella considerazione che, essendo l'accesso stato consentito il 9 maggio 2011 ed effettuato il successivo 11 maggio, la documentazione esaminata era già nota al momento della proposizione del ricorso introduttivo consegnato per le notifiche il 14 maggio.

A bene considerare, tali motivi aggiunti sono stati notificati il 10 giugno 2011, cioè nel rispetto del termine (dimidiato) di trenta giorni dalla conoscenza degli atti previsto dall'art. 120 del cod. proc. amm., collegata all'ostensione documentale dell'11 maggio, e dunque tempestivi anche (a valere) come ricorso introduttivo.

5. - Con il secondo motivo aggiunto, in particolare, si lamenta la violazione dell'art. 75, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006 per l'asserita inadeguatezza della cauzione provvisoria prodotta dal R.T.I. PA.E.CO., dimezzata in virtù di un certificato di qualità (concernente il settore della costruzione di reti idriche) non pertinente alla gara oggetto di affidamento, che richiedeva, come qualificazione, la OG3, classifica IV.

Il mezzo è infondato, in quanto, come dedotto dall'Amministrazione comunale, la PA.E.CO. è risultata, dalla attestazione SOA acquisita, avere una qualificazione anche per la categoria OG3, classe V (cfr. doc. A del Comune di Terni) valida fino al 28 novembre 2010.

Deve, al riguardo, considerarsi, alla stregua di quanto disposto dall'art. 4, comma 3, del (all'epoca vigente) d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e

di una lettura sistematica della disciplina, legittimo il comportamento dell'Amministrazione appaltante che ha considerato decisivo quanto dichiarato nell'attestazione SOA (così Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 147).

6. - Il quarto motivo aggiunto lamenta poi la violazione del principio del collegio perfetto con riguardo alla Commissione incaricata di valutare l'anomalia dell'offerta, allegando che in due riunioni (quella del 13 dicembre 2010 e quella del 24 gennaio 2011) è mancato un componente (l'arch. Monica Finotto).

La censura non appare meritevole di positivo apprezzamento.

La commissione giudicatrice nelle gare d'appalto è, secondo costante giurisprudenza, un collegio perfetto, che, in quanto tale, decide con il *plenum* dei suoi componenti (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2008, n. 2188; Sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 324). Tale regola opera peraltro allorché la Commissione svolga un'attività obiettivamente valutativa, e quindi, essenzialmente, ai fini della determinazione dei criteri e delle determinazioni conclusive, rispetto alle quali appare determinante il contributo di tutti i componenti del collegio ai fini di una corretta formazione della volontà (Cons. Stato, Sez. IV, 11 novembre 2002, n. 6194). La collegialità perfetta trova invece un temperamento allorché la Commissione sia chiamata a svolgere attività preparatoria, istruttoria ovvero del tutto vincolata (così anche T.A.R. Umbria, 21 gennaio 2010, n. 26).

Nella vicenda in esame è facile, dalla semplice lettura dei verbali, desumere che la seduta del 13 dicembre 2010 si è tradotta in una mera richiesta di giustificazioni all'A.T.I. aggiudicataria, all'esito di una prima delibazione istruttoria della documentazione dalla stessa presentata.

Anche la seduta del 24 gennaio 2011 è connotata dallo svolgimento di attività istruttoria, o, forse meglio, preparatoria, e comunque dall'assenza di qualsivoglia scelta decisoria, essendosi nella medesima svolto un primo incontro, a seguito di convocazione, con i "rappresentanti" dell'A.T.I., ai quali sono state esposte le modalità di verifica dell'anomalia dell'offerta e rappresentate le criticità evidenziate, aggiornandosi, all'esito, la riunione all'8 febbraio successivo.

7. - Il ricorso introduttivo ed i "primi" motivi aggiunti devono dunque essere disattesi in quanto infondati.

8. - Residuano da esaminare i "secondi" motivi aggiunti; rispetto agli stessi occorre preliminarmente disattendere l'eccezione di inammissibilità/irricevibilità, argomentata dalle parti resistenti nell'assunto che abbia ad oggetto atti conosciuti fin dal momento della proposizione del ricorso introduttivo, in quanto acquisiti in sede di accesso, espletato l'11 maggio 2011.

Ed infatti parte ricorrente, nella memoria difensiva del 23 settem-

bre 2011, assume, senza che *ex adverso* sia offerta una prova contraria, che gli ulteriori motivi-vizi emergono dai documenti (ed in particolare dai certificati del casellario giudiziale) prodotti in giudizio dal Comune resistente in data 16 giugno 2011.

9. - Nel merito, dunque, non meritevole di positiva valutazione è il primo motivo con cui si lamenta la mancata acquisizione del certificato del casellario integrale (finalizzato ad accertare il passaggio in giudicato della sentenza di condanna) del sig. Esposito Salvatore, direttore tecnico cessato dalla carica della PA.E.CO. e dell'analogo certificato di altri soggetti apicali del raggruppamento, neppure dichiarati in sede di gara.

Per quanto riguarda il direttore tecnico, l'infondatezza dell'assunto difensivo deriva da quanto già osservato al punto sub 3) della presente motivazione; il che rende inconferente anche l'istanza istruttoria volta all'acquisizione del medesimo.

Per quanto concerne gli altri soggetti apicali della PA.E.CO., trattandosi di procuratori speciali, la censura non è meritevole di positiva valutazione, in quanto l'art. 38, comma 1, lett. c), non li onera al rilascio della dichiarazione sostitutiva finalizzata alla verifica del possesso dei requisiti di moralità della società.

Il Collegio condivide l'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513) che limita l'applicabilità della disposizione da ultimo ricordata ai soli amministratori della società, e non anche ai procuratori speciali. Ed invero l'art. 38, comma 1, lett. c), del codice dei contratti pubblici parla di "amministratori muniti del potere di rappresentanza", richiedendo dunque la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza, mentre i procuratori speciali (*o ad negotia*) sono soggetti cui può essere conferita la rappresentanza (di diritto comune) della società, ma che non sono amministratori.

Non può trascurarsi, d'altro canto, che si tratta di una norma che, limitando la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, ha natura eccezionale ed è dunque insuscettibile di applicazione analogica.

10. - Con l'ultimo motivo aggiunto si lamenta la mancata dichiarazione di un addebito penale riferito al sig. Francesco Parisi, direttore tecnico della mandante impresa Valbasento, consistente in un decreto penale del G.I.P. del Tribunale di Bologna (esecutivo il 24 febbraio 2001) applicativo di un'ammenda di lire 500.000 per la violazione, risalente al 1998, dell'art. 377 del d.P.R. 27 aprile 1955, n. 547 (dettante norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro).

La censura appare meritevole di positiva valutazione.

Ed invero, in primo luogo, non può condividersi l'assunto, quale che ne sarebbe stata la conseguenza, secondo cui il reato predetto sia

stato depenalizzato. E' vero che l'art. 377 del d.P.R. n. 547 del 1955 è stato abrogato dall'art. 304 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, ma ciò non ha portato ad un'*abolitio criminis*, in quanto la stessa prescrizione che impone al datore di lavoro di mettere a disposizione dei lavoratori "mezzi personali di protezione" è ora contenuta nell'art. 71 del d.lgs. n. 81 del 2008, e la relativa violazione è assistita da una sanzione penale ai sensi del successivo art. 87. Non a caso, il certificato del casellario giudiziale nulla dice in ordine a tale depenalizzazione.

Con questa premessa, appare al Collegio evidente come assuma rilievo la circostanza della mancata dichiarazione di tale addebito penale in capo al direttore tecnico (cfr. doc. n. 15 di parte ricorrente) della Valbasento Lavori S.r.l.

A questo riguardo, appare condivisibile l'indirizzo giurisprudenziale alla stregua del quale le valutazioni in ordine alla gravità delle condanne riportate dai concorrenti ed alla loro incidenza sulla moralità professionale spettano alla Stazione appaltante, e non al concorrente medesimo, il quale è pertanto tenuto ad indicare tutte le condanne riportate, non potendo operare alcun filtro, omettendo la dichiarazione di alcune sulla base di una selezione compiuta secondo criteri soggettivi, e ciò indipendentemente dall'inserimento dell'obbligo in una specifica clausola del bando e/o del disciplinare di gara. Ed infatti l'omissione, a prescindere dal dolo o dalla colpa del dichiarante, rileva non solo in quanto non consente alla Stazione appaltante una completa valutazione dell'affidabilità del concorrente, ma anche, e soprattutto, perché interrompe il nesso fiduciario che necessariamente deve presiedere ai rapporti tra l'Amministrazione ed il soggetto aggiudicatario del contratto (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2011, n. 782; Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4520; Sez. V, 8 ottobre 2010, n. 7349; T.A.R. Umbria, 13 ottobre 2011, n. 330)..

Tale orientamento giurisprudenziale ha, del resto, trovato conferma sul piano del diritto positivo nella novella apportata al codice dei contratti pubblici dal recente d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che, nel riformare il secondo comma dell'art. 38, dispone ora *apertis verbis* che debbono essere riportate nella dichiarazione tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali (il concorrente) abbia beneficiato della non menzione (salvo che si tratti di condanne per reati depenalizzati, ovvero dichiarati estinti dopo la condanna, od ancora di condanne revocate o per le quali è intervenuta la riabilitazione).

Giova aggiungere, con riferimento a quanto dedotto dalla controinteressata con la memoria del 9 settembre 2011, che nel caso di specie non può neppure parlarsi di un reato estinto per decorso del biennio ai sensi dell'art. 460, comma 5, del c.p.p., in quanto, secondo la consolidata giurisprudenza amministrativa, perché operi la causa estintiva del reato

è necessario che essa sia dichiarata dal giudice dell'esecuzione penale con provvedimento formale ai sensi dell'art. 676 del c.p.p. (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 2010, n. 9324).

11. - Le considerazioni che precedono impongono l'accoglimento dei "secondi" motivi aggiunti, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione definitiva disposta in favore del raggruppamento controinteressato.

Non si evince dagli atti versati in giudizio, e neppure dalle allegazioni di parte ricorrente alcun elemento utile al fine di valutare se il contratto sia stato stipulato ed, in caso positivo, in che misura sia stato eseguito.

In ragione di ciò, il Collegio deve disattendere la domanda di tutela specifica, non sussistendone i presupposti indicati nell'art. 122 del cod. proc. amm. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 28 ottobre 2011, n. 333 – Pres. FF. CARDONI – Est. UNGARI – L.M. (avv. Rosati e Matteini Chiari) c. Comune di Gubbio (avv. Rosimini) e c. F.G. (avv. Sarli e Casoli).

Edilizia e Urbanistica – Assenza di titolo abilitativo – Diffida – Omessa impugnazione – Sanzione ripristinatoria – Impugnazione – Inammissibilità (l.r. 18 febbraio 2004, n. 1 del 2004, art. 21 comma 7).

Edilizia e Urbanistica – Rilascio dei titoli abilitativi – Limiti privatistici – Rispetto – Obbligo di verifica – Limiti.

È inammissibile il ricorso rivolto esclusivamente all'annullamento della sanzione ripristinatoria di un intervento realizzato senza titolo abilitativo, in assenza di una specifica e tempestiva impugnazione del provvedimento della P.A. di "diffida a non effettuare gli interventi". (1)

In sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio sussiste l'obbligo per il Comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, a condizione che siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati. (2)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

(2) Conforme: Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2010, n. 2546; Id., 10 dicembre 2007, n. 6332.

Contraria: Cons. St., sez. V, 20 dicembre 1993, n. 1341.

(*Omissis*) 5. Il Collegio osserva che il ricorso è esclusivamente rivolto all'annullamento della sanzione ripristinatoria di un intervento realizzato senza titolo abilitativo; non è contestato che detto titolo fosse necessario, ma la ricorrente mostra (implicitamente) di ritenere a tal fine efficace la d.i.a. in sanatoria da lei presentata.

Tuttavia, le censure sollevate, a ben vedere, sono tutte riferibili all'insussistenza dei presupposti della "diffida a non effettuare gli interventi", con cui il Comune (utilizzando un'espressione non propria, ma comunque dall'univoco significato preclusivo) ha inteso concludere il procedimento iniziato con la d.i.a., denegando l'effetto autorizzatorio. E detto provvedimento non è stato specificamente impugnato; né, d'altro canto, nel ricorso viene opposto che la d.i.a. abbia comunque acquisito efficacia autorizzatoria.

Non possono rilevare ai fini della decisione le nuove e diverse argomentazioni di censura dedotte dalla ricorrente nella memoria conclusiva, non notificata.

Il ricorso risulta dunque inammissibile.

6. Per completezza, riguardo al merito della controversia, può osservarsi che:

- ai sensi dell'articolo 21, comma 7, della l.r. 1/2004 (che disciplina, in via ordinaria, la d.i.a./s.c.i.a.) il Comune deve verificare la «completezza della documentazione»; rientra tra detti presupposti il fatto che il presentatore della d.i.a. sia abilitato a ciò dalla legge (ed il comma 1 abilita alla presentazione il: «*proprietario dell'immobile, o chi abbia titolo per richiederlo*»);

- dal principio secondo il quale i titoli abilitativi vengono rilasciati "con salvezza dei diritti dei terzi" discende che questi non possano venir meno per effetto del provvedimento, non anche che il Comune non se ne debba occupare;

- è stato condivisibilmente affermato che, in sede di rilascio del titolo abilitativo edilizio sussiste l'obbligo per il Comune di verificare il rispetto da parte dell'istante dei limiti privatistici, a condizione che tali limiti siano effettivamente conosciuti o immediatamente conoscibili e/o non contestati, di modo che il controllo da parte dell'ente locale si traduca in una semplice presa d'atto dei limiti medesimi senza necessità di procedere ad un'accurata ed approfondita disamina dei rapporti tra i condomini (così, Cons. Stato, IV, 4 maggio 2010, n. 2546 – pronuncia specificamente invocata dalla ricorrente);

- è tra le ipotesi di questo tipo che sembra doversi ricomprendere la d.i.a. in esame, a causa della preventiva comunicazione al Comune di un esposto del comproprietario, cioè di un atto che il Comune non poteva che considerare come sostanziale opposizione all'intervento, e che quindi, oggettivamente, metteva in seria discussione la autonoma

disponibilità della copertura dell'edificio da parte della ricorrente ai sensi dell'articolo 1102 c.c.. Infatti, non è detto che l'installazione di pannelli solari sul tetto dell'edificio (intervento certamente agevolato ed incentivato dalla normativa, per la sua valenza sotto il profilo ambientale) non possa pregiudicare l'uso o il godimento della cosa comune da parte degli altri partecipanti alla comunione - condizione affinché, ai sensi dell'articolo 1102 c.c., l'intervento modificativo possa essere liberamente realizzato da ciascuno di essi; basti pensare, ad esempio, che ciascun comproprietario potrebbe avere interesse ad installare pannelli per produrre energia, ma potrebbe non essere sufficiente per tutti la superficie a disposizione, o sopportabile dalla struttura il peso di più impianti, etc.; dette eventualità, fanno sì che la disponibilità dell'installazione ai sensi dell'articolo 1102 c.c. non sia affatto scontata, ma debba essere valutata caso per caso, considerando la volontà e gli interessi di tutti i comproprietari;

- pertanto, il Comune, proprio perché aveva ancora agli atti l'esposto del comproprietario (mai fatto oggetto di ritiro o di smentita), dopo aver ricevuto la d.i.a., avrebbe dovuto considerare questi profili, per poi eventualmente adottare provvedimenti in ordine alla d.i.a. (peraltro, la ricorrente può presentare una nuova d.i.a./s.c.i.a., volta alla sanatoria dell'intervento). (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 2 novembre 2011, n. 351 – Pres. LAMBERTI – Est. CARDONI – Soc.A.M. s.r.l. (avv. Ranalli) c. Comune di Bastia Umbra (avv. Marchetti) e c. Soc. A. s.r.l. (avv. Calgaro).

Atto amministrativo – Procedimento amministrativo – Attività vincolata – Garanzie partecipative – Insussistenza (l. 7 agosto 1990 n. 241, artt. 7 e 21 *octies*).

Edilizia ed Urbanistica – Abusi - Proprietario ed affittuario – Solidarietà – Esclusione – Fattispecie.

Per consolidata giurisprudenza, le garanzie di partecipazione procedimentale non operano ove l'attività amministrativa sia di natura essenzialmente vincolata, quale è, pacificamente, quella relativa all'accertamento di violazioni della normativa edilizia.(1)

Il vincolo solidaristico tra il proprietario dell'immobile locato e l'affittuario sussiste ed è escluso solo ove si dimostri un'effettiva dissociazione dagli abusi mediante azioni di tutela giudiziaria, esposti alle amministrazioni e simili. (2)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- (1) **Conforme:** Cons. St., sez. IV, 24 settembre 2010 n. 7129; Id., 10 aprile 2009 n. 227; TAR Umbria, 28 ottobre 2010 n. 499.
- (2) **Conforme:** Cons. St., sez. V 31 marzo 2010 n. 1878; TAR Lazio, Roma, sez. I 5 ottobre 2005 n. 7846; TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 26 settembre 2007, n. 2205; TAR Campania, Napoli, sez. II, 2 febbraio 2011 n. 641.

(*Omissis*) a- Sono infondate le censure d'eccesso di potere per difetto d'istruttoria nei confronti di ambedue i provvedimenti impugnati.

Difatti nel verbale di sopralluogo, non smentito in fatto, si da compiutamente atto che il capannone era adibito ad "esposizione mobili, arredi e accessori" per una superficie di mq. 2.428,50.

Ciò, specificando che il materiale esposto era costituito da arredamenti completi (camere da letto, soggiorni, cucine, ecc.) "montati e prezzati".

È dunque evidente che si tratti di un uso ben diverso dal "magazzino", soprattutto ove si pensi che il capannone doveva essere destinato a servizio di un'attività di "escavazione pozzi, trivellazioni in genere, noleggio macchinari ecc." (cfr. determinazione assegnazione lotti PIP n. 866 del 5 ottobre 2002, pag. 5, posizione n. 12) .

b - Tuttavia, il provvedimento con il quale si irroga la sanzione pecuniaria non appare sufficientemente motivato nella parte in cui trascura di valutare l'incidenza sul calcolo della sanzione stessa delle previsioni del PIP che, come lealmente afferma la stessa amministrazione (cfr. memoria 21 settembre 2011, pag. 8) consentono i mutamenti di destinazione d'uso ai fini "commerciali ed assimilati" (quindi anche espositivi) nei limiti "definiti dalla tabella B" (art. 22 N.T.A. del PIP).

In particolare, non è stato adeguatamente valutato se ed in quali limiti fosse applicabile alla presente fattispecie la lettera - a - (mutamenti conformi alla destinazione urbanistica) piuttosto che la lettera - b - (mutamenti difformi) del comma 1 dell'art. 10 L.R. n. 21/2004.

c - Non sono invece condivisibili le censure sulla carenza delle garanzie di partecipazione procedimentale (art. 7 L. n. 241/1990).

Difatti, per consolidata giurisprudenza, qui condivisa, quelle garanzie non operano ove l'attività amministrativa sia di natura essenzialmente vincolata, quale è, pacificamente, quella relativa all'accertamento di violazioni della normativa edilizia (fra le tante: Cons. Stato Sez. IV, 24 settembre 2010 n. 7129; id. 10 aprile 2009 n. 227; TAR Umbria 28 ottobre 2010 n. 499).

Il tutto, senza poi considerare che, trattandosi di attività non discrezionale, opererebbe l'art. 21 *octies* L. n. 241/1990.

d - Non è fondato nemmeno il motivo con il quale si asserisce che il procedimento per l'abusivo esercizio dell'attività espositiva - commerciale sarebbe stato archiviato, donde l'illegittimità degli atti impugnati.

Difatti, il provvedimento di archiviazione n. 1462 del 17 giugno 2007, sul quale si incentrano le censure, attiene ad un procedimento sanzionatorio per infrazioni di natura commerciale (abusivo ampliamento della superficie di vendita). Tant'è che l'archiviazione è stata disposta perché l'attività era stata ricondotta " entro la superficie di vendita propria dell'esercizio di vicinato, per il quale è autorizzata.....".

Qui si tratta invece di una materia completamente diversa: quella edilizia e si sanziona, per questo autonomo profilo, il mutamento di destinazione d'uso.

La connessione fra i due aspetti della vicenda è dunque fuor d'opera.

5- Ricorsi n. 415 e 416 /2007 (Antonini s.r.l.).

a - Sono fuor di centro le censure fondate sull'estraneità della proprietaria (Antonini s.r.l.) rispetto agli abusi (e quindi alle inerenti sanzioni) giacché commessi dall'affittuaria (Aeffe Mobili).

Infatti, per la giurisprudenza cui si aderisce, la solidarietà sussiste ed è esclusa solo ove si dimostri un'effettiva dissociazione dagli abusi mediante azioni di tutela giudiziaria, esposti alle amministrazioni e simili (*ex pluribus*: Cons. Stato Sez. V 31 marzo 2010 n. 1878; TAR Lazio, Roma, Sez. I 5 ottobre 2005 n. 7846; TAR Emilia Romagna, Bologna, Sez. II, 26 settembre 2007, n. 2205; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 2 febbraio 2011 n. 641)

Del resto, osserva il Collegio, incombe sul proprietario un onere di vigilanza, nei limiti della concreta esigibilità, anche sugli immobili locati ed in questo caso il mutamento di destinazione era riscontrabile *ictu oculi*.

Il tutto, ferme restando la rivalsa del proprietario sull'affittuario (TAR Lazio, Roma, Sez. II 4 febbraio 2011 n. 1072 e l'inesigibilità dell'acquisizione in danno del proprietario estraneo all'abuso (TAR Lazio, Roma, sez. I 18 gennaio 2011 n. 381).

b- Non sono infine condivisibili le censure di violazione delle norme sulle garanzie procedurali, mentre lo sono quelle sul difetto di motivazione, per le ragioni e nei limiti già indicati nel par. 4.

6- Per le considerazioni che precedono:

- il ricorso n. 399/2007 ed il ricorso n. 415/2007 sono accolti nei soli limiti precisati nel menzionato par. 4, lettera b, dal che consegue l'obbligo dell'Amministrazione di rivalutare la fattispecie.

- il ricorso n. 416/2007 viene respinto. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 29 novembre 2011, n. 388 – *Pres.* LAMBERTI – *Est.* FANTINI – C.I. s.p.a. (avv. Forgione e Silvestri) c. Ministero per i Beni e le attività Culturali, Soprintendenza Beni Architettonici e Paesaggistici dell’Umbria (Avvocatura Distrettuale dello Stato) e Comune di Magione (avv. Ruffo)

Beni culturali, paesaggistici e ambientali – Autorizzazione in sanatoria – Aumenti volumetrici – Esclusione (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 167, comma 4, lett. a).

Atto amministrativo – Circolari ministeriali – Conformità a legge o regolamento – Necessità – Difformità – Applicazione – Esclusione Beni culturali, paesaggistici e ambientali – Parere della Soprintendenza – Atto a contenuto decisorio e complesso (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 146).

La nozione di volume ed, ancora di più, quella di “superficie utile” non appartengono alla tutela paesaggistica, che fa perno, piuttosto, sulla “percettibilità visiva”. Si impone, dunque, un’interpretazione restrittiva dell’art. 167 co. 4, lett. a), il cui fondamento di razionalità è quello di consentire l’autorizzazione paesaggistica ex post solamente per i c.d. abusi minori, tra i quali non può essere contemplata alcuna opera comportante un aumento di volumetria. (1)

Le circolari ministeriali sono espressione di un potere di mero indirizzo, ma non certo normativo o di ordine, per cui vanno applicate nei limiti in cui siano conformi alla legge o al regolamento. (2)

Infine, nel regime autorizzatorio di cui all’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, il parere della Soprintendenza non è più limitato ad un controllo di legittimità, essendole consentito di formulare un parere decisorio complesso facente capo a due distinti apparati amministrativi. (3)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

- (1) **Difforme:** TAR Campania, Napoli, 3 novembre 2009, n. 6827; Id., sez. IV, 21 settembre 2010, n. 17491; TAR Emilia Romagna, Parma, 15 settembre 2010, n. 435.
- (2) **Conforme:** TAR Campania, Napoli, 2 marzo 2004, n. 2570.
- (3) **Conforme:** TAR Campania, Napoli, 11 gennaio 2011, n. 53.

(Omissis) 1. - Con i primi due motivi di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente, in quanto tra loro complementari, si lamenta l’illegittimità degli impugnati pareri negativi di compatibilità paesaggistica in sanatoria (per variante al permesso di costruire), limitatamente

alla modifica del piano sottotetto, asseritamente concretantesi nella realizzazione di nuovi volumi e nella sopraelevazione dei timpani, nell'assunto che gli interventi edilizi siano consistiti, invece, nella creazione di meri volumi tecnici, non preclusi dall'art. 167, comma 4, lett. a), del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

Le censure non appaiono meritevoli di positiva valutazione.

Giova premettere che non è contestata la circostanza di fatto per cui l'intervento edilizio in questione ha comportato una "sopraelevazione delle quote assolute dei colmi delle rispettive coperture di ml. 1,40 e del timpano", quanto, piuttosto, la rilevanza di tale incremento di superficie e di volume, che, ad avviso di parte ricorrente, deve configurarsi alla stregua di "volume tecnico", indifferente ai fini urbanistico-edilizi ed anche ai fini dell'autorizzazione paesaggistica.

Anche ad ammettere, pur trattandosi di circostanza contestata dall'Amministrazione statale, che la variante del sottotetto sia finalizzata esclusivamente all'installazione di impianti tecnologici (extracorsa degli ascensori, installazione di impianti di energia rinnovabile, pannelli solari), come risulta affermato anche dalla perizia giurata versata in atti da parte ricorrente, il punto fondamentale ai fini del decidere è se il volume tecnico rientri nella previsione dell'art. 167, comma 4, lett. a), del codice dei beni culturali e del paesaggio, alla stregua del quale l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria è consentita, tra l'altro, «per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati».

Non ignora il Collegio come il tema sia complesso, ed oggetto di pronunce di primo grado anche contrarie (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 3 novembre 2009, n. 6827; Sez. IV, 21 settembre 2010, n. 17491; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 15 settembre 2010, n. 435), ma appare più corretto ritenere che il volume tecnico, che ha un senso ed una connotazione nella disciplina urbanistica ed edilizia, non possa assumere portata derogatoria in materia di tutela del paesaggio.

La nozione di "volume" ed, ancora di più, quella di "superficie utile" non appartengono alla tutela paesaggistica, che fa perno, piuttosto, sulla "percettibilità visiva".

Se così è, risulta evidente come non possa essere automaticamente estesa la disciplina urbanistico-edilizia ad un bene paesaggistico, e cioè ad un particolare "bene ad uso controllato".

D'altronde, tale ontologica separatezza di regime si desume, a livello sistematico, dalla stessa disciplina ordinaria della autorizzazione paesaggistica, che l'art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42 del 2004 configura come atto "autonomo" e "presupposto" rispetto al permesso di costruire od agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, che non

può essere rilasciato in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi.

Si impone, dunque, ad avviso del Collegio, un'interpretazione restrittiva dell'art. 167, comma 4, lett. a), il cui fondamento di razionalità è quello di consentire, in deroga al già indicato divieto generale, l'autorizzazione paesaggistica *ex post* solamente per i c.d. abusi minori, tra i quali non può essere contemplata alcuna opera comportante un aumento di volumetria.

Una diversa interpretazione, oltre che in frontale contrasto con la *littera legis*, principale canone ermeneutico ai sensi dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, verrebbe a legittimare il fatto compiuto, privando della tutela, anche di rango costituzionale, i beni paesaggistici, come appare particolarmente evidente nella presente fattispecie controversa, in cui la società ricorrente ha prima inutilmente esperito la via dell'ordinaria autorizzazione paesaggistica per la variante al permesso di costruire, per poi rinunciarvi "per mutate esigenze" dopo che gli era stato opposto il parere negativo, ed attivando successivamente il procedimento di sanatoria paesaggistica.

Quanto all'asserito contrasto con le circolari ministeriali, ed in particolare con la circolare n. 33 in data 26 giugno 2009 del Segretario Generale del Mi.B.A.C., osserva il Collegio che detto atto è espressione di un potere di mero indirizzo, ma non certo normativo (si tratta di atto interno, privo di efficacia precettiva autonoma) o di ordine, per cui va applicata nei limiti in cui sia conforme alla legge od al regolamento; corollario del carattere meramente interpretativo della circolare, come è stato condivisibilmente rilevato in giurisprudenza, è che non costituisce documento decisivo ai fini del decidere, ancorché contenga un'interpretazione diversa da quella sostenuta dalla difesa dell'Amministrazione nel giudizio (tra le tante, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 2 marzo 2004, n. 2570).

2. - Con il terzo ed il quarto mezzo, che, pure, possono essere esaminati congiuntamente, si deduce il vizio motivazionale dei provvedimenti gravati che non avrebbero adeguatamente ponderato l'interesse pubblico con quello privato alla sanatoria, in quanto l'intervento edilizio in questione non comprometterebbe il paesaggio, anche nella proiezione più significativa della veduta del Castello dei Cavalieri di Malta e della Torre dei Lambardi.

Anche tali censure devono essere disattese.

I gravati pareri negativi di compatibilità paesaggistica sono sufficientemente motivati nella considerazione che le opere realizzate a livello della copertura «modificano la percezione del complesso naturale paesaggistico tutelato ed è evidente l'alterazione delle masse che costituiscono l'immobile, causate dalla realizzazione di nuovi volumi e sopraelevazione dei timpani».

Il corredo motivazionale, pur nella sua essenzialità, spiegabile anche

in considerazione dell'accertato incremento di volumetria, in violazione della norma di legge, è dunque presente nel parere, e consiste proprio nella valutazione della compatibilità dell'intervento edilizio con le caratteristiche del bene che ne richiedono la protezione. Va aggiunto che una siffatta valutazione di compatibilità rispetto ai vincoli sussistenti in loco è espressione di valutazioni tecniche non sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità, se non manifestamente irragionevoli; si tratta inoltre, come già esposto, di valutazioni che prescindono dalla conformità urbanistica dell'opera ed anche dal rispetto degli stilemi tecnico-costruttivi della lottizzazione.

Va, infine, aggiunto che nel regime autorizzatorio di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 il parere della Soprintendenza non è più limitato ad un controllo di legittimità (come nella disciplina transitoria di cui all'art. 159 dello stesso *corpus* normativo), essendole consentito di formulare un parere che è espressione di un potere decisorio complesso facente capo a due distinti apparati amministrativi (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 11 gennaio 2011, n. 53).

3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso con l'annessa domanda risarcitoria deve essere respinto per l'infondatezza dei motivi dedotti. (*Omissis*)

T.A.R. UMBRIA – 22 dicembre 2011, n. 414 – Pres. LAMBERTI – Est. UNGARI – R.S. (avv. Vitelli e Marcinò) c. Comune di Perugia (avv. Martinelli) e c. Regione Umbria.

Beni culturali, paesaggistici e ambientali – Compatibilità urbanistica – Compatibilità paesaggistica – Indipendenza – Autorizzazione in sanatoria – Aumenti volumetrici – Esclusione (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, artt. 167 e 146)

Le valutazioni di compatibilità paesaggistica sono indipendenti da quelle di compatibilità urbanistico-edilizia, così che la sanabilità dell'opera abusiva dal punto di vista urbanistico non assume alcun significato ai fini della sanabilità sotto il profilo paesaggistico. Ed infatti, l'autorizzazione paesaggistica, atto autonomo e presupposto del titolo edilizio, non può essere rilasciata in sanatoria qualora l'opera abusiva abbia comportato un aumento della volumetria. (1)

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

(1) Conforme: Cons. St., VI, 31 maggio 2009, n. 3140.

(*Omissis*) 7. I ricorsi possono essere riuniti – come richiesto dalle parti – ai fini di un'unica pronuncia, stante l'evidente connessione oggettiva, oltre che soggettiva.

8. È pacifico che l'area in questione sia sottoposta a vincolo paesaggistico.

È altresì pacifico, ormai anche in giurisprudenza, che le valutazioni di compatibilità paesaggistica siano indipendenti (sotto i profili dell'organo competente, delle modalità e dei tempi procedurali, e soprattutto dei parametri di riferimento) da quelle di compatibilità urbanistico-edilizia, così che la sanabilità dell'opera abusiva dal punto di vista urbanistico (per conformità alle previsioni di legge, o, al limite, alla luce del meno rigoroso orientamento noto come "sanatoria giurisprudenziale") non assume alcun significato ai fini della sanabilità da quello paesaggistico (è ciò che si esprime, sinteticamente, con il concetto di "tutela differenziata" dei beni vincolati).

Secondo gli articoli 167 e 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, l'autorizzazione paesaggistica, atto autonomo e presupposto del titolo edilizio (quale che debba essere, a seconda del tipo di trasformazione del territorio: permesso di costruire, d.i.a., s.c.i.a.), non può essere rilasciata in sanatoria qualora l'opera abusiva abbia comportato un aumento della volumetria.

In giurisprudenza, non è più in discussione che il divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria (con le eccezioni sopraricordate, che si sostanziano nei casi in cui non vi sia stato aumento né di volume né di superfici utili) operi, quanto meno, a partire dalla prima novellazione del Codice disposta con il d.lgs. 157/2006 (cfr. Cons. Stato, VI, 31 maggio 2009, n. 3140; id., n. 1917/2007 e n. 3483/2007).

Nel caso in esame, si tratta della realizzazione *ex novo* di un manufatto, e quindi non vi è dubbio che vi sia stato aumento di volumetria, così da precludere il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, e con ciò anche la realizzazione di un presupposto indispensabile per il rilascio, sempre in sanatoria, del permesso di costruire.

Pertanto, il Comune ha precisato che il manufatto in questione non è interrato, e comunque la documentazione fotografica e progettuale sembra al riguardo eloquente: almeno un lato è fuori terra, e l'intervento viene descritto nell'istanza di sanatoria come «*in gran parte seminterrato*»; conseguentemente, non è nemmeno ipotizzabile che rientri tra gli interventi per i quali, ai sensi dell'articolo 149 del Codice, non è necessaria l'autorizzazione paesaggistica (in questo senso potrebbe essere interpretabile la, invero tortuosa, prospettazione del ricorrente), essendo altresì pacifico che l'ordinamento, stante il valore primario degli interessi pubblici in gioco (tutelati in diretta attuazione del principio

fondamentale di cui all'articolo 9 Cost.), non prevede casi di autorizzazione paesaggistica "implicita" (tacita).

Nemmeno può sostenersi che il Comune avrebbe dovuto porsi, d'ufficio, la questione della mancanza dell'autorizzazione paesaggistica. Intanto, l'acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica è (è sempre stata, fin dalla legge 1497/1939) un onere dell'interessato; e comunque, al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria (limitata al permesso di costruire), già da anni era vigente il generale divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria per gli aumenti di volumetria.

Cercando di dare un significato alle argomentazioni di censura (incstrate sulla "separazione delle competenze ...") dedotte dal ricorrente, ciò che realmente è cambiato, a partire dal 1° gennaio 2010, è la disciplina del procedimento autorizzatorio, strutturata in via transitoria sul rilascio dell'autorizzazione da parte del Comune e sul potere di annullamento per vizi di legittimità da parte della Soprintendenza (articolo 159), e poi, a regime, sulla partecipazione della Soprintendenza al procedimento autorizzatorio mediante un parere vincolante, destinato in futuro a divenire meramente obbligatorio (articolo 146); ma il divieto di sanatoria per gli aumenti di volumetria era previsto, in forza del richiamo all'articolo 146, comma 4, operato dall'articolo 159, comma 5 (nel testo risultante dalla novellazione ad opera del d.lgs. 63/2008) anche nell'ultimo periodo di vigenza della disciplina transitoria; senza contare che, comunque, la disciplina del procedimento a regime dettata dall'articolo 146, si applica (in base all'articolo 159, comma 1, come da ultimo modificato dall'articolo 23 del d.l. 78/2009, convertito in legge 102/2009) ai procedimenti volti al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica non ancora conclusi alla data del 31 dicembre 2009.

9. Quanto esposto evidenzia l'infondatezza delle censure prospettate con il ricorso n. 163/2011 nei confronti del secondo diniego.

L'impossibilità di ottenere in sanatoria l'autorizzazione paesaggistica e, conseguentemente, il permesso di costruire, fa venir meno l'interesse ad una pronuncia sul ricorso n. 563/2010, dato che sarebbe inutile eliminare il primo diniego (come esposto, basato esclusivamente su rilievi ostativi di ordine urbanistico-edilizio), non potendo il ricorrente trarre dall'annullamento un concreto vantaggio in relazione alla sua posizione legittimante (cfr. Cons. Stato, IV, 27 luglio 2011, n. 4507). (*Omissis*)

Riflessioni sulle situazioni giuridiche soggettive

(in occasione della giornata di presentazione del volume di Giampaolo Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2010, in Perugia, Facoltà di Scienze Politiche, 23 maggio 2011)

1. Nel presentare la nuova fatica di Giampaolo Rossi mi è stato assegnato il compito di svolgere alcune riflessioni sulla parte riguardante le situazioni giuridiche soggettive. Nello svolgere questo compito cercherò, innanzitutto, di delineare il quadro espositivo che si ricava dalla lettura dei Principi. Una volta raffigurata l'idea che emerge dal volume vorrei entrare nelle questioni del metodo scelto dall'A., in modo da vedere come il medesimo si colloca nell'ambito delle correnti di pensiero che in questo momento caratterizzano le 'dottrine' del diritto amministrativo. Da ultimo vorrei evidenziare le utilità che si possono trarre dalla lettura delle pagine di Giampaolo Rossi.
2. Una costante dell'opera del nostro A. è stata sempre quella di partire dagli interessi individuali, sociali, di gruppo che sono alla base dell'esperienza giuridica, e come ai medesimi viene attribuita rilevanza giuridica: "bisogna partire dall'analisi degli interessi sottostanti all'assetto normativo e dalle acquisizioni che derivano dalle altre scienze sociali" (p. 46). E' chiaro, pertanto, che il nostro inizi ad affrontare la tematica delle situazioni giuridiche soggettive partendo dall'analisi degli interessi umani come interessi di fatto.
3. L'interesse, ci dice Rossi, è una "relazione fra un soggetto ed un bene" (p. 11), ed è, innanzitutto, una nozione sostanziale. L'A. non ci spiega cosa sia questa ontologia sostanziale dell'interesse: tuttavia, è facile arguire che per natura sostanziale s'intenda la materialità dell'interesse, cioè della sua esistenza nel mondo pregiuridico. Difatti, non tutti gli interessi sono sottoposti alla lente d'ingrandimento del diritto: ve ne sono alcuni per cui l'ordinamento giuridico ha un assoluto disinteresse, o per meglio dire un atteggiamento d'irrilevanza. Altri, invece, sono oggetto di attenzione da parte dell'ordinamento.

Ciò, peraltro, vuol dire che alla base del diritto e dell'esperienza giuridica vi è sempre un interesse sostanziale.

4. Gli interessi sostanziali sono di vario tipo. Individuali e di gruppo. Tra questi ultimi gli interessi diffusi e collettivi. Ve ne sono, peraltro alcuni che sono a protezione necessaria, che si definiscono come “quegli interessi che in un determinato contesto storico e sociale culturale e economico e politico le collettività possono e devono necessariamente soddisfare” (p. 13). Rossi tende a precisare che la nozione non ha carattere giuridico ma sostanziale: di fatti l'essere a protezione necessaria “*non determina di per sé la loro trasformazione in situazioni giuridiche soggettive, che si realizza solo quando la doverosità potenziale diventa concreta ed esigibile*”. In questo quadro, si precisa che gli interessi a protezione necessaria possono essere soddisfatti anche dal mercato, acquisendone la soddisfazione attraverso liberi atti contrattuali; in caso negativo il pubblico potere ha il dovere di garantire che soddisfazione avvenga e di provvedervi. Qui siamo ad un passaggio chiave del discorso del nostro A., atteso che da diverso tempo il medesimo sostiene che è la necessarietà ad essere il criterio distintivo tra pubblico e privato (G. Rossi, *Enti Pubblici*, Bologna, 1990). La necessarietà della protezione si pone, dunque – ne avremo modo di vedere – come spartiacque tra le situazioni soggettive di diritto privato e di diritto pubblico.
5. Delineato il quadro sostanziale e materiale che caratterizzano gli interessi umani l'A. procede a delineare la nozione di situazione giuridica soggettiva, da intendersi come quell'interesse sostanziale preso in considerazione dall'ordinamento giuridico ed a cui viene data rilevanza giuridica: “è un interesse al quale l'ordinamento giuridico conferisce tutela configurandolo come diritto soggettivo o altra situazione protetta” (p. 11).
6. L'analisi si incentra subito sulla contrapposizione delle due situazioni giuridiche di base del rapporto autorità/libertà. Da un lato, il potere pubblico, connotato da quattro elementi, ovvero la legittimità, l'articolazione, la funzionalizzazione e la doverosità. Innanzitutto il potere pubblico deve essere legittimato, cioè poggiarsi su un fondamento esterno che nel tempo è stata l'autorità divina, la volontà della nazione e la legge. In secondo luogo è soggetto ad una articolazione, ripartendosi tra vari organi, in modo che non sia concentrato in un unico organo. In terzo luogo è funzionalizzato, nel senso che è diretto a curare interessi altrui, cioè interessi pubblici. Infine l'esercizio del potere è doveroso, nel che la cura dell'interesse è necessaria. Dall'altro lato, la libertà dell'individuo, in cui tutto è permesso tranne ciò che è vietato. Il soggetto privato cura un interesse proprio e la cura del medesimo non è doverosa, né vincolata nel fine.

7. In questo ambito entra in tutta la sua forza l'interesse legittimo, ovvero la situazione soggettiva di libertà dell'individuo che si pone in relazione con il potere pubblico. A tal fine, innanzitutto, l'A. rammenta che i privati non sono solo titolari di libertà, ma a anche di doveri (p. 418). L'evidenziazione di situazione di soggezione da parte dei privati, consente a Rossi di entrare nel tema delicato dell'interesse legittimo, che viene visto come una situazione soggettiva sostanziale del privato correlata all'esercizio del potere dell'amministrazione: cioè una situazione soggettiva che si correla al potere. Questo stato ontologico dell'interesse legittimo consente all'A. di criticare la tesi della scuola fiorentina che tende, invece, a sottrarre l'interesse legittimo al dialogo col potere, riducendo ad un diritto di credito. Per Rossi questa teoria confonde "la situazione che si determina in un libero incontro tra volontà con quella che si ha quando un interesse si può soddisfare solo con l'esercizio di un potere doveroso, un potere che deriva dal dovere di soddisfare certi interessi" (p. 422).
8. Riassumendo per Rossi il tratto differenziale tra le situazioni soggettive di diritto pubblico e di diritto privato sta nel fatto che da un punto di vista *sostanziale* gli interessi curati dall'amministrazione sono a *protezione necessaria*; tali interessi, una volta *giuridicizzati*, vengono esercitati mediante poteri funzionalizzati e doverosi. Ciò implica che i destinatari di poteri sono soggetti a fasci di situazioni passive (doveri) ed attive (interessi legittimi). Tuttavia gli interessi legittimi non sono diritti di credito, in quanto non si esplicano nell'ambito dell'incontro di volontà proprio dell'autonomia privata e della sfera della libertà, ma necessitano, per il conseguimento del bene della vita cui il privato aspira, della mediazione e del concorso del potere pubblico.
9. L'interesse della riflessione di Rossi sulle situazioni soggettive, a mio modo di vedere non sta tanto nei contenuti (che sono il precipitato di dati dibattuti in sede teorica e giurisprudenziale), quanto nel metodo.
10. Giampaolo Rossi, difatti, affronta la tematica con una metodologia non consueta. Nella letteratura corrente le situazioni soggettive vengono studiate con un atteggiamento concettualistica, diretto a stabilire il contenuto dell'interesse legittimo. Si discute pertanto se sia protetto il conseguimento bene della vita (Nigro) o se, invece, l'interesse legittimo consista nella pretesa ad un comportamento dovuto dell'amministrazione (Scoca). O ancora se l'interesse legittimo sia una pretesa al provvedimento (Orsi Battaglini). Oppure, come già ricordato da Rossi, se sia un diritto di credito (L. Ferrara). Cioè ci si occupa di cosa sia l'interesse legittimo (mutuando il titolo di una nota tavola rotonda tenutasi a fine degli anni '80).

11. Giampaolo Rossi non è neanche un esploratore alla Cassese, per cui non si domanda e non si chiederebbe se esiste un interesse legittimo e cosa (eventualmente) sia l'interesse legittimo nel diritto amministrativo globale.
12. Rossi si occupa, invece, di un problema meno dibattuto, ma altrettanto importante, cioè perché c'è l'interesse legittimo.
13. La questione viene affrontata impiegando due metodologie, una di stampo realistico, l'altra di carattere neo-positivistico.
14. Giampaolo Rossi, come noto, è allievo di Massimo Severo Giannini e, pertanto, è attento al metodo realista del proprio maestro. A proposito, peraltro, degli interessi legittimi l'A. condivide con Giannini solo il metodo, in quanto il Maestro nell'ultimo volgere della propria vita aveva fortemente criticato l'ontologia dell'interesse legittimo e mettendo in dubbio la stessa utilità della nozione. Tornando al metodo, non vi è dubbio che Rossi impieghi la metodologia realistica, che impone all'interprete un'opera di scavo volta a far emergere gli interessi sociali, di fatto, sottostanti un dato istituto giuridico. Nel caso delle situazioni giuridiche soggettive di diritto pubblico vi sono, infatti, da un punto di vista sostanziale, gli *interessi a protezione necessaria*. E ciò implica sotto il profilo giuridico il carattere della doverosità e funzionalizzazione del potere. E questo giustifica la configurabilità dell'interesse legittimo, come situazione che si correla a poteri doverosi. In questa ricerca di stampo realistico si intravedono anche i retaggi degli studi di sociologia del diritto di Max Weber. In particolare, l'impronta sociologica traspare nell'analisi del potere, laddove si evidenzia che quest'ultimo ha sempre un fondamento esterno, che nel tempo è stato la volontà divina, del popolo, della legge. In controluce sono chiare le suggestioni weberiane fondate sulla nota distinzione tra potere (a legittimità) tradizionale, carismatico, razionale, etc.
15. A mio modo di vedere, peraltro, il tratto veramente distintivo è l'atteggiamento neopositivistico di Rossi, che non è comune alla lettura amministrativistica corrente. Al centro della riflessione del nostro autore (e, quindi, non solo nel campo delle situazioni soggettive) vi è la grande dicotomia tra pubblico e privato. Attenzione che si inserisce negli studi di grandi maestri quali Bobbio e Galgano (differenziandosi peraltro da questi ultimi proprio per l'analisi realistica). La chiave di lettura dello spartiacque è data dagli interessi a protezione necessaria e dalla necessarietà dell'ente pubblico, dell'interesse legittimo, del potere amministrativo, etc.
16. Realismo e neopositivismo rendono Rossi un post-moderno e gli consentono di vedere il diritto amministrativo dall'alto, come parte di un tutt'uno, come l'*aereopittore* futuristico tanto caro a noi perugini.

L'AZIONE AMMINISTRATIVA FRA PUBBLICO E PRIVATO

Nella presentazione romana del libro, Guido Corso ha segnalato come la parte sull'attività costituisca una delle "novità" più significative dei "Principi di diritto amministrativo", specie ove si consideri la precedente produzione scientifica di Giampaolo Rossi, che chiaramente evidenzia la tendenza ad assumere i temi dell'organizzazione amministrativa (più che dell'attività) quale terreno elettivo di studio e di ricerca.

Certamente nel testo attuale il tema dell'attività riceve una rivisitazione sistematica, ma va ulteriormente sottolineato come i contenuti di fondo costituiscano lo sviluppo di talune intuizioni già precedenti a questo volume e siano direttamente ascrivibili a quelle scelte di metodo che connotano il peculiare modo di osservare la realtà amministrativa da parte dell'Autore. Un'osservazione che, peraltro, si rivolge alla complessità dell'intreccio tra gli aspetti dell'organizzazione, dell'attività, delle situazioni soggettive e delle tutele e che, quindi, cede ad una analisi separata degli stessi più per esigenze didattiche che per un'intima convinzione di carattere scientifico.

In questa sede vorrei, quindi, partire da quei contenuti che rappresentano, in realtà, il naturale sviluppo di un atteggiamento critico dell'Autore verso taluni assunti generalmente condivisi dal dibattito dottrinario in tema di attività amministrativa (già manifesto in scritti precedenti); per poi soffermarmi, invece, sulla "rilettura" che riceve il tema stesso per effetto dello specifico approccio metodologico adottato nel volume.

Il punto di partenza è, dunque, la considerazione di quei presupposti che svelano l'approccio intimamente anti-formalista e anti-positivista di Giampaolo Rossi, che, sin dalle sue monografie sugli enti pubblici, ha rivolto una specifica attenzione all'intimo collegamento tra fenomeno giuridico e realtà sociale.

Proprio la consapevolezza della complessità e della frammentarietà della realtà sociale, che non si piega alla linearità degli schemi binari (pubblico/privato; provvedimento/contratto; collettivo/individuale) entro i quali la dogmatica giuridica pretende di racchiudere i fenomeni amministrativi, costituisce la cifra stessa dello svolgersi della riflessione scientifica dell'Autore nelle sue opere.

Per averne consapevolezza è sufficiente ricordare gli scritti di Rossi

in tema di attività contrattuale delle amministrazioni, nei quali viene definita del tutto sterile la pretesa di ricostruire il regime dell'attività delle amministrazioni sulla base del solo strumento utilizzato (provvedimento/contratto), a prescindere dal tipo di attività svolta e, soprattutto, dalla natura degli interessi perseguiti.

Ciò spiega perché il capitolo sull'attività si apra proprio con la considerazione di "cosa fanno le amministrazioni" e di quali siano i distinti interessi perseguiti (con riferimento al "funzionamento della vita collettiva", alle "attività di benessere" e a quelle relative all' "attività di impresa") per poi considerare, in seconda battuta, gli strumenti giuridici utilizzabili, con la precisazione che "non (vi è) corrispondenza fra tipo di attività e di strumenti giuridici" (p. 255).

Questa affermazione riassume una serie di implicazioni importanti.

Essa, infatti, svela la velleità dei tentativi dottrinari (e oggi anche del diritto positivo) di ricondurre l'attività delle amministrazioni ad una sorta di "diritto comune", nella consapevolezza, dice l'Autore, che "impostata nei termini dell'astratta preferenza per l'uso del diritto pubblico o di quello privato da parte delle pubbliche amministrazioni, la disputa è destinata a restare senza una giustificazione scientificamente valutabile" (p. 261).

Sotto un altro profilo, presuppone l'insussistenza di un'altra corrispondenza, quella tra natura del soggetto e natura dell'attività, ben potendo le attività pubbliche, anche autoritative, essere svolte (a determinate condizioni) da soggetti privati.

Accanto alla consapevolezza dell'irriducibilità dell'attività amministrativa a semplici schemi binari, già dalla produzione scientifica di Rossi antecedente ai "Principi" emerge la critica radicale verso i tentativi dottrinari di "snaturare" la caratteristica propria degli strumenti del contratto e del provvedimento.

Così già in un saggio pubblicato nella rivista *Diritto pubblico* nel 1998, l'Autore aveva messo in discussione l'assunto, sul quale c'era (e forse c'è ancora oggi) un diffuso consenso, circa la generale utilizzabilità dello strumento contrattuale a fini pubblici: una critica che non poggiava tanto su di un'astratta "preferenza" per gli strumenti pubblicistici, ma proprio sull'esigenza di affermare e difendere le autentiche istanze di libertà negoziale e di autonomia che sottostanno al modello civilistico di contratto, e che, come tali, non necessariamente rendono il contratto (e i rimedi che lo connotano) sempre e comunque lo strumento preferibile nell'esercizio di attività doverose. La stessa volontà dell'Autore di restituire un contenuto di autenticità alla libertà privata lo aveva spinto a criticare, nel libro "Gli enti pubblici" (e oggi ne "I principi"), la tesi di Giannini circa il possesso, da parte delle persone giuridiche pubbliche, di un'autonomia negoziale pari a quella delle persone private, proprio

per la strutturale diversità di posizione dei soggetti pubblici che non possono disporre dei propri fini (p. 262).

Specularmente, è eredità di riflessioni già precedenti la critica verso i tentativi dottrinari di “snaturare” il provvedimento, e di privarlo del connotato tipico dell'imperatività, o di sacrificarne le caratteristiche più funzionali all'interesse generale (si pensi ai poteri autoritativi in grado di vincere, in determinati casi, il dissenso individuale) sull'altare di un principio di consensualità affermato in modo, spesso, retorico e acritico, secondo una visione dei rapporti amministrativi parcellizzata e svincolata dalla dimensione anche collettiva loro connessa.

Un'opera di “decostruzione dei miti” (ma non solo, come si vedrà), quella di Giampaolo Rossi, che nella sua “irriverenza” verso ciò che trova il maggiore (e acritico) consenso, svela la sua più autentica vena gianniniana; un atteggiamento che spiega anche la non particolare predilezione, negli studi dell'Autore, per la tanto acclamata legge sul procedimento amministrativo, che del resto, nella sua ottica, non può essere letta disgiuntamente dai profili dell'organizzazione amministrativa. La stessa domanda (già posta a margine del commento sulla legge Bassanini) di quanto sia possibile realmente semplificare i procedimenti amministrativi nel quadro di estrema complicazione e moltiplicazione delle competenze derivato dai processi di trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni e agli enti locali, reca già in sé la risposta e spiega come la parte sulla semplificazione della L. n. 241/1990 sia stata quella più esposta a modifiche legislative nel tempo (basta qui citare l'istituto della conferenza di servizi).

La disciplina dell'attività delle amministrazioni, nel testo che oggi presentiamo, si sviluppa, quindi, proprio a partire da questi due presupposti: il ripudio di partizioni binarie legate esclusivamente allo strumento giuridico utilizzato e, al contempo, l'attenta considerazione dei contenuti imprescindibili degli strumenti che si utilizzano, senza i quali i termini “contratto” e “provvedimento” sono destinati ad essere solo contenitori vuoti.

È dalla congiunta adozione di queste due prospettive che trae linfa la partizione tra differenti tipologie di attività adottata nel testo, secondo una rivisitazione del tutto originale della concettualità tradizionale.

In tal senso, l'originalità dell'approccio di Giampaolo Rossi, che proprio in questa dimensione si proietta “oltre” il “decostruttivismo” gianniniano, sta nell'indicare all'interprete una metodologia utile a muoversi nella complessità, senza rinunciare alla definizione di categorie, imprescindibili per un giurista.

Come evidenziato nelle bellissime pagine dedicate ai problemi metodologici, nel testo (p. 45 ss.), i binari lungo i quali deve muoversi l'interprete sono, secondo l'Autore, quelli di un metodo definito “es-

senziale e gradualista”: essenziale perché il giurista deve spingersi all’individuazione dei contenuti elementari e imprescindibili delle nozioni, alla comprensione della dinamica “nucleare” degli interessi che sono alla base dei singoli istituti, che consentano la comprensione dei fenomeni stessi secondo un sufficiente grado di obiettività; al contempo, “gradualista” perché, proprio per quanto si è venuti fin qui dicendo, la comprensione dei fenomeni amministrativi, nella loro complessità, non può che procedere secondo una “scomposizione e ricomposizione” degli elementi componenti. Sicché gli “elementi comuni” consentono di definire le categorie, quelli differenziali di stabilire le “gradazioni”, secondo una metodologia che mutua la propria dinamica dall’insiemistica e dalla teoria dei sistemi.

L’applicazione di questo metodo alla rilettura dell’attività amministrativa, nel testo che oggi presentiamo, si rivela quanto mai feconda.

La novità dell’approccio è già evidente laddove Rossi indica come una partizione tra “un’area pubblicistica” e una “privatistica” nell’attività delle amministrazioni sia oggi possibile solo sulla base di elementi di “prevalenza” (come vedremo).

Posta questa premessa, la due distinte sfere possono riacquistare la loro denominazione tradizionale, pur secondo un’accezione nuova.

A differenza, perciò, di altri manuali recenti (penso al Sorace) che preferiscono espressioni di cesura come “amministrazione di regolazione” per indicare la sfera di attività connotata dall’esercizio di poteri amministrativi, nel testo di Rossi si utilizza l’espressione “attività autoritative” (p. 268 ss.), che, in quanto distinte da quelle “consensuali” (p. 342 ss.) e dai servizi pubblici (p. 385 ss.), chiaramente individuano l’area in cui non è il consenso l’elemento definitorio e caratterizzante (pur potendo essere le funzioni pubbliche esercitate anche tramite strumenti consensuali, come avviene nel classico esempio della vendita in luogo dell’espropriazione). Connesso a tale approccio è la definizione del provvedimento amministrativo in base al suo contenuto “nucleare”, come “l’atto unilaterale che produce effetti sui terzi”: spogliato da quegli elementi che non ne costituiscono il minimo contenuto comune, il provvedimento viene a caratterizzarsi, quasi in modo speculare al contratto, come atto unilaterale che non necessita del consenso dei terzi per produrre effetti nella loro sfera giuridica.

L’attività autoritativa riscopre, così, la sua più intima essenza, che si svela non tanto nella sterile riproposizione dell’antico schema della dialettica autorità/libertà, ma nella prospettiva del potere pubblico “doveroso”, sul quale si sviluppa tutta la prima parte del libro. In questa chiave assumono nuova luce la riproposizione della concezione gianniniana della discrezionalità come ponderazione di interessi (anche se si sottolinea che comunque esistono diverse gradazioni di discrezio-

nalità), così come la partizione dei procedimenti secondo una tipologia strutturale e poi funzionale, ovvero la loro classificazione in rapporto agli effetti prodotti.

L'adozione del metodo gradualistico consente (una volta restituita la propria identità allo strumento autoritativo) di offrire una sistematica delle diverse figure che popolano la scena amministrativa secondo la gradazione, appunto, dei diversi elementi componenti, consensuali o autoritativi. Poste, infatti, le due "polarità" (provvedimento e contratto), la zona intermedia contempla "fattispecie miste a prevalenza pubblicistica" (atti amministrativi di privati, accordi integrativi e sostitutivi di provvedimento, accordi tra amministrazioni, accordi di programma) e "fattispecie miste a prevalenza privatistica" (contratti accessivi a provvedimenti, contratti di servizio), senza contare il carattere "misto" della disciplina degli stessi contratti ad evidenza pubblica, che, come bene illustrato dall'ampia parte ad essi dedicata, coniugano una sequenza procedimentale, connotata da atti e provvedimenti amministrativi, con una sequenza negoziale, alla prima intimamente connessa. A maggior ragione oggi, dopo il recepimento della direttiva ricorsi, è di tutta evidenza come l'orizzonte del "diritto comune" sia sempre meno nitido, a vantaggio di una disciplina speciale che non può prescindere dalla composizione tra le dinamiche della sequenza pubblicistica dell'evidenza pubblica e quella negoziale del contratto.

Infine, l'approccio metodologico "nucleare", volto a indagare la dinamica degli interessi sottostanti agli istituti, giunge a risultati molto significativi anche laddove consente di individuare la nozione di servizio pubblico (sulla quale tanto si affatica la dottrina) nell'"attività che corrisponde ad un interesse a protezione necessaria, secondo la valutazione di un ente territoriale". Al di là, infatti, delle componenti consensuali o autoritative (variamente graduate per le diverse figure) che possono essere proprie delle attività di servizio; al di là del loro carattere economico o sociale, così come del collegamento con i diritti fondamentali (la cui soddisfazione può essere garantita anche da meccanismi di mercato) questa definizione coglie la valenza essenzialmente politica (e come tale storicamente mutevole) della scelta sottostante alla definizione del servizio pubblico, in linea, del resto, con lo stesso ordinamento comunitario che, proprio su questo presupposto, opera nella continua ridefinizione dell'ambito di valutazione discrezionale degli Stati membri (nell'ottica dell'edificazione del mercato comune dei servizi).

In conclusione, attraverso il particolare metodo prescelto "I principi" assolvono a quella indispensabile opera non tanto di "descrizione" della realtà amministrativa, bensì di "riduzione della complessità" (per usare un'espressione cara a N. Luhmann) che si rivela preziosa per l'interprete, specie nelle fasi di transizione come quella che stiamo vivendo.

In questo, potrei dire, il volume risponde alle attese evocate dal richiamo ai “principi” del titolo, e idealmente si salda con altri volumi di “principi” di maestri del passato, scritti anch’essi a margine di profonde trasformazioni del tessuto sociale e istituzionale: in fondo, quando Orlando, nel 1915, nella prefazione alla seconda edizione dei suoi principi (di sedici anni prima), osservava come il diritto amministrativo fosse “... la più turbata e la più agitata fra le scienze giuridiche contemporanee” (VII), affermava una verità che il tempo non ha annullato ma solo confermato.

E nonostante Giampaolo Rossi quasi si rammarichi di essere nato “in un’epoca sbagliata”, in realtà questo volume dimostra che proprio di questa nostra epoca complessa, senza certezze e facili chiavi di decodificazione, egli rappresenta uno degli interpreti più acuti e innovativi.

AURETTA BENEDETTI

NOTE SULLA NATURA E SUL REGIME DELLE ORDINANZE
DI CONVALIDA DI LICENZA O SFRATTO PRONUNCIATE
AI SENSI DELL'ART. 663 C.P.C. E DELLE ORDINANZE
DI RILASCIO EMESSE AI SENSI DELL'ART. 665 C.P.C.

SOMMARIO: 1. *La natura dichiarativa dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto pronunciata ai sensi dell'art. 663 c.p.c. e la sua attitudine al giudicato formale e sostanziale.* – 2. *Riconducibilità dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. nell'ambito dei provvedimenti sommari anticipatori esecutivi non decisori né cautelari.*

1. *La natura dichiarativa dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto pronunciata ai sensi dell'art. 663 c.p.c. e la sua attitudine al giudicato formale e sostanziale.*

Con il presente scritto si vuole comprendere se sia possibile attribuire identica natura e conseguentemente analogo regime giuridico alle ordinanze di convalida di licenza o sfratto pronunciate ai sensi dell'art. 663 c.p.c. ed alle ordinanze di rilascio emesse ai sensi dell'art. 665 c.p.c.

A tale riguardo, è d'uopo premettere che non sussistono, oggi, particolari dubbi ricostruttivi intorno alla natura delle ordinanze di convalida di licenza o sfratto. Esse, infatti, sono riconducibili alla categoria dei *provvedimenti sommari dichiarativi*⁽¹⁾. Si tratta, cioè, di provvedimenti

⁽¹⁾ In questo modo, GARBAGNATI, *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1970, 30 ss.; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1956, 1306 ss., spec. 1326 ss.; FERRI, *Note sulla impugnabilità della ordinanza di convalida di sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 627 ss., spec. 635; GIUDICEANDREA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 1956, 72 ss.; LANFRANCHI, *La verifica del passivo nel fallimento*, Milano, 1979, 141 ss.; LAZZARO-PREDEN-VARRONE, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978, 3 ss., spec. 9; LUISO, *Diritto processuale civile*, IV, Milano, 2011, 156 ss.; MANDRIOLI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 34 ss.; PREDEN, *Sfratto (procedimento per convalida di)*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, 429 ss., spec. 447 ss.; PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1988, 1354 ss.; TRISORIO LIUZZI, *Procedimenti in materia di locazione*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, 459 s., spec. 490 ss. *Contra* attribuivano a tale ordinanza carattere negoziale, ANSELMI BLAAS, *Il procedimento per*

che, da un lato, sono emanati nell'ambito di procedimenti speciali a cognizione sommaria, i quali si articolano in modo differente rispetto allo schema previsto per il normale esercizio della giurisdizione descritto e regolato nel secondo libro del codice di rito. E, dall'altro lato, perseguono lo stesso scopo del processo ordinario, in quanto sono volti a stabilire in modo definitivo e vincolante, se la pretesa avanzata dall'attore sia fondata ovvero infondata.

Analogamente, sembrano oramai superati i contrasti che per lungo tempo vi sono stati in dottrina ed in giurisprudenza circa il contenuto degli effetti ed i limiti dell'accertamento riconducibile ai suddetti provvedimenti. Come è noto, a questo riguardo, si fronteggiavano due diversi orientamenti.

Secondo una prima ricostruzione, invero minoritaria, l'ordinanza *de qua* produce effetti diversi rispetto al giudicato, riconducibili alla nozione di preclusione *pro iudicato*⁽²⁾, i quali si concretizzano nell'impedire alla parte intimata la possibilità di ottenere un provvedimento di tutela, che imponga il ripristino o il risarcimento del danno per l'esecuzione avvenuta.

A fondamento di tale conclusione, l'impostazione in esame richiama un principio di carattere generale secondo cui i procedimenti sommari sarebbero inidonei in generale a fornire quelle garanzie assicurate dal processo ordinario a cognizione piena, alle quali l'ordinamento ricoglierebbe indissolubilmente l'accertamento giurisdizionale munito dell'autorità di cosa giudicata ai sensi dell'art. 2909 c.c.

Tali ordinanze, dunque, in quanto pronunciate sulla base di una cognizione sommaria, sarebbero destinate a formare una sorta di "giudicato minore". Esso si caratterizzerebbe, per un verso, dalla inidoneità a formare alcun accertamento implicito in ordine alla sussistenza ed alla validità del rapporto di locazione ovvero, in caso di sfratto per morosità, dalla inattitudine a produrre gli effetti della risoluzione del rapporto in modo vincolante per il futuro⁽³⁾ e, per altro verso, dalla mancanza di

convalida di licenza o di sfratto, Milano, 1963, spec. 140 ss., secondo il quale "l'istituto può inquadrarsi nella categoria dei procedimenti di volontaria giurisdizione, non implicanti lo svolgersi di un'attività giurisdizionale in senso stretto"; MONTESANO, *I procedimenti sommari*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, 73.

⁽²⁾ In tal senso, REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, Milano, 1957, 46; GIUDICEANDREA, *Convalida di sfratto (procedimento per)*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1968, 791 ss., spec. 796, il quale parla di "giudicato limitato"; MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994, 220, nt. 30 e 241; ID., *Luci e ombre in leggi e proposte di "tutele differenziate" nei processi civili*, *ivi*, 1979, 593 ss., spec. 598; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, 1, Napoli 1964, 134; PROTO PISANI, *Il procedimento*, cit., spec. 1359, nota 1; ID. *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2012, 562 ss.

⁽³⁾ Così, REDENTI, *op. ult. cit.*, III, 46.

effetti (riflessi) rispetto a situazioni giuridiche diverse dall'obbligo di rilascio, ma da esso dipendenti⁽⁴⁾.

Per contro, l'indirizzo maggioritario afferma che l'ordinanza di sfratto acquista autorità di cosa giudicata al pari di una sentenza di condanna immodificabile⁽⁵⁾.

Si ritiene, infatti, che la natura dichiarativa e la conseguente efficacia di un provvedimento debbono essere stabilite in relazione alla reale funzione da esso esplicata, attribuendo, cioè, valore al contenuto della decisione, piuttosto che alle modalità della cognizione che l'ha preceduta. Seguendo, dunque, l'insegnamento chiovendiano, secondo il quale anche l'ordinanza ed il decreto possono produrre la cosa giudicata, qualora abbiano struttura e funzione dichiarativa, e cioè quando «da un simile provvedimento rimanga affermata ed indiscutibile una volontà di legge che garantisca un bene ad una parte di fronte all'altra»⁽⁶⁾, la teoria dominante riconosce la funzione e la natura propriamente decisoria dei provvedimenti *de quibus* e, di conseguenza, la loro idoneità, quando non sia proposta opposizione, ad acquistare l'autorità di giudicato sostanziale descritta dall'art. 2909 c.c.

⁽⁴⁾ Così, MONTESANO, *Luci ed ombre cit.*, 598-599, secondo il quale «l'intimato di sfratto con provvedimento non impugnabile non potrà contestare di rilasciare l'immobile da cui fu sfrattato; ma potrà, a differenza della parte cui fa riferimento l'art. 2909 c.c., contestare il rapporto invocato dall'attore vittorioso ad ogni altro effetto non espressamente dedotto nel procedimento monitorio di sfratto (si pensi ad esempio ai danni da risarcimento o ad altre somme da pagare in base allo stesso rapporto)».

⁽⁵⁾ Così, GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., specie 29 ss.; DUNI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1957, 64 ss.; FAZZALARI, *Cosa giudicata*, cit., spec. 1326 ss.; MANDRIOLI, *Sull'impugnazione dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 34 ss., spec. 45; PREDEN, *Sfratto*, cit., spec. 447; BUCCI-CRESCENZI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Padova, 1990, 14; DI MARZIO, *Il procedimento per convalida di licenza e sfratto*, Milano, 1998, spec. 27; CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I) Le tutele: di merito, sommarie ed esecutive*, Torino, 2010, 259; TOMMASEO, *Nota a C. Cost. 20 dicembre 1989, n. 558*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1991, 388 ss., spec. 390; LUISO, *Diritto processuale civile, IV*, Milano, 2011, 165, il quale correttamente evidenzia una peculiarità del giudicato che si forma sull'ordinanza di convalida di licenza che si ricollega alla sua natura di condanna in futuro. Per essa, infatti non opera una delle caratteristiche principali del giudicato, vale a dire la resistenza allo *jus superveniens*. Infatti, nella convalida di licenza, l'accertamento della cessazione del rapporto non è effettuato con riferimento in cui è emesso il provvedimento, ma con riguardo al momento futuro della scadenza del rapporto. Ciò significa che, a tutti gli effetti, il rapporto di locazione continua ad essere in corso fino alla data della sua naturale scadenza; pertanto, se prima di tale data entra in vigore una nuova legge che disciplina i rapporti in corso, essa si applica anche al rapporto oggetto dell'ordinanza di convalida.

⁽⁶⁾ Così, CHIOVENDA, *Principii*, Napoli (ristampa) 1965, 916.

Ebbene, riteniamo che la ricostruzione maggioritaria sia da preferire sotto il profilo sistematico.

Infatti, è corretto riconoscere una "intima connessione" tra la fase sommaria del procedimento al termine del quale è pronunciata l'ordinanza e la struttura ordinaria della successiva fase che si apre a seguito della (eventuale) opposizione⁽⁷⁾. In tale prospettiva, la cognizione sommaria, antecedente la pronuncia del provvedimento, deve essere intesa, non in ragione dell'esercizio di un potere diverso da quello giurisdizionale decisorio, ma unicamente in considerazione della "specialità" della struttura dell'intera vicenda processuale, la quale trova la propria giustificazione nell'esigenza di «pervenire più rapidamente alla formazione della cosa giudicata, quando sia probabile che la posticipazione della provocazione al contraddittorio consenta la chiusura del processo, senza una reazione della parte ingiunta»⁽⁸⁾.

In altri termini, la cognizione sommaria - contrariamente a quanto è sostenuto dalla teoria della preclusione *pro iudicato* - non deve essere di per se stessa considerata un elemento capace di escludere l'idoneità al giudicato di tali provvedimenti, poiché quest'ultima dipende esclusivamente dalla funzione dichiarativa del diritto del ricorrente, esplicita, fin dall'inizio, dalla pronuncia giudiziale⁽⁹⁾. Ne consegue che la natura decisoria del provvedimento induce necessariamente ad escludere che in ordine all'accertamento in esso contenuto possa formarsi un giudicato avente efficacia diversa e minore rispetto a quella contemplata dall'art. 2909 c.c.

Tale ricostruzione trova, inoltre, sostegno anche nella particolare disciplina dettata dal legislatore per il procedimento per convalida di sfratto.

A tale riguardo, possono richiamarsi tre specifiche norme.

In primo luogo, l'art. 668 c.p.c. Questa disposizione infatti, contemplando come unico rimedio possibile avverso l'ordinanza di convalida l'opposizione c.d. tardiva (esperibile entro il termine di dieci giorni dall'inizio dell'esecuzione), fa presumere che la statuizione contenuta in detto provvedimento, una volta che esso sia divenuto non più impugnabile, non possa più essere rimessa in discussione⁽¹⁰⁾.

⁽⁷⁾ In questo senso, LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommarî*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1987, 88 ss., spec. 100.

⁽⁸⁾ Così, GARBAGNATI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, 28.

⁽⁹⁾ Così, GARBAGNATI, *Il procedimento cit.*, spec. 17-20.

⁽¹⁰⁾ Così, GARBAGNATI, *I procedimenti cit.*, 29-30, secondo il quale «sarebbe indubbiamente incoerente limitare alla sola ipotesi dell'art. 668, primo comma, l'opposizione alla convalida, fissando un termine perentorio per la sua proposizione, se poi l'intimato potesse opporsi all'esecuzione dell'ordinanza di convalida ai sensi dell'art.

In secondo luogo, l'art. 669 c.p.c., nella parte in cui dispone che, nella ipotesi di sfratto per morosità, quando il locatore non chieda l'ingiunzione per il pagamento dei canoni, «la pronuncia sullo sfratto risolve la locazione, ma lascia impregiudicata ogni questione sui canoni». Da tale disposizione, invero, dovrebbe desumersi, «argomentando *a contrario*, che rimane *pregiudicata* ogni altra questione attinente alla *risoluzione della locazione*: e, cioè, che sia sull'esistenza del rapporto locatizio, sia sulla sua risoluzione per la morosità del conduttore si forma, in seguito alla convalida di sfratto, la cosa giudicata»⁽¹¹⁾.

Da ultimo, l'art. 664, ultimo comma, c.p.c. Tale disposizione, prevedendo che l'eventuale opposizione al decreto ingiuntivo emesso congiuntamente all'ordinanza di convalida non toglie efficacia all'avvenuta risoluzione del contratto, fa presumere che alla pronuncia dell'ordinanza deve essere ricollegata immediatamente la risoluzione del contratto di locazione. Un simile mutamento giuridico, come è noto, secondo la ricostruzione tradizionale, può conseguire solo al passaggio in giudicato del provvedimento costitutivo⁽¹²⁾.

La tesi favorevole alla idoneità al giudicato dell'ordinanza di convalida di licenza o di sfratto trova, infine, ulteriore conferma nelle sentenze della Corte Costituzionale, con le quali è stata affermata l'impugnabilità del provvedimento *de quo* con gli strumenti della opposizione di terzo ordinaria e revocatoria⁽¹³⁾ e - limitatamente alla convalida di sfratto per morosità - della revocazione di cui all'art. 395 n. 1⁽¹⁴⁾. Da un lato, infatti,

615, contestando senza alcun limite il diritto del locatore, od agire comunque contro il locatore per la restituzione dell'immobile e per il risarcimento dei danni causati dall'esecuzione forzata; e sarebbe non meno incoerente escludere che il conduttore, il quale non si sia opposto preventivamente, possa far valere le sue eccezioni in prosecuzione di giudizio ed ammettere in pari tempo che egli possa contestare, in un separato processo, l'esistenza del diritto al rilascio dell'immobile locato».

⁽¹¹⁾ Così, GARBAGNATI, *op. ult. cit.*, 30-31.

⁽¹²⁾ Così, GARBAGNATI, *op. cit.*, 31.

⁽¹³⁾ Così, C. Cost. 7 giugno 1984, n. 167, in *Foro it.*, 1984, I, 1441, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 404 c.p.c., nella parte in cui non ammette l'opposizione di terzo avverso l'ordinanza di sfratto per finita locazione, e C. Cost. 25 ottobre 1985, n. 237, *ivi*, 1985, I, 3051, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 404 c.p.c. nella parte in cui non ammette l'opposizione di terzo avverso l'ordinanza di sfratto per morosità.

⁽¹⁴⁾ Così, C. Cost. 20 febbraio 1995, n. 51, la quale ha dichiarato illegittimo per violazione dell'art. 24 della Costituzione, l'art. 395, prima parte, n. 1, ove non prevede la revocazione avverso provvedimenti di convalida di sfratto per morosità, che siano l'effetto del dolo di una delle parti in danno dell'altra; a tale riguardo, CONSOLO, *Convalida di sfratto - cassazione - e revocazione: dall'errore di fatto al dolo (come era nelle previsioni)*, in *Giur. i.t.*, 1995, I, 458, il quale auspica l'introduzione, in via di sindacato di costituzionalità, dei motivi di cui ai nn. 1 e 6 dell'art. 395 nei confronti di tutti i provvedimenti decisori, rispetto ai quali essi ancora non trovino applica-

è evidente che l'utilizzabilità avverso l'ordinanza di convalida di sfratto di impugnazioni straordinarie -funzionalmente dirette a combattere, in ipotesi eccezionali, provvedimenti non più impugnabili ai sensi dell'art. 324 c.p.c.-, si candida ad essere la principale "controprova" dell'acquisto da parte della pronuncia in esame dell'autorità di giudicato; dall'altro lato, dovendosi desumere, dall'applicabilità dell'art. 404, secondo comma, c.p.c., il manifestarsi di effetti riflessi nei confronti di terzi titolari di situazioni giuridiche dipendenti da quella oggetto dell'ordinanza, risulta difficile negare all'ordinanza non più impugnabile la capacità di esplicitare, al pari di una qualunque sentenza passata in giudicato, efficacia (riflessa) vincolante nel giudizio fra le stesse parti, relativo ad un diritto dipendente da quello accertato⁽¹⁵⁾.

2. Riconducibilità dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. nell'ambito dei provvedimenti sommari anticipatori esecutivi non decisori né cautelari.

Delineata la natura e l'efficacia dell'ordinanza di convalida di licenza o sfratto, soffermiamo l'attenzione sul provvedimento contemplato dall'art. 665 c.p.c.

Questa ordinanza, pur essendo pronunciata sulla base di una cognizione sommaria ed immediatamente esecutiva, è diversa dalla precedente in quanto ha carattere *provvisorio*, non definisce il giudizio né è idonea a precludere una decisione diversa all'esito del giudizio ed è non impugnabile⁽¹⁶⁾.

Sul piano strutturale si è ricondotto tale ordinanza all'istituto della c.d. condanna con riserva delle eccezioni. Infatti, tale provvedimento è contraddistinto dal fatto che «ove nel processo sia acquisita (tramite prova documentale o non contestazione da parte del convenuto costitui-

zione; MONNINI, *Brevi note in tema di revocazione e di altre impugnazioni esperibili contro le ordinanze di convalida ex art. 663 c.p.c., tra Corte costituzionale e Corte di cassazione*, in *Foro it.*, 1995, I, 2414. Si ricorda, inoltre, che, in precedenza, la Corte Costituzionale (sentenza, 20 dicembre 1989, n. 558) aveva ammesso l'esperibilità della revocazione, ex art. 395 n. 4, avverso i provvedimenti di convalida di sfratto o licenza per finita locazione ed i provvedimenti di sfratto per morosità].

⁽¹⁵⁾ In questo senso, MENCHINI, *Orientamenti sull'efficacia dei provvedimenti contenziosi sommari non cautelari*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 319 ss., spec. 335.

⁽¹⁶⁾ A questo riguardo, Cass., 17 maggio 2011, n. 10844, in *CED Cassazione*, 2011, ha dichiarato «manifestamente infondata l'eccezione di incostituzionalità per contrasto con gli artt. 3 e 24 Costituzione dell'art. 665 c.p.c. che dispone l'inopugnabilità dell'ordinanza provvisoria di rilascio, atteso che le eccezioni del convenuto sulla fondatezza del diritto dell'attore possono essere fatte valere nel successivo giudizio di merito, o, nel caso di estinzione di questo, in un autonomo giudizio di cognizione». Nello stesso senso, Cass., 4 marzo 1997, n. 1917, in *Mass. Giur. it.*, 1997.

to) la prova piena dei fatti costitutivi del diritto azionato dall'attore, e la causa non sia suscettibile di decisione immediata a causa delle necessità istruttorie ricollegate ad eccezioni sollevate dal convenuto non fondate su prova scritta (o di pronta soluzione), il giudice possa o debba emanare, su richiesta dell'attore, provvedimento di condanna con riserva di esaminare, nell'ulteriore corso del giudizio, delle eccezioni sollevate dal convenuto»⁽¹⁷⁾.

A causa della scarna disciplina dettata dal legislatore nell'art. 665 c.p.c., tuttavia, resta dubbia la natura del provvedimento in esame e, conseguentemente, il regime cui esso è sottoposto. Né tale incertezza può essere superata facendo riferimento alla figura della condanna con riserva delle eccezioni a causa dell'assenza di una disciplina generale di questo istituto cui riferirsi⁽¹⁸⁾.

Le ricostruzioni che, a questo riguardo, si confrontano in dottrina sono le seguenti.

Secondo un primo indirizzo, all'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.* dovrebbe essere riconosciuta la natura decisoria di sentenza non definitiva «che preclude il successivo esame di ogni questione non compresa nell'ambito delle eccezioni, di cui si sia riservata la cognizione in prosecuzione del giudizio (o che non siano fondate sopra fatti posteriori alla sua pronuncia) e dichiara anticipatamente, rispetto alla cognizione in merito alle eccezioni riservate, l'esistenza del diritto fatto valere processualmente dal locatore»⁽¹⁹⁾. Ne consegue che nel caso di estinzione del processo sulle eccezioni del convenuto, il provvedimento sarebbe destinato a mantenere efficacia ai sensi dell'art. 310, secondo comma, c.p.c.. Essa, dunque, permarrebbe quale dichiarazione provvisoria del diritto del locatore, conservando la sua efficacia preclusiva delle eccezioni non proposte ma non impedendo al conduttore di instaurare un nuovo processo di cognizione per l'accertamento negativo, in base alle sole eccezioni riservate, del diritto del locatore⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ Così, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 568.

⁽¹⁸⁾ In questo senso, PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., 568.

⁽¹⁹⁾ In questo senso, GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., 364, secondo cui l'ordinanza *de qua* «si profila, nella sua sostanza, come un vero e proprio provvedimento giurisdizionale dichiarativo, che preclude il successivo esame di ogni questione non compresa nell'ambito delle eccezioni, di cui si sia riservata la cognizione in prosecuzione del giudizio (o che non siano fondate sopra fatti posteriori alla sua pronuncia) e dichiara anticipatamente, rispetto alla cognizione in merito alle eccezioni riservate, l'esistenza del diritto fatto valere processualmente dal locatore». Nello stesso senso, REDENTI, *Diritto processuale civile*, III, cit., 49; ANDRIOLI, *Commento al c.p.c.*, IV, cit., 139 ss.; SCARSELLI, *La condanna con riserva*, Milano, 1989, 336; ANSELMI BLAAS, *Il procedimento*, cit., 230.

⁽²⁰⁾ Così, espressamente GARBAGNATI, *I procedimenti*, cit., 378. In tale direzione anche MONTESANO, *Luci ed ombre*, cit., spec. 602, il quale attribuisce all'ordinanza *de qua* efficacia preclusiva *pro iudicato*. Favorevole ad attri-

Per un secondo orientamento, l'ordinanza *de qua* sarebbe riconducibile all'alveo della tutela cautelare⁽²¹⁾. In tale prospettiva, la sua pronuncia sarebbe subordinata alla sussistenza del *periculum in mora* consistente nel pregiudizio che subirebbe il locatore a causa del ritardo nel rilascio dell'immobile, valutato dal legislatore, una volta per tutte, in via generale ed astratta secondo l'*id quod plerumque accidit*. Simile provvedimento sarebbe ascrivibile tra le misure cautelari *anticipatorie* e, ai sensi dell'art. 669 *octies*, sesto comma, c.p.c., sarebbe destinato a mantenere efficacia nel caso di estinzione del processo nell'ambito del quale esso era stato reso, senza avere alcuna efficacia preclusiva in or-

buire efficacia di giudicato all'ordinanza in caso di estinzione del giudizio FRASCA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2001, 332, secondo cui «sarebbe intrinsecamente contraddittorio che l'ordinamento, mentre consente una tutela anticipatoria sulla base di una cognizione incompleta e la rende stabile sino al momento del sopraggiungere della statuizione a seguito della cognizione piena, laddove la prospettiva del realizzarsi di quella cognizione piena sia venuta meno, voglia la sopravvivenza del provvedimento senza alcuna garanzia di stabilità, proprio in una situazione in cui la parte che aveva tutto l'interesse a che il giudizio si concludesse con una decisione a cognizione piena ha mostrato di non tenere affatto a questo risultato». Nello stesso senso indicato nel testo, pur non attribuendo all'ordinanza di rilascio natura propriamente decisoria, in giurisprudenza, Cass., 30 marzo 1990, n. 2619, in *Corr. giur.*, 1990, 909 ss., con nota critica di JACOBELLIS, *Ordinanza di rilascio: natura decisoria o cautelare. La Suprema Corte sceglie la prima soluzione* (ed in *Giust. civ.*, 1990, I, 2036 ss., con nota adesiva di IZZO, *Sopravvivenza dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. all'estinzione del processo*; ed in *Foro it.*, 1990, I, 3205); Cass., 14 febbraio 1997, n. 1382, in *Foro it.*, 1998, I, 163; Cass., 29 marzo 1995, n. 3730, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 138; le quali precisano che: «Soltanto se la legge avesse disposto la decadenza del conduttore dalle eccezioni da lui opposte qualora, con la sua inattività lasciasse estinguere il processo di cognizione ordinaria, tale estinzione, precludendo la ulteriore proponibilità delle eccezioni, renderebbe definitivi gli effetti, nella realtà giuridica sostanziale, dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c. Ma non esistendo una siffatta disposizione legislativa, estintosi il processo, il conduttore può proporre a far valere le sue eccezioni in un nuovo processo, fino al verificarsi della prescrizione; verificatasi la quale, gli effetti dell'ordinanza di rilascio diventerebbero definitivi».

⁽²¹⁾ In questo senso, JACOBELLIS, *Ordinanza di rilascio: natura decisoria o cautelare*, cit., spec. 914; CUSATTI, *Sulla natura giuridica dell'ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, I, 2426; LAZZARO – PREDEN – VARRONE, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Milano, 1978, 250; CASTORO, *Qualche importante aspetto del procedimento per convalida di sfratto*, in *Mon. trib.*, 1952, 133 ss.; TAMBURRINO, *Sulla natura ed efficacia dell'ordinanza di convalida di sfratto*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, XXIV, 1947, I, 87 ss. Occorre, peraltro, precisare che la dottrina richiamata si è espressa anteriormente alla riforma contenuta nella l. 14 maggio 2005, n. 80, che ha introdotto il regime della c.d. strumentalità attenuata per le misure cautelari anticipatorie; secondo gli Autori citati, dunque, in caso di estinzione del giudizio di merito l'ordinanza di rilascio, in quanto strumentale alla tutela di merito, perderebbe in ogni caso la sua efficacia.

dine all'instaurazione di un nuovo giudizio (di accertamento positivo o di condanna ovvero di accertamento negativo) sul diritto del locatore né in ordine ai fatti impeditivi, modificativi o estintivi che sarebbe possibile far valere in tale sede.

Una terza ricostruzione, invece, riconosce all'ordinanza di rilascio carattere solo di tutela sommaria interinale. Essa, cioè, non conterrebbe alcun accertamento idoneo a stabilizzarsi e non andrebbe in alcun modo avvicinata ad una sentenza seppur non definitiva, né ricadrebbe nell'ambito della tutela cautelare. Ne consegue che in caso di estinzione del giudizio ordinario sulla opposizione anche tale provvedimento perderebbe efficacia ed il conduttore potrebbe pretendere la riconsegna dell'immobile⁽²²⁾.

Infine, una quarta tesi attribuisce all'ordinanza in esame natura di provvedimento *sommario – semplificato – esecutivo*. Il provvedimento *de quo*, dunque, non avrebbe alcuna efficacia di accertamento del diritto tutelato e la sua pronuncia sarebbe subordinata esclusivamente alla prova o non contestazione dei fatti costitutivi del diritto del locatore ed alla proposizione da parte del conduttore di eccezioni non fondate su prova scritta, non essendo invece richiesto alcun *periculum in mora*. In tale prospettiva, in caso di estinzione del giudizio, l'ordinanza di rilascio manterrebbe la sola efficacia esecutiva; in questo caso, in un successivo giudizio a cognizione piena, potrebbe essere accertata l'inesistenza del diritto a tutela del quale l'ordinanza era stata emanata⁽²³⁾.

Richiamate le differenti proposte dottrinali, cerchiamo dunque di procedere all'esame critico di ciascuna di esse.

Ebbene, riteniamo che non possa in alcun modo essere recepita la tesi che attribuisce natura decisoria al provvedimento in questione.

Non ricorrono, infatti, rispetto all'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.* le ragioni di carattere sistematico in forza delle quali è possibile riconoscere natura dichiarativa ad altri provvedimenti sommari, tra cui l'ordinanza di convalida di licenza o sfratto.

Come si è detto, per comprendere gli istituti riconducibili alla tutela sommaria, si deve spostare l'attenzione sulle caratteristiche funzionali di ogni singolo procedimento, ossia si deve guardare allo scopo che ciascuna misura giurisdizionale è chiamata ad assolvere⁽²⁴⁾.

L'ordinanza di convalida di licenza o sfratto – così come il decreto ingiuntivo od il decreto emesso ai sensi dell'art. 28 Stat. Lav. o l'ordi-

⁽²²⁾ Così, CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile, I*, cit., 259-260.

⁽²³⁾ Così, PROTO PISANI, *Il procedimento per convalida di sfratto*, cit., 1363. Nello stesso senso, Cass., 2 giugno 1993, n. 6132, in *Giur. civ. comm.*, 1993, 971.

⁽²⁴⁾ Così, MENCHINI, *I provvedimenti sommari (autonomi e interinali) con efficacia esecutiva*, in *Giust. proc. civ.*, 2009, 367.

nanza *ex art. 702 ter c.p.c.* – nasce dichiarativa, in quanto il giudice è chiamato *ab origine* ad accertare un diritto soggettivo. La funzione giurisdizionale decisoria attuata attraverso tale provvedimento trova, del resto, conferma nella particolari caratteristiche strutturali del procedimento all'interno del quale la pronuncia del giudice viene emanata. Infatti, sebbene organizzato diversamente dal processo ordinario di cognizione, il procedimento al termine del quale l'ordinanza di convalida viene emanata ed acquista definitività presenta le garanzie del c.d. giusto processo indispensabili per la tutela dichiarativa dei diritti.

Diversamente l'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.* nasce come provvisoria, destinata cioè ad essere inglobata nella pronuncia definitiva. Non vi è in questo caso – come avviene invece per il decreto ingiuntivo⁽²⁵⁾ – l'opzione legislativamente prevista per il soggetto interessato di rinunciare volontariamente alla prosecuzione del procedimento con la consapevolezza dell'acquisto di definitività dell'ordinanza *de qua*. Non può operare, dunque, quel meccanismo procedimentale che rende un provvedimento sommario idoneo alla tutela dichiarativa dei diritti, vale a dire l'«equivalenza tra espletamento della cognizione piena e libera rinuncia alla stessa da parte degli interessati»⁽²⁶⁾. Né naturalmente può ritenersi che un provvedimento nato anticipatorio e provvisorio possa subire la metamorfosi della sua natura sostanziale, acquistando funzione dichiarativa, successivamente, a seguito di un evento patologico del giudizio quale è l'estinzione del processo.

Ed invero, la natura non decisoria dell'ordinanza di rilascio viene oggi pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale, sulla base di tale presupposto, ha stabilito che tale provvedimento non contiene una statuizione neppure implicita sulla competenza e pertanto non può essere

⁽²⁵⁾ Come è noto, ai sensi dell'art. 653, primo comma, c.p.c., in caso di estinzione del giudizio di opposizione, il decreto ingiuntivo che sia provvisoriamente esecutivo *ex art. 648 c.p.c.*, mantiene tale ovvero l'acquista ove non ne fosse già munito. Tale efficacia viene, oggi, equiparata dalla dottrina e dalla giurisprudenza assolutamente prevalenti al giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 c.c.; così, per tutti, ALLORIO, *Saggio polemico sulla "giurisdizione volontaria"*, in *Problemi di diritto*, Milano, 1957, II, 3 ss.; ID., *Nuove riflessioni critiche in tema di giurisdizione e giudicato*, in *Problemi cit.*, 57 ss.; CARPI, *La tutela d'urgenza fra cautela, "sentenza anticipata" e giudizio di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1985, 701; GARBAGNATI, *Preclusione "pro iudicato" e titolo ingiuntivo*, *ivi*, 1949, I, 302; ID., *I procedimenti d'ingiunzione e per convalida di sfratto*, Milano, 1970, spec. 7-33; ID., *Il procedimento d'ingiunzione*, Milano, 1991, spec. 1-40; LANFRANCHI, *Profili sistematici dei procedimenti decisori sommari*, *cit.*, spec. 106 ss.; ID., *Procedimenti decisori sommari*, *cit.*, 1 ss.; FAZZALARI, *Cosa giudicata e convalida di sfratto*, *cit.*, 1306 ss.; NICOLETTI, *Note sul procedimento ingiuntivo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1975, 945 ss.; BENDIA, *Sull'idoneità al giudicato del decreto ingiuntivo non opposto*, in *Giur. merito*, 1989, 483 ss.

⁽²⁶⁾ Così, LANFRANCHI, *Profili*, *cit.*, 129.

impugnata col regolamento di competenza, in quanto «affinché si abbia una sentenza implicita sulla competenza, impugnabile con l'istanza di regolamento, occorre un provvedimento giurisdizionale proveniente da un organo dotato di potere decisorio, il quale presupponga l'affermazione o la negazione della competenza»⁽²⁷⁾. Inoltre, non avendo il compito di definire la causa - atteso che nel successivo giudizio sul rilascio dell'immobile possono legittimamente essere rimessi in discussione tutti i fatti che si assumono trascurati nell'ordinanza impugnata - l'ordinanza *de qua* non è impugnabile con ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111, settimo comma, Cost.⁽²⁸⁾. Infine, viene giudicata non ammissibile la sospensione *ex art.* 295 c.p.c. della fase sommaria del procedimento per convalida di sfratto, in presenza dell'espressa istanza del locatore di concessione dell'ordinanza di rilascio con riserva di eccezioni, atteso che «tale fase è preordinata alla eventuale pronuncia dell'ordinanza provvisoria di rilascio *ex art.* 665 c.p.c. che è insuscettibile di passare in giudicato e rispetto alla quale pertanto non si pone alcun problema di potenziale contrasto di giudicati, a prevenire il quale è finalizzato

⁽²⁷⁾ Così, Cass., 31 luglio 2006, n. 17424, in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass. civ. Sez. III, 21 luglio 2000, n. 9590, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 16 luglio 1996, n. 6425, in *Mass. Giur. it.*, 1996, che sulla base del suddetto principio ha stabilito che «non può considerarsi un'implicita statuizione al riguardo nel caso di provvedimenti ordinatori retrattabili o, comunque, inidonei a pregiudicare la decisione della causa, quantunque non rispettino l'ortodossia processuale, come quando il pretore, nell'ordinare il rilascio dell'immobile ai sensi dell'art. 665 c.p.c., a seguito dell'opposizione dell'intimato, rinvii la causa per il prosieguo dinanzi a sé, senza con ciò pronunciarsi in modo definitivo sulla propria competenza». *Contra* Cass., 9 luglio 1996, n. 6239, in *Mass. Giur. It.*, 1996, secondo cui: «L'ordinanza di rilascio emessa dal pretore ai sensi dell'art. 665 c.p.c. in una controversia nella quale l'intimato, deducendo che l'immobile costituisce pertinenza di un fondo agricolo, abbia indicato la competenza funzionale della sezione specializzata agraria, è impugnabile solo con il regolamento necessario di competenza, sicché ove questo non sia stato proposto la questione relativa alla competenza resta coperta dal giudicato e ne è precluso il riesame sia nella fase di merito in primo grado che nei successivi gradi del giudizio».

⁽²⁸⁾ In questo senso, da ultimo, Cass., 26 ottobre 2011, n. 22309, in *Mass. Giur. it.*, 2008, secondo cui: «Il ricorso straordinario per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost. contro i provvedimenti adottati con forma diversa dalla sentenza è consentito a condizione che essi abbiano la natura sostanziale di una sentenza, nel senso che, oltre ad incidere su diritti soggettivi di natura sostanziale delle parti, abbiano attitudine al passaggio in giudicato formale e sostanziale. Ne consegue che non è impugnabile con detto ricorso l'ordinanza di rilascio con riserva delle eccezioni di cui all'art. 665 c.p.c., che non definisce la causa, perché nel giudizio sul rilascio dell'immobile possono essere rimessi in discussione tutti i fatti che si assume siano stati trascurati dal giudice dell'ordinanza». Nello stesso senso, per tutte, Cass., 10 novembre 1999, n. 12474, in *Arch. loc.*, 2003, 699; Cass., 3 giugno 1998, n. 514, in *Arch. Loc.*, 2003, 700; Cass., 19 luglio 1997, n. 6664, in *Mass. Giur. it.*, 1997; Cass., 19 luglio 1997, n. 6664, in *Foro it.*, 1998, I, 161.

l'istituto della sospensione»⁽²⁹⁾.

Scartata, per le ragioni sopra esposte, la teoria favorevole a riconoscere natura decisoria all'ordinanza ex art. 665 c.p.c. si rende necessario riflettere sulle altre proposte dottrinali e sulle conseguenze applicative che ciascuna di esse comporta.

Avverso la teoria favorevole alla natura cautelare dell'ordinanza di rilascio sono desumibili dall'art. 665 c.p.c. vari indizi che valutati nel loro insieme costituiscono una prova efficace in senso contrario al suo accoglimento.

L'art. 665 c.p.c., infatti, non contiene una formula sufficiente ad individuare con chiarezza il *periculum in mora* che tale misura vorrebbe evitare. Il *periculum*, dunque, andrebbe inteso, secondo il comune buon senso, nella esigenza di evitare al locatore che ha dato prova dei fatti costitutivi del suo diritto il pregiudizio che deriva dal ritardo nella concessione della tutela.

Tale esigenza di carattere generale, invero, risponde senza dubbio alla funzione della tutela cautelare, tuttavia essa risponde altresì alla *ratio* della tutela sommaria esecutiva che non necessariamente si traduce in un provvedimento cautelare⁽³⁰⁾.

L'art. 665 c.p.c., inoltre, stabilisce che l'ordinanza di rilascio è non impugnabile. Dal combinato disposto con l'art. 177, comma terzo, c.p.c. ne deriva, dunque, che essa non è modificabile né revocabile. Ebbene, anche volendo ammettere che tale disciplina in quanto speciale prevalga, in forza dell'art. 669 *quaterdecies* c.p.c., sulla disciplina del procedimento cautelare uniforme, non si può non ritenere che una simile "stabilità" dell'ordinanza di rilascio risulti incompatibile con le caratteristiche precipue delle misure cautelari in genere sempre soggette alla modifica e revoca ai sensi dell'art. 669 *decies* c.p.c..

Infine, un ulteriore elemento di contrasto tra la normativa in esame e la disciplina del procedimento cautelare uniforme concerne la cognizione che precede la pronuncia del provvedimento. Secondo la dottrina prevalente, infatti, nella tutela cautelare l'accertamento sarebbe sommario perché meramente ipotetico, nel senso che «prescinde dalla acquisizione delle risultanze probatorie per appagarsi di una valutazione della ve-

⁽²⁹⁾ Così, Cass., 13 luglio 2011, n. 15420, in *CED Cassazione*, 2011; Cass., 22 maggio 2008, n. 13194, in *Mass. Giur. it.*, 2008; Cass., 20 febbraio 2002, n. 2468, in *Mass. Giur. it.*, 2002; Cass., 1 ottobre 1996, n. 8595, in *Mass. Giur. it.*, 1996.

⁽³⁰⁾ A questo riguardo, si veda per tutti MENCHINI, *I provvedimenti sommari*, cit., spec. 375, il quale nel delineare la categoria dei provvedimenti sommari esecutivi (anticipatori e non) ne individua la funzione unitaria nell'esigenza di predisporre in tempi rapidi (inferiori a quelli di un ordinario giudizio di cognizione) un titolo esecutivo giudiziale.

rosimiglianza delle allegazioni fondata su un mero calcolo delle probabilità»⁽³¹⁾. Una simile forma di cognizione si pone in evidente contrasto con quanto è previsto dall'art. 665 c.p.c. ai fini della emanazione della relativa ordinanza, non essendo in tal caso sufficiente il semplice *fumus boni juris* ma essendo necessaria la piena prova (o non contestazione) dei fatti costitutivi⁽³²⁾.

Rimane, dunque, l'alternativa tra la teoria che attribuisce all'ordinanza natura meramente interinale e la tesi che, invece, le assegna natura di provvedimento *sommario – semplificato – esecutivo*.

La differenza fondamentale tra le due ricostruzioni concerne l'idoneità, o meno, dell'ordinanza di rilascio a mantenere efficacia in caso di estinzione del giudizio. Infatti, entrambi gli orientamenti sono concordi nel riconoscere al provvedimento *ex art. 665 c.p.c.* valore di provvedimento anticipatorio esecutivo non cautelare né decisorio.

A sostegno della natura meramente interinale dell'ordinanza di rilascio può essere richiamato un argomento di carattere esegetico, vale a dire il fatto che il legislatore, diversamente da quanto accade in relazione ad altri provvedimenti anticipatori, non prevede espressamente che il provvedimento *ex art. 665 c.p.c.* mantenga efficacia in caso di estinzione del giudizio.

Tale argomento, tuttavia, non si dimostra esaustivo, atteso che anche in relazione ad altri provvedimenti anticipatori il legislatore non ha espressamente previsto il mantenimento dell'efficacia in caso di estinzione del giudizio (si pensi all'ordinanza disciplinata dall'art. 423 c.p.c.⁽³³⁾)

⁽³¹⁾ Così, TOMMASEO, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, 171. Nello stesso senso, VOCINO, *Intorno al nuovo verbo "tutela giurisdizionale differenziata"*, in *Studi in onore di T. Carnacini*, I, Milano, 1984, 810 ss. In senso critico verso tale ricostruzione, tuttavia, PROTO PISANI, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, 1 ss., spec. 10, secondo il quale anche nei procedimenti cautelari «in tanto il giudice potrà emanare il provvedimento sommario richiesto in quanto il diritto appaia esistente alla stregua degli elementi probatori offertigli dalle parti o acquisiti d'ufficio».

⁽³²⁾ In questo senso, Trib. Frattamaggiore, 13 dicembre 2002, *Massima redazionale*, 2002, che sul presupposto che «la tutela esecutiva per ragioni meramente anticipatorie non cautelari non può essere attribuita in presenza del disconoscimento della scrittura privata, come è rivelato dall'art. 186 *ter*, secondo comma c.p.c.» ha affermato che «qualora l'intimato si opponga alla convalida disconoscendo l'autenticità delle sottoscrizioni apposte in calce al contratto di locazione, l'ordinanza *ex art. 665 c.p.c.* non può essere emessa in quanto, per effetto del disconoscimento, l'intimante non ha fornito la prova piena dei fatti costitutivi».

⁽³³⁾ A questo riguardo, si veda per tutti, TARZIA, *Manuale del processo del lavoro*³, Milano, 1987, 180 ss.; PROTO PISANI, *Le ordinanze per il pagamento di somme*, in ANDRIOLI-BARONE-PEZZANO-PROTO PISANI (a cura di), *Le controversie in materia di lavoro*² Bologna-Roma, 1987, 748.

e ciononostante buona parte della dottrina e della giurisprudenza sono concordi nell'attribuire loro tale capacità. Del resto, è opinione diffusa che l'art. 186 *bis* c.p.c.⁽³⁴⁾ – norma, questa, inserita nel codice di rito con la riforma del 1990 e, quindi, successiva sia all'art. 424 (che dell'art. 186 *bis* costituisce il modello) sia all'art. 665 – sia stata esplicito nel prevedere il mantenimento dell'efficacia dell'ordinanza anticipatoria in caso di estinzione del giudizio proprio per evitare il riprodursi dei dubbi che, a questo riguardo, avevano caratterizzato il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in ordine ad istituti analoghi⁽³⁵⁾.

È chiaro, peraltro, che, rendendo l'ordinanza *ex art.* 665 c.p.c. non revocabile né modificabile, la legge ha voluto conferire a tale titolo esecutivo un'efficacia "stabile"⁽³⁶⁾.

La immodificabilità della ordinanza di rilascio è riferibile non solo alla fase sommaria ma anche a quella, successiva, a cognizione piena. Tale ordinanza, pronunciata con riserva delle eccezioni, infatti, può essere modificata solo attraverso la sentenza che conclude la fase di merito, allorché nel corso del giudizio tali eccezioni siano riconosciute fondate,

⁽³⁴⁾ In generale, sull'istituto disciplinato dall'art. 186 *bis* c.p.c., si veda per tutti PROTO PISANI, *I provvedimenti anticipatori di condanna*, in *Foro it.*, 1990, V, 394 ss.; ATTARDI, *Le ordinanze di condanna nel giudizio ordinario di cognizione di primo grado secondo la legge di riforma*, in *Giur. it.*, 1992, IV, 1 ss.; BORGHESI, *L'anticipazione dell'esecuzione forzata nella riforma del processo civile*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 1991, 191 ss.; IMPAGNATIELLO, *Ordinanza per il pagamento di somme non contestate*, in TARZIA-CIPRIANI (a cura di), *Provvedimenti urgenti per il processo civile*, Padova, 1992, 102 ss.; FABIANI, *I provvedimenti a prevalente funzione deflattiva*, in *Foro it.*, 1993, I, 1993 ss.; CIVININI, *Le condanne anticipate*, in *Foro it.*, 1995, I, 332 ss.; SASSANI, in COSOLO-LUISSO-SASSANI, *Commentario alla riforma del processo civile*, Milano, 1996, 172 ss.; CARRATTA, *Ordinanze anticipatorie di condanna (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1995, 1 ss.; NAVARRA, *La tutela interinale: art. 186 bis e ter c.p.c. Prospettive "de iure condendo"*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 73 ss.; LAPERTOSA, *La tutela sommaria anticipatoria (artt. 186 bis, 186 ter)*, in *Riv. dir. proc.*, 1997, 767 ss.; MANDRIOLI, *Le nuove ordinanze "di pagamento" e "ingiunzionale" nel processo ordinario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, 644 ss.

⁽³⁵⁾ A questo riguardo, si veda MENCHINI, *I provvedimenti sommari*, cit., spec. 378, il quale, attraverso la disamina delle differenti fattispecie di provvedimenti sommari (anticipatori e non), individua quale caratteristica comune di tale categoria l'idoneità del provvedimento sommario a conservare la propria efficacia esecutiva in caso di estinzione o di mancata prosecuzione del processo.

⁽³⁶⁾ Coerentemente la dottrina ritiene che non sia ammissibile la sospensione dell'efficacia dell'ordinanza né *ex art.* 700 c.p.c. né nel seguente giudizio a cognizione piena il quale non si attegga ad impugnatorio delle risultanze della prima fase; in tal senso, CARRATO, *Riflessioni essenziali sulla disciplina normativa e sul regime giuridico dell'ordinanza provvisoria di rilascio, con riserva delle eccezioni del convenuto*, in *ALC*, 2004, 11 ss.; PORRECA, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2006, 202.

con conseguente accertamento negativo del diritto del locatore. In altri termini, l'unica condizione necessaria affinché l'ordinanza di rilascio possa essere modificata o perdere la sua efficacia consiste nell'accertamento, attraverso la sentenza che definisce un giudizio a cognizione piena, della inesistenza del diritto del locatore.

Tale caratteristica dell'ordinanza di rilascio appare – a chi scrive – un buon argomento a sostegno della ricostruzione favorevole al mantenimento dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza in caso di estinzione del giudizio di merito.

In altri termini, la pendenza del procedimento di convalida è una condizione imprescindibile per la pronuncia dell'ordinanza di convalida. Tale provvedimento è *anticipatorio* poiché la tutela sommaria è accordata all'interessato solo se il processo di merito sia stato instaurato e soltanto all'interno di esso, mentre non può essere concessa in via autonoma mediante un separato procedimento. Tuttavia, il permanere della sua efficacia è condizionato esclusivamente all'accertamento della inesistenza del diritto del locatore. Tale accertamento in genere viene compiuto nell'ambito del giudizio di merito che prosegue in modo automatico, una volta espletata l'eventuale procedura sommaria interinale ed una volta emessa la misura provvisoria. Pertanto, qualora tale giudizio di merito si estingua e non si giunga ad alcun accertamento, l'ordinanza di rilascio (non modificabile né revocabile) mantiene la sua efficacia.

Naturalmente, non avendo natura decisoria, a tale provvedimento non conseguono gli effetti di giudicato sostanziale di cui all'art. 2909 c.c.; l'ordinanza di rilascio contiene soltanto una condanna all'adempimento e non contiene alcun accertamento circa l'esistenza del diritto del locatore. Ne consegue che tale provvedimento non rende inammissibile l'instaurazione di un nuovo processo a cognizione piena relativo al diritto sommariamente tutelato (c.d. *ne bis in idem*) nel quale il conduttore possa far valere qualsivoglia profilo di inesistenza dello stesso e non ha effetti conformativi né in ordine ai rapporti dipendenti ed incompatibili, né – ove si aderisca alla ricostruzione ampia dei limiti oggettivi del giudicato – riguardo alle situazioni sostanziali logicamente pregiudiziali.

La sua efficacia esecutiva potrebbe, dunque, definirsi “stabilmente provvisoria”: essa permane a tutela del diritto del locatore fintantoché non intervenga una sentenza di merito che accerti l'inesistenza di tale diritto e che, dunque, travolga l'ordinanza.

PROFILI CIVILISTICI DEL CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ

SOMMARIO: 1. *Scopo dell'analisi e definizione della nuova fattispecie contrattuale.* – 2. *La natura dei contratti di partenariato pubblico / privato e la loro collocazione all'interno della categoria generale del contratto.* – 3. *La qualificazione giuridica del contratto di disponibilità.* – 4. *Altri profili civilistici connessi all'operatività del contratto di disponibilità.* – 5. *Inadempimenti e responsabilità.*

1. *Scopo dell'analisi e definizione della nuova fattispecie contrattuale*

Il contratto di disponibilità costituisce una nuova fattispecie tipica inserita all'interno del Codice dei contratti pubblici, e più specificamente nella categoria del c.d. «partenariato pubblico privato».

La figura in esame, da poco introdotta, richiede una collocazione nel sistema, al fine di reperire regole e principi idonei a risolvere tutti i problemi pratici che potrebbero presentarsi durante l'esecuzione del contratto.

L'analisi, peraltro, sarà utile anche a diversi fini. In particolare, fornirà l'occasione di «soppesare» la rilevanza della stessa categoria del partenariato pubblico privato all'interno dell'ordinamento, senza dare per scontata la consonanza (non a caso richiamata «a titolo esemplificativo») tra quest'ultima e il contratto di disponibilità, oggetto più specifico delle nostre riflessioni.

Una qualificazione critica e quanto più indipendente rispetto al dato meramente positivo, del resto, consentirà di riflettere, anche in un'ottica di *law & economics*, sui vantaggi e gli svantaggi del ricorso alla figura della disponibilità soprattutto per l'imprenditore privato, in relazione ad un contratto che, nel suo tenore letterale, può apparire sbilanciato a favore della parte pubblica.

In particolare, l'analisi del ruolo del contratto all'interno della categoria del partenariato consentirà di realizzarne l'interpretazione alla luce dei principi dell'ordinamento, mitigandone alcuni aspetti che a prima vista emergono ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Si pensi *in primis* all'adempimento delle obbligazioni dell'amministrazione

Inoltre, si cercherà di dimostrare come il concetto di partenariato per la realizzazione di opere di interesse pubblico può avere rilievo anche in termini di qualificazione e ripartizione del rischio da responsabilità civile, con specifico riguardo ai profili inerenti il contratto di disponibilità.

Ma veniamo, ora, alle questioni di carattere più strettamente tecnico-giuridico.

L'art. 44, comma 1, lett. d) del d.l. n. 1/2012 del 24 gennaio 2012, convertito con modificazioni in l. n. 27 del 24 marzo 2012 introduce, all'art. 160-ter del d.lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice degli Appalti), la figura del contratto di disponibilità, come nuova forma di realizzazione di opere - di proprietà privata - destinate all'esercizio di un pubblico servizio. Contestualmente, viene modificato anche il comma 15-ter dell'art. 3 del medesimo Codice sui «contratti di partenariato pubblico-privato»⁽²⁾ nonché introdotto il comma 15-bis.1 che esprime la definizione del contratto in parola.

Il contratto di disponibilità, a livello positivo, viene definito come «il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti» (art. 3, comma 15-bis.1, d.lgs. n. 163/2006).

subordinate al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto. In realtà, come cercheremo di argomentare, l'adempimento di alcuni obblighi dell'amministrazione diverrà esigibile già dai momenti iniziali di esecuzione del contratto.

⁽²⁾ «15-ter. Ai fini del presente codice, i «contratti di partenariato pubblico privato» sono contratti aventi 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 vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, l'affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l'affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell'opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell'opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat».

Emerge, in particolare, il concetto della messa a disposizione dell'opera (una volta che questa sia stata costruita a cura dell'affidatario), definito, forse impropriamente, un «onere» del privato «di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità», questi ultimi previsti all'interno degli atti di gara.

In realtà, si tratterebbe di una vera e propria obbligazione, il cui adempimento è strettamente interdipendente con il dovere della controparte pubblica di corrispondere un canone per la disponibilità dell'opera⁽³⁾, unitamente al versamento degli altri contributi (solo eventuali) i quali, tuttavia, sono stati previsti esclusivamente all'interno del primo comma dell'art. 160-ter⁽⁴⁾.

Si ritiene, comunque, che l'eventuale facoltà di riscatto dell'opera (originariamente di dominio privato) da parte della p.a. andrà prevista, fin dall'origine, all'interno degli atti di gara, posto che da essa dipende la possibilità di concedere o meno anche un'eventuale contributo di costruzione, oltre che il versamento del prezzo di trasferimento ai sensi dell'art. 160-ter, comma 1, lett. b) e c)⁽⁵⁾.

Del resto, l'analisi della collocazione sistematica degli importi dovuti dalla pubblica amministrazione in esecuzione del contratto di disponibilità è utile, come si approfondirà nel prosieguo, per delinearne la causa negoziale (cfr. par. 3).

L'art. 160-ter, inoltre, dopo aver ribadito che all'affidatario sono normalmente allocati («...ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi co-

⁽³⁾ Si veda anche l'art. 160-ter, comma 6: «L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità».

⁽⁴⁾ «1.L'affidatario del contratto di disponibilità è retribuito con i seguenti corrispettivi, soggetti ad adeguamento monetario secondo le previsioni del contratto: a) un canone di disponibilità, da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera; il canone è proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità della stessa per manutenzione, vizi o qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice ai sensi del comma 3; b) l'eventuale riconoscimento di un contributo in corso d'opera, comunque non superiore al cinquanta per cento del costo di costruzione dell'opera, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice; c) un eventuale prezzo di trasferimento, parametrato in relazione ai canoni già versati e all'eventuale contributo in corso d'opera di cui alla precedente lettera b), al valore di mercato residuo dell'opera, da corrispondere, al termine del contratto, in caso di trasferimento della proprietà dell'opera all'amministrazione aggiudicatrice».

⁽⁵⁾ Anche se i primi commentatori, a ragione, non escludono affatto che la possibilità di riscattare il bene sia convenuta tra le parti in un momento successivo. Cfr. ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, in *Lexitalia.it*, V, 2012, 8.

munitari vigenti...» – art. 3, comma 15-ter, d.lgs. n. 163/2006) il rischio di costruzione e gestione tecnica dell'opera in aderenza ai parametri stabiliti dall'EUROSTAT per porre l'investimento fuori dal bilancio dell'ente pubblico, ha previsto specifiche regole applicabili per l'affidamento del contratto di disponibilità.

Sinteticamente (comma 2 e ss.), l'amministrazione pone a base di gara, mediante un bando pubblicato ai sensi dell'art. 66 o dell'art. 122 a seconda dell'importo del contratto, un capitolato prestazionale in cui dettaglia preventivamente le caratteristiche strutturali e funzionali dell'opera costruenda e le modalità di possibile varianza negativa del canone nei limiti di cui al comma 6. Le offerte dei privati, per i quali valgono i requisiti generali di partecipazione e qualificazione di cui al Codice (comma 4), contengono un progetto preliminare e la garanzia a corredo dell'offerta di cui all'art. 75 d.lgs. n. 163/2006. Dopodiché, sulla base dei parametri espressi nel bando, l'amministrazione valuta le offerte seguendo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, aggiudicando il contratto al soggetto che risulti più idoneo alla costruzione dell'opera nonché alla messa a disposizione della stessa a favore della p.a., a fronte della ricezione di un corrispettivo.

L'affidatario cura dunque in proprio la progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva e le eventuali varianti in corso d'opera, assumendo a proprio carico la possibilità di subire in merito dinieghi dalle altre amministrazioni, diverse dall'affidante, che hanno competenza in relazione all'opera (comma 5⁽⁶⁾). All'esito, questa è solamente soggetta

⁽⁶⁾ «5. Il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le eventuali varianti in corso d'opera sono redatti a cura dell'affidatario; l'affidatario ha la facoltà di introdurre le eventuali varianti finalizzate ad una maggiore economicità di costruzione o gestione, nel rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e provvedimenti di pubbliche autorità vigenti e sopravvenuti; il progetto definitivo, il progetto esecutivo e le varianti in corso d'opera sono ad ogni effetto approvati dall'affidatario, previa comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice e, ove prescritto, alle terze autorità competenti. Il rischio della mancata o ritardata approvazione da parte di terze autorità competenti della progettazione e delle eventuali varianti è a carico dell'affidatario. L'amministrazione aggiudicatrice può attribuire all'affidatario il ruolo di autorità espropriante ai sensi del testo unico di cui al D.P.R. 8 giugno 2001, n. 327». La l. n. 134/2012, in sede di conversione del d.l. n. 83/2012, ha inserito al comma 5 dell'art. 160-ter quest'ultimo periodo. Questa è inoltre intervenuta su un ulteriore aspetto in qualche modo collegato alla disposizione, di cui al comma 5, mediante l'aggiunta – al comma 2 – del seguente testo: «Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell'opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità. Salvo diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto dal comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica

al collaudo della p.a. contraente (comma 6⁽⁷⁾) la quale, se constatata inadempimenti, imperfezioni o mancanza di qualità che ne impediscono la completa messa a disposizione ai sensi del capitolato prestazionale e della normativa, può proporre le modifiche o i nuovi lavori ritenuti opportuni ovvero anche diminuire, proporzionalmente, l'ammontare del canone, nei limiti della salvaguardia delle caratteristiche funzionali essenziali dell'opera medesima.

Esaurita, infatti, la fase pubblicistica di scelta del contraente, e avvenuta la stipulazione con il privato aggiudicatario, si pone il problema, quando il contratto sia comunque giunto ad efficacia, di rilevare la disciplina applicabile nella fase di esecuzione⁽⁸⁾ che, in via tendenziale, si rifarà alle regole ed ai principi di diritto civile⁽⁹⁾, salvo quanto specificamente previsto dalla normativa speciale.

dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatario». Quest'ultima innovazione legislativa, a differenza della prima citata, si applica solo ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione (cfr. art. 4-bis, comma 2, l. 134 cit.)».

⁽⁷⁾ «L'attività di collaudo, posta in capo alla stazione appaltante, verifica la realizzazione dell'opera al fine di accertare il puntuale rispetto del capitolato prestazionale e delle norme e disposizioni cogenti e può proporre all'amministrazione aggiudicatrice, a questi soli fini, modificazioni, varianti e rifacimento di lavori eseguiti ovvero, sempre che siano assicurate le caratteristiche funzionali essenziali, la riduzione del canone di disponibilità. Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto. L'adempimento degli impegni dell'amministrazione aggiudicatrice resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione dell'opera ed alla messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste dal contratto di disponibilità».

⁽⁸⁾ CASSANO (a cura di), *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione*, Padova, 2005, 7: «L'esecuzione è retta da norme contrattuali. I soggetti sono in posizione di parità, il rapporto è negoziale, i diritti e i doveri nascono dal contratto. Vige il principio di mantenere inalterato il sinallagma contrattuale. Di conseguenza il momento che cristallizza la disciplina regolatrice dell'esecuzione del contratto è la legge vigente al momento della stipula perché è questo il momento in cui si definisce il sinallagma contrattuale (che, si ripete, non può essere alterato). Eventuali norme sopravvenute non possono essere applicate a meno che siano norme che non incidano su tale rapporto. La prevalenza della norme di diritto privato è però suscettibile di numerose deroghe, infatti è possibile rinvenire istituti e norme di diritto pubblico anche nella fase successiva all'approvazione del contratto finalizzati a garantire alla p.a. un potere supplementare rispetto a quello proprio di qualsiasi contraente. (...)».

⁽⁹⁾ CARANTA, *I Contratti Pubblici*, Torino, 2012, 41: «Meno rilevante è e resta il nostro diritto amministrativo nella fase dell'esecuzione dei contratti (con eccezioni più marcate in materia di appalti di lavori). Merita rilevare che questo è uno dei profili in cui il nostro ordinamento si discosta da quello francese, che proprio sulla

Assume rilevanza, a questo proposito, la collocazione sistematica nell'ambito del Capo III del Titolo III del Codice, contenente anche la disciplina della finanza di progetto e del *leasing* pubblico. Da tali figure, dunque, si potrà attingere quanto alla disciplina applicabile, unitamente a quanto previsto dalle norme generali ivi espressamente richiamate⁽¹⁰⁾.

Dal quadro normativo di riferimento emerge, comunque, un dato. La normativa speciale del d.lgs. n. 163/2006 non si preoccupa di dare una compiuta definizione del contratto in esame. Elenca, «a titolo esemplificativo», le figure assimilabili ai contratti di partenariato pubblico-privato, tra cui il contratto di disponibilità.

In questo ambito, si concentra in maniera particolare su quella che è la normale ripartizione dei rischi tra le parti e, in generale, su alcune delle loro prestazioni principali, senza però curarsi di qualificare espressamente il contratto né di individuarne la relativa disciplina in maniera tendenzialmente completa.

Il compito, allora, è lasciato all'interpretazione del civilista.

2. *La natura dei contratti di partenariato pubblico/privato e la loro collocazione all'interno della categoria generale del contratto*

Prima di approfondire la tematica del contratto di disponibilità,

base dei *pouvoirs exorbitants* riconosciuti al contraente pubblico dopo la conclusione del contratto ha edificato la teorica del *contrat administratif*. A tale evoluzione, però, nel nostro sistema si opponeva la regola di riparto, che lascia al giudice ordinario la più parte delle controversie relative all'esecuzione dei contratti. E d'altra parte la dottrina, come accennato, seguendo la propria vocazione autoritaria, era pervenuta ad analoghi risultati riqualificando come provvedimenti una rilevante categoria di contratti. Il gioco tra diritto civile e diritto amministrativo è oggi reso plasticamente dai commi 3 e 4 dell'art. 2 del d.lgs. 12 febbraio 2006, n. 163, di approvazione del Codice dei Contratti pubblici (...). La legge fondamentale sul procedimento amministrativo è richiamata in particolare per quanto riguarda la scelta del contraente, mentre il diritto civile ha funzione sussidiaria, di chiusura del sistema».

⁽¹⁰⁾ Art. 152 (Disciplina comune applicabile) : «1. Alle procedure di affidamento di cui al presente capo si applicano le disposizioni: - della parte I (principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice); - della parte II, titolo III, capo I (programmazione, direzione ed esecuzione dei lavori); - della parte IV (contenzioso); - della parte V (disposizioni di coordinamento, finali e transitorie). 2. Si applicano inoltre, in quanto non incompatibili con le previsioni del presente capo, le disposizioni del titolo I (contratti di rilevanza comunitaria) ovvero del titolo II (contratti sotto soglia comunitaria) della parte II (contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari), a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'articolo 28, ovvero inferiore. 3. Le disposizioni del presente capo si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi, con le modalità fissate dal regolamento».

è necessario esaminare quello che il Codice degli Appalti considera il suo «contenitore», definendo la natura della categoria dei contratti di partenariato pubblico privato.

Per descrivere oggi il fenomeno del partenariato pubblico privato è necessario rinvenirne, in primo luogo, la *ratio*⁽¹¹⁾ nonché l'intento pratico⁽¹²⁾ perseguito dagli organi comunitari, e dal legislatore, mediante la sua introduzione e promozione.

⁽¹¹⁾ La maggioranza della dottrina amministrativistica passa da nozioni del partenariato come «schema ricostruttivo» («dal valore essenzialmente classificatorio, ma senza conseguenze precettive, dirette o indirette, ovvero con conseguenze precettive che non dipendono dal significato univoco che si può attribuire alla relativa nozione, bensì dal modo concreto o dall'istituto specifico che di volta in volta il legislatore voglia indicare...» – CORTESE, *Tipologie e Regime delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo, Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 39), a quella di «mera sintesi verbale» («...L'unico tratto unitario di tutte le varie figure è la loro convergente funzione, di attrarre, ed utilizzare, risorse finanziarie ed organizzatore private nel compimento di attività complesse, pubbliche o di interesse pubblico, in stretta collaborazione con le amministrazioni. Si tratta, tuttavia, di un elemento estrinseco rispetto alla loro differenziata struttura. (...) In sintesi: il PPP non è un istituto giuridico, ma una *policy* che il legislatore italiano, sulla scorta di indirizzi europei e, prima, di una tendenza generale dei paesi avanzati, ha fatto propria ed istituzionalizzato in varie figure» - AMOROSINO, *Profili sistematici del partenariato pubblico-privato per le infrastrutture e le trasformazioni urbanistiche*, in *Riv. trim. appalti*, II, 2011, 383) fino a quella che a nostro avviso sembra più vicina alla realtà quali «contratti non sinallagmatici» e, specificamente per i partenariati istituzionali, «contratti associativi» (CARANTA, *I Contratti Pubblici*, cit., 138 ss.). Parte della dottrina, forse sulla base del fatto che il concetto di partenariato ha un ambito semantico di per sé ampio nonché argomentando dalla sua trasversalità per la provenienza da altri settori specialmente comunitari (si pensi alla gestione dei fondi strutturali) sembrerebbe voler escludere autonoma valenza giuridica alla categoria nell'ambito delle opere pubbliche. La circostanza, valorizzando l'elemento funzionale che peraltro sembra essere considerato anche dalla dottrina citata, è a nostro avviso da escludere anche in virtù dell'esplicita positivizzazione della categoria dei contratti di partenariato con l'art. 3, comma 15-ter, d.lgs. n. 163/2006, nonché dell'ovvia considerazione che, nell'ambito delle opere pubbliche, la collaborazione pubblico-privato non può formalizzarsi se non mediante contratto e previa aggiudicazione secondo le procedure di evidenza pubblica di volta in volta previste.

⁽¹²⁾ Per un'adeguata rappresentazione dei fini, insieme finanziari e politici, dell'introduzione e della valorizzazione della figura dei PPP, quando utilizzati secondo determinati presupposti, cfr. Circolare 27 marzo 2009 del Presidente del Consiglio dei Ministri, *Criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31*, in G.U. 10 aprile 2009, n. 84: «La decisione Eurostat 11 feb-

Tale intento, per alcuni più di stampo politico-finanziario che giuridico, spiega in qualche modo le difficoltà di ordine dogmatico nell'individuare l'esatta collocazione di questo strumento che però, a nostro avviso, rientra a ragion veduta all'interno della categoria del contratto.

A questi fini, già la definizione legislativa – più sopra esaminata – aiuta l'interprete in maniera considerevole.

Si tratterebbe di una tipologia di contratti necessariamente a parte pubblica⁽¹³⁾. Da qui si deduce la loro inidoneità, dal punto di vista classificatorio, ad esser posti sullo stesso piano delle categorie generali di cui al codice civile le quali, almeno in astratto, riguardano parti contraenti intese in via generale come soggetti di diritto, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata.

Ci si riferisce, in particolare, alla tradizionale distinzione tra contratti a prestazioni corrispettive⁽¹⁴⁾ e contratti a comunione di scopo, che, dunque, insisterebbe su un piano più generale rispetto al «particolare» dei contratti di partenariato.

Non a caso, questi ultimi possono rivestire la forma c.d. «istituzionale» - mediante la creazione di appositi soggetti societari separati dai rispettivi contraenti, rientrando a pieno titolo allora nei contratti a comunione di scopo (si pensi alle c.d. società miste pubblico-private) - ovvero la forma c.d. «contrattuale», ove l'associazione dei soggetti per il raggiungimento del comune obiettivo è strutturata sopra vincoli meno

braio 2004 prevede che i beni (*assets*) oggetto di tali operazioni (i PPP) non vengano registrati nei conti delle pubbliche amministrazioni, ai fini del calcolo dell'indebitamento netto e del debito, solo se c'è un sostanziale trasferimento di rischio dalla parte pubblica alla parte privata. Ciò avviene nel caso in cui si verifichino contemporaneamente le seguenti due condizioni: il soggetto privato assume il rischio di costruzione; il soggetto privato assume almeno uno dei due rischi: di disponibilità o di domanda». Nel caso del contratto di disponibilità, il soggetto privato assume il rischio di costruzione e quello di disponibilità. Tale assetto nella ripartizione dei rischi costituisce, a prescindere dalla concreta conformazione giuridica, una notevole leva all'utilizzo del contratto nell'ambito delle opere pubbliche da parte della p.a., ponendo l'investimento a carico del privato e di conseguenza permettendo alla stessa pubblica amministrazione di non indebitarsi per la costruzione di tali opere.

⁽¹³⁾ Oltre che caratterizzati da una serie di altri elementi adeguatamente sottolineati dalle fonti europee: a) una durata relativamente lunga della collaborazione; b) una modalità di finanziamento del progetto che deve essere garantita dal settore privato (anche se non necessariamente in via esclusiva) c) una ripartizione della gestione dei rischi i quali vanno suddivisi in modo preciso, tra soggetto pubblico e *partner* privato.

⁽¹⁴⁾ Non è questa la *sedes materiae* per introdurre l'analisi sulle differenze intercorrenti tra il concetto di «corrispettività» e di «sinallagmaticità», per la quale si rinvia alle preziose considerazioni di CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Perugia, 2010, 293 ss.

stringenti che, come si vedrà, accetterebbero anche la compresenza di paradigmi di tipo corrispettivo⁽¹⁵⁾.

Già da queste notazioni, allora, parrebbe che i contratti di partenariato siano, almeno tendenzialmente, qualificabili come dei contratti a comunione di scopo. La circostanza sarebbe inoltre avvalorata dalla necessaria lunga durata della *partnership*, elemento caratterizzante in massima parte questa tipologia negoziale.

In questo contesto, i partenariati potrebbero essere letti come una, per così dire, «macro-sub-categoria», collocata ad un livello inferiore rispetto alla citata divisione codicistica dei contratti, ma che, in quanto «macro», abbraccia entrambi i sovrainsiemi.

La proposta posizione sistematica, necessariamente interna al settore dei contratti pubblici (ma non per questo astrattamente insuscettibile di acquisire un rilievo generale), è del resto argomentabile in base ad una serie di elementi: la natura appunto pubblica, speciale, dei contratti; la stessa disciplina del partenariato pubblico-privato introdotta, anche *in executivis*, dal Codice degli appalti, ove si riscontrano sempre più spesso schemi tendenzialmente riconducibili ai contratti a prestazioni corrispettive⁽¹⁶⁾, pur mantenendosi intatti alcuni caratteri fondamentali del contratto a comunione di scopo. Si pensi proprio al contratto di disponibilità o alla fattispecie della locazione finanziaria di opere pubbliche e della finanza di progetto.

Da un punto di vista più spiccatamente funzionale, inoltre, emergerebbe un ulteriore interesse che travalica la posizione delle parti contraenti, in specie quello della collettività alla realizzazione in tempi brevi di un'opera pubblica o di pubblica utilità di qualità e, in generale,

⁽¹⁵⁾ Si sono riscontrate nel tempo posizioni giurisprudenziali, quand'anche isolate, che istituivano un rapporto di integrazione piuttosto che di rigida alternatività tra le due categorie, a sottolinearne il sostrato negoziale comune. Cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 579/1973, in *Foro it.*, I, 1973, 1407: «Poiché l'atto costitutivo del rapporto associativo riproduce la situazione caratteristica dei contratti sinallagmatici, qualora un associato non adempia agli obblighi che intervengono nel sinallagma (Obbligo di contributo e divieto di compiere atti che contraddicono agli scopi e agli interessi associativi) l'associazione, in alternativa con il rimedio previsto dall'art 24, terzo comma, cod. civ., può chiedere giudizialmente, in applicazione dell'art 1453 cod. civ., la risoluzione del rapporto associativo nei riguardi dell'inadempiente, sempre che dell'inadempimento sussista la gravità sufficiente a norma dell'art 1455 cod. civ.».

⁽¹⁶⁾ Ammette la difficoltà nel riportare il PPP alle categorie contrattuali tradizionali TOMASI, *Struttura e qualificazione del Project Financing*, in *Contratti*, V, 2012, 417 ss.: «Il PPP per le sue caratteristiche risulta un contratto complesso, in cui le parti assumono più obbligazioni, connesse tra loro, e non si limitano a convenire lo scambio di un bene o di un servizio a fronte del corrispettivo prestato ma disegnano una struttura contrattuale molto articolata».

al risparmio di risorse pubbliche da reimpiegare con altre modalità a favore della cittadinanza ⁽¹⁷⁾.

In tal senso, può riscontrarsi un parallelismo con quella dottrina che, pur a diversi fini, sembrava aver già individuato l'importanza dell'*acquis* comunitario e costituzionale entro una nuova lettura della disciplina del contratto. Questa non appare più limitata alla messa in rapporto di individui rigidamente separati e contrapposti, bensì considerata al servizio di interessi ulteriori, dentro una nuova configurazione solidaristica ⁽¹⁸⁾ del mercato e del contratto ⁽¹⁹⁾. Tutto ciò senza sacrificare l'interesse singolare in quanto il soggetto contraente, reso consapevole mediante adeguati flussi informativi all'interno del mercato, è pur sempre libero di negoziare o meno.

⁽¹⁷⁾ CIPPITANI, *La solidarietà giuridica*, cit., 225 ss.: «La circostanza che l'interesse possa anche consistere nel beneficiare soggetti terzi, rispetto al rapporto in esame, non fa venir meno la valutabilità in termini economici degli obblighi di coloro che erogano un servizio sociale o i beneficiari di un finanziamento. La disciplina del contratto in favore di terzi (art. 1411 c.c.) da sola ben spiega che è suscettibile di valutazione economica anche l'interesse dello stipulante in favore di un soggetto terzo al rapporto».

⁽¹⁸⁾ CIPPITANI, *La solidarietà giuridica*, cit., 272 ss.: «L'ordinamento comunitario è anche quello in cui si abbandona l'idea dei codici civili liberali, per cui tutti i soggetti sono in astratto eguali, sovrani nella regolamentazione dei loro interessi. Il diritto dell'Unione considera rilevante lo squilibrio giuridico, non soltanto economico, tra le parti e individua categorie di soggetti deboli (consumatori, piccoli imprenditori), suscettibili di tutela anche contro la pattuizione negoziale. Il potere dell'ordinamento, soprattutto attraverso i giudici, è diventato di una incisività neppure ipotizzabile nei codici civili. Da questa prospettiva, il diritto dell'Unione Europea supera il disegno delle Costituzioni degli Stati europei, ma nel senso di portarlo alle estreme conseguenze e renderlo effettivo. (...) In questo quadro non è possibile pensare ad una contrapposizione tra solidarietà e mercato o ritenere la prima come correttivo del secondo. Aspetti economici e solidaristici appaiono aspetti connessi e altrettanto importanti del diritto comunitario».

⁽¹⁹⁾ Una tendenza riscontrabile nella stessa apertura della disciplina dei contratti ai c.d. «interessi patrimonialmente neutri», cfr. SASSI, in PALAZZO, SASSI, SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, Perugia, 2008, 377: «il diritto civile sorto e sviluppatosi attorno alla tutela di situazioni giuridiche a carattere propriamente patrimoniale, si deve vieppiù confrontare con interessi patrimonialmente neutri, la cui rilevanza ha assunto un ruolo determinante a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso; interessi che, per di più, trovano applicazione – e quindi vanno salvaguardati – nel rapporto patrimoniale per eccellenza, cioè a dire quello nascente da contratto. (...) Dinanzi a queste situazioni il compito dell'interprete si esplica attraverso un procedimento sostanzialmente equitativo, in cui la funzione delle c.dd. permanenze, principi e clausole generali (con particolare riferimento alle libertà fondamentali o alle clausole di buona fede oggettiva e di ingiustizia del danno), assume un carattere ancora più pregnante, di tutela degli interessi fondamentali in gioco, in vista del loro corretto bilanciamento».

Secondo tale impostazione, le parti, quando concludono un'operazione di partenariato pubblico privato, dovrebbero ritenersi vincolate non solo agli obblighi propri del regolamento negoziale, ma finanche a collaborare, nell'interesse della collettività, per il compimento dell'opera e, soprattutto, per la sua messa a punto e il suo funzionamento in quanto pur sempre destinata al governo della comunità o alla fornitura di un servizio per la medesima⁽²⁰⁾.

Nell'ottica di un'evoluzione dell'ordinamento oramai per buona parte affidata, soprattutto a livello di fonte legislativa, ai settori speciali, si ipotizza allora una possibile spinta – «dal basso» - verso il superamento dell'originaria distinzione tra contratti a prestazioni corrispettive e contratti a comunione di scopo mediante la compenetrazione⁽²¹⁾ dei due

⁽²⁰⁾ Cass. Civ., Sez. III, n. 14343/2009, in *CED Cass.*, n. 608475: «Il fondamento costituzionale dell'autonomia negoziale va individuato alla luce di molteplici supporti normativi, in ragione della natura degli interessi affidati alle singole esplicazioni di autonomia e dei valori costituzionali ai quali questi interessi sono riconducibili. I fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro. Ci si riferisce ai controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (art. 1322 c.c.) e di "liceità" (spec. art. 1343 c.c.) che devono essere condotti, per quanto qui interessa, alla stregua dell'art. 2 Cost. il quale tutela i diritti inviolabili dell'uomo e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà. Quest'ultima, supremo principio costituzionale, esprime cooperazione e si caratterizza per una valenza etica, identificandosi con un "ideale di partecipazione piena all'altrui vicenda" che non può non assumere aspetti di reciprocità. La persona è inseparabile dalla solidarietà che non può essere pertanto limitata alla sfera dei rapporti economici dato che il principio solidaristico, oltre a svolgere una funzione emancipatoria ed a garantire l'adempimento dei doveri del singolo verso la comunità, assume rilevanza anche nell'ambito dei rapporti interindividuali. In altre parole, il principio solidaristico non è più soltanto caratterizzato in senso economico, rivolto a scopi nazionalistici, di efficientismo del sistema o di aumento della produttività, ma ha fini ad un tempo politici, economici, sociali»; cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, n. 9931/2012, in *CED Cass.*, n. 623043.

⁽²¹⁾ Tale lettura, almeno nel nostro caso, permetterebbe di mettere da parte quei tentativi di riportare i contratti di partenariato entro le categorie del contratto misto o del collegamento negoziale, non sempre idonei a spiegare la «specialità» dell'operazione nel suo complesso. Per un tale approfondimento, centrato sui tentativi di tipizzazione della figura del *project financing*, cfr. TOMASI, *Struttura e qualificazione del*, cit., 417 ss. Non sembra dunque necessario, quantomeno in relazione al contratto di disponibilità, richiamarsi al concetto di collegamento negoziale. E' vero che il comma 6 dell'art. 160-ter prevede espressamente che «Il contratto individua, anche a salvaguardia degli enti finanziatori, il limite di riduzione del canone di disponibilità superato il quale il contratto è risolto», ma qui si tratterebbe di una sorta di condizione risolutiva del contratto che, prima di essere a salvaguardia di una terza parte contrattuale (finanziatrice), sanzionerebbe l'inidoneità dei flussi di cassa dell'operazione economica a ripagare l'investimento iniziale del privato che,

tradizionali modelli entro il medesimo quadro negoziale⁽²²⁾.

Tirando le fila da un punto di vista pratico, nel caso dei partenariati pubblico privati - specialmente di tipo «contrattuale» - potrebbe non esservi bisogno di un regime giuridico univoco. Richiamando ad un oramai consolidato orientamento giurisprudenziale reso dalla Sezione I della Corte di Cassazione in materia di società cooperative⁽²³⁾, si potrà

dunque, potrebbe trovarsi nell'impossibilità concreta di assicurare il godimento dell'opera alla p.a., il che potrà poi secondariamente incidere anche sui contratti normalmente stipulati per finanziare operazioni del genere. A conferma di una tale tesi, cfr. ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, cit., 8: «Trattasi di previsione posta a tutela dell'amministrazione, la quale non potrà vedersi costretta a mantenere in vita un contratto per avere a disposizione un bene assolutamente inferiore alle aspettative di resa, pur pagando un canone notevolmente ridotto. La medesima previsione serve a tutelare i finanziatori del privato, i quali potranno far conto su un corrispettivo minimo per il recupero del finanziamento, consapevoli del fatto che -al di sotto di tale corrispettivo minimo- il bene torna nella disponibilità del privato, cessando l'obbligo di messa a disposizione»

⁽²²⁾ Si riportano le pregevoli analisi di PINO, *Il contratto con prestazioni corrispettive*, Padova, 1963, 162, il quale, pur nell'ottica di una differenziazione tra contratti a prestazioni corrispettive e contratti a comunione di scopo, sembra comunque introdurre un' iniziale contrapposizione di interessi come elemento comune ad entrambe le categorie: «L'antagonismo degli interessi, che perdura anche nel momento della esecuzione del contratto con prestazioni corrispettive, non sussiste nel contratto plurilaterale e, per chi li ritiene diversi dal plurilaterale, nel contratto di società e nel contratto associativo agrario. Nel contratto plurilaterale e nel contratto di società l'iniziale antagonismo tra le parti è già composto, in quanto l'interesse tipico di ciascuna ha un contenuto identico all'interesse delle altre».

⁽²³⁾ Cass. Civ., Sez. I, n. 7646/2007, in *CED Cass.*, n. 596020: «Il socio di una cooperativa, beneficiario del servizio mutualistico reso da quest'ultima, è parte di due distinti (anche se collegati) rapporti (che non vanno, peraltro, sovrapposti, attesa la diversità della natura giuridica e la non assoluta omogeneità della relativa disciplina), l'uno di carattere associativo, che discende direttamente dall'adesione al contratto sociale e dalla conseguente acquisizione della qualità di socio, l'altro (per lo più di natura sinallagmatica), che deriva dal contratto bilaterale di scambio, per effetto del quale egli si appropria del bene o del servizio resogli dall'ente. Nelle cooperative edilizie, in particolare, l'acquisto, da parte dei soci, della proprietà dell'alloggio per la cui realizzazione l'ente sia stato costituito passa attraverso la stipulazione di un contratto di scambio, la cui causa è del tutto omogenea a quella della compravendita, in relazione al quale la cooperativa assume veste di alienante ed il socio quella di acquirente, sicché, con specifico riferimento al corrispettivo dovuto, la misura e le modalità di pagamento sono quelle indicate nel contratto di acquisto, e non possono essere modificate dagli organi sociali, in assenza di un'esplicita previsione contrattuale. Pertanto, al socio che abbia stipulato il contratto di acquisto dell'appartamento cedutogli dalla cooperativa non può essere imposto alcun adeguamento del prezzo, qualora ciò non trovi fondamento nel predetto contratto». *Ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. I, n. 9393/2004, in *CED Cass.*, n. 572924; Cass. Civ., Sez. I, n. 18724/2007, in *CED Cass.* n. 598999; Cass. Civ., Sez. I, n. 6197/2008, in

tentare di evocare, in base alla natura del singolo rapporto di interessi tra le parti che assuma in concreto rilevanza, i principi propri dell'una o dell'altra categoria contrattuale di riferimento. Ciò, in ogni caso, senza mai perdere di vista il «quadro» contrattuale⁽²⁴⁾ finalizzato al partenariato, al principio di solidarietà sociale nonché all'obbligo di comportarsi secondo buona fede durante l'esecuzione del contratto.

Il contratto di disponibilità, invero, ad una prima superficiale lettura, potrebbe sembrare focalizzato su un'ottica di antitesi⁽²⁵⁾ tra parte pubblica e privata.

In realtà, tale figura si introduce all'interno dell'ultima, per così dire, fase evolutiva dei contratti di partenariato pubblico-privato di tipo contrattuale.

Il legislatore ha voluto varare uno schema negoziale che consenta di realizzare opere di rilevanza pubblica ad iniziativa e rischio dei privati⁽²⁶⁾. Tale struttura, allora, richiede una necessaria (ancorché parziale) contrapposizione del soggetto pubblico e di quello privato,

CED Cass. n. 602341; *Cass. Civ., Sez. I*, n. 16304/2009 in *CED Cass.* n. 608946; *Cass. Civ., Sez. I*, n. 10648/2010 in *CED Cass.* n. 612843.

⁽²⁴⁾ CIPPITANI, *La solidarietà giuridica*, cit., 372 ss.: «Il dovere di solidarietà aggiunge formalmente finalità ulteriori a quelle che il negozio ha solitamente. Ora queste finalità ulteriori non possono essere degradate a motivi, almeno nell'accezione tradizionale del termine. La circostanza che la solidarietà sia un obbligo, anche di rango costituzionale, esclude che essa possa considerarsi un "movente tutto personale e concreto dell'atto volitivo", ovvero "l'impulso che induce il soggetto al negozio" (...) In realtà la solidarietà come finalità arriva ad incidere sul fondamento del contratto, indipendentemente dalla classificazione tipologica. Il che è coerente con la tendenza odierna ad abbandonare, da un lato, la teoria puramente oggettiva della causa e dall'altro il dogma della irrilevanza dei motivi».

⁽²⁵⁾ Sul concetto, invece, della cooperazione che sembra oramai investire l'intera disciplina del contratto, a prescindere dalle rispettive differenze tipologiche cfr. BISCONTINI, *Onerosità, corrispettività e qualificazione dei contratti. Il problema della donazione mista*, Napoli-Camerino, 1984, 24: «L'obbligazione (*rectius*, il rapporto giuridico) strutturalmente non è più relazione tra diritto soggettivo e dovere, ma si pone con riferimento a situazioni giuridiche soggettive di contenuto complesso, contrapposte o collegate. (...) Si giunge così a concepire il rapporto come rapporto di cooperazione in cui si sottolinea la posizione paritetica delle due situazioni giuridiche soggettive, e quindi dei soggetti titolari. Nella giustificazione di tale cooperazione si supera la concezione individualistica, egoistica del rapporto giuridico sicché si propone che la teoria dell'inadempimento contrattuale tenga presente anche l'obbligo di cooperazione del creditore».

⁽²⁶⁾ In particolare facendo dipendere l'esigibilità dei canoni, nell'*an* e nel *quantum*, sulla base dell'effettivo ottenimento o meno dei livelli di servizio pattuiti. Si veda la Circolare P.C.M. del 27 marzo 2009, cit.: «Il rischio di disponibilità attiene alla fase operativa ed è connesso ad una scadente o insufficiente gestione dell'opera pubblica, a seguito della quale la quantità e/o la qualità del servizio reso risultano inferiori

realizzando un'ipotesi di scambio economico-giuridico tra patrimoni separati e differenti.

Tuttavia, ampliando la prospettiva, l'intera operazione si iscrive dentro un'impostazione completamente diversa, necessariamente elastica dal punto di vista giuridico, e più ampia, collaborativa, indispensabile per l'ottima realizzazione dell'opera.

L'alternativa per i contraenti, del resto, è l'utilizzo del paradigma classico, eminentemente a natura corrispettiva, dell'appalto di lavori e servizi pubblici⁽²⁷⁾, che però, in pratica, farebbe gravare l'investimento sulla parte pubblica.

Dunque, nel caso specifico del contratto di disponibilità, il rapporto tra le prestazioni principali (costruzione e messa a disposizione dell'opera a proprio rischio, manutenzione, contro il pagamento di un corrispettivo), dovrà essere letto, alla luce dei ragionamenti svolti, nella più estesa ottica del partenariato⁽²⁸⁾ e dello scopo comune⁽²⁹⁾, evitando di focalizzarsi esclusivamente sul suo carattere, *prima facie*, corrispettivo.

ai livelli previsti nell'accordo contrattuale. Tale rischio si può ritenere in capo al privato se i pagamenti pubblici sono correlati all'effettivo ottenimento del servizio reso - così come pattuito nel disposto contrattuale - e il soggetto pubblico ha il diritto di ridurre i propri pagamenti, nel caso in cui i parametri prestabiliti di prestazione (sia per quanto riguarda la disponibilità dell'infrastruttura, sia per quanto riguarda i servizi erogati) non vengano raggiunti. La previsione di pagamenti costanti, indipendentemente dal volume e dalla qualità di servizi erogati, implica, viceversa, una assunzione del rischio disponibilità da parte del soggetto pubblico».

⁽²⁷⁾ ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, cit., 1: «il legislatore ha ritenuto che tale schema di contratto - pur con evidenti differenze - presenti maggiori affinità con la concessione piuttosto che con l'appalto. Indubbiamente, il tratto comune di tali forme di contratto è costituito dal ricorso a capitali privati (si parla, in questi casi, di operazioni di Finanziamento Tramite Terzi, *FTT*) e dalla attribuzione all'affidatario di una serie di rischi che superano il mero rischio di costruzione gravante sull'appaltatore».

⁽²⁸⁾ Da altra prospettiva d'indagine cfr. PIPERATA, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato*, cit., 7: «Le molte occasioni di contatto che hanno pubblico e privato danno vita a rapporti nei quali può essere presente una dinamica collaborativa. Quello che di volta in volta cambia è l'intensità di tale collaborazione. In altri termini, non solo quando il pubblico ed il privato scelgono di cooperare per portare avanti in comune un'attività di rilevanza per l'interesse della collettività si ha un percorso di collaborazione; lo stesso effetto, sia pur meno forte ed evidente, si può produrre anche a seguito dell'instaurarsi di una relazione tra pubblico e privato basata su altra finalità ed eventualmente anche in assenza di tale relazione. A ben vedere si potrebbe ipotizzare, in via del tutto esemplificativa, una scala articolata su tre livelli che cambiano a seconda dell'intensità della collaborazione che si instaura tra il pubblico e il privato e a seconda del contesto che caratterizza il rapporto e che può essere di separazione, scambio o cooperazione».

⁽²⁹⁾ Si pensi alla possibile applicazione dell'art. 159, d.lgs. n. 163/2006 previsto

Tale nuova prospettiva risulta indispensabile per una corretta individuazione della disciplina applicabile al contratto.

3. *La qualificazione giuridica del contratto di disponibilità*

Come già adombrato in precedenza, l'esecuzione dei contratti pubblici è, tendenzialmente⁽³⁰⁾, regolata dal diritto civile. Il diritto amministrativo, in sostanza, ferma la propria potestà d'imperio alla fase d'aggiudicazione del contratto la quale, però, essendo pregiudiziale rispetto all'esecuzione, potrebbe in alcune ipotesi riversare i suoi vizi nella fase esecutiva⁽³¹⁾.

In questa sede, comunque, non si potrà dare conto di tutti i problemi connessi all'esecuzione del contratto di disponibilità, anche in relazione alla recente introduzione dello stesso che ne richiede una prima ricognizione nella prassi. Tuttavia, si potrà avanzare un qualche spunto di riflessione, mediante l'analisi di alcuni elementi essenziali del contratto, che ne richiedono però una previa qualificazione.

In particolare, la proprietà privata dell'opera costruenda rappresenta già a prima vista un elemento centrale nella conformazione causale del contratto di disponibilità. Si è peraltro giunti alla conclusione che tale contratto, in quanto parte della nuova categoria dei partenariati pubblico privati, costituirebbe una singolare figura di contratto a comunione di scopo che tuttavia, quando ricorrono, non si dovrebbe sottrarre alle peculiari regole e rimedi dei contratti a prestazioni corrispettive.

in materia di finanza di progetto, che consente il subentro di un nuovo soggetto realizzatore al primo concessionario inadempiente.

⁽³⁰⁾ Salvo quanto in materia previsto dal Codice degli Appalti, cfr. ad es. gli artt. 126-141 del d.lgs. n. 163/2006 espressamente richiamati dall'art. 152 del medesimo Codice. Si veda anche l'art. 2, comma 4, del medesimo dettato normativo.

⁽³¹⁾ Si pensi alle potestà di annullamento d'ufficio – cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 11/2011, in *www.giustizia-amministrativa.it*: «l'Amministrazione ha il potere di annullare l'aggiudicazione di un appalto pubblico anche dopo la stipulazione del contratto, in presenza ovviamente di adeguate esigenze di interesse pubblico. In tale evenienza e in virtù della stretta consequenzialità tra l'aggiudicazione della gara pubblica e la stipula del relativo contratto, l'annullamento giurisdizionale, ovvero, come nella specie, l'annullamento a seguito di autotutela degli atti della procedura amministrativa, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti. Infatti il contratto non ha una autonomia propria ed è destinato a subire gli effetti del vizio che affligge il provvedimento cui è inscindibilmente collegato restando "caducato" a seguito dell'annullamento degli atti che ne hanno determinato la sottoscrizione (cfr. per alcuni profili Consiglio Stato, Adunanza plenaria, 30 luglio 2008 n. 9, secondo cui l'annullamento dell'aggiudicazione determina un vincolo permanente e puntuale sulla successiva attività dell'amministrazione, il cui contenuto non può prescindere dall'effetto caducatorio del contratto stipulato)».

Il sostrato economico dell'operazione è rappresentato dalla costruzione di un'opera di interesse pubblico che resta in proprietà privata, concessa in godimento alla p.a. o meglio messa a disposizione della stessa assicurandone la costante fruibilità, per cui il *partner* privato si obbliga, dopo la costruzione, a curarne l'intera manutenzione nonché la risoluzione di ogni vizio, anche sopravvenuto, e con facoltà di acquisto della proprietà alla cessazione del contratto, mediante il pagamento del valore di mercato residuo della stessa anche in relazione a quanto già corrisposto ai sensi del comma 1 dell'art. 160-ter Cod. Contr. Pubb.

Potrebbe essere utile, a tal proposito, tentare l'inquadramento della fattispecie all'interno delle figure contrattuali già note agli interpreti e alla prassi. Queste ultime possono contribuire a circoscrivere ulteriormente l'ambito del contratto di disponibilità.

In particolare, la presenza di un canone, e in generale, di un eventuale contributo di costruzione, potrebbe autorizzare il richiamo a fattispecie di concessione di opere c.d. «fredde»⁽³²⁾.

Lo stesso art. 143, comma 9, del Codice degli Appalti ha introdotto la possibilità di affidare in concessione opere destinate all'utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici.

Tuttavia, sembrano sussistere delle differenze fondamentali tra contratto di disponibilità e concessione di lavori pubblici. Innanzitutto, in quest'ultimo caso il contratto è strutturalmente teso a far acquisire l'opera in proprietà della pubblica amministrazione. Inoltre, *medio tempore* il bene viene fatto gestire economicamente al privato concessionario.

⁽³²⁾ Infatti anche la concessione di costruzione e gestione, analogamente al contratto di disponibilità ha «di regola ad oggetto la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di opere pubbliche o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati» (art. 143, comma 1, d.lgs. n. 163/2006). Si vedano a tal proposito le considerazioni di BACCARINI, CHINE', PROIETTI, *Codice dell'Appalto pubblico*, Milano, 2011, 38: «Nel caso delle opere fredde l'amministrazione concedente è tenuta a pagare al privato concessionario non soltanto l'eventuale prezzo – in beni immobili o in denaro – ma a corrispondere periodicamente il c.d. canone di disponibilità ed i canoni per i servizi resi all'amministrazione. In tal caso l'esborso effettuato dall'amministrazione concedente è rilevante e costante non soltanto durante il periodo di realizzazione dell'infrastruttura ma anche nel periodo di gestione. Tuttavia tale esborso, affinché siano effettivamente trasferiti i rischi dedotti nel contratto, aspetto essenziale che differenzia la concessione dall'appalto, è subordinato all'esatto adempimento delle obbligazioni contrattuali da parte del privato concessionario. Ciò richiede una costante ed efficace attività di controllo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice non soltanto sulla corretta attuazione del contratto, ma anche sulla tenuta della contabilità dei lavori eseguiti e della gestione, come sopra specificato».

Nel caso del contratto di disponibilità, invece, si parla esclusivamente del diverso concetto di «gestione tecnica», intesa come manutenzione e risoluzione dei vizi pregressi e sopravvenuti⁽³³⁾, ai fini di una piena e costante fruibilità dell'opera a seconda delle esigenze rappresentate dalla pubblica amministrazione.

Non è, comunque, da escludersi *a priori* la possibilità di ibridi contrattuali ove si riconosca al *partner* privato lo sfruttamento economico di alcune parti dell'opera (si pensi, a titolo di esempio, al parcheggio di un'infrastruttura aeroportuale), unitamente al versamento di un canone di disponibilità e alla possibilità di riscatto dell'opera da parte della p.a. dopo un certo periodo. Del resto, il partenariato pubblico privato come categoria aperta dovrebbe autorizzare il ricorso a figure «atipiche», come già per il contratto di *global service*.

Altro discorso può farsi per la finanza di progetto di cui all'art. 153 d.lgs. n. 163/2006.

Il tendenziale affidamento di tutta la progettazione (preliminare, definitiva, esecutiva) alla parte privata costituisce elemento di potenziale affinità con la figura in esame. Tuttavia, nel contratto di disponibilità, alla pubblica amministrazione formalmente non è data alcuna facoltà di intervenire sulla progettazione definitiva ed esecutiva redatta dal soggetto privato. Sembra, infatti, che gli eventuali inadempimenti della parte privata rispetto a quanto previsto nel capitolato prestazionale (e nel correlativo progetto preliminare presentato in gara) possano essere fatti valere solo in fase di utilizzo dell'opera, sotto forma di pagamento del canone in misura minore o di riscossione delle penalità previste.

Gli elementi di similitudine con il *leasing immobiliare in costruendo* (art. 160-*bis* d.lgs. n. 163/2006) sono, invece, di carattere parziale.

Il riscatto dell'opera da parte della pubblica amministrazione, infatti, nella fattispecie della disponibilità assume il carattere di opzione solo eventuale.

⁽³³⁾Si veda il già citato comma 9 dell'art. 143 per cui «Le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione a condizione che resti a carico del concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera». Si veda anche FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato, con particolare riguardo al project financing ed al contratto di disponibilità*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2012: «Nel contratto di disponibilità, diversamente che nella concessione di costruzione e gestione, l'alea contrattuale del partner privato non si concentra nella fase di gestione economica, gravando sull'Amministrazione il pagamento di un canone di disponibilità (da versare in corrispondenza dell'effettiva disponibilità dell'opera, in mancanza della quale il canone è proporzionalmente ridotto od annullato), ma piuttosto nella fase di costruzione e progettazione».

In ogni caso, la differenza tra le due figure è costituita, più che altro, dalle modalità di affidamento e di progettazione o ancora da quelle di finanziamento, nell'ipotesi di *leasing* finanziario. In talune circostanze, tuttavia, tale diversità può sfumare di molto, specialmente nei casi di *leasing* c.d. operativo⁽³⁴⁾.

Fondamentale elemento di diversificazione, invece, la natura dell'affidatario/finanziatore, costituito da una società finanziaria (art. 160-bis, comma 4-bis). Non sembra comunque vietato, in mancanza di indicazioni contrarie del dato legislativo, che possano concorrere all'affidamento del contratto di disponibilità anche società d'investimento che, per la costruzione e gestione tecnica dell'opera, si avvalgano di soggetti terzi⁽³⁵⁾.

Per la verità, per quanto riguarda in particolare il fascio di obbligazioni inerente la c.d. manutenzione dell'opera, appare altresì sensato il riferimento ad un contratto, atipico, molto diffuso nella prassi amministrativa, tradizionalmente fatto rientrare nella categoria dei PPP: il c.d. contratto di *global service*⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ Corte dei Conti, Sez. Riunite Controllo, Delibera n. 49/CONTR/11, in *www.corteconti.it*, 10: «Con il *leasing* finanziario, se usato propriamente, la parte prevalente dei rischi (controllo dei lavori, ecc.) e dei benefici inerenti ai beni che costituiscono l'oggetto dell'investimento dovrebbero restare a carico dell'ente pubblico, per cui viene in maggior rilievo l'aspetto finanziario dell'operazione. Viceversa, nel caso in cui i rischi restino a carico della società di *leasing* (*leasing* operativo) assume preminenza la messa a disposizione dell'ente pubblico di un bene da questo utilizzabile, cioè il contratto è essenzialmente operativo». Cfr. anche FANTINI, *Il partenariato pubblico-privato*, cit., per cui «problematica potrebbe apparire l'integrale ascrivibilità della locazione finanziaria nell'ambito del PPP, potendo la medesima riguardare, secondo quanto è dato evincere dall'art. 160-bis del codice dei contratti pubblici, la realizzazione, ovvero l'acquisizione od il completamento di opere pubbliche; verosimilmente può inquadrarsi nel PPP la locazione in cui prevalente è l'attività inerente alla disponibilità e manutenzione dell'opera realizzata dal privato (c.d. *leasing* operativo)».

⁽³⁵⁾ ROBALDO, *Il contratto di disponibilità*, cit., 6, conferma che le norme «non chiariscono se l'esecuzione dei lavori spetti direttamente al soggetto aggiudicatario o se questi possa affidare a terzi la realizzazione, assumendosene il relativo rischio. Analogamente con quanto avviene per le concessioni di lavori e per il *leasing* pubblico in costruendo si deve ritenere che l'affidatario non sia tenuto necessariamente ad eseguire i lavori».

⁽³⁶⁾ Per un forte parallelismo con quanto poi scaturito nella figura del nuovo contratto di disponibilità, cfr. SANTI, *Il global service*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 627 ss.: «Più in generale (e, a parere di chi scrive, indipendentemente dalla riconduzione al modello dell'appalto o, per quanto astrattamente ammissibile, della concessione) lo spirito e la finalità del *global service*, come comunemente intese sotto il profilo finalistico, richiamano una peculiare forma di rischio che può caratterizzare i rapporti di partenariato pubblico-privato, nella fattispecie il c.d. rischio di disponibilità

Anche qui, tuttavia, ci si scontra con la (almeno inizialmente) necessaria proprietà privata dell'opera. Il *global service*, infatti, differisce dal contratto di disponibilità per essere un servizio che ha ad oggetto beni già presenti nel patrimonio della pubblica amministrazione. Pur curando la gestione tecnica ed operativa del bene, difetta da parte del privato il requisito della messa a disposizione dello stesso, non essendo questo di sua proprietà.

Esaurito, dunque, il richiamo alle fattispecie affini presenti nella contrattualistica pubblica, pare allora potersi autorizzare il rinvio – pur nei limiti sopra esposti, nonché sulla scorta delle premesse già svolte e relative alla natura tendenzialmente «elastica» dei contratti di partenariato – anche a modelli tipicamente riconducibili alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive.

Dall'analisi sin qui svolta, l'elemento dirimente ai fini della qualificazione del contratto risulta sempre quello della proprietà dell'opera da parte del *partner* privato.

Dal punto di vista sostanziale, infatti, la fattispecie sottostante il contratto di disponibilità sembrerebbe a prima vista configurarsi come una sorta di locazione (o un affitto, in caso di bene ad uso produttivo) e, nell'eventualità di acquisto del bene al termine del contratto, come una vendita (analogamente a quanto avviene nell'ambito della locazione finanziaria)⁽³⁷⁾.

Riguardo alla possibile affinità con la locazione civilistica si riscontrano, però, due importanti differenze:

- La diversa ripartizione del rischio di manutenzione, che nel contratto di disponibilità è normalmente tutto a carico del soggetto che mette a disposizione l'opera, anche per quanto riguarda la manutenzione ordinaria.
- Lo svolgimento, da parte del privato, di un'attività costruttiva del

legato alla performance dei servizi che il *partner* privato deve rendere nell'ambito di un determinato rapporto contrattuale. Sotto questo profilo, le carenze in punto di "disponibilità" del bene o delle prestazioni rispetto a quanto pattuito costituiscono – ove imputabili al prestatore del *global service* – altrettanti inadempimento dello stesso, suscettibili di essere fatti valere nelle forme e modalità previste nel contratto (penali, riduzioni convenzionali del corrispettivo, risoluzione in caso di grave inadempimento, ecc.) in quanto violative degli obblighi di risultato assunti. Di qui, la peculiare responsabilizzazione dell'appaltatore in ordine alla scelta delle modalità di espletamento delle attività affidategli, con conseguente obbligo di individuazione di accorgimenti e avanzate soluzioni operative in grado di realizzare sia risparmi di spesa e sia auspicabilmente l'innalzamento del livello degli *standards* prestazionali».

⁽³⁷⁾ Ricostruzione confermata da ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, cit., 2.

bene, che in ipotesi non potrebbe essere locato fino a che questo non venga ad esistenza.

In realtà, l'assunzione degli oneri di manutenzione ordinaria da parte del conduttore appare un requisito sì tipologico ma non indispensabile già nel contratto di locazione, in quanto ivi ritenuto derogabile dall'autonomia privata (Cass. Civ., Sez. III, n. 11856/1992⁽³⁸⁾).

Pertanto, anche alla luce del secondo elemento elencato, potrà ipotizzarsi un parallelismo con la figura della «locazione di cosa futura» (Cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 3563/1998⁽³⁹⁾).

Permangono tuttavia delle particolarità rispetto al modello locatizio.

La temporanea inesigibilità (fino al positivo controllo della realizzazione e alla «messa a disposizione dell'opera») e ancor di più la stessa strutturale variabilità del canone, «da versare soltanto in corrispondenza alla effettiva disponibilità dell'opera;...proporzionalmente ridotto o annullato nei periodi di ridotta o nulla disponibilità dell'opera per...qualsiasi motivo non rientrante tra i rischi a carico dell'amministrazione aggiudicatrice», tradiscono il fatto che il *partner* privato non si impegna a consentire semplicemente il godimento del bene. Lo stesso infatti assume il c.d. rischio di disponibilità delle strutture.

In senso dinamico, la misura dell'adempimento degli obblighi pattuiti si concretizzerà di volta in volta a seconda della capacità del privato di adeguare la propria attività ai livelli di prestazione richiesti dalla pubblica amministrazione, indicati già negli atti di gara e mutevoli a seconda delle circostanze.

Comunque, le parti – in ossequio alla loro autonomia contrattuale

⁽³⁸⁾ In *CED Cass.*, n. 479264. La pronuncia ha ritenuto derogabili, in quanto non espressivi di esigenze di ordine pubblico, l'art. 1575 n. 2 e 1576 c.c.

⁽³⁹⁾ In *CED Cass.*, n. 514296: «È evidente, pertanto, a prescindere dal soggetto cui, contrattualmente, faccia carico l'onere delle spese di tale modifiche, che il contratto è e resta un contratto di locazione, ancorché preveda - come nella specie - l'esecuzione di tali lavori in via diretta da parte del locatore, senza che possa sostenersi l'esistenza, nell'ambito dell'unico rapporto che lega le parti, di un distinto rapporto di appalto». Nella specie, i lavori di costruzione dell'immobile erano stati commissionati secondo lo speciale uso che ne avrebbe dovuto fare il locatario, ragione da cui si fa discendere l'assoluta prevalenza della causa di locazione su quella di appalto. Di diverso avviso però la dottrina amministrativistica, ai fini dell'individuazione della disciplina sull'evidenza pubblica – cfr. DE NICTOLIS, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, 123: «Attraverso un'indagine sulla volontà delle parti e sull'oggetto principale del contratto, si perviene alla qualificazione in termini di appalto di lavori (con applicazione della relativa disciplina) ogni qualvolta sia preponderante il profilo dell'attività costruttiva svolta secondo le direttive del committente (acquirente), rispetto alla causa della compravendita o della locazione».

ed alla descritta natura aperta della categoria del partenariato pubblico privato – nell’ambito del contratto di disponibilità potranno determinare la misura della ripartizione dei propri rischi diversamente dal modello legale, sempre che mediante tale operazione non si confluisca al di fuori del perimetro contrattuale, caratterizzato da ben precisi criteri di allocazione dei principali rischi di costruzione e di disponibilità.

Tale impostazione sembra confermata anche dalle già citate modifiche normative recentemente introdotte all’art. 160-ter, comma 2, d.lgs. n. 163/2006 dall’art. 4-bis della l. n. 134/2012, di conversione del d.l. n. 83/2012, che delimitano l’operare dell’autonomia contrattuale entro ambiti (*ius superveniens*, mancata emanazione di atti amministrativi) che comunque non sembrano poter erodere completamente l’ordinaria modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, come più sopra descritta.

Infatti, dopo aver ribadito che in ogni caso «L’affidatario assume il rischio della costruzione e della gestione tecnica dell’opera per il periodo di messa a disposizione dell’amministrazione aggiudicatrice», si specifica che «Il contratto determina le modalità di ripartizione dei rischi tra le parti, che possono comportare variazioni dei corrispettivi dovuti per gli eventi incidenti sul progetto, sulla realizzazione o sulla gestione tecnica dell’opera, derivanti dal sopravvenire di norme o provvedimenti cogenti di pubbliche autorità». Inoltre, continua la norma (inserita al comma 2 dell’art. 160-ter), «salvo diversa determinazione contrattuale e fermo restando quanto previsto dal comma 5, i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell’opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore».

Rimane ferma, peraltro, ai fini dell’apposizione *off balance* dell’operazione di PPP, la necessità che questa rispetti in concreto i criteri di classificazione di cui alla decisione *Eurostat* n. 18/2004 (espressamente vincolanti nel nostro ordinamento anche alla luce del richiamo operato dall’art. 3, comma 15-ter, d.lgs. 163/2006), assicurando il reale e concreto trasferimento al *partner* privato del rischio di costruzione e di disponibilità dell’opera⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ A livello di conseguenze applicative, alcune novità potrebbero esservi con l’introduzione a livello internazionale dei criteri di contabilizzazione dei bilanci pubblici «IPSAS ED 43», comunque allo stato giuridicamente non vincolanti, i quali prevedono come dirimente per l’iscrizione o meno a bilancio pubblico dell’investimento in PPP il criterio del «controllo» piuttosto che quello del «rischio». Cfr. PRESIDENZA DEL CONSIGLIO, DIPARTIMENTO PER LA PROGRAMMAZIONE E IL COORDINAMENTO DELLA POLITICA ECONOMICA, UNITÀ TECNICA FINANZA DI PROGETTO, *Partenariato Pubblico Privato per la realizzazione di opere pubbliche: L’impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, Roma, 2011, 24 ss. In particolare, secondo il documento richiamato,

Il riferimento al *genus* locazione, ad ogni modo, può avere una sua utilità quanto all'applicazione di una serie di norme codicistiche, ad esempio in materia di vizi, addizioni, innovazioni, riparazioni ovvero di altre, previste dalle leggi speciali, quali la sanatoria della morosità in sede giudiziale (art. 55 l. n. 392 del 27 luglio 1978).

Sul piano processuale, inoltre, è ipotizzabile l'applicazione del procedimento per convalida di sfratto (artt. 657 ss. c.p.c.), una volta che il bene sia venuto ad esistenza e messo a disposizione della p.a.

Da altro punto di vista, una tale chiave di lettura di carattere non formalistico è utile, oltre che per tentare una qualificazione giuridica, altresì per delineare alcuni principi applicabili all'esecuzione in senso stretto del contratto di disponibilità.

L'ingresso del principio di buona fede⁽⁴¹⁾, così, la fa da padrone, come nei contratti in generale, ma rafforzato dal paradigma partenariale e dall'interesse della collettività che ne rappresenta lo sfondo, imponendo una rilettura del rapporto tra le parti tesa al raggiungimento di un fine comune, anche all'interno dei suoi «tratti» sinallagmatici.

Si pensi, a tal proposito, all'approvazione della progettazione e delle eventuali varianti in corso d'opera da parte delle autorità terze di volta

la possibile introduzione normativa del criterio può determinare un forte impatto nei bilanci pubblici. Gli effetti contabili sarebbero riconducibili all'iscrizione di un debito c.d. «finanziario» piuttosto che di un debito c.d. «figurativo», in maniera da far assumere rilevanza ad altri due fattori diversi rispetto all'analisi del rischio di cui alla disciplina *Eurostat*: a) l'esistenza del controllo e dell'interesse c.d. residuale della p.a. sul bene realizzato, al termine del contratto, ad esempio in ordine al conseguimento della proprietà sullo stesso; b) l'esistenza o meno di pagamenti diretti da parte del soggetto pubblico. In particolare, dice il rapporto, ferma restando la duplice condizione di cui sopra, in caso di pagamenti diretti pubblici predeterminati (canoni di disponibilità o altri contributi pubblici) dovrebbe essere iscritto a bilancio un debito finanziario anche laddove siano previste penali ed assicurata un'ottimale allocazione del rischio di disponibilità.

⁽⁴¹⁾ PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede nell'interpretazione e nell'esecuzione dei contratti della pubblica amministrazione*, in *Rass. dir. civ.*, IV, 2007, 1081: «L'operatività della buona fede impone al soggetto pubblico di tenere tutti i comportamenti che, pur se non espressamente dedotti nel programma contrattuale, si rivelino necessari per l'attuazione del medesimo; impone, altresì, di esercitare i poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'interesse del privato, di informare i candidati e gli offerenti circa i mancati inviti (art. 79 del Codice), e di comunicare ogni circostanza rilevante per l'esecuzione del contratto; esige, ancora, la tolleranza di modificazioni di scarsa importanza della prestazione del privato (si pensi agli interventi disposti dal direttore dei lavori per risolvere aspetti di dettaglio, tali da non integrare varianti in corso d'opera ai sensi dell'art. 132, comma 3, del Codice); esige, infine, la modifica del comportamento dell'amministrazione procedente in funzione conservativa dell'utilità del privato».

in volta competenti. O, ancora, all'attività di collaudo, che è in capo alla stazione affidante.

È chiaro che, nel primo caso, nella descritta ottica del «partenariato», la pubblica amministrazione affidante non potrà «abbandonare» il soggetto privato nell'ambito dei rapporti con le altre autorità pubbliche, tesi ad ottenere i titoli abilitativi in concreto necessari per la costruzione e la messa in funzione dell'opera. Se il partenariato ha tra i suoi maggiori fini l'integrazione delle competenze tra settore pubblico e privato è allora normale attendersi l'applicazione di una sorta di «*sussidiarietà*⁽⁴²⁾*bidirezionale*» per cui il *partner* privato interviene in prima persona nei settori di sua maggiore competenza (ricerca finanziamenti, costruzione, rapporti con il personale tecnico), laddove il soggetto pubblico «offre» al privato la sua abilità e il *know-how* posseduto nelle sfere maggiormente sconosciute all'esecutore, come i procedimenti amministrativi di autorizzazione o la gestione delle procedure espropriative. Tale interpretazione potrebbe trovare parziale conferma - sulla base della già citata l. 134/2012 - anche nel recente orientamento del legislatore, ad esempio quando stabilisce in maniera suppletiva che «i rischi sulla costruzione e gestione tecnica dell'opera derivanti da mancato o ritardato rilascio di autorizzazioni, pareri, nulla osta e ogni altro atto di natura amministrativa sono a carico del soggetto aggiudicatore».

Si tratterebbe, in sostanza, di veri e propri obblighi attivi per la p.a. fin dal principio di esecuzione del contratto, che non potrebbero soggiacere alla condizione legale di efficacia di cui all'art. 160-ter, comma 6.

Così, la pubblica amministrazione sosterrà il *partner* privato nei rapporti con le altre autorità coinvolte nell'approvazione dei progetti e delle varianti in corso d'opera⁽⁴³⁾, nel collaudo, ovvero ancora quando

⁽⁴²⁾ Ma sui tratti differenziali tra partenariato e sussidiarietà, cfr. CORTESE, *Tipologie e regime di delle forme di collaborazione tra pubblico e privato*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 37: «Analoghe e rilevanti distinzioni si possono operare, allo stato dell'arte, anche tra partenariato e sussidiarietà. Per talune letture, la seconda, ipotizzando una sostituzione del privato al pubblico, non potrebbe aspirare alla realizzazione più autentica ed adeguata delle esigenze cooperative che il primo ritiene insopprimibili. Vero è, tuttavia, che la sussidiarietà è comunque invocata, sia pur indirettamente, anche per la prestazione di attività rispetto alle quali particolari modelli operativi del partenariato costituiscono un innegabile riferimento (...) Inoltre non possono sottovalutarsi le correnti di pensiero, invero autorevoli e diffuse, per le quali la sussidiarietà non comporterebbe mai la costituzione, tra pubblico e privato, di rapporti di reciproca esclusione, bensì potrebbe concepirsi, nel quadro costituzionale italiano, solo come formula di collaborazione e di condivisione delle strategie volte alla tutela o alla promozione di beni definibili come comuni».

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 132 D.lgs. n. 163/2006.

deleghi allo stesso poteri e compiti di espropriazione sulle aree ove andrà realizzata l'opera. Allo stesso tempo, la parte privata dovrà cercare di ottenere i migliori *standard* possibili al fine di evitare l'applicazione delle penali previste e la risoluzione del contratto per inadempimento⁽⁴⁴⁾.

Infatti è in possibilità dell'amministrazione, in caso di mancato rispetto del capitolato prestazionale o comunque di minore disponibilità dell'opera, di ridurre il canone fino ad annullarlo. Tuttavia, il livello *standard* del medesimo, come determinato all'esito del collaudo, non potrà essere inferiore ad una certa soglia pena la risoluzione automatica del contratto (comma 6).

Nell'ipotesi del collaudo, l'amministrazione non potrà ritenersi agire esclusivamente per un proprio interesse, posto che il pagamento del soggetto privato dipende dall'effettuazione del collaudo medesimo e dalla, conseguente, messa a disposizione dell'opera secondo le caratteristiche pattuite, affinché ne sia assicurata la fruibilità. La norma (all'interno del comma 6) ha previsto una vera e propria condizione legale in relazione alla quale, in mancanza di cooperazione⁽⁴⁵⁾ della parte (pubblica amministrazione) non si avrebbe, principalmente, diritto al corrispettivo, rimanendo comunque sempre salva l'esperibilità dell'azione di risoluzione ai sensi dell'art. 158 d.lgs. n. 163/2006.

Si pensi infatti al caso in cui la pubblica amministrazione, che secondo lo schema contrattuale non avrebbe ancora effettuato nessun

⁽⁴⁴⁾ ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, cit., 7: «il capitolato prestazionale costituisce strumento centrale ed essenziale nella definizione dei parametri minimi che costituiscono il riferimento per definire l'opera come disponibile e fruibile e che consentono, in caso di mancato rispetto dei parametri stessi, di applicare penali e diminuzioni del corrispettivo».

⁽⁴⁵⁾ PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1079: «L'esecuzione del contratto, pur significando innanzitutto adempimento dell'obbligazione assunta dal contraente privato, presuppone atti di collaborazione da parte del creditore, la cui mancanza determina la *mora credendi*, secondo la regola posta dall'art. 1206 c.c., che si riferisce non soltanto alle obbligazioni aventi ad oggetto un pagamento, ma anche a quelle concernenti un *dare* o un *facere*. E' questo il caso dell'appalto di opere pubbliche o di servizi, che richiede una formale consegna con materiale immissione nella disponibilità di beni, locali, materiali, ecc. Il dovere reciproco di collaborazione, che corrisponde al canone civilistico della buona fede, trova applicazione anche nell'appalto di lavori pubblici nonostante il potere di ingerenza e di conduzione riservato alla stazione appaltante, proprio perché la clausola generale di buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di tenere comportamenti leali e corretti idonei a preservare anche gli interessi della controparte». Sulla validità, poi, della clausola contrattuale che condiziona il pagamento del compenso del progettista all'ottenimento di un finanziamento dell'opera da parte della p.a., non integrando una condizione meramente potestativa, cfr., da ultimo, Cass. Civ., Sez. I, n. 2770/2007, in *CED Cass.*, n. 594515.

esborso in relazione all'opera, non ha più interesse, per le più svariate motivazioni, ad ottenerne la consegna.

Si tratta di situazioni in cui, la buona fede *in primis* ⁽⁴⁶⁾, l'obbligo di cooperare per un risultato comune ma anche l'interesse pubblico sottostante alla realizzazione dell'opera, dovranno venire in adeguata considerazione, per l'interprete, nella definizione dei rapporti tra le parti, configurando dei veri e propri obblighi di agire immediatamente azionabili nei confronti della pubblica amministrazione.

Infine, potrebbero ipotizzarsi, sempre purché previsti ed autorizzati negli atti di gara, dei meccanismi di riconduzione ad equità delle condizioni contrattuali ⁽⁴⁷⁾, anche e soprattutto in relazione all'ammontare del canone (comunque rivalutato automaticamente – comma 1) ⁽⁴⁸⁾ ad esempio quando sia richiesta l'effettuazione di altri lavori. Con buona pace dei limiti alla rinegoziazione dei contratti pubblici, che non sembrano conformi a rapporti di lunga durata come quelli di partenariato ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁶⁾ «Il regime espresso rimane integrato alla stregua del principio generale che anche la pubblica amministrazione è tenuta ad eseguire il contratto nel rispetto della disciplina dettata dagli articoli 1374 e 1375 Cod. civ., ed in forza di tale integrazione: alla Amministrazione è inibito di ritardare sine die le sue determinazioni sul collaudo, perché ciò paralizzerebbe per un tempo indeterminato, ed in modo contrario ai principi della buona fede, la realizzazione delle pretese della controparte; nel contempo, la mancata adozione del collaudo nonostante il decorso del tempo normalmente e ragionevolmente necessario in relazione alle effettive esigenze dell'esame valutativo, mentre denota, di per se stesso, il rifiuto del collaudo da parte della committente ed il suo correlativo inadempimento rispetto a questo momento contrattuale, legittima l'appaltatore ad agire in via giurisdizionale per far valere i suoi diritti, senza necessità di mettere preliminarmente in mora la debitrice, né di assegnarle o chiederle che le venisse assegnato un termine» (Cass. Civ., SS.UU., n. 11312/1995, in *CED Cass.* n. 494466; Cass. Civ., Sez. I, n. 10377/2012, in *CED Cass.* n. 623097).

⁽⁴⁷⁾ In senso favorevole PENNASILICO, *Il ruolo della buona fede*, cit., 1082 ss.

⁽⁴⁸⁾ Nei limiti di quanto previsto agli artt. 133 e 115 D.lgs. n. 163/2006.

⁽⁴⁹⁾ In senso contrario, si veda il *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* – COM (2004) 327 DEF. Del 30.04.2004, punto 42: «in linea generale i principi di parità di trattamento e di trasparenza derivanti dal Trattato si oppongono a qualsivoglia intervento del *partner* pubblico successivo alla selezione di un *partner* privato che sia tale da pregiudicare la parità di trattamento tra operatori economici»; con un'eccezione al punto 49: «Simili modifiche non contemplate dai contratti sono quindi accettabili unicamente se rese necessarie da un evento imprevedibile o se giustificate da ragioni d'ordine pubblico, di sicurezza pubblica o di salute pubblica». Tuttavia, successivamente, la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai PPPI* – 2008/C 91/02, ha previsto, con una formulazione di principio che parrebbe estensibile anche ai PPP contrattuali: «Tuttavia, essendo in genere costituito per

4. Altri profili civilistici connessi all'operatività del contratto di disponibilità

La necessaria assunzione del c.d. «rischio di disponibilità» da parte del *partner* privato presuppone, come già precisato in precedenza, un elemento che risulta centrale nella conformazione e nell'interpretazione del contratto: la proprietà dell'opera in capo al soggetto privato contraente⁽⁵⁰⁾. Ciò, analogamente al *leasing*, risulta pregiudiziale ad un doppio fine che può qualificarsi essenziale all'interno della causa del contratto di disponibilità:

- la concessione, da parte del *partner* privato, dell'opera in completo godimento all'amministrazione;
- la produzione (eventuale) dell'effetto traslativo di cui all'art. 160-ter, comma 1, lett. c) a favore della p.a. (oltre che al fine dell'eventuale corresponsione del contributo al costo di costruzione di cui alla lett. b) del medesimo comma, previsto solo in caso di trasferimento della proprietà dell'opera).

È necessario, allora, che la pubblica amministrazione predisponga, all'interno della complessiva operazione negoziale, gli strumenti giuri-

la prestazione di un servizio nell'arco di un periodo di tempo abbastanza lungo, il PPPI deve essere in grado di adattarsi ad alcune variazioni intervenute nel contesto economico, giuridico o tecnico. Le disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici e concessioni non impediscono di tener conto di queste variazioni, purché siano rispettati il principio di parità di trattamento il principio di trasparenza. Di conseguenza, qualora l'autorità aggiudicatrice desideri, per ragioni precise, avere la possibilità di modificare determinate condizioni dell'appalto dopo la scelta dell'aggiudicatario, dovrà prevedere espressamente tale possibilità di adeguamento, così come le sue modalità di applicazione, nel bando di gara o nel capitolato d'onori e delimitare l'ambito all'interno del quale la procedura deve svolgersi, cosicché tutte le imprese interessate a partecipare all'appalto ne siano a conoscenza fin dall'inizio e si trovino pertanto su un piede di parità nel momento della formulazione dell'offerta».

⁽⁵⁰⁾ A livello definitorio non dovrebbe quindi parlarsi di «opera pubblica», con conseguenze soprattutto in materia di necessità degli ordinari titoli abilitativi all'attività costruttiva. Per un'efficace sintesi delle posizioni presenti sul punto, cfr. PAGLIARI, *Corso di Diritto Urbanistico*, Milano, 2010, 429: «Si può, pertanto, rilevare, nella consapevolezza dell'estrema delicatezza della questione, che l'opera è pubblica, almeno ai fini presenti se, oltre ad essere destinata al perseguimento di un interesse generale, è di proprietà di una p.a. in senso stretto, di un ente pubblico o di un organismo di diritto pubblico. Diversamente, la (sola) destinazione al soddisfacimento di un interesse generale può consentirne l'inquadramento nella differente categoria delle «opere di interesse pubblico» (...) Di conseguenza, stante la formulazione letterale dell'art. 7 T.U. Edilizia, le «opere di interesse pubblico» o le «opere di pubblica utilità» sono assoggettate all'ordinario regime giuridico per quanto riguarda l'assentimento della relativa attività edilizia, salve le differenti, eventuali, statuizioni di leggi speciali o eccezionali».

dici necessari ad assicurare la proprietà privata dell'opera costruita su un'area di disponibilità della pubblica amministrazione, che in ipotesi potrebbe avere anche natura demaniale⁽⁵¹⁾.

Ciò al precipuo fine di assicurare un più esteso ambito operativo al contratto di disponibilità. Tale ipotesi, oltre che in forza di un principio di estesa valorizzazione del partenariato pubblico-privato, si giustificherebbe anche sulla base dello stesso comma 7 dell'art. 160-ter, che preordina il contratto alle infrastrutture di rilievo strategico.

Nulla quaestio se l'area si trovi già in proprietà della parte privata (si veda anche l'art. 160-bis, comma 4-*quater*, nell'ambito del *leasing*) ovvero ricada nel patrimonio disponibile della p.a., potendo in tal caso essere trasferita mediante moduli privatistici. Differente la soluzione nelle altre ipotesi, ove sarà necessario costituire un titolo analogamente idoneo per il privato, che permetta di trasferire in suo capo uno *ius aedificandi* di natura reale⁽⁵²⁾.

Tale strumento, secondo la giurisprudenza, può essere rappresentato dalla costituzione di un diritto reale di superficie a favore del *partner* privato, quand'anche si abbia a che fare con una situazione giuridica soggettiva sottoposta a peculiari regole quanto alla sua nascita, modificazione ed estinzione⁽⁵³⁾. Ciò risulta preordinato a scongiurare l'immediata

⁽⁵¹⁾ Non va escluso, peraltro, che l'area (o l'edificio) sia già di proprietà privata. In tal caso potrebbe venir meno la necessità di svolgere delle procedure ad evidenza pubblica. Cfr. ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, cit., 6, che si esprime unicamente sull'ipotesi di ristrutturazione: «In tale ipotesi, come vedremo, sorgono notevoli problemi per la fase di evidenza pubblica che precede l'affidamento del contratto, essendo facilmente intuibile come un bene da ristrutturare possa esser scelto dall'amministrazione in relazione alle proprie caratteristiche di unicità che lo rendono infungibile, il che rende pressoché impossibile una procedura concorsuale di selezione».

⁽⁵²⁾ Cfr. Cass. Civ., Sez. III, n. 5842/2004, in *CED Cass.* n. 571467: «La concessione amministrativa su beni demaniali o su beni indisponibili, al di fuori dei casi in cui la legge, esplicitamente o attraverso la specifica regolamentazione adottata, abbia predeterminato la natura del diritto conferito al concessionario, non attribuisce necessariamente a quest'ultimo diritti di consistenza reale, ma può attribuire anche diritti assimilabili a quelli personali di godimento non esclusi della previsione dell'art. 823 cod. civ. e pienamente compatibili con i poteri d'imperio dell'ente concedente a tutela dell'interesse pubblico. Peraltro, al fine di stabilire nel singolo caso se a favore del concessionario sia stato costituito un diritto di natura reale o personale, occorre accertare, con indagine da compiersi dal giudice del merito secondo i normali criteri di interpretazione dei contratti e degli atti amministrativi, l'effettiva e concreta consistenza di quel diritto sulla base dell'intero contenuto della convenzione e delle sue clausole, nonché del provvedimento amministrativo di concessione».

⁽⁵³⁾ Si è espressa in tal senso la Corte di Cassazione in materia tributaria – cfr. Cass. Civ., Sez. V, n. 1718/2007, in *CED Cass.* n. 595666: «Il diritto del concessio-

operatività dell'istituto dell'accessione *ex art. 934 c.c.*⁽⁵⁴⁾ a favore della p.a. che, come detto, priverebbe di causa il contratto di disponibilità. A tutela della posizione economica del contraente, comunque, dovrebbe essere incoraggiata la previsione di un termine di durata del diritto reale di superficie non corrispondente bensì considerevolmente più lungo rispetto a quello proprio del contratto di disponibilità, permettendo così al bene di mantenere un proprio valore di mercato allo spirare del contratto di cui all'*art. 160-ter*, circostanza che non si avrebbe con l'immediata accessione al patrimonio della pubblica amministrazione⁽⁵⁵⁾.

Tale riflessione introduce un ulteriore argomento rilevante. La proprietà dell'opera, fino al momento in cui la pubblica amministrazione non ritenga di acquisirla, integra in astratto un rischio di aggressione del bene da parte dei creditori del soggetto privato proprietario.

Si tratta di una disfunzione inevitabile quando, anche per assicurare determinati vantaggi di ordine giuridico e finanziario alla pubblica amministrazione (trasferimento del c.d. rischio di disponibilità; rispetto dei vincoli di finanza pubblica), si è tuttavia costretti ad introdurre l'opera nel patrimonio del *partner* privato.

Innanzitutto, è probabile che i finanziatori maturino l'intenzione di iscrivere ipoteca sul bene in corso di costruzione, ipotizzandosi l'applicazione dell'*art. 2826 c.c.* Ma al di là di ciò, in considerazione dell'interesse pubblico sotteso alla costruzione di siffatta opera, appare opportuno accennare alla possibilità di utilizzare strumenti che permettano di tutelare la stessa dall'aggressione dei creditori, quando ad esempio questa sia stata costruita e già a regime.

A differenza della locazione finanziaria, infatti, l'interlocutore della parte pubblica non sarà sempre un soggetto professionalmente dedito al finanziamento di operazioni sì complesse, e dunque altresì limitato nel suo operare dai meccanismi reputazionali del rispettivo mercato.

nario di uno stabilimento balneare, il quale abbia ottenuto, nell'ambito della concessione demaniale, anche il riconoscimento della facoltà di edificare e mantenere sulla spiaggia una costruzione, più o meno stabile, e consistente in vere e proprie strutture edilizie o assimilate (sale ristoranti, locali d'intrattenimento o da ballo, caffè, spogliatoi muniti di servizi igienici e docce, etc.), integra una vera e propria proprietà superficiaria, sia pure avente natura temporanea e soggetta ad una peculiare regolazione in ordine al momento della sua modificazione, cessazione o estinzione»; nello stesso senso anche Cass. Civ., Sez. V, n. 8057/2008, in *CED Cass.* n. 602568; Cass. Civ., Sez. V, n. 9935/2008, in *CED Cass.* n. 602458.

⁽⁵⁴⁾ In questi termini anche MERCATI, *Il trust*, in MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, cit., 684.

⁽⁵⁵⁾ Considerazioni sviluppate in relazione al *leasing* pubblico *incostruendo*, ma estensibili in pieno anche al contratto di disponibilità, da parte di Corte dei Conti, Sez. Riunite Controllo, Delibera n. 49/CONTR/11, in *www.corteconti.it*, p. 9.

Un ausilio in tal senso, allora, è rappresentato dall'art. 2645-ter che è stato recentemente introdotto dal legislatore onde permettere la trascrizione di atti di destinazione anche «...per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili alle pubbliche amministrazioni».

Mediante tale norma sarà ad esempio possibile destinare, per un periodo corrispondente alla durata del contratto di disponibilità, il bene al raggiungimento di un fine di pubblica utilità, in specie corrispondente alla realizzazione dell'opera. Dubbi in tal senso potrebbero porsi sulla configurabilità del vincolo sopra un bene in via di costruzione⁽⁵⁶⁾. L'effetto di destinazione, in ogni caso, si sottrae solo per i debiti contratti in relazione allo scopo.

Un effetto analogo, nel caso in cui la parte privata sia una società per azioni, potrebbe essere raggiunto mediante la figura del patrimonio destinato ad uno specifico affare, costituito nelle modalità di cui agli artt. 2447-bis e ss. c.c.

La problematica, peraltro, potrebbe essere risolta sulla base di una disposizione recentemente entrata in vigore grazie all'art. 6 del d.l. n. 16/2012 convertito con modificazioni in legge n. 44 del 16 aprile 2012. Si tratta dell'art. 2645-*quater* c.c., secondo il quale sono necessariamente da trasciversi nei registri immobiliari i vincoli di uso pubblico costituiti a favore dello Stato, della regione, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, o comunque in generale ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici⁽⁵⁷⁾.

5. *Inadempimenti e responsabilità.*

Le caratteristiche del contratto di disponibilità emerse dall'analisi

⁽⁵⁶⁾ Ma si veda PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, II, 2006, 171 ss.: «Sembra possano costituire oggetto di vincolo di destinazione anche i beni futuri: nella misura, quindi, in cui le vicende relative a tali beni siano suscettibili di evidenza pubblicitaria (come avviene, in particolare, per i beni immobili e mobili registrati, essendo ormai pressoché pacificamente ammessa la trascrivibilità dei negozi su beni futuri), nulla osta alla costituzione del vincolo, ed alla sua trascrizione, sin dal momento anteriore a quello della materiale venuta ad esistenza del bene».

⁽⁵⁷⁾ Art. 2645-*quater* c.c.: «Si devono trascrivere, se hanno per oggetto beni immobili, gli atti di diritto privato, i contratti e gli altri atti di diritto privato, anche unilaterali, nonché le convenzioni e i contratti con i quali vengono costituiti a favore dello Stato, della regione, degli altri enti pubblici territoriali ovvero di enti svolgenti un servizio di interesse pubblico, vincoli di uso pubblico o comunque ogni altro vincolo a qualsiasi fine richiesto dalle normative statali e regionali, dagli strumenti urbanistici comunali nonché dai conseguenti strumenti di pianificazione territoriale e dalle convenzioni urbanistiche a essi relative».

fin qui condotta hanno un'incidenza anche sotto il profilo del regime di responsabilità delle parti contraenti.

Il contratto, infatti, trasferisce alla parte privata i rischi c.d. di «costruzione» e di «disponibilità», rimanendo escluso il solo rischio c.d. di «domanda» che peraltro, volendosi pensare il contratto come preordinato alla realizzazione di una qualsiasi opera di utilità pubblica – benché non necessariamente diretta all'espletamento di un pubblico servizio diretto all'utenza⁽⁵⁸⁾ – potrebbe in taluni casi non rilevare.

Un altro profilo di rischio, apparentemente fuori dalla dinamica contrattuale ma di non minore rilevanza, è relativo alla responsabilità extracontrattuale verso i soggetti terzi, di rilievo soprattutto quando con l'opera la p.a. abbia una domanda di mercato da soddisfare.

Tale rischio da responsabilità civile, di fonte legale, potrebbe tuttavia rientrare dentro la dinamica contrattuale, o mediante la traslazione dello stesso in capo al soggetto gestore ovvero ancora tramite la stipulazione *a latere* di una serie di polizze assicurative idonee a tenere indenne il *partner* privato che mette a disposizione l'opera dalle conseguenze della responsabilità.

Preliminarmente, però, è necessario verificare se sia quantomeno ipotizzabile una responsabilità di questo tipo in capo al soggetto privato parte del contratto di disponibilità. Si tratta, infatti, di un aspetto ignorato dalle fonti giuridiche esaminate in tema di partenariato pubblico privato.

L'ipotizzato parallelismo con il contratto di locazione, comunque, acquisisce un senso anche a questi fini.

In particolare, analizzando la giurisprudenza che distribuisce la responsabilità tra locatore e conduttore, appare centrale l'individuazione del soggetto che vanta il potere di controllo e intervento⁽⁵⁹⁾ sul bene.

Il *partner* privato può assumere la manutenzione globale, ordinaria

⁽⁵⁸⁾ In senso contrario, tuttavia, il dato letterale dell'art. 3, comma 15-*bis*, d.lgs. 163/2006.

⁽⁵⁹⁾ Cass. Civ., SS. UU. n. 12019/1991, in *CED Cass.* n. 474580: «Il proprietario dell'immobile locato, conservando la disponibilità giuridica, e quindi la custodia, delle strutture murarie e degli impianti in esse conglobati (come cornicioni, tetti, tubature idriche), su cui il conduttore non ha il potere-dovere di intervenire, è responsabile, in via esclusiva, ai sensi degli artt. 2051 e 2053 cod. civ., dei danni arrecati a terzi da dette strutture ed impianti (salvo eventuale rivalsa, nel rapporto interno, contro il conduttore che abbia omesso di avvertire della situazione di pericolo). Con riguardo invece alle altre parti ed accessori del bene locato, rispetto alle quali il conduttore acquista detta disponibilità con facoltà ed obbligo di intervenire onde evitare pregiudizio ad altri (come i servizi dell'appartamento, ovvero, in riferimento alla specie, le piante di un giardino), la responsabilità verso i terzi, secondo le previsioni del citato art. 2051 cod. civ., grava soltanto sul conduttore medesimo».

e straordinaria, dell'immobile. Ne deriva un'estensione di responsabilità a tutti i vizi e difetti inerenti l'immobile ma che, per le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, non potrà riguardare anche la gestione dell'eventuale servizio nei confronti dell'utenza⁽⁶⁰⁾.

Si pensi, però, al caso delle strade ad alta percorrenza, ove i vizi di manutenzione sono in continuo divenire e il contenzioso è quantitativamente molto alto. E' chiaro che in tal caso, ove si voglia traslare il rischio in capo alla parte addetta alla manutenzione piuttosto che all'ente gestore stradale, l'ammontare del canone di disponibilità dovrà tener conto di tale fattore. Del resto, la responsabilità del custode ha, secondo consolidata giurisprudenza, uno statuto di sfavore soprattutto sul piano probatorio⁽⁶¹⁾.

L'analisi fin qui condotta, comunque, ha suggerito una lettura del contratto di disponibilità tesa il più possibile alla ricerca di un equilibrio tra i contraenti. Da una semplice lettura del dato normativo, infatti, gli oneri sembrano principalmente a scapito della parte privata, senza rispettare un reale criterio di proporzionalità.

La legge prevede, nell'ordine: costi di progettazione; già dalla sede di gara, garanzia di cui all'art. 75 d.lgs. n. 163/2006; garanzia fideiussoria del 10% dell'importo contrattuale all'aggiudicazione (art. 113, d.lgs. n. 163/2006) che, dalla data di inizio di messa a disposizione dell'opera, deve prestarsi nella misura del 10% del costo annuo operativo di esercizio e sempre con le modalità di cui all'art. 113 d.lgs. n. 163/2006); oneri collegati alla gestione dei procedimenti di espropriazione per pubblica utilità, anche in relazione agli eventuali contenziosi con i soggetti espropriati; costi di *compliance* e rischi di mancate approvazioni da parte delle terze autorità coinvolte ai sensi dell'art. 160-ter, comma 5; costi di costruzione; costi di gestione tecnica e manutenzione; costi di responsabilità civile⁽⁶²⁾. Peraltro, il pagamento del canone e in generale

⁽⁶⁰⁾ Non a caso l'art. 160-ter parla esclusivamente di «gestione tecnica» dell'opera. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. III, n. 26086/2005, in *CED Cass.*, n. 585883.

⁽⁶¹⁾ *Ex plurimis*, Cass. Civ., Sez. III, n. 20427/2008, in *CED Cass.*, n. 604902.

⁽⁶²⁾ A parere di ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, cit., 5: «Tra le prestazioni a carico dell'affidatario, quindi, risulta preliminare l'elaborazione di uno strumento previsionale di tipo finanziario e il conseguente reperimento delle risorse necessarie alle attività di realizzazione dell'opera (progettazione e costruzione). Sul tema le norme non dettano alcuna specifica previsione, lasciando al privato la libertà di elaborare un semplice studio di fattibilità o un più articolato piano economico-finanziario. L'indeterminatezza delle norme fa sì che sarà semmai l'amministrazione aggiudicatrice a valutare se richiedere, in sede di procedura di affidamento, elaborati particolarmente complessi o semplici studi, ciò ovviamente in dipendenza dalla complessità dell'intervento e – soprattutto – dall'eventuale previsione di un contributo di costruzione»

l'impegno dell'amministrazione viene subordinato al positivo controllo di realizzazione dell'opera ed alla completa messa a disposizione della stessa secondo le modalità previste. Le garanzie, assenti per il *partner* privato (che al contrario dovrebbe soggiacere ad una notevole esposizione debitoria), sembra che la legge le abbia volute prevedere tutte a favore della parte pubblica.

In quest'ottica si comprende anche come i primi commentatori abbiano caldeggiato l'applicabilità dell'istituto del subappalto, autorevolmente escludendo la necessità di svolgere all'uopo altre gare ad evidenza pubblica in capo alla parte privata al fine di scegliere il subcontraente. Se si optasse per una visione di segno contrario, ciò costituirebbe un ulteriore e notevole costo gravante sul l'imprenditore privato.

A tal proposito, si è giustamente richiamato l'appiglio testuale dell'art. 32, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 163/2006 che esclude l'obbligo di gara quando il contributo della parte pubblica sia al massimo del 50 %, come avviene nel caso del contratto di disponibilità⁽⁶³⁾.

Affinché il contratto di disponibilità possa liberare al meglio tutto il suo potenziale è infatti necessario che esso rappresenti un investimento redditizio per il *partner* privato, sia sotto il profilo economico che del ritorno d'immagine. Da questo punto di vista, molto può essere fatto mediante la determinazione dell'ammontare del canone e degli ulteriori corrispettivi. Ciò non toglie, tuttavia, che anche l'interpretazione deve tendere ad una prospettiva il più possibile funzionale all'utilizzo del contratto.

Del resto, la stessa struttura del partenariato pubblico privato, come contratto tendenzialmente a comunione di scopo, appare incompatibile, sul piano concettuale ed operativo, con uno squilibrio delle posizioni delle parti contraenti.

Ecco che, allora, lo schema del partenariato può contribuire a rendere più equa tra le parti la configurazione del regime legale di responsabilità, contrattuale ed extracontrattuale.

Infatti, dopo aver conferito una nuova lettura possibile al diritto dei contratti, pubblici in specie, l'ottica innovativa del «partenariato pub-

⁽⁶³⁾ Ancora ROBALDO, *Il Contratto di disponibilità*, cit., 6: «Nel caso in cui l'affidatario intenda ricorrere a soggetti terzi per la realizzazione, si pone il problema di stabilire se la scelta del costruttore debba avvenire con gara. Al riguardo, la natura privata dell'opera potrebbe portare ad escludere tale necessità, indipendentemente dall'importo dei lavori. Per il caso in cui l'amministrazione preveda il riconoscimento di un contributo in corso d'opera potrebbe richiamarsi, circa l'obbligo di gara, quanto previsto dall'articolo 32, comma 1, lett. d), del codice, anche se l'applicazione di tale previsione non è ammissibile, non potendo nel contratto di disponibilità il contributo superare il 50% dell'importo dei lavori».

blico privato» confluisce anche nell'area della responsabilità civile⁽⁶⁴⁾, fungendo da occasione di congiunta analisi nonché da vero e proprio collante tra i diversi segmenti dell'ordinamento nel nome dell'equilibrio delle posizioni dei contraenti.

MICHELANGELO DE DONNO

⁽⁶⁴⁾ Si prenda a riferimento, per evidente analogia, Cass. Civ., Sez. III, n. 7 del 4 gennaio 2010, in *CED Cass.* n. 610958, sulla quale è confluito un consolidato orientamento giurisprudenziale: «la Corte di merito ha evidentemente (pur se implicitamente) applicato la consolidata e condivisibile giurisprudenza di questa Corte in materia (cfr. Cass. Sentenza n. 3387 del 15/06/1979; «Se un comune consente alla collettività l'utilizzazione, per pubblico transito, di un'area di proprietà privata assume l'obbligo di accertarsi che la manutenzione dell'area e dei relativi manufatti non sia trascurata; e l'inosservanza di tale dovere di sorveglianza, che costituisce un obbligo primario dalla p.a., per il principio del *neminem laedere*, integra gli estremi della colpa e determina la responsabilità per il danno cagionato all'utente dell'area, nulla rilevando che l'obbligo della manutenzione incomba sul proprietario dell'area»; cfr. inoltre tra le successive Cass. Sentenza n. 191 del 12/01/1996». Nel caso specifico del contratto di disponibilità, avendo la p.a. assegnato al privato la costruzione dell'opera per un fine, anche proprio ed istituzionale, di pubblica utilità, non può essere ritenuta esente da responsabilità in caso di sua omessa vigilanza.

FORME E LIMITI DELLA COMUNIONE LEGALE NELL'ATTIVITÀ D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia nel diritto italiano. Profili di diritto comparato spagnolo.* – 2. *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa.* – 3. *Comunione legale e fallimento.*

1. *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia nel diritto italiano. Profili di diritto comparato spagnolo*

Oggetto della presente indagine è l'individuazione nel diritto italiano delle forme e dei limiti della comunione legale all'interno della «azienda a conduzione familiare»⁽¹⁾ e non solo, nella quale la Famiglia⁽²⁾, agisce «all'esterno»⁽³⁾.

In via preliminare si ritiene necessario introdurre brevi riferimenti al diritto spagnolo⁽⁴⁾ per individuarne elementi comuni o particolarità rispetto a quello italiano riguardo all'esercizio di attività di impresa, trattandosi, entrambi, di ordinamenti giuridici di matrice romanista⁽⁵⁾, rispetto ai quali è interessante ricordare, almeno per quello italiano, che il regime patrimoniale romano⁽⁶⁾ oltre ad essere giunto fino ai giorni

⁽¹⁾ Figura in origine contemplata nel progetto di riforma del diritto di famiglia e, poi, successivamente tradotta nelle figure: impresa familiare ed azienda coniugale. Sul punto, G. MARASÀ, *Comunione legale*, in *Comm. Cod. civ.* a cura di Rescigno, Padova, 1978, 355.

⁽²⁾ La comunità-famiglia viene intesa come *naturale componente economica in termini di bisogni del gruppo e di attività rivolta a soddisfarli che come capacità del gruppo di operare economicamente anche al di là del soddisfacimento di quei bisogni*, in AA.VV., cit.

⁽³⁾ M.R. MORELLI, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Padova, 1996.

⁽⁴⁾ Per i lineamenti generali del diritto commerciale: F. VINCENT CHULIA, *Introducción al Derecho Mercantil*, 9ª ed., Valencia, 1996.

⁽⁵⁾ A. GUARINO, *Profilo di diritto privato romano*, Napoli, 1953, 92-93.

⁽⁶⁾ A. GUARINO, *Profilo di diritto privato romano*, cit., 92: «Principio fondamentale del matrimonium romano fu che gli oneri patrimoniali da esso derivati dovessero essere sopportati dal marito o dal suo paterfamilias. Tale principio nacque in connessione con il matrimonium cum manu, di cui l'effetto era che la mulier si staccasse dalla propria familia, entrando a far parte di quella del marito. Nel matrimonium

nostri ha manifestato la sua attualità⁽⁷⁾ fino al 1975.⁽⁸⁾

È opportuno precisare che in Spagna, a differenza di quello italiano, esistono due distinti codici – il codice civile ed il codice di commercio (Cdeco) e manca una *propria* scienza giuridica. Per questo, nel 2002 venne presentato il Progetto preliminare del Codice Generale delle Società Commerciali, per facilitare l'interpretazione della normativa – caotica, variegata.

Nulla di fatto e, a causa di tale *lacuna*, in vari settori del diritto, come per la responsabilità civile, appare rilevante la dottrina italiana⁽⁹⁾, che troviamo spesso citata nei trattati giuridici⁽¹⁰⁾.

Esistono, sempre nel diritto spagnolo, due concetti di società: uno più ampio, l'altro più ristretto ma entrambi appaiono interessanti sia per l'aspetto della responsabilità civile degli amministratori⁽¹¹⁾ che per la teoria del *levamiento del velo*⁽¹²⁾ nell'ambito dello studio della personalità giuridica.⁽¹³⁾

sine manu il principio rimase fermo, pur rimanendo la mulier partecipe della propria familia originaria o, in caso di scioglimento di questa, materfamilias con proprio patrimonio autonomo: i beni presenti o futuri della mulier erano considerati in regime di separazione da quelli del marito e sottratti alla destinazione familiare».

⁽⁷⁾ G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Bari, 2000, 320: «conviene sottolineare la rilevanza ancora oggi rivestita dalla tradizione romana nella cultura giuridica civilistica. L'esame di questo fenomeno, che si riscontra, soprattutto, nei paesi latini, deve essere effettuato con cautela».

⁽⁸⁾ La legge n. 151 del 19 maggio 1975, entrata in vigore il 20 settembre dello stesso anno, ha rappresentato una vera e propria “rivoluzione copernicana” nel campo dei rapporti patrimoniali e personali della famiglia, improntando gli istituti giuridici già previsti nel codice civile del 1942 ai principi sanciti dalla carta costituzionale repubblicana.

⁽⁹⁾ ALPA, BESSONE, *La responsabilità civile*, Milano, 1976; BUSNELLI, *Danno e responsabilità*, I, 2001, 12-41; TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961.

⁽¹⁰⁾ Per la responsabilità civile nel diritto spagnolo, ad esempio, DOMINIGO ELENA VINCENTE, *El dano*, in *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad in la gran empresa*, dirigidos por Fernando Sanchez Colero- cattedratico de Derecho Mercantil, Musini, 2002, il quale richiama due giuristi italiani: M.R. MARELLA, G. MARINI, *R.C.D.P.*, giugno 1999, 4, a proposito di nuove figure di danno.

⁽¹¹⁾ M.A. PARRA LUCAN, *Responsabilidad civil de administradores de sociedades*, in *Tratado de Responsabilidad civil*, coordinador L. Fernando Reglero Compos, Aranzadi, 2002.

⁽¹²⁾ En ocasiones, la doctrina de levamiento del velo y la responsabilidad del administrador: BOLDÒ RODA, *Levamiento del velo*, cit., 380, 412, 441.

⁽¹³⁾ In *Tratado de responsabilidad civil*, p. 1274: «En el ambito de las sociedades mercantiles, para la las colectivas, puesto que son los socios los que gestionan la sociedad (arts. 127 a 132 Ccom), la responsabilidad del administrador no platea excesivos problemas. La doctrina construye la responsabilidad de los adminstradores sobre la base del art. 144 ccom, que establece que cuando el dano sobreviene a los intereses de la sociedad colectiva por malicia, abuso de

A proposito di questo argomento, come nel campo delle obbligazioni, nel diritto societario spagnolo si riconosce il principio di separazione tra il patrimonio sociale e quello dei singoli soci, che, ai sensi dell'art. 35 del *codigo civil espanol*, vale per tutte le forme collettive di esercizio di impresa: dalle associazioni e fondazioni alle società vere e proprie. E' una novità rispetto al nostro ordinamento!

Poi, come conseguenza della nascita della personalità giuridica, la società ha un patrimonio proprio "separato" dal patrimonio dei soci, che cedono a quella i loro conferimenti societari in cambio di partecipazioni sociali ed un patrimonio connesso al pagamento dei creditori societari, che hanno contrattato con la società e non con i soci o hanno azioni di responsabilità extracontrattuale contro quella.

Come per il diritto italiano, vale il principio dell'inopponibilità verso terzi in buona fede e senza colpa grave nei confronti degli amministratori che abbiano agito in violazione di legge o da statuto.

Infine, gli articoli 127-132 C.com prevedono la responsabilità civile degli amministratori.

Nell'ambito della teoria generale del diritto, l'amministratore è un organo attraverso il quale la società agisce nei rapporti con i terzi con le seguenti considerazioni.

In primo luogo, l'amministratore apporta alla società l'elemento psicologico: ad esempio, la buona fede nell'acquisto di un bene o il possesso di altro titolo, in base all'art. 20 della letra de cambio espanol.

In secondo luogo, l'*administrador*- amministratore è titolare del potere giuridico in base alla rappresentazione organica della società nella sfera giudiziale ed extragiudiziale.

Pertanto, sugli accordi di esclusione dei soci di una società anonima (S.A.) ovvero società di capitali, risponde la società e non i singoli soci.

Sul punto, è intervenuto il Supremo Tribunale di costituzionalità, in data 9 luglio 1999, nella causa Assicurazione Collegiale Medico chirurgico / Società Anonima è stato statuito che: «legitimidad para el accionista vía judicial sin necesidad de declaración de nulidad de un contrato para la junta puede ejercer una acción de responsabilidad» ovvero che il socio privo di legittimazione per richiedere giudizialmente la dichiarazione di nullità di un contratto stipulato per l'organo di amministrazione potrà esercitare l'azione di responsabilità.

Ancora di più, si riporta la sentenza del T.S.T. pronunciata in data 5 novembre 1997 n. 7933.

facultades o negligencia grave de uno de los socios el causante esta obligado a indemnizarlo si los demas socios se lo exigen. *Se trata de un privilegio respecto del regimen general de la responsabilidad, puesto que el administrador solo responde por culpa grave. Para la sociedad comanditaria, l'art. 149 ccom.*».

In altre parole, l'esercizio del potere di rappresentanza esige che gli *administradores* agiscano in base al mandato loro conferito dallo statuto societario, sempre nell'interesse della società e non per conto proprio, al di fuori di ogni conflitto di interesse.

Invece, per quanto concerne i rapporti esterni della rappresentanza opera il comma 2 dell'art. 129 del *codigo civil espanol*, in base al quale: «*frente a terceros, la representación está en constante crecimiento, judicial y extrajudicialmente, los actos incluidos en la Compañía, como se indica por la ley*» ovvero che nei confronti dei terzi contraenti, la rappresentanza si estende sempre, giuridicamente ed extragiudizialmente, agli atti compresi nell'oggetto sociale, come risulta da statuto.

Infatti, a proposito del "regime patrimoniale legale tra i coniugi", l'art. 159 del nostro codice civile, così come novellato dalla Riforma del 1975, con legge del 19 maggio 1975 n.151, presenta un'evidente omogeneità con gli artt. 1315 e 1316 del *codigo civil espanol*, anche riguardo al linguaggio giuridico utilizzato dai due legislatori: nel primo caso, l'articolo è presentato sotto la rubrica "libertad de acuerdo", nel secondo, "regime legale sussidiario".

Quindi, in base al codice civile italiano è previsto che: «*il regime economico del matrimonio sarà quello che i coniugi stipulino negli accordi sul regime economico matrimoniale, senza altre limitazioni se non quelle stabilite in questo codice*»; per l'altro: «*A falta de acuerdos o cuando éstos son ineficaces, el régimen será el de los bienes del patrimonio conjuntas*», ovvero che, in mancanza di accordi o quando questi siano inefficaci, il regime sarà quello della comunione legale dei beni (*sociedad de gananciales*).

Tuttavia, il *derecho espanol* sembra riservare la materia dell'attività di impresa in regime di comunione legale al *codigo de commercial* e, non più, al *codigo civil espanol*. Tale valutazione di politica legislativa presume una diversa valutazione degli interessi: si favorirebbe la circolazione dei diritti alle "pretese" interne alla *rerum domesticarum*.

Quindi, in modo analogo, entrambi gli ordinamenti prevedono l'obbligatorietà *ad substantiam* (artt. 1326 e 1327 *codigo civil espanol*) della forma per atto notarile.

Sempre, nei rapporti economici tra coniugi, nel *derecho espanol*, l'art. 1365, comma 2, del *codigo civil espanol* riguardo all'esercizio di un'attività commerciale da parte di uno dei coniugi, prevede espressamente l'applicazione del *codigo commercial espanol*, infatti: «*Si uno de los cónyuges era un comerciante, que se adhiere al Código de Comercio*» ovvero che se uno dei due coniugi fosse commerciante, ci si atterrà al codice del commercio.

Interessante, sempre per il *derecho espanol*, l'art. 1389, comma 2, c.c. in base al quale: «*en cualquier caso, para hacer la enajenación de*

las empresas comerciales, pero el derecho de primera opción debe ser aprobado en la corte», ovvero che: in ogni caso per realizzare atti dispositivi su imprese commerciali, salvo il diritto di prelazione, è prevista l'autorizzazione giudiziaria.

In base all'art. 1365 *codigo civil espanol*, come già anticipato, rinvia al codice de commercial Cdeco, il quale stabilisce, essenzialmente, due regimi: «a) *en ausencia de la oposición del otro cónyuge, el régimen es el mismo que el Código Civil para el ejercicio de cualquier profesión, por lo que las deudas del comerciante y los productos cumplen todos los bienes conyugales, de acuerdo con 7 e 8 Cdeco*»; ovvero che in assenza dell'opposizione dell'altro coniuge, il regime è lo stesso del codice civile per l'esercizio di qualunque professione, per cui dei debiti contratti rispondono i beni del commerciante e tutti i beni coniugali, in base agli artt. 7 e 8 Cdeco; «b) *en caso de oposición por el cónyuge, Cdeco artículo 6 establece que las obligaciones en los acuerdos comerciales sólo responderá de la exclusiva propiedad del cónyuge y de los activos adquiridos por el comercio vendedor*» ovvero che, in caso di opposizione del coniuge, l'art 6 Cdeco stabilisce che degli obblighi contratti nell'esercizio del commercio risponderanno solo i beni esclusivi del coniuge commerciante ed i beni acquisiti dal commercio. Lo stesso introduce, poi, la separazione di quattro categorie di masse patrimoniali: beni privativi del marito, beni privativi della moglie, guadagni comuni, i guadagni che sono il risultato dell'attività commerciale in comune. Situazione questa che può complicarsi se i coniugi esercitano il commercio e si oppongono all'altro coniuge se compromette tutti i "*ganancias*", ovvero i profitti che sono il risultato del commercio di un coniuge e "*guadagni*" che sono il risultato del profitto dell'altro coniuge.

Si ricorda, come già anticipato sopra, che l'atto oppositivo del coniuge deve risultare, ai fini dell'opponibilità ai terzi, da atto notarile iscritto nel R.M., ai sensi degli artt. 11 Cdeco, 87, comma 6°, 88, comma 3°, RRM.

Di diverso ordine sono le questioni che scaturiscono dall'atto oppositivo di un coniuge verso la "cattiva" amministrazione dell'altro.

In primo luogo, l'onere della prova circa la natura del bene, se il coniuge del commerciante, che ha compiuto il "*carico legale*", opponendosi, o i creditori. Occorre tener presente che queste norme tutelano il patrimonio familiare, la famiglia e non tanto e non solo il coniuge del commerciante, in contrasto con la dottrina "*favor uxoris*".

È preferibile sostenere che in Spagna incomberà sui creditori l'onere della prova, nonostante la contabilità del coniuge commerciante, mediante la richiesta in via giudiziaria di esibizione dei documenti, ai sensi dell'art. 33 Cdeco.

Secondo altri autori sarebbero i coniugi a dover provare che il bene sequestrato sia di natura coniugale comune, specialmente se fa parte del-

l'azienda commerciale del coniuge commerciante, invocando il STS del 25 novembre 1991, ActC. 314/92, che impone l'onere della prova allo stesso coniuge- commerciante, venditore dei locali e non al suo coniuge.

In secondo luogo, in caso di inadempimento i requisiti dell'atto notarile e l'iscrizione nel Registro delle Imprese, si può dubitare dell'efficacia di fronte a terzi dell'opposizione. Si pensa di dover accogliere questo orientamento, perché non esistono requisiti costitutivi di quella separazione patrimoniale, come nella costituzione di una società ma di pura diffusione di fronte a terzi in buona fede, che può supplirsi dimostrando l'effettiva conoscenza da parte di questi dell'opposizione non realizzata in forma legale.

In terzo luogo, questo regime si applica, per analogia, ad altri regimi matrimoniali della comunione dei beni di alcune zone del territorio nazionale, come nelle Comunidad Autónoma de Navarra y Aragón, per esempio; invece, non trova applicazione per le coppie di fatto, rispetto alle quali il regime della comunione legale non trova applicazione, neppure nei rapporti interni, per il rispetto della libertà di coppia né per la mancanza di una norma con un'identica *ratio* che possa applicarsi per analogia, al pari del diritto italiano.

Sul punto il STS si è pronunciato con diverse sentenze, alcune delle quali, a titolo esemplificativo, ricordiamo quella pronunciata il 30 dicembre 1994, R. 10.391 e , prima ancora, quelle del 21 ottobre, del 11 dicembre 1992 e del 18 febbraio 1993.

Alcune considerazioni conclusive di valutazione critica del regime patrimoniale della comunione legale, nel caso di esercizio di un'attività commerciale coniugale.

La complessità e l'insicurezza giuridica che si osserva nel doble sistema económico español, ovvero nel regime *economico* matrimoniale spagnolo per organizzare un'attività di impresa suggerisce la forma societaria: la S.A. o la S.L. personale, che è prevista e disciplinata dalla L. 2/1995 del 23 marzo sulle *sociedad de responsabilidad limitada*.

società a responsabilità limitata.

Il codice civil español non opera alcuna "separazione" tra i debiti e le responsabilità contratte per il sostentamento della famiglia in senso stretto e quelle, invece, per l'esercizio dell'attività imprenditoriale e professionale.

Pertanto, ecco brevemente alcune considerazioni giuridiche:

1) obbliga a distinguere differenti gruppi di creditori: creditori anteriori alla separazione prevista nell'art. 6 Cdeco, creditori posteriori, comuni, procedenti dall'esercizio del commercio;

2) obbliga a mantenere la delimitazione tra guadagni comuni e risultati, il cui continuo rinnovo pone problemi di surrogazione reale, assegnazione dei beni;

3) obbliga a controllare il ritiro dei beni ottenuti con “l’impoverimento” del patrimonio colpito dai debiti derivanti dall’esercizio del commercio.

Dall’altro lato, la dottrina commercialista spagnola rigetta che il commerciante sposato, a scapito dei suoi creditori, possa far valere l’interpretazione più “unificatrice” e più “garantista” della famiglia, ai sensi del richiamato art. 6 Cdeco.

Al contrario, la costituzione di una società personale per l’attività imprenditoriale o professionale di ogni coniuge prospetta una netta separazione tra il patrimonio sociale dal patrimonio dei singoli soci, diversamente dal diritto in Italia, con le ovvie considerazioni che ne derivano.

Una rilettura ⁽¹⁴⁾ delle norme del codice civile italiano del 1942, alla luce della Carta e della Corte Costituzionale ⁽¹⁵⁾, permette di cogliere un superamento della concezione “patriarcale” della famiglia sia con l’abolizione dell’istituto della dote, che pure serviva a tutelare il coniuge più debole che attraverso la sostituzione della separazione dei beni con il regime della comunione legale dei beni tra i coniugi, in un’ottica di parità coniugale, al pari dell’ordinamento giuridico spagnolo.

In questa parte I del presente lavoro solo, *incidenter tantum*, si pone la questione circa la responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione legale, in quanto quest’ultima, presuppone la risoluzione di una questione pregiudiziale: la qualificazione del soggetto “Famiglia” ⁽¹⁶⁾ e, quindi, le regole generali che presiedono alla disciplina dell’iniziativa

⁽¹⁴⁾ G. RAGUSA MAGGIORE, *Comunione legale e fallimento*, in *Vita not.*, II, 1984, 1250 ss.

⁽¹⁵⁾ Corte cost., 27 giugno 1973, n. 91, in *Giur. it.*, 1974, II, 18. Per la dottrina, GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna – Roma, 1976, *Sub. artt.* 780-781 c.c., 212 ss. Più recentemente: Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in base al quale: «È manifestamente infondata – in riferimento agli artt. 2, 3, 24 e 30 cost. –, la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli art. 151 comma 1 e 155 c.c., il quale non prevede la possibilità di applicare il procedimento previsto degli artt. 706 c.p.c. e ss., ai conviventi “more uxorio” con prole e, in particolare, in ipotesi di cessazione della convivenza di fatto, la possibilità di assegnare in godimento la casa familiare al genitore naturale affidatario di minore, o convivente con prole maggiorenne non economicamente autosufficiente, anche se lo stesso genitore affidatario non sia titolare di diritti reali o di godimento sull’immobile...considerando che l’interesse del figlio all’abitazione, come al mantenimento, è correlato alla posizione di dovere facente capo al genitore».

⁽¹⁶⁾ RAGUSA MAGGIORE, *op. loc. cit.*: «Il legislatore del 1975 non ha fatto altro che recepire la mutata visione della famiglia e della donna, come risulta anche dal fatto che tutti i lavori svolti nella famiglia, anche nella famiglia c.d. di fatto, vengono inquadrato in un rapporto di lavoro, superandosi la opinione della presunzione di gratuità del lavoro, a svantaggio dei creditori».

privata economica, comprensivo delle professioni intellettuali, alla luce dei principi costituzionali di solidarietà ed uguaglianza ex artt. 2, 3 e 29 Cost. ⁽¹⁷⁾.

Nella realtà giuridica, quindi, la Famiglia opera per mezzo di contratti, all'interno dei quali risulta essere soggetto debitore nei confronti dei terzi attraverso gli istituti della proprietà, delle successioni, del negozio giuridico, entro ed al di fuori dello schema societario con il concorso di principi generali come l'affidamento del terzo, la conoscibilità degli eventuali accordi interconiugali, la garanzia della corretta circolazione dei beni giuridici: in riferimento sia al principio di efficacia del contratto tra le parti (art. 1372 c.c.), sia a quello della non operatività dell'effetto traslativo rispetto all'alienante che non abbia la piena disponibilità del diritto.

Ciò che interessa ai creditori, nell'ambito di una data attività economica svolta dai coniugi, singolarmente o congiuntamente, in forma individuale o collettiva, sono la peculiarità del regime di comunione legale e gli effetti del diritto commerciale: da un lato, la con-titolarietà di diritti, dall'altro, la potenzialità che hanno i coniugi di acquistare beni senza la partecipazione all'atto di uno di essi - art. 177, lett. a), c.c. - ed ancora l'eccezionale disciplina degli atti compiuti da uno dei coniugi senza il necessario consenso dell'altro, di cui all'art. 184 c.c.

Si dovrà, però, procedere con molta cautela, evidenziando preliminarmente che la *ratio* dei rapporti societari tra coniugi è perseguita attraverso una normativa specifica che tutela, appunto la "*patrimonialità*" e, soltanto successivamente, l'interesse superiore della famiglia.

Occorrerà sottolineare, quindi, che i rapporti familiari presuppongono il concetto giuridico di "*centro di interessi*", sotto diversi profili ed ambiti del diritto: nei campi, societario, fallimentare, tributario, tenendo presente che ai rapporti familiari non è estraneo un interesse di natura patrimoniale.

Il concetto giuridico di "*interesse familiare*" ⁽¹⁸⁾ è evidente in diritto societario solo se si consideri la "*doppia*" posizione del socio-coniuge e del socio-parente.

Si considera "*in conflitto di interessi*", per esempio, il socio di una società di capitali, il quale voti una delibera che abbia come oggetto il

⁽¹⁷⁾ Con la riforma del diritto di famiglia (l. 19 maggio 1975, n. 151) si basa sulla posizione paritaria dei coniugi (ex art. 29, comma 2, Cost.), sul dovere di reciproca collaborazione nell'interesse della famiglia e sull'obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia in relazione alle sostanze e alla capacità di lavoro professionale o casalingo di ciascuno di essi, ai sensi dell'art. 143 c.c.

⁽¹⁸⁾ G. PREFAZIO, *La rilevanza dei rapporti familiari in campo commerciale*, in *Jus e internet*.

compenso del coniuge amministratore unico della stessa società⁽¹⁹⁾; oppure si è ravvisato una violazione dell'obbligo di "fedeltà" (art. 2105 c.c.) di un amministratore di società, il coniuge del quale aveva acquisito quote di una società concorrente, legittimandone così il licenziamento.⁽²⁰⁾

L'esistenza del suddetto – *centro di interessi patrimoniali* - comprensivo di rapporti familiari, è inoltre richiamata per istituire un collegamento tra il diritto societario, ai sensi dell'art. 2359 c.c., con tutti i riflessi che da ciò possono derivare e quella inerente la «famiglia», conseguenze queste, legati a comportamenti che possono essere particolarmente lesivi del patrimonio sociale o dell'azienda del datore di lavoro fino ad implicare l'annullabilità degli atti⁽²¹⁾, sanzioni disciplinari nei confronti del dipendente fino al risarcimento danni. Quanto a quest'ultima sanzione occorre sottolineare che un soggetto che è parte dei contratti sopracitati (società, lavoro, ecc.) ed è soggetto di rapporti "familiari", non è "ipso facto" in conflitto di interessi, perché la semplice circostanza che lo stesso soggetto abbia un proprio interesse patrimoniale non genera conflittualità di interessi contrapposti con riflessi in tema di onere probatorio.

Occorre, infatti, anche la dimostrazione del danno ingiusto – almeno potenziale - alla società oppure nel rapporto di lavoro, quando il dipendente tratti affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore.⁽²²⁾

Altra casistica⁽²³⁾ si riscontra nel confronto tra normativa dei rapporti familiari e quella relativa al contratto di società, ex art. 2247 c.c. e alla qualifica di imprenditore commerciale.

Quanto alle società, viene in rilevanza l'applicazione di una normativa di altro tipo ma, comunque, ordinata sugli stessi principi. Invero, con essa, i soggetti sono parti di un vero e proprio contratto, in virtù del quale *conferiscono beni e servizi per lo svolgimento dell'attività di impresa*, di cui all'art. 2082 c.c. un contratto che deve avere i requisiti di cui all'art. 1324 c.c., nonché di eseguire le regole, di cui agli art. 2247 c.c. e seguenti.

⁽¹⁹⁾ Cass., 23 luglio 2008, n. 20296, in *Notariato*, 2009, 16, con nota di R. SCOTTI, *Il riconoscimento dell'acquisto a titolo originario, per usucapione, di un coniuge in regime di comunione legale*. *Contra* Cass., 13 dicembre 2010, n. 25158, in *Giust. civ.*, 2011, I, 1516.

⁽²⁰⁾ V., in proposito, par. 2.

⁽²¹⁾ Cass., Sez. un., 23 aprile 2009 n. 9660, in *Notariato*, 2010, 25, nota di R. SCOTTI, *Azione revocatoria e comunione legale al vaglio delle Sezioni Unite*.

⁽²²⁾ Cass., 5 maggio 2010, in *Notariato*, 2010, 624, con nota di R. SCOTTI, *Acquisto in surrogazione e dichiarazione del coniuge acquirente*.

⁽²³⁾ Cass., 2 febbraio 2009, n. 2569, in *Notariato*, 2009, 443, con nota di R. SCOTTI, *L'acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale*.

Quindi, la qualità di socio non si riduce ad un rapporto obbligatorio interno, istituito per legge ma attraverso lo strumento del contratto assume una rilevanza esterna e, conseguentemente, la qualità di socio conferisce una responsabilità – limitata o illimitata- nei confronti dei terzi, diritti di informazione oltre che economici; nelle società di persone- a certe condizioni – anche un potere di rappresentanza ⁽²⁴⁾.

Interessante per l'interprete esaminare l'art. 182 c.c. riguardo al caso di conferimento volontario di potere rappresentativo da un coniuge all'altro, nel caso di impossibilità di uno dei coniugi di concorrere al compimento di atti necessari, azionabile nel caso di assenza di un rapporto rappresentativo tra i coniugi.

Secondo l'Autore, ai sensi dell'art. 182, comma 1°, c.c., il tema del rilascio di procure tra coniugi è menzionato, *incidenter tantum*, mentre il riferimento alla procura, che è richiamata, nella norma in esame, in modo più forte di quanto previsto e disciplinato, ai sensi dell'art. 1392 c.c.

In altre parole, il dubbio riguarda se l'art. 182 c.c., che all'interno dell'amministrazione della comunione legale fa riferimento al rilascio della procura tra coniugi, esaurisca o possa esaurire la disciplina sostanziale del fenomeno : più precisamente, se il conferimento del potere rappresentativo da un coniuge all'altro sia consentito *esclusivamente* in presenza delle condizioni desumibili da quella norma – del tipo, lontananza o altro impedimento del rappresentato e nelle forme da essa previste.

La descritta ipotesi, prosegue l'Autore ⁽²⁵⁾, è stata studiata ampiamente dalla dottrina ⁽²⁶⁾ sia nell'ambito di un orientamento "rigido" ⁽²⁷⁾ con una disciplina più restrittiva e rigorosa rispetto a quella generale sulla base dell'espressa previsione di un requisito di forma maggiormente rigoroso rispetto a quello originariamente richiesto, sia, invece, verso una maggiore "apertura" a favore dell'autonomia negoziale, per cui sarebbe ingiustificato ritenere che il regime di comunione legale comporti una menomazione della capacità dei soggetti che ad essa partecipano, *tale da imporre vincoli così stretti al reciproco conferimento di poteri rappresentativi*.

Detti limiti sono da ricercarsi nell'assetto fondamentale della comunione coniugale: l'inammissibilità del conferimento di procure generali irrevocabili, per la completa dismissione dei poteri gestori che ne conseguirebbe.

⁽²⁴⁾ F. ANELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Tratt. dir. fam.*, Milano, 2002, 321 ss.

⁽²⁵⁾ F. ANELLI, *Regime patrimoniale della famiglia*, cit., 322-326.

⁽²⁶⁾ BUSNELLI, *op. cit.*, 50.

⁽²⁷⁾ SMIROLDO, *Cenni sulla forma della procura nella comunione legale*, in *La comunione legale*, a cura di Bianca, cit., 372.

La *ratio* dell'istituto stabilisce le condizioni in presenza delle quali un coniuge può agire individualmente in caso di assenza o impedimento dell'altro, senza necessità di domandare l'autorizzazione giudiziale. Discorso a parte merita il caso di beni immobili, che richiedono determinati connotati formali.

In altri termini⁽²⁸⁾, in una situazione fisiologica, in cui i coniugi sono entrambi presenti ed in grado di curare i rispettivi interessi, nulla osta al rilascio di una procura da parte di uno di essi a favore dell'altro per il compimento di atti relativi ai beni comuni, così come a quelli di titolarità esclusiva del rappresentato, secondo l'ordinaria disciplina, implicitamente presupposta dall'art. 217 c.c., cui fa richiamo l'art. 185 c.c.

Una tale procura, secondo l'Anelli, sarebbe inutilizzabile, in caso di lontananza o impedimento del coniuge che l'abbia rilasciata, se non fosse rispettato il più rigoroso requisito di forma di cui all'art. 182 c.c.

Detta limitazione trova giustificazione nella duplice funzione di scopo: da un lato, assicurare certezza al conferimento del potere rappresentativo e, dall'altro, richiamare l'attenzione di chi rilascia la procura sulla dell'atto che compie.

Si può, dunque, concludere con il tema della procura e con il richiamato art. 182 c.c., che presuppone ma non disciplina il rilascio di procure tra coniugi, in base al generale principio della rappresentanza volontaria, che, nel quadro delle norme connotanti la comunione legale, trova lo specifico limite costituito dalla nullità degli atti che possano determinare una permanente estromissione di uno dei coniugi dalla gestione di interessi comuni, ad esempio, nei negozi notarili.

2. *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*

In base all'art. 2 Cost. la famiglia si presume essere la principale formazione sociale nella quale l'uomo svolge la propria personalità.

Il diritto di famiglia, quindi, comprende l'insieme delle norme che hanno per oggetto gli status ed i rapporti giuridici che si riferiscono alle persone che la costituiscono.

Per economia di indagine, tratteremo le relazioni tra i familiari nell'ambito di un'attività di impresa, in cui almeno uno dei coniugi riveste la qualifica di imprenditore.

Procediamo per ordine.

Per *lavoro familiare* si intende quel rapporto in cui il datore ed il prestatore di lavoro sono legati da vincolo di parentela o di affinità e sono conviventi.

⁽²⁸⁾ ROVERA, *L'amministrazione dei beni*, in *Il diritto di famiglia*, Milano.

Un'interpretazione "ristretta" del dato normativo, a lungo, ha caratterizzato l'istituto in esame per cui si riteneva *gratuita* la presunzione, salvo prova contraria⁽²⁹⁾: quindi, il lavoro si considerava prestato *affectionis causa* cioè quale corrispettivo dell'assistenza ricevuta o come attività dovuta nell'interesse della famiglia⁽³⁰⁾, a prescindere dalla convenzione matrimoniale adottata. Di recente, con opinione contraria, la Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza del 07/08/2008 n. 10084: «Ogni attività oggettivamente configurabile come prestazione di lavoro subordinato si presume effettuata a titolo oneroso; tale presunzione (di fatto) di onerosità, basata sui criteri della normalità, della apparenza e della buona fede, a tutela del ragionevole e legittimo affidamento della parte interessata, può essere superata - quando si sostenga la riconducibilità delle prestazioni ad un rapporto diverso (non di lavoro subordinato) istituito *affectionis vel benevolentiae causa*, con la correlativa gratuità della stessa attività - solo con una prova rigorosa del contenuto di tale diversa relazione tra le parti».

Di conseguenza, la considerazione relativa alla *presunzione di gratuità*, giustificata dalla relazione di affetti familiari, di parentela e di interessi esistenti tra i soggetti che portava ad escludere il lavoro familiare non solo nell'ambito del lavoro subordinato ma anche da quello del lavoro in genere, è stata ampiamente superata, sia in dottrina⁽³¹⁾ che in giurisprudenza.

A questo punto è necessario ribadire l'assunto che la relazione tra il lavoro familiare ed obbligo di contribuzione prescinde dall'istituto della comunione legale per ricollegarsi ai principi ex artt. 29 e 36 della Costituzione.

Come per il Falzea⁽³²⁾, l'obbligo contributivo costituisce l'unico regime patrimoniale idoneo a garantire la soddisfazione degli interessi primari della famiglia e la realizzazione dell'eguaglianza tra i coniugi, alla

⁽²⁹⁾ A dimostrare l'onerosità del vincolo giuridico, più recentemente: Cass., Sez. lav., 20 settembre 2011, n. 19139; 19 settembre 2011, n. 19080; 9 giugno 2011, n. 12551. In particolare, si riporta la massima della pronuncia del giudice di legittimità del 20 aprile 2011, n. 9043: «*per configurare un rapporto di lavoro subordinato, è necessaria una specifica prova della subordinazione e dell'onerosità delle prestazioni, che può essere fornita anche al di fuori degli elementi sintomatici più tipici della subordinazione, purchè risulti un nesso di corrispettività tra la prestazione lavorativa e quella retributiva, entrambe caratterizzate dall'obbligatorietà, e la prestazione lavorativa sia soggetta a direttive e controlli, pur se in un eventuale quadro caratterizzato da maggiore elasticità d'orario*».

⁽³⁰⁾ G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto di impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I.

⁽³¹⁾ Tra i primi: v. *infra* nota di G. Ragusa Maggiore, a favore dell'onerosità della prestazione.

⁽³²⁾ A. FALZEA, *Il dovere di contribuzione nel regime patrimoniale della famiglia*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, I, 609 ss.

stregua dell'ordinamento francese⁽³³⁾, che distingue tra regime giuridico primario e regime secondario dei rapporti patrimoniali, comprendendo nel primo, l'obbligo di contribuzione, nell'altro, la comunione legale e le ipotesi normative di convenzioni matrimoniali, con le seguenti considerazioni:

1. la comunione legale sarebbe funzionale non tanto agli interessi dei coniugi quanto a quelli della famiglia;

2. la comunione legale avrebbe funzione garantista rispetto alla realizzazione del principio paritario tra coniugi più che all'obbligo di contribuzione, *ex art* 143 c.c.

L'impresa familiare⁽³⁴⁾ – istituto introdotto dalla legge 19 maggio 1975, n. 151, nell'ambito della riforma del diritto di famiglia – è quell'impresa in cui collaborano il coniuge, i parenti entro il terzo grado e gli affini entro il secondo grado dell'imprenditore, *ex art* 230 bis c.c.⁽³⁵⁾

Con essa il legislatore, abrogando l'art. 2140 c.c. - le comunioni tacite familiari⁽³⁶⁾, ha voluto, con l'introduzione dell'art. 230 bis c.c. - l'impresa

⁽³³⁾ S. ALAGNA, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1979, 333; M.C. ANDRINI, *La famiglia nella Comunità Europea*, in *Famiglia*, III, 2004.

⁽³⁴⁾ L. BALESTRA, *L'impresa familiare*, in *Il regime patrimoniale della famiglia, Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2003. E più recente, G. TRIMARCHI, *Il regime patrimoniale della famiglia e l'impresa individuale e collettiva*, in *Notariato*, 2006, 92.

⁽³⁵⁾ In giurisprudenza di legittimità si sostiene che «nell'ambito dell'istituto dell'impresa familiare di cui all'art. 230 bis, c.c., caratterizzato dall'assenza di un vincolo societario e dall'insussistenza di un rapporto di lavoro subordinato tra i familiari e la persona del capo (quale riconosciuto dai partecipanti in forza della sua anzianità e/o del suo maggiore apporto all'impresa stessa) vanno distinti in un aspetto interno, costituito dal rapporto associativo del gruppo familiare quanto alla regolamentazione dei vantaggi economici di ciascun componente, ed un aspetto esterno, nel quale ha rilevanza la figura del familiare-imprenditore, effettivo gestore dell'impresa, che assume in proprio i diritti e le obbligazioni nascenti dai rapporti con i terzi e risponde illimitatamente e solidamente con i suoi beni personali, diversi da quelli comuni ed indivisi dell'intero gruppo, anch'essi oggetto della generica garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c.; ne consegue che il fallimento di detto imprenditore non si estende al semplice partecipante all'impresa familiare.»: Cass., 27 giugno 1990, n. 6559, in *Nuova giur. civ.*, 1991, I, 67, nota di LUCCHINI; in *Fallimento*, 1991, 39, in *Giur. it.*, 1991, I, 428, con nota di FRANCA; in *Giust. civ.*, 1991, I, 667, con nota di FINOCCHIARO. In giurisprudenza di merito si sostiene che «attesa la natura collettiva dell'impresa familiare, a cui "partecipano" i vari componenti della famiglia, il dissesto dell'impresa non può non coinvolgere tutti i soggetti, i quali, per ciò stesso, non possono non essere falliti»: così Trib. Rovereto, 8 maggio 1987, in *Riv. dir. comm.*, 1990, II, 317; «le norme sull'impresa familiare creano rapporti obbligatori esclusivamente tra i partecipanti, cosicché i terzi non sono abilitati a chiederne il rispetto»: Trib. Ferrara, 15 luglio 1977, in *Riv. dir. agr.*, 1980, 235, con nota di D'AMBROSIO; Trib. Macerata, 31 gennaio 1981, in *Giust. civ.*, 1981, 879.

⁽³⁶⁾ Cass., III, 14 marzo 2008 n. 6879, in *Notariato*, 2009, 148, con nota di B. RONCHI, *Riscatto agrario e comunione legale*.

familiare - realizzare la “*par condicio*” dei familiari in proporzione alla qualità e quantità del lavoro prestato, equiparando, il lavoro della donna a quello dell’uomo, in particolare nel settore agricolo ⁽³⁷⁾.

Tra le due figure richiamate vi è una sostanziale identità degli elementi che caratterizzano i due istituti giuridici come sopra richiamati: l’assenza del vincolo societario, il difetto di un rapporto di lavoro subordinato, il diritto di partecipazione riconosciuto a ciascun membro *de iure* ⁽³⁸⁾.

Il punto su cui si è più a lungo soffermato il dibattito generato riguarda la natura giuridica dell’impresa familiare ed, in particolare, se debba essere considerata impresa individuale o collettiva con evidenti riflessi nei rapporti con i terzi, ovvero la rilevanza o meno del “gruppo familiare” all’esterno ⁽³⁹⁾.

In particolare, un autorevole autore ⁽⁴⁰⁾ ritiene che l’istituto dell’impresa familiare preveda e disciplini soltanto una forma di tutela per una particolare categoria di lavoratori subordinati identificabile, anziché in riferimento alle mansioni svolte, in relazione al rapporto di parentela o di affinità dei lavoratori con l’imprenditore ⁽⁴¹⁾, per cui la rilevanza è solo meramente interna all’impresa stessa, esaurendosi nei rapporti tra imprenditore (unico titolare dell’attività di impresa) e lavoratori suoi familiari (meri collaboratori del primo), a prescindere dalla dimensione oggettiva dell’impresa, a differenza dell’azienda coniugale, invece, che ha rilevanza esterna in quanto riguarda i rapporti dei terzi con i coniugi titolari dell’azienda stessa: nel secondo, a differenza del primo, ci sarà una forma di con- titolarità di impresa.

Certamente, in concreto, potrà essere difficile stabilire se il coniuge cogestisce o se si limita a collaborare nell’impresa dell’altro – come è stato esattamente rilevato ⁽⁴²⁾.

In particolare, l’azienda coniugale è stata disciplinata dal legislatore del 1942, all’art. 177 lett. d) del codice civile e riguarda l’attività dei soli coniugi ⁽⁴³⁾, e non anche parenti e affini, come recita l’art. 230 bis c.c.

⁽³⁷⁾ Art. 48, l. 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari) ha introdotto la figura dell’impresa familiare coltivatrice. Sul punto, in dottrina, L. BALESTRA, *op. cit.*, 671.

⁽³⁸⁾ BALESTRA, *op. cit.*

⁽³⁹⁾ GRAZIANI, *L’impresa familiare*, in *Trattato Rescigno*, III, 2, Torino, 554.

⁽⁴⁰⁾ V. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell’impresa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1976, 609-610, nt. 4.

⁽⁴¹⁾ G. OPPO, *La Riforma del diritto di famiglia*, 84; A. CANNAVALE, *Comunione legale e impresa individuale di uno dei coniugi (o impresa gestita da uno dei coniugi in forma di società di persone)*, in *Vita not.*, 1997, 480.

⁽⁴²⁾ V. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell’impresa*, *cit.*, 611-612; Id., *Impresa familiare*, 636-637.

⁽⁴³⁾ G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell’impresa*, 389 ss.

Il problema che emerge è, quindi, quello del rapporto tra impresa coniugale e società, problema che si inserisce nel più ampio dibattito concernente la relazione tra disciplina della società tra coniugi ed il diritto di famiglia.

Qualora la gestione sia comune ai coniugi e ad uno o più terzi si avrà un unico rapporto di società⁽⁴⁴⁾ con eventuale attrazione nel patrimonio coniugale delle quote sociali⁽⁴⁵⁾.

Se, invece, i terzi sono solo collaboratori e familiari, come previsto dall'art 230 bis c.c., si avrà, tra i coniugi, impresa coniugale o società e, nei confronti dei familiari collaboratori, applicazione della disciplina dell'impresa familiare.

Sotto il profilo delle conseguenze, l'adesione all'uno o all'altro orientamento finisce con il comportare una soluzione differente con riguardo ad una serie di problematiche che, stante la lacunosità del dettato normativo, si sono poste all'attenzione dell'interprete.

In particolare, si segnalano:

1. la determinazione del soggetto su cui grava la responsabilità per le obbligazioni assunte nell'esercizio dell'impresa;

2. di stretta correlazione con la precedente, l'individuazione del soggetto o dei soggetti passivi della procedura fallimentare;

3. la rilevanza giuridica delle deliberazioni adottate a maggioranza dai familiari nonché gli effetti, sempre nei confronti dei terzi, del mancato rispetto di tale procedimento nell'adozione degli atti di cui al comma I dell'art. 230 bis c.c.;

4. la natura giuridica dei diritti riconosciuti ai familiari lavoratori;

5. la legittimazione e titolarità dei beni costituenti il patrimonio aziendale.

Infatti, la presenza di un'impresa coniugale o di una società tra i coniugi, se esclude che si applichi la disciplina *ex art. 230 bis c.c.* al coniuge, non altrettanto si verifica con riguardo ad altri familiari⁽⁴⁶⁾.

Questo assunto trova forza dal fatto che per titolare dell'impresa familiare non deve necessariamente intendersi un imprenditore indivi-

⁽⁴⁴⁾ G. OPPO, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴⁵⁾ Così la dottrina prevalente (Oppo, Schlesinger, Costi, Marchetti, Corsi), in base alla quale le partecipazioni sociali strumentali all'esercizio di attività di impresa non ricadrebbero nella comunione legale. Cass. 2 febbraio 2009, n. 2569, in *Notariato*, 2009, 443, con nota di R. SCOTTI, *L'acquisto di partecipazioni sociali in regime di comunione legale*.

⁽⁴⁶⁾ G. OPPO, *op. cit.*; CORSI, *Azienda coniugale, comunione legale e società*, in *Giur. comm.*, 1975, I, 615; ID., *Comunione legale e società tra coniugi*, in *Dir. fam.*, 1979, 844; ID., *Impresa familiare, azienda coniugale e "rapporti con i terzi"*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, cit., 13; A. FUSARO, *Comunione legale ed attività di impresa: l'esercizio individuale e collettivo*, in *Famiglia*, 2001, 373. *Contra* V. COLUSSI, *op. loc. cit.*

duale: ciò sarebbe conforme ad una visione, da un lato individualistica, dall'altro, in contrasto ai valori costituzionalmente garantiti, quali quelli dell'iniziativa economica e del lavoro.

Come ribadisce il Marasà ⁽⁴⁷⁾, quando l'aspetto individualistico non rileva, si dovrà comunque ripartire dalla regola generale, *ex art 177, lett. a)* del codice civile, in base al quale l'azienda, come tutti gli altri beni, cade nel patrimonio coniugale per il mero fatto di essere acquistata dopo il matrimonio e non già per essere gestita in comune.

Interessante la sentenza della Corte di Cassazione commentata che, recentemente, si è pronunciata a proposito dell'acquisto da parte di uno dei coniugi della proprietà di un bene immobile per usucapione nell'ambito del regime di comunione legale, per cui: «*cade in comunione legale l'acquisto a titolo originario, ai sensi dell'art. 177 lett. a), primo comma, del codice civile*», risolvendo due questioni: la comunione legale tra i coniugi comporta l'estensione dell'acquisto della proprietà acquisita a titolo originario da parte di uno dei coniugi e quella riguardo all'acquisto di un diritto di proprietà (art. 922 c.c.) su un bene immobile acquistato per usucapione, qualora il possesso sia iniziato da uno solo dei coniugi prima del matrimonio ma il cui termine per maturare tale acquisto sia venuto a compimento in costanza di comunione legale, *ex art. 177, lett. a) c.c.*

L'acquisto o la costituzione di un'azienda sono, infatti, un *prius* rispetto ad un'impresa comune che potrebbe anche mancare qualora, ad esempio, i coniugi decidano di dare in affitto o di destinarla all'impresa di uno di essi ⁽⁴⁸⁾.

Più precisamente, l'azienda è coniugale in ragione del modo di acquisto ed indipendentemente dallo svolgimento o meno con essa di un'impresa, coniugale o individuale ⁽⁴⁹⁾.

Quindi, le situazioni che vengono in considerazione – impresa individuale, impresa coniugale, cioè quell'impresa gestita da entrambi i coniugi, impresa familiare, cioè impresa condotta con la collaborazione di lavoro di uno o più familiari – inducono a sottolineare la rilevanza dell'impresa, sia nei rapporti familiari che nel regime di impresa.

Occorre stabilire i limiti di tale rilevanza in relazione ad un certo

⁽⁴⁷⁾ G. MARASÀ, *op. cit.*; Cass., 23 luglio 2008, n. 20296, in *Notariato*, 2009, 16, con nota di R. SCOTTI.

⁽⁴⁸⁾ App. Torino, 14 luglio 2010, in *Notariato*, 2011, 26, con nota di A. BELLO, *Continuazione dell'impresa societaria da parte del socio unico: trasformazione atipica o circolazione di azienda?*.

⁽⁴⁹⁾ Reciprocamente un'azienda individuale per il titolo di acquisto (ad esempio, successione o donazione) non cade nel patrimonio coniugale perché gestita in comune. In questo senso, G. OPPO, *Diritto di famiglia e diritto dell'impresa*, cit., 374.

numero di parametri combinabili tra loro, quali l'oggetto di impresa, la dimensione, la titolarità dell'impresa, la proprietà dell'azienda, l'amministrazione⁽⁵⁰⁾, la responsabilità⁽⁵¹⁾, la gestione nel rapporto tra presenza di familiari e di terzi.

L'impresa coniugale e l'impresa familiare, secondo il codice civile, possono essere nella forma-dimensione: piccola, media e grande impresa.

In particolare, sempre secondo Oppo, l'impresa familiare non è un'impresa condotta prevalentemente con il lavoro personale e familiare⁽⁵²⁾ ma qualunque impresa nella quale prestino attività di lavoro uno o più familiari, il che suggerisce un'importante considerazione con rilevanti riflessi sul piano giuridico.

L'attività di impresa ex art 230 bis c.c., infatti, potrebbe assumere qualsiasi forma societaria, senza identificarsi con la fattispecie ex art 2083 c.c., ovvero il piccolo imprenditore, oppure con l'imprenditore artigiano, ex legge-quadro n. 133 del 20 maggio 1997: secondo l'opinione di Oppo, che non sembra potersi condividere per la ratio dell'art. 230-bis c.c.

Pertanto l'impresa coniugale non sarebbe condotta con il prevalente lavoro dei familiari e dei coniugi – in regime di comunione legale – perché non vi sarebbe, per l'Oppo, rapporto tra i nuovi istituti e la capacità

⁽⁵⁰⁾ In base all'art. 180 c.c., l'amministrazione dei beni in comunione comprende sia il godimento, la manutenzione dei beni, quanto la disposizione, la possibilità di alienare i beni, di costituire su di essi diritti reali di godimento o di garanzia rispetto alla quale non si applica l'art. 1103 c.c., che consente a ciascun partecipante la libera disponibilità del bene nei limiti della propria quota indivisa. Tutto ciò scaturisce dall'esigenza di contemperare, da un lato, la partecipazione paritaria dei coniugi all'amministrazione dei beni comuni, dall'altro, di rendere scorrevole l'amministrazione ordinaria. Quindi, l'amministrazione congiuntiva è prevista soltanto per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, per la stipula dei contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento e per la rappresentanza in giudizio nelle relative azioni.

⁽⁵¹⁾ L'art. 186 c.c. individua una serie di obbligazioni che gravano in via primaria sui beni in comunione, in via sussidiaria, per metà del debito, sui beni personali di ciascuno dei coniugi, ai sensi dell'art. 190 c.c., con evidenti conseguenze nei confronti del terzo creditore per crediti di interesse familiare, il quale dovrebbe sopportare una limitazione di responsabilità del debitore, quasi che i beni personali di ciascuno dei coniugi debbano contribuire solo in parte ai bisogni della famiglia.

In conclusione, il sistema della responsabilità patrimoniale dei coniugi in regime di comunione si rivela particolarmente complesso, prevedendo la responsabilità sussidiaria dei beni in comunione soltanto per debiti particolari di uno dei coniugi e per le obbligazioni contratte da uno dei coniugi e per il compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro, in forza del principio di affidamento del terzo; per tutte le altre obbligazioni, a tutela dei creditori, prevedere una responsabilità indifferenziata dei beni personali e dei beni comuni.

⁽⁵²⁾ BUSNELLI, *La comunione legale nel diritto di famiglia riformato*, in *Riv. not.*, 1976, I, 32 ss.

di lavoro della famiglia: familiare è il rapporto di collaborazione non la dimensione o il carattere dell'impresa, né l'età dei "partecipanti".

Sempre nell'ambito dell'*actio finium regondorum* tra la materia del diritto di famiglia e quello più propriamente "commerciale" appare, a chi scrive, interessante l'analisi dell'art. 13 della normativa in materia di assegni⁽⁵³⁾, nell'ipotesi di un minore⁽⁵⁴⁾, interdetto o incapace nell'esercizio di un'attività imprenditoriale.

A titolo esemplificativo, il caso dell'impresa del minore⁽⁵⁵⁾ rispetto alla quale si applicano gli istituti della rappresentanza⁽⁵⁶⁾ e dell'amministrazione ad entrambi i genitori: le persone totalmente incapaci non possono sottoscrivere assegni per emissione, né tantomeno apporre la firma per altre obbligazioni, quali l'avallo o la girata.

La norma, in questo caso, predispone che il genitore o il tutore non autorizzato al commercio possano, con l'autorizzazione del giudice tutelare, obbligarsi in nome di costoro. In passato l'autorizzazione poteva essere richiesta anche al consiglio di famiglia con l'omologazione da parte del tribunale ma tale opportunità è venuta meno con l'abolizione del consiglio stesso.

Anche nel caso di incapaci, il rappresentante avrà l'obbligo di esplicitare tale qualità, potendo incorrere in un problema di responsabilità cambiaria personale ed esclusiva.

Si deve ancora tenere conto che oltre al minore di età, l'interdetto e all'inabilitato esiste un'incapacità naturale⁽⁵⁷⁾.

Quando manca la rappresentanza, la firma dell'incapace risulterà

⁽⁵³⁾ R.d. 21 dicembre 1933, n. 1736.

⁽⁵⁴⁾ A proposito è interessante ricordare che l'assunzione di un'obbligazione cambiaria mediante sottoscrizione di assegno o cambiale rientra tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione. Pertanto per il minore non emancipato e per l'interdetto è necessario che l'obbligazione venga assunta dai genitori o da quello che esercita in via esclusiva la potestà o dal tutore in nome e per conto dell'incapace e previa autorizzazione del giudice tutelare. Per il minore emancipato e per l'inabilitato non autorizzati all'esercizio o alla continuazione di una impresa commerciale è invece necessario che la loro firma sia integrata da quella del curatore e ciò deve risultare espressamente nel titolo altrimenti si ritiene che il curatore abbia firmato in proprio. Per il minore emancipato e per l'inabilitato autorizzati all'esercizio o alla continuazione di una impresa commerciale non è invece necessario che la loro firma sia integrata da quella del curatore. In fine, se un soggetto era incapace di intendere e di volere al momento della sottoscrizione, l'obbligazione così assunta può essere annullata se da essa deriva grave pregiudizio per il suo autore.

⁽⁵⁵⁾ G. TAURINI, *Titoli di credito*, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2003.

⁽⁵⁶⁾ Cass., 29 novembre 1971, n. 7784, *ibidem*; Id., 6 agosto 1990, n. 7914.

⁽⁵⁷⁾ In giurisprudenza, l'orientamento prevalente afferma che l'eccezione relativa all'incapacità naturale del sottoscrittore del titolo ha natura reale e può essere opposta a qualsiasi possessore.

inefficace ma, allo stesso tempo, le altre firme apposte sul titolo cambiario da persone capaci non perdono validità; quindi, il possessore dell'assegno che lo presenti in banca per il pagamento, dopo il possibile rifiuto di questa, giustificato dal fatto che l'assegno risulta sottoscritto da una persona incapace, potrà esercitare le proprie azioni nei confronti dei giratari, sempre che sia levato il protesto.

In ultima analisi bisogna considerare che anche le obbligazioni cambiarie sottoscritte da persone che, pur apparendo capaci al momento della firma, anche se in maniera transitoria, erano incapaci di intendere e di volere, sono considerate annullabili, ai sensi dell'art. 428 c.c., la cui prova può anche derivare da un quadro generale anteriore e posteriore al momento della sottoscrizione del titolo ⁽⁵⁸⁾, come pure, per gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, anche l'esercizio dell'impresa coniugale e di impresa familiare: in caso di disaccordo, uno dei coniugi (*rectius*, genitori) potrà proporre ricorso *ex art.* 316 c.c. all'autorità giudiziaria.

Torniamo all'oggetto possibile della comunione legale, le aziende gestite da entrambi i coniugi e costituite dopo il matrimonio, ai sensi dell'art. 177, lett. d) c.c., in base al quale la titolarità dell'azienda costituita successivamente al matrimonio, spetta ad entrambi i coniugi, perché diventa bene comune, come pure la gestione.

Quanto detto farebbe presumere che i suddetti parametri – contitolarità e cogestione dell'impresa – costituiscano i punti fermi sui quali si delinea la costruzione e la disciplina della titolarità dell'impresa ⁽⁵⁹⁾.

In questo contesto si potrà sostenere l'esistenza di una *società di gestione* che si aggiunge alla comunione legale dell'azienda o dei suoi incrementi.

Poiché, infatti, l'azienda è in comunione e le obbligazioni sorte dall'esercizio comune sono obbligazioni della società, i creditori sociali potranno soddisfarsi sui beni aziendali solo facendo valere le responsabilità personali dei coniugi-soci, quindi, in via sussidiaria, nei limiti del valore della quota di comunione di ciascun coniuge e con postergazione rispetto ai creditori della comunione, *ex art.* 189, comma 2 c.c.

Di riflesso, accettando questo orientamento si dovrebbe considerare l'azienda fuori dalla garanzia dei creditori sociali ogni volta che la società andrà a gestire un'azienda altrui con la conseguente sottrazione dell'azienda alla garanzia prioritaria dei creditori sociali.

Per i creditori "sociali", quindi, potrebbero esistere due possibilità: 1) considerare le obbligazioni aziendali come obbligazioni contratte con-

⁽⁵⁸⁾ Non recentemente: Cass., 29 novembre 1971, n. 7784.

⁽⁵⁹⁾ BUSNELLI, *ibidem*.

giuntamente dai coniugi, 2) sfruttare la strumentalità delle obbligazioni stesse rispetto alla produzione degli utili e degli incrementi cadenti in comunione.

Diversamente da Busnelli, per Oppo ⁽⁶⁰⁾ occorre, quindi, non più distinguere tra amministrazione e gestione ma adeguare i concetti di amministrazione o gestione straordinaria al modello dell'attività di impresa, perché la regola dettata per la comunione legale può meglio adattarsi alle esigenze dell'esercizio imprenditoriale con l'applicazione dello statuto imprenditoriale all'*impresa coniugale commerciale*.

Per chi scrive, bisogna considerare che la particolarità dell'impresa coniugale stia nel fatto che non è un'impresa sociale ma un'impresa comune ai due coniugi che viene esercitata con un'azienda che fa parte della comunione legale.

Ciò non esclude che, indipendentemente dalla gestione comune, i coniugi possano acquistare o costituire in comune un'azienda ma alla stregua dei principi generali e non, in termini di comunione legale, si dovranno privilegiare la tutela della personalità e dell'iniziativa economica del singolo coniuge.

Secondo un'altra parte della dottrina ⁽⁶¹⁾ alla gestione comune debbono applicarsi le regole della società, quanto meno della società semplice o della società collettiva irregolare con indubbio vantaggi per i creditori sociali.

La constatazione che l'appartenenza dell'azienda alla comunione legale non è toccata dalla gestione comune importa l'ipotesi di una società di gestione: gestione di azienda che non le appartiene, che non è un patrimonio sociale.

Quindi, per questa società non potrebbe formarsi un proprio patrimonio aziendale, né originariamente né attraverso gli incrementi successivi che sono anche essi oggetto di comunione e che, come oggetto di comunione, rispondono prioritariamente verso tutti e solo i creditori della comunione.

Invece, riconoscendo che l'attività comune rientra nel regolamento della comunione, anche sotto il profilo gestorio, delle obbligazioni nate nell'esercizio dell'impresa risponderà non solo l'azienda comune con i suoi incrementi ma l'intera comunione, l'intero patrimonio comune dei coniugi.

⁽⁶⁰⁾ G. OPPO, *Acquisti alla comunione coniugale e pregiudizio dei creditori personali*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, 137; ID., *Diritto di Famiglia e diritto dell'Impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 43; ID., *Patrimoni autonomi familiari ed esercizio di attività economica*, in *Riv. not.*, 1988, 831 ss.

⁽⁶¹⁾ A. AIROLDI, *Conseguenze del nuovo diritto di famiglia sulla garanzia patrimoniale e sui contratti bancari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1975, 480.

Secondo questa teoria, i gestori dell'azienda comune ed esercenti l'attività di impresa, i coniugi, risponderebbero in proprio solo parzialmente delle obbligazioni, in quanto obbligazioni della comunione e non in solido, a differenza di quanto avviene nelle società di fatto e nelle società di persone.

Neanche il patrimonio della società semplice è insensibile alle pretese dei creditori personali dei coniugi, mentre nella comunione legale i creditori personali dei coniugi sopportano la prelazione dei creditori della comunione, ai sensi dell'art. 189 c.c.

Per gli Autori ⁽⁶²⁾ non sembra esserci incompatibilità con il regime societario ma sono da valutare come indici legati all'idea di famiglia come società naturale.

Di diverso avviso, Abbadessa ⁽⁶³⁾, per il quale non è ipotizzabile la partecipazione di entrambi i coniugi alla costituzione di una società personale, in particolare di una società in nome collettivo.

Seppure i soci di una società in nome collettivo siano, in pratica, gestori di un'azienda in comune il diritto familiare pone limiti all'iniziativa imprenditoriale, perché assoggetta tale forma di gestione da parte dei coniugi ad uno statuto incompatibile con quello della società, in base agli artt. 180, comma 2, 181 c.c., 190 c.c. in relazione alla fattispecie *ex art. 177, lett. d)*, del codice civile.

Pertanto i coniugi potrebbero costituire tra loro una società in nome collettivo solo dopo aver escluso la relativa azienda della comunione, ai sensi dell'art. 210 bis c.c.: in caso contrario, la costituzione sarebbe nulla per violazione di norme imperative.

Il problema della compatibilità tra comunione e società in nome collettivo risulta, comunque, negativa, sebbene fosse affrontato nella prospettiva del tutto diversa dalla partecipazione sociale e nell'ipotesi in cui entrambi i coniugi partecipano con responsabilità illimitata.

Pertanto, ai coniugi che vogliono costituire tra loro una società in nome collettivo si presenta la necessità di escludere preliminarmente dalla comunione le relative quote, in base all'art. 210 c.c., perché l'inderogabilità concerne la comunione e non il rapporto societario, che si svolge al di fuori di essa.

Potrebbe, in altro modo, ammettersi ⁽⁶⁴⁾ che in materia di gestione imprenditoriale anche dei coniugi, i concetti di ordinaria e straordinaria

⁽⁶²⁾ CIAN, OPPO, TRABUCCHI (a cura di), *Commentario diritto civile*, Padova, 1992, Sub. artt. 177 c.c.

⁽⁶³⁾ P. ABBADESSA, *Comunione legale e costituzione di società tra i coniugi*, in *Dir. fall.*, 1978, 368.

⁽⁶⁴⁾ V. COLUSSI, *Azienda coniugale e disciplina dell'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, 609.

amministrazione possano essere apprezzati in termini adeguati al carattere dinamico di esercizio senza però svincolare la gestione dell'azienda dalle regole di amministrazione della comunione legale, perché l'azienda ed i suoi incrementi sono e restano, malgrado, la gestione comune, oggetto di comunione con riflessi nei confronti dei terzi.

Ne consegue che la proprietà dell'azienda non garantirebbe i creditori per causa imprenditoriale ad esclusione degli altri creditori della comunione tra i coniugi ma, in via sussidiaria della responsabilità, come dei beni comuni in genere, così degli stessi beni aziendali e loro incrementi, come riflesso della responsabilità personale, anch'essa sussidiaria.

Applicando le regole dell'amministrazione della comunione legale si perverrà almeno al risultato che i beni aziendali risponderanno in via diretta ed i beni personali in via sussidiaria.

In altre parole, l'ipotesi di un esercizio di impresa comune ma non sociale, capace di attribuire ai coniugi, anche più accentuatamente, la qualità di co-imprenditori con le conseguenze che ne discendono.

Premesso che una stessa attività economica potrà o meno essere regolamentata in forma societaria, in base alla volontà dei soggetti, esistono imprese collettive non societarie che non toccano affatto la responsabilità personale degli associati: l'impresa consortile, l'impresa dell'associazione non riconosciuta.

Il tema specifico relativo all'esercizio di un'impresa nell'ambito del patrimonio comune e, comunque, da parte dei coniugi in regime di comunione legale è molto noto ma ancor di più le discussioni che ancora lo coinvolgono.

Come si sa il patrimonio comune risponde prioritariamente delle sue obbligazioni, cioè delle obbligazioni sorte in conformità alla sua destinazione familiare – art. 186, lett. c) del codice civile – ed i coniugi, a loro volta, rispondono solo sussidiariamente e pro quota delle obbligazioni della comunione, in conformità al principio della parità di potere, come parità negli utili e parità nelle quote.

L'esercizio di attività imprenditoriale, nell'ambito della comunione legale, da parte dei coniugi, è espressamente previsto dall'art. 177, 2° comma c.c.

Diversamente, un altro Autore ⁽⁶⁵⁾ considera, da un lato, inesistente ogni posizione di assoluta preclusione della società in regime di comunione legale, dall'altro, che nell'impresa coniugale ci troviamo di fronte ad un'impresa svolta in comune da due soggetti senza il tramite di un soggetto collettivo, senza che ci sia l'unificazione giuridica degli effetti

⁽⁶⁵⁾ R. ROSAPEPE, *Impresa coniugale, società tra coniugi in regime di comunione legale, acquisto di partecipazioni societarie*, in *Riv. not.*, 1977, 221.

della gestione dell'impresa, dall'altro, nel tentativo di conciliare le due normative, si afferma che la disciplina societaria attiene all'attività di impresa comune, mentre la normativa sulla comunione legale attiene alla proprietà e, quindi, all'azienda.

Una posizione intermedia tra i due orientamenti⁽⁶⁶⁾ è quella che opera una netta distinzione tra la fattispecie di cui all'art. 177, lett. d) del codice civile e quella disciplinata dal comma 2 dello stesso articolo.

Proprio il Rosapepe nel riportare le tre tesi, fa un distinguo nell'ambito delle figure societarie in relazione al tipo di responsabilità del socio-coniuge: società di persone con responsabilità illimitata e le società di capitali con il sistema delle partecipazioni azionarie.

Non difforme appare, il Baralis, il quale, distinguendo tra società di persone, esamina le varie ipotesi possibili, negando l'estensione al coniuge della partecipazione sociale per quanto concerne la costituzione di società, sia per quanto riguarda la cessione della quota sociale, con l'applicazione estensiva dell'art. 178 c.c.: il rapporto *intuitu personae* e la responsabilità illimitata dei soci rendono incompatibili i due istituti civilistici.

Per quanto concerne le società di capitali, l'Autore analizza le ipotesi riguardo alle clausole limitative della circolazione della partecipazione sociale, sotto due angolazioni, secondo i due tipi principali: la società a responsabilità limitata e la società per azioni.

Baralis propende per la estensibilità della partecipazione sociale nel caso dell'art. 177, lett. d) del codice civile, nell'ipotesi di azioni o quote qualificate da prestazioni accessorie, l'acquisto di azioni di unico azionista di S.p.A. o di quote di unico socio s.r.l.

Riguardo, invece, alla figura societaria delle s.r.l. avremo tre situazioni: tra le parti, verso la società, per il notaio e per i terzi.

In relazione alla posizione del terzo, il quadro si presenta alquanto complessa. Escluso che la quota di s.r.l. costituisca un bene in senso tecnico e, quindi, sia suscettibile di possesso o che alla medesima si applichi la disciplina dell'acquisto *a non domino*, si dovrebbe concludere che l'eventuale conflitto tra il coniuge, non regolarmente contestatario della quota e terzo, avente causa dall'altro coniuge, debba essere risolto in base all'antiorità dell'iscrizione nel libro dei soci.

Invece, per quanto concerne la s.p.a., sempre in riferimento alla posizione del terzo, vale il regime di cui all'art. 1994 c.c., il cui principio pare doversi applicare anche nell'ipotesi di acquisto della partecipazione da parte di un terzo per atto autentico seguito da possesso del titolo.

⁽⁶⁶⁾ G. BARALIS, *Comunione legale e titolarità di partecipazioni sociali*, in *Riv. not.*, 1977, 291.

Il problema degli eventuali conflitti che possono insorgere tra il terzo acquirente ed il coniuge del dante causa del terzo si profila estremamente complesso in quanto è collegato ad una serie di questioni che si intrecciano e tutte di non facile soluzione. Sempre in merito alle società di capitali, il Buonocore ⁽⁶⁷⁾ propende in senso positivo ma solo se nello statuto societario non sono previste clausole limitative della circolazione della partecipazione sociale.

Un problema di indubbio interesse, nell'ambito della compatibilità tra comunione legale e struttura societaria, è quello relativo all'esercizio dei diritti societari e, al suo interno, i diritti amministrativi ed i diritti patrimoniali ovvero l'amministrazione e la responsabilità attraverso l'esercizio del voto.

L'amministrazione del pacchetto azionario è un *quid* imprescindibile, senza cioè che possa distinguersi a seconda del diritto da esercitarsi, ai sensi dell'art. 180 c.c.

Per quanto concerne i diritti patrimoniali vale lo stesso discorso, perché diversamente, si creerebbe un'ingiustificata limitazione al principio della circolazione delle partecipazioni societarie. Si pensi al diritto di opzione e a tutte le conseguenze che ne potrebbero scaturire.

Premesso quanto sopra, se si dovesse privilegiare la posizione dei creditori varrebbe se dovrebbe sostenere la tesi di Oppo.

Secondo l'Autore sopra richiamato quando dalla comunione legale faccia parte un'azienda gestita da entrambi i coniugi occorrerà, naturalmente, applicare anche tutta la normale disciplina relativa all'impresa collettiva.

Ne deriverà che i coniugi saranno illimitatamente responsabili per i debiti dell'impresa e, quindi, assoggettabili a fallimento, mentre i creditori dell'impresa saranno preferiti non solo nei confronti dei creditori particolari dei coniugi ma pure nei confronti dei creditori della comunione per cause non dipendenti dalla gestione dell'azienda comune.

In realtà, come si può facilmente constatare, la disciplina dell'impresa in cui andrà ad operare l'azienda coniugale dovrà essere, secondo l'indirizzo riportato, lo schema societario. In questa direzione, Busnelli afferma e riconosce un'identità strutturale tra la comunione legale e la società semplice, ciò indipendentemente dal fatto che la comunione comprenda un'azienda gestita in comune dai coniugi.

Quid iuris? O il richiamo all'art. 177, lett d) e comma 2 del codice civile oppure, più realisticamente, si dovrà applicare la disciplina prevista per la società di fatto.

⁽⁶⁷⁾ V. BUONOCORE, *Comunione legale tra i coniugi e partecipazione a società per azioni e a società cooperative*, in *Riv. not.*, 1977, 1140; F. RIMINI, *Comunione legale tra i coniugi e partecipazioni sociali*, in *Famiglia*, 2005, 673.

Se si accettasse la seconda ipotesi, non si porrebbe il problema di qualificare *comune* un determinato bene – l'azienda – o gli utili, o gli incrementi, dato che, se la comunione è stata esclusa, lo è stata sotto ogni profilo.

Quindi, la questione che si pone è solo quella di qualificare un rapporto tra due soggetti che esercitano insieme un'azienda.

Altro problema è quello che concerne la possibilità che due coniugi, in regime di comunione legale, stipulino tra loro un contratto di società⁽⁶⁸⁾: il che comporterebbe l'applicazione, seppur parziale, di un diverso regime giuridico tra coniugi ai rapporti patrimoniali.

Per l'esattezza, ciò comporterebbe che l'azienda o gli utili e gli incrementi di essa, non siano soggetti al regime di cui agli artt. 177 c.c. e ss.: il che rende indispensabile l'osservanza della norma del citato art. 162 c.c., per cui è indispensabile che il contratto di società venga stipulato per atto pubblico, sotto pena di nullità⁽⁶⁹⁾, requisito sempre richiesto anche se si tratta di costituire una società in nome collettivo o una società in accomandita semplice.

Inoltre per l'opponibilità ai terzi del contratto occorrerà l'adempimento dell'onere di pubblicità, di cui al 4° comma del medesimo articolo, nell'ipotesi di contratto concluso solo tra coniugi. Nel caso che alla società partecipino anche estranei, la conclusione sarebbe diversa: qui non saremmo solo di fronte a rapporti patrimoniali tra coniugi sottratti al regime legale ma in presenza di rapporti tra singoli soggetti legati dal vincolo giuridico del matrimonio.

Secondo Schlesinger⁽⁷⁰⁾, in questa ipotesi, cadrebbero in comunione le quote di partecipazione alla società spettanti ad entrambi i coniugi.

Interessante il tema della delega nell'esercizio dell'impresa, già ripreso dall'Anelli⁽⁷¹⁾.

Ancora in tema di conferimento di poteri tra i coniugi si richiama il comma II dell'art. 182 c.c., a proposito del conferimento di una delega al compimento di tutti gli atti di impresa inerenti la conduzione di un'azienda gestita in comune.

Lo *status causae* è quello di stabilire la natura giuridica dell'impresa comune ai coniugi, contesa tra l'attrazione alla disciplina societaria ed il riconoscimento di un autonomo statuto di impresa collettiva.

All'interno di una co-gestione dell'impresa, la delega ad uno dei coniugi comporta l'attribuzione a quest'ultimo di tutti i poteri inerenti il compimento degli affari di impresa, permanendo la situazione di

⁽⁶⁸⁾ Sul punto, SCHLESINGER, *op. cit.*

⁽⁶⁹⁾ Sul punto, cfr. OPPO, *op. cit.*, 120.

⁽⁷⁰⁾ OPPO, *op. loc. cit.*

⁽⁷¹⁾ Sul punto, F. ANELLI, *op. cit.*, 326 ss.

co-gestione e, quindi, l'assoggettamento dei beni aziendali al regime di cui all'art. 177 c.c. e non alle regole di cui all'art. 178 c.c., in base al presupposto per cui la delega non comporta la radicale privazione del potere di intervento nella gestione da parte del delegante ⁽⁷²⁾.

Questione pregiudiziale è, a questo punto, stabilire l'esatta qualificazione dell'impresa familiare, problema già posto nel presente lavoro.

Nell'ambito dell'indirizzo che assoggetta l'impresa gestita da entrambi i coniugi alle regole organizzative della società, la dialettica tra amministrazione congiuntiva e disgiuntiva tracciata dall'art. 180 c.c. gioca sul ruolo della delega di cui all'art. 182, comma II, c.c. Conseguentemente, si andrà perdendo la funzione di atto attributivo di un potere di azione individuale con rilevanza esterna per cui quel potere già appartenerebbe a ciascun coniuge anche per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e, pertanto, la delega assumerebbe rilievo esclusivamente nell'ambito dei rapporti interni tra i coniugi, fornendo la giustificazione del fatto che, nonostante la mancata partecipazione di uno di essi alla gestione, l'impresa possa conservare carattere "coniugale", con le relative conseguenze quanto alla titolarità dei beni ⁽⁷³⁾.

Viceversa sostiene l'orientamento maggioritario ⁽⁷⁴⁾, in base al quale l'attività imprenditoriale comune dei coniugi risulta essere interamente assoggettata alle regole della comunione, in base all'art. 180 c.c., che ne regola la gestione.

Tutto quanto sopra genera indubbi riflessi riguardo all'istituto giuridico della delega, in riferimento alla sua funzione di atto di conferimento di potere rappresentativo ⁽⁷⁵⁾.

Infatti, attraverso il combinato disposto *ex artt.* 181 e 182 c.c., l'impianto normativo della comunione sembra contenere regole specificamente rivolte alla gestione dell'impresa comune, a prescindere dalla qualificazione giuridica dell'attività di impresa e, di conseguenza, anche dalla disciplina dell'amministrazione disgiuntiva delle società personali ⁽⁷⁶⁾.

Di conseguenza, anche per l'azienda coniugale trova applicazione il regime fondato sulla demarcazione tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, per cui solo ai primi si applica il principio *ex art.* 180, comma 1 c.c., il cui ambito, in relazione all'attività di impresa, risulta fisiologicamente ampliato rispetto al *menage domestico* ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷²⁾ Sul punto, OPPO, MARASÀ, AULETTA, *op. cit.*

⁽⁷³⁾ CIAN, TRABUCCHI, OPPO, *op. cit.*

⁽⁷⁴⁾ BARBIERA, *op. cit.*

⁽⁷⁵⁾ BARBIERA, *op. cit.*

⁽⁷⁶⁾ COSTI, *op. cit.*

⁽⁷⁷⁾ VITTORIA, *op. cit.*

In base al successivo art. 182, comma 2 c.c. è possibile rinvenire l'investitura di un potere individuale di gestione rispondente alle esigenze di speditezza dell'amministrazione, in base al quale al delegato è consentito il compimento di qualsiasi atto, sia di ordinaria che di straordinaria amministrazione, senza necessità di assicurarsi l'esplicito consenso dell'altro coniuge o di ottenere provvedimenti giudiziari di autorizzazione, senza che vengano meno la situazione di co-gestione, sia ai fini delle conseguenze che tale qualificazione determina sulla titolarità dei beni con una precisazione per cui, nonostante la delega in capo al delegato, il delegante può sempre riprenderne l'esercizio, con la conseguenza che, in presenza della delega, l'azienda può continuare a dirsi co-gestita dai coniugi ⁽⁷⁸⁾.

A compimento dello studio della fattispecie *ex art.* 182, comma 1 c.c., analizzeremo l'ipotesi in cui ad uno dei coniugi sia impedito di partecipare all'atto e non abbia conferito all'altro apposita procura.

L'*escamotage* realizzato dal legislatore consiste nell'autorizzazione giudiziale al compimento dell'atto, qualora esso risulti necessario per l'interesse della comunione, quando l'autorizzazione riguarderà solo singoli atti e non l'intera attività imprenditoriale.

Non a caso la norma in esame fa esplicito riferimento all'autorità giudiziaria cui spetta di fissare cautele ritenute opportune a protezione delle ragioni del coniuge assente o impedito, regola della quale non si avverte la necessità nel caso dell'autorizzazione *ex art.* 181 c.c., poiché il coniuge dissenziente è comunque presente ed in condizioni di vigilare sulla condotta dell'altro.

Dette condizioni, infatti, consisteranno essenzialmente nel dettare i criteri e le modalità cui il soggetto autorizzato dovrà attenersi o nel compimento dell'atto e nell'accantonamento o reimpiego delle disponibilità liquide che ne possano derivare, negandosi al coniuge autorizzato al compimento dell'atto l'obbligo di prestare cauzioni o, in fine, nell'esperimento dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale.

Particolare attenzione merita l'istituto dell'azione revocatoria ordi-

⁽⁷⁸⁾ F. ANELLI, *op. cit.*, 328.

naria ⁽⁷⁹⁾ e quella fallimentare ⁽⁸⁰⁾ e, più specificamente, il suo esercizio

⁽⁷⁹⁾ A proposito dei rapporti tra revocazione ordinaria e quella fallimentare: Cass., 19 luglio 2010: «Nello stesso giudizio possono essere proposte, in forma alternativa o subordinata, due diverse richieste tra loro incompatibili, senza che con ciò venga meno l'onere della domanda ed il dovere di chiarezza che l'attore è tenuto ad osservare nelle proprie allegazioni; ne consegue che non incorre nel vizio di ultrapetizione il giudice che accolga una delle domande come sopra proposte, in quanto il rapporto di alternatività e di subordinazione tra esse esistente non esclude che ciascuna di esse rientri nel *petitum*»; Trib. Piacenza, 9 settembre 2010: «il curatore può agire in revocatoria nei confronti del subacquirente esclusivamente con la revocatoria ordinaria ai sensi degli artt. 66, legge fallimentare e art. 2901, codice civile e, ove l'azione proposta sia stata espressamente qualificata come revocatoria fallimentare *ex art.* 67, legge fallimentare, il giudice non può, ritenendone sussistenti i presupposti, qualificarla come revocatoria ordinaria»; Trib. Nola, 1° febbraio 2010: «il curatore fallimentare che intenda promuovere l'azione revocatoria ordinaria per dimostrare la sussistenza dell'*eventus damni*, ha l'onere di provare tre circostanze: la consistenza del credito vantato dai creditori ammessi al passivo nei confronti del fallito, la preesistenza delle ragioni creditorie rispetto al compimento dell'atto pregiudizievole; il mutamento qualitativo o quantitativo del patrimonio del debitore per effetto di tale atto»; Cass., 17 giugno 2009: «oggetto della domanda di revocatoria fallimentare non è il bene in sé ma la reintegrazione della generica garanzia patrimoniale dei creditori mediante l'assoggettabilità ad esecuzione e, quindi, la liquidazione di un bene che, rispetto all'interesse dei creditori, viene in considerazione soltanto per il suo valore; ne consegue non soltanto la condanna al pagamento dell'equivalente monetario ben può essere pronunciata dal giudice, anche che la relativa domanda può essere proposta per la prima volta nel giudizio di appello, in quanto non nuova ma ricompresa implicitamente nell'azione revocatoria stessa; Cass., 28 maggio 2009: «qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per far dichiarare in opponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore, a seguito di fallimento del debitore, sopravvenuto in pendenza di relativo giudizio, il curatore può subentrare nell'azione, in forza della legittimazione accordatagli dall'art. 66 legge fall., accettando la causa nello stato in cui si trova. Di conseguenza, trattandosi di un'azione che il curatore trova nella massa fallimentare e che si identifica con quella che i creditori avrebbero potuto esperire prima del fallimento, da un lato la relativa prescrizione, anche nei confronti della curatela, decorre, ai sensi dell'art. 2903 c.c., dalla data dell'atto impugnato, dall'altro l'interruzione della prescrizione, ad opera di uno dei creditori cui il curatore sia subentrato *ex art.* 66 cit., giova alla massa fallimentare; Cass., 9 aprile 2009: «in tema di azione revocatoria ordinaria, qualora l'alienante sia una società, il requisito della "scientia damni" va accertato avendo riguardo all'atteggiamento psichico della o delle persone fisiche che la rappresentano, ai sensi del principio stabilito dall'art. 1391 c.c. applicabile all'attività delle persone giuridiche»; Trib. Cassino, 8 gennaio 2009: «posto che la mancata previsione di un corrispettivo è indice di gratuità dell'atto di trasferimento di beni in trust, può essere accolta l'azione revocatoria ordinaria *ex art.* 2901 c.c. di tale atto risulta provata, anche per presunzioni, la consapevolezza in capo al debitore disponente del pregiudizio arrecato agli interessi del creditore»; Cass., Sez. un., 17 dicembre 2008: «il promovimento dell'azione revocatoria ordinaria da parte del creditore *ex art.* 2901 c.c., pur permettendo al curatore del successivo fallimento di subentrare nel relativo processo ovvero di proporre *ex novo* la medesima azione *ex art.* 66 legge fall., non esclude, in caso di inerzia dell'organo concorsuale, la prosecuzione dell'azione del creditore individuale».

⁽⁸⁰⁾ Cass. Sez. Un., 23 aprile 2009, n. 9660: «Qualora uno dei coniugi, in regime

all'interno del patrimonio in comunione legale in ordine alle quali va preliminarmente rimarcato il tratto differenziale rispetto all'azione surrogatoria.

Quest'ultima è regolamentata all'art. 2900 del codice civile, ove si prevede, al primo comma, che *“il creditore, per assicurare che siano soddisfatte o conservate le sue ragioni, può esercitare i diritti e le azioni che spettano verso i terzi al proprio debitore e che questi trascura di esercitare, purché i diritti e le azioni abbiano contenuto patrimoniale e non si tratti di diritti o di azioni che, per loro natura o per disposizione di legge, non possono essere esercitati se non dal loro titolare”* e (al secondo comma) che *“il creditore, qualora agisca giudizialmente, deve citare anche il debitore al quale intende surrogarsi”*.

Orbene, un inquadramento efficace dell'azione revocatoria deve soffermarsi in particolare:

- sul fatto che “l'inefficacia dell'atto non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi in buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di revocazione”, in base all'art. 2901, quarto comma, del codice civile;
- sull'effetto scaturente dal suo fruttuoso esperimento, che consiste nella dichiarazione di inefficacia degli atti compiuti in pregiudizio delle ragioni del creditore, in base all'art. 2901, primo comma, codice civile;
- sulla possibilità in capo al creditore, una volta ottenuta la dichiarazione di inefficacia, di “promuovere nei confronti dei terzi acquirenti

di comunione legale dei beni, abbia da solo acquistato o venduto un bene immobile da ritenersi oggetto della comunione, il coniuge rimasto estraneo alla formazione dell'atto deve ritenersi necessario nelle controversie in cui si chieda al giudice una decisione che incida direttamente ed immediatamente sul diritto, mentre non può ritenersi tale in quelle controversie in cui si chieda una decisione che incida direttamente o indirettamente sulla validità od efficacia del contratto. Ne consegue che non sussiste un'ipotesi di litisconsorzio necessario nelle cause di revocatoria ex artt. 66 e 67 legge fallimentare, atteso che l'accoglimento dell'azione revocatoria in materia fallimentare in favore del disponente fallito non determina alcun effetto restitutorio né, tantomeno, un effetto traslativo a favore della massa dei creditori ma comporta l'inefficacia relativa dell'atto rispetto alla massa dei creditori, rendendo il bene trasferito assoggettabile all'esecuzione concorsuale senza peraltro caducare, ad ogni altro effetto, l'atto di alienazione nei confronti dell'acquirente».

le azioni esecutive⁽⁸¹⁾ o conservative⁽⁸²⁾ sui beni che formano oggetto dell'atto impugnato", ai sensi dell'art.2902, primo comma, del codice civile. In particolare, riguardo alla tutela cautelare per il terzo creditore nella procedura esecutiva contro l'impresa esercitata in regime di comunione legale⁽⁸³⁾ e in relazione alla riforma del rito civile del 2005, presenta indubbio pregio il commento di Picardi⁽⁸⁴⁾ all'art. 669-terdecies c.p.c., in cui: «*In sostanza, dalla lettura combinata dei due commi si evidenzia l'intenzione del legislatore di preferire la sede impugnatoria atteso che subordina la richiesta di modifica o di revoca dell'ordinanza di accoglimento all'esaurimento della fase di reclamo, nel primo comma, e all'espletamento dello stesso o alla scadenza dei termini, nel secondo*».

• sul termine di prescrizione previsto, che è di cinque anni (cfr. art. 2903 c.c.), senza trascurare in questo contesto di porre in rilievo l'esistenza di un analogo regime in tema di revocatoria fallimentare.

3. *Comunione legale e fallimento*

Secondo un'autorevole dottrina la disciplina che regola la disciplina che regola il istituto giuridico della comunione legale e quella, invece, prevista per le procedure fallimentari e concorsuali, in caso di crisi di impresa, incontrano, a causa della materia disorganica, due ordini di problemi in sede ermeneutica: a) l'imputabilità della disciplina alla comunione legale o ai singoli coniugi dell'attività di impresa e, quindi, del fallimento; b) l'incidenza della suddetta procedura sugli acquisti eseguiti dai coniugi in regime di comunione legale.

⁽⁸¹⁾ Trib. Brescia, 11 febbraio 2011: «Nell'ambito di procedimento cautelare in corso di causa volto ad ottenere il sequestro giudiziario di quote di società a responsabilità limitata, la cui alienazione è oggetto di azione revocatoria ordinaria, l'elemento oggettivo del pregiudizio alle ragioni dei creditori è facilmente individuabile nel fatto che le quote sono uscite dal patrimonio della società successivamente fallita in un contesto di chiara sofferenza economica ed in cambio di una somma di denaro, bene, questo, facilmente occultabile e distraibile. Nella fattispecie, poi, il requisito del *periculum* - inteso, trattandosi di provvedimento di sequestro giudiziario, come opportunità di provvedere alla custodia o alla gestione del bene - è costituito dal fatto che le quote di società a responsabilità limitata sono suscettibili di facile alienazione e, in caso di gestione non corretta, di rapido depauperamento».

⁽⁸²⁾ N. PICARDI, *Codice di procedura civile*, 3^a ed., Milano, Giuffrè, 2005, Commenti al nuovo rito riformato con l. 14 maggio 2005, n. 80 e d.l. 30 giugno 2005, n. 115, conv. in l. 17 agosto 2005, n. 168, disposizione di attuazione aggiornata, modifiche al processo societario.

⁽⁸³⁾ Si vuole analizzare l'aspetto relativo allo scioglimento della comunione legale intervenuto successivamente alla domanda cautelare nel processo esecutivo del creditore societario.

⁽⁸⁴⁾ V. nt. precedente.

Rilevante, sul punto, la considerazione di chi rileva⁽⁸⁵⁾ che nell'impresa coniugale si tutela la parità di posizione assicurata in linea di principio a ciascuno dei coniugi in ordine al potere di gestione e di rappresentanza, come riflesso della Riforma del '75 e, prima ancora, della Costituzione del 1948, nell'ottica della comunione di impresa : a metà strada tra la comunione legale, che è un regime patrimoniale tra coniugi e la società, un contratto che presuppone un atto volitivo ed ulteriore⁽⁸⁶⁾.

A sommosso avviso di chi scrive, non è possibile sostenere questa opinione perché rinvia ad una concezione statica della proprietà, dal momento che prevede per la comunione legale la disciplina della proprietà, per l'esercizio dell'impresa, il contratto di società⁽⁸⁷⁾, superata e non più condivisibile, alla luce della Costituzione e della giurisprudenza di legittimità e costituzionale, come, appunto, l'Oppo, che evidenzia come l'impresa sia un *quid pluris* rispetto alla nuda proprietà e, per questo, sia inquadrabile nella figura della società di gestione.

Interessante l'orientamento tracciato dal Giudice Amministrativo⁽⁸⁸⁾, il quale pur facendo leva sul principio di effettività, nel senso che la figura in questione non possa essere valutata alla stregua degli schemi giuridici tradizionali in tema di titolarità e legittimazione, afferma la responsabilità verso terzi di coloro che fanno parte dell'impresa familiare : il che implica la prevalenza degli interessi afferenti ai creditori sociali rispetto a quelli riguardanti la famiglia. Infatti, in caso di insolvenza, fallirebbero tutti coloro che fanno parte dell'impresa familiare, in palese contrasto, per chi scrive, con i principi regolanti l'istituto dell'impresa familiare, ex art 230 bis c.c., in base al quale non si applicano le regole previste per la società a chi non è gestore, per cui la gestione di impresa, ai sensi del richiamato articolo del codice civile, la gestione di impresa è imputabile a chi effettivamente la esercita e solo il gestore è assoggettabile al fallimento.

Il nuovo assetto patrimoniale dei rapporti tra coniugi non avrebbe

⁽⁸⁵⁾ G. OPPO, *Regimi patrimoniali della famiglia e fallimento del coniuge*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 43; PELLEGRINO, *Impresa coniugale, impresa familiare e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1980, I, 5; QUATRARO, *L'incidenza della normativa concorsuale sul nuovo regime patrimoniale della famiglia*, in *Foro pad.*, 1985, II, 203; V. PANUCCIO, *L'impresa familiare*, Milano, 1976; IBBA, *Impresa familiare, fallimento, esercizio provvisorio*, in *Riv. giur. sarda*, 1986, 846.

⁽⁸⁶⁾ A. BORGIOLO, *Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, II, 567; G. FINOCCHIARO, *Impresa familiare e fallimento*, in *Giust. civ.*, 1976, IV, 111.

⁽⁸⁷⁾ G. GABRIELLI, *Le aziende gestite da entrambi i coniugi: fondamenti e limiti della comunione legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1977, II, 702; L. MENESTRINA, *Presunzione muciana: la scelta della Cassazione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1991, II, 13.

⁽⁸⁸⁾ Cons. Stato, 11 febbraio 1976, in *Giur. comm.*, 1977, I, 726.

pertanto una sola rilevanza interna ma avrebbe un'importante conseguenza nel rapporto tra i coniugi ed i terzi creditori : il che si evincerebbe dal fatto che il codice regola il conflitto tra creditori personali di ciascun coniuge e i creditori della comunione legale , ai sensi degli artt. 189 c.c. e 190 c.c.- limitando il diritto dei creditori di ciascun coniuge, compreso quello che viene dichiarato fallito, di aggredire i beni della comunione soltanto fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato, ai sensi dell'art. 189 c.c.

Inoltre tra le cause di scioglimento della comunione è incluso il fallimento di uno dei coniugi ⁽⁸⁹⁾, ai sensi dell'art. 191, comma 1 c.c., il che dimostra proprio che i creditori, anche nell'esecuzione coatta concorsuale, possono soddisfarsi sui beni della comunione, nei limiti della parte di competenza del fallito, salvo il ricorso all'azione revocatoria fallimentare⁽⁹⁰⁾ o agli altri rimedi che possono valersi, per legge.

In particolare, la normativa richiamata richiede uno sforzo ermeneutico attraverso il quale verranno a profilarsi ben tre distinte ipotesi: a) il fallimento di un solo coniuge, in quanto unico imprenditore, ex art. 178 c.c.; b) fallimento di entrambi i coniugi che hanno gestito un'azienda da essi costituita dopo il matrimonio, ai sensi dell'art. 177, lett. d) del codice civile o che appartenga ad uno solo dei coniugi prima del matrimonio ⁽⁹¹⁾; c) il fallimento dei coniugi separatamente come gestori singoli di diverse aziende.

Da ciò premesso, lo scioglimento della comunione legale può essere provocato dal fallimento individuale o dal fallimento di entrambi i coniugi, congiuntamente o separatamente, quindi, tre distinte categorie patrimoniali, cui corrispondono distinte ed altrettante categorie di creditori, con tutte le considerazioni, già individuate nei parr. 1 e 2.

Per economia di indagine, nell'impossibilità di tracciare un esauriente quadro tra la comunione legale e le procedure da attuarsi nel caso in cui l'impresa versi in crisi, occorrerà restringere il campo di azione all'istituto della presunzione muciana.

In particolare, la sopravvivenza o meno della stessa, dopo l'entrata in vigore della L. 151 del 1975.

Sul punto, con sentenza a sezioni unite ⁽⁹²⁾, si è ritenuta "incompatibi-

⁽⁸⁹⁾ G. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, 1244, in cui si evidenzia come tale art. 191 cc. preveda il fallimento di uno solo dei coniugi e non si occupa dell'ipotesi di attività congiunta di impresa da parte dei coniugi.

⁽⁹⁰⁾ Si esperisce quando c'è stata la parte indebitamente attribuita all'altro coniuge, nel caso in cui non c'è ripartizione in parti eguali degli utili ed incrementi.

⁽⁹¹⁾ Si veda, Cass., 30 maggio 1989, n. 2651, in *Dir. fall.*, 1989, 1034.

⁽⁹²⁾ Cass., Sez. Un., 12 giugno 1997, n. 5291 ed ancora prima, con sentenza 13149/1995, in *Guida al dir.*, 17 febbraio 1996, n. 7.

le” con il regime della comunione legale ⁽⁹³⁾ conformemente con i principi costituzionali attraverso una lunga “gestazione” giurisprudenziale degli ultimi trenta anni.

A questo punto, chi scrive, ritiene interessante l’opinione del Menestrina ⁽⁹⁴⁾ dei primi anni ’90, a proposito della tesi *abrogativa parziale* ⁽⁹⁵⁾ della suddetta presunzione, per le considerazioni che seguono anche in riferimento alla richiamata pronuncia, a sezioni unite, del giudice di legittimità, con cui fu sancita l’abrogazione totale, quindi, anche per il regime convenzionale di separazione legale dei beni tra coniugi.

Con la sentenza n. 351 la sez. I della Corte di Cassazione in data 23 gennaio 1990 pronunciava che: «La presunzione muciana, posta dall’art 70 del R.D. 16 marzo 1942 n. 267 con riguardo ai beni acquistati a titolo oneroso dal coniuge del fallito non trova applicazione ove si tratti di beni da includere nella comunione legale tra i coniugi, secondo la previsione degli artt. 177-179 c.c., in considerazione dell’incompatibilità di quella presunzione con tale regime, e, in particolare, con la sottrazione dei beni in comunione all’espropriazione dei creditori del singolo coniuge, oltre i limiti della sua quota (salva restando per il curatore la possibilità di contestare l’efficacia degli atti di attribuzione dei beni medesimi alla comunione, anche in relazione alle previsioni degli artt. 64 e 66 della citata legge fallimentare)» ⁽⁹⁶⁾.

Riprendendo il ragionamento della Corte fiorentina ⁽⁹⁷⁾, che verrà “ribaltato” in Cassazione, «*la presunzione muciana non produce l’effetto di escludere nel coniuge la titolarità dell’acquisto del bene ma solo quello di considerare l’acquisto come avvenuto con denaro esclusivo dell’altro coniuge, quello esercente l’attività di commercio, salva la prova contraria*» ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹³⁾ A. ZACCARIA, *La travagliata agonia della presunzione muciana*, in *Studium iuris*, 2007, 32. P. GRASSANO, *Presunzione muciana. Regime patrimoniale della famiglia e tutela dei creditori nel fallimento*, in *Giur. it.*, 1991.

⁽⁹⁴⁾ L. MENESTRINA, *Presunzione muciana: la scelta della Cassazione*, cit., 13.

⁽⁹⁵⁾ Infatti, inizialmente, solo in caso di regime convenzionale di comunione legale tra i coniugi.

⁽⁹⁶⁾ In giurisprudenza: Cass., 23 gennaio 1990, n. 351, in *Giust. civ.*, 1990, 939; Trib. Lucca, 21 maggio 1982, in *Dir. fall.*; Cass., 17 febbraio 1989, n. 954, Trib. Monza, 12 marzo 1983; Trib. Lucca, 7 luglio 1982, in *Giur. comm.*, 1983, II, 95, con nota di CORSI, *Presunzione muciana ed acquisti in comunione legale*.

⁽⁹⁷⁾ App. Firenze, 21 agosto 1984.

⁽⁹⁸⁾ Tre le osservazioni contenute nella sentenza pronunciata dalla Corte di Cassazione, 23 gennaio 1990, n. 351: 1) l’istituto della “presunzione muciana”, incompatibile con il regime patrimoniale della comunione legale tra i coniugi, resta tuttavia efficace quando tra loro sussiste il regime convenzionale della separazione legale dei beni; 2) le ragioni della tutela economica e sociale della unità della «famiglia» (di cui il regime di comunione legale dei beni tra i coniugi è espressione) tendono

Ciò sarebbe legittimo solo nella misura in cui – erroneamente, un bene derivante dalla trasformazione o conversione di un bene esclusivo fosse caduto in comunione.

Diversamente, nel caso in esame, il coniuge “inerte” non avrebbe acquistato a titolo oneroso bensì “*ope legis*”, sulla base degli artt. 177-179 c.c.: l’effetto reale del negozio di compravendita del bene, la cui metà entra nella sfera patrimoniale del coniuge inerte, non può non riferirsi anche a quest’ultimo, qualificandosi la causa dell’acquisto a titolo oneroso.

Conseguentemente, dovrà la norma che prevedeva la presunzione c.d. muciana ritenersi abrogata per l’operatività del regime patrimoniale, non più di separazione, bensì di comunione legale. Il giudice toscano non ha tenuto conto che l’art. 70 presupponeva la separazione legale, che, anteriormente alla riforma del ‘75, costituiva il regime patrimoniale-tipo. Quindi, la suddetta presunzione si inseriva in un sistema che preveda come regime legale, appunto, quello della separazione, che comportava la rispettiva indipendenza del patrimonio dei due coniugi e la libertà patrimoniale di ciascuno di essi nei confronti dell’altro.

Di converso, fino alla pronuncia a sezioni unite della Corte di Cassazione la tesi dell’abrogazione parziale e, quindi, efficace per il regime di separazione legale tra i coniugi, trovava il suo fondamento nella considerazione che il regime della comunione legale, successivamente all’entrata in vigore della l. 151 del 19 maggio 1975, divenuto, appunto, regime legale comporterebbe che ogni bene acquistato anche separatamente dall’uno o dall’altro coniuge, ai sensi dell’art. 177, comma 1, lett. a) c.c., e a chiunque dei due appartenga il denaro occorrente, diventi di proprietà comune, salvo che non si tratti di bene personale, ai sensi dell’art. 179 c.c. o di beni destinato all’esercizio dell’impresa appartenente già ad uno solo soltanto dei coniugi soltanto, ai sensi dell’art. 178 c.c.

Alla conclusione, fatta propria anche dal legislatore, si è pervenuti con provvedimento del 2005⁽⁹⁹⁾, attraverso il quale l’art. 70 l. fall. è stato

ad escludere le discriminazioni di natura soggettiva in relazione alla qualità di imprenditore commerciale di uno dei coniugi tra famiglia e famiglia; 3) abolito dal legislatore il divieto della donazione tra i coniugi e premesso il fondamento della “comunione legale” si realizzano di fronte ai creditori dell’imprenditore paritarie situazioni giuridiche sostanziali e processuali riguardanti sia il coniuge e sia qualunque altro terzo destinatario di atti a titolo gratuito, ex artt. 64 e 66 l.fall. e 2901 c.c., con l’abrogazione della precedente discriminazione in danno del solo coniuge, gravato dall’onere di provare la sua condizione soggettiva di essere stata unica proprietaria del denaro servito per l’acquisto dei beni, anteriore nel quinquennio alla dichiarazione di fallimento del proprio coniuge imprenditore.

⁽⁹⁹⁾ D.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in legge 14 maggio 2005, n. 80.

abrogato e sostituito con riguardo alla disciplina dell'azione revocatoria, poi, con legge n. 5 del 2006 ⁽¹⁰⁰⁾.

Per economia di indagine non si potrà trattare in questa sede, se non per brevi cenni e limitatamente all'art. 70 l.fall., evidenziando come, nella precedente normativa, il vecchio istituto della presunzione muciana, a proposito dei "beni acquistati dal coniuge del fallito"; istituto già espunto dal sistema per interpretazione giudiziaria dopo la riforma del diritto di famiglia, di cui abbiamo trattato.

L'intervento del Legislatore, a proposito dell'art. 70, trova una *ratio* nella regolamentazione degli effetti della revocazione, di cui tratta l'art. 71.

Norma questa, che era stata emanata contestualmente al disegno di legge che conteneva la modifica del vecchio art. 71, sotto la rubrica "decadenza dell'azione", solo in parte coincidenti in quanto il nuovo art. 70 ha un contenuto più ampio e soltanto nel secondo comma ribadisce il disposto dell'art. 71, secondo il quale "Colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

Si tratta di un evidente difetto di coordinamento, aggravato dal fatto che lo stesso principio è stato poi ulteriormente ribadito nel terzo comma dell'art. 70 che, nell'introdurre il limite del massimo scoperto alla revocatoria di atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, afferma che il creditore ha diritto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito.

Nulla, dunque, è mutato sul consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui il diritto all'ammissione al passivo del soccombente nell'azione revocatoria deriva non dalla sentenza di revoca, bensì dall'effettiva restituzione, con la conseguenza che l'ammissione al passivo non è automatica, dovendo essere effettuata dal soccombente stesso con il solo mezzo dell'insinuazione al passivo, in via tardiva se necessario.

Per il resto, permangono immutate le ben note problematiche formatesi nel vigore del vecchio (e persistente) art. 71.

La parte innovativa dell'art. 70 è contenuta nel primo e terzo comma del seguente tenore: "La revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedura di compensazione multilaterale e dalle società previste dall'art. 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione. / Qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza fra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato di insolvenza, e l'ammontare

⁽¹⁰⁰⁾ Sul punto, SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, 308 s.

residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso. Resta salvo il diritto del convenuto di insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito”.

Il primo comma chiarisce che, nelle ipotesi di pagamenti avvenuti tramite i soggetti ivi indicati, l'eventuale revocatoria produce effetti (e deve, quindi, esercitarsi) solo “nei confronti del destinatario della prestazione” e non, quindi, di colui che – su incarico o nell'interesse di altri – ha eseguito il pagamento, sia esso intermediario specializzato o società fiduciario o società di revisione che sia, con l'ovvia conseguenza che, in tali ipotesi, il soggetto obbligato alla restituzione delle somme è solo colui che è stato il beneficiario effettivo del pagamento medesimo e che, al tempo stesso, è l'unico destinatario diretto della revocatoria.

Si tratta di una disciplina di particolare favore per l'intermediario specializzato, per la società fiduciaria e per gli altri soggetti che possono essere parti nella procedura di compensazione multilaterale, che mal si concilia con i principi su cui si fonda l'operazione. Questa, infatti, trova la sua fonte in un rapporto di mandato, ove le obbligazioni che fanno capo a tale rapporto sono del tutto autonome e distinte dal rapporto che giustifica il pagamento nei confronti del destinatario finale della prestazione. Di conseguenza le somme che il mandante rimette al mandatario prima di rappresentare l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria nei confronti del destinatario finale della prestazione, costituiscono adempimento dell'obbligazione del mandante di corrispondere al mandatario i mezzi necessari per l'adempimento del mandato, ma non pagamento del credito del terzo.

Questa scissione e pluralità di rapporti crea non poche difficoltà pratiche perchè se la revocatoria si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario finale della prestazione, l'elemento psicologico dovrà essere dimostrata nei confronti di quest'ultimo, operazione indubbiamente difficile alla luce del fatto che i rapporti tra *solvens* ed *accipiens* si svolgono per il tramite dell'intermediario.

La norma appare, inoltre, eccessivamente generica nell'individuare l'area dell'esenzione di cui solo l'elaborazione giurisprudenziale potrà chiarire la portata.

Infatti, l'art. 2 lett. b) del D.L. 35 convertito nella L. 80/05 novella, modificando radicalmente, l'articolo 70 del R.D. n. 267 del 1942 al fine di regolamentare gli effetti della revocazione.

Il nuovo testo di legge sancisce che la revocatoria dei pagamenti avvenuti tramite intermediari specializzati, procedure di compensazione multilaterale o dalle società previste dall'articolo 1 della legge 23 novembre 1939, n. 1966, si esercita e produce effetti nei confronti del destinatario della prestazione, precisando inoltre che colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito

quanto aveva ricevuto è ammesso al passivo fallimentare per il suo eventuale credito.

Viedipiù. È stabilito che, qualora la revoca abbia ad oggetto atti estintivi di rapporti continuativi o reiterati, il terzo deve restituire una somma pari alla differenza tra l'ammontare massimo raggiunto dalle sue pretese, nel periodo per il quale è provata la conoscenza dello stato d'insolvenza, e l'ammontare residuo delle stesse, alla data in cui si è aperto il concorso, restando salvo il diritto del convenuto d'insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito.

Concludiamo con l'argomento relativo agli atti compiuti tra i coniugi nel tempo in cui il fallito esercitava un'impresa commerciale anche oltre l'anno anteriore al fallimento.

In base all'art. 67 l.fall. ⁽¹⁰¹⁾ tutti gli atti a titolo oneroso *ex lege* e a titolo gratuito, compiuti prima della dichiarazione di fallimento ma sempre nel periodo di esercizio dell'attività commerciale si presumono eseguiti in danno della massa dei creditori e sono revocati, salvo che il coniuge provi che non era a conoscenza dello stato di insolvenza del coniuge del fallito, ai sensi dell'art 69, primo comma, l.fall.

Si tratta di inefficacia *ex lege* e pertanto non occorre una dichiarazione giudiziale, al curatore incombe solo l'onere di provare il compimento dell'atto, l'esercizio dell'impresa commerciale quando l'atto è stato posto in essere e l'esistenza in quel momento del matrimonio.

RITA IACUITTO

⁽¹⁰¹⁾ Quando un terzo versa sul conto corrente del debitore, e dopo il fallimento di costui, una somma corrispondente allo scoperto del conto stesso, per il quale esso terzo aveva prestato fideiussione, e risulti altresì l'inesistenza di debiti verso il fallito da parte del terzo, deve ritenersi che costui abbia adempiuto il proprio debito fideiussorio, restando pertanto il relativo accredito sottratto alla dichiarazione di inefficacia di cui all'art. 44 L. Fall. (Cass., 6 maggio 2011, n. 10004).

UN NUOVO ORGANO MONOCRATICO, AUTONOMO
E INDIPENDENTE, A TUTELA DEI MINORI: L'AUTORITÀ
GARANTE DELL'INFANZIA E DELL'ADOLESCENZA ⁽¹⁾

SOMMARIO: 1. *La legge 12 luglio 2011 n. 112.* – 2. *Le leggi regionali istitutive del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza.* – 3. *La legge regionale umbra 29 luglio 2009 n. 18.* – 4. *Considerazioni finali.*

1. *La legge 12 luglio 2011 n. 112*

La legge 12 luglio 2011 n. 112: uno specifico progetto protettivo dell'infanzia e dell'adolescenza a livello nazionale ⁽²⁾ con riguardo ai diritti dei minori.

Il 22 giugno 2011 il Senato della Repubblica ha approvato definitivamente la legge istitutiva dell'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza.

In tal modo, pertanto, solo nel corso della XVI legislatura il nostro Parlamento – accogliendo le innumerevoli sollecitazioni da più parti rivolte all'Italia in ordine alla necessità di creare al più presto un'istituzione nazionale indipendente ed autonoma volta alla promozione ed alla tutela dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza – è giunta, finalmente, al varo del disegno di legge sul Garante in parola.

Detto organo di garanzia, con una struttura accessibile ai bambini, è dotato dei mezzi necessari per l'efficace attuazione delle finalità della legge stessa ed ha il potere di ricevere ed effettuare con la dovuta sensibilità accertamenti sui ricorsi relativi alla violazione dei diritti dei minori.

A fronte della tardiva creazione di detta Autorità nazionale, più at-

⁽¹⁾ Il primo Garante nazionale per l'infanzia della storia è nato nel 1809 in Svezia con il compito di difendere i diritti degli individui dall'abuso di potere da parte dello Stato. Successivamente altri Paesi del nord Europa ne seguirono l'esempio: la Finlandia nel 1919, la Danimarca nel 1955, la Norvegia nel 1966. Da allora la figura del Garante è stata introdotta in altri quaranta Paesi. In occidente Il Garante è stato istituito in circa trenta Stati e pure in America latina.

⁽²⁾ La legge 12 luglio 2011 n. 112, pubblicata su Gazzetta Ufficiale del 19 luglio 2011, è entrata in vigore il 3 agosto successivo.

tiva ed anticipatrice è apparsa la situazione sul fronte regionale con la nomina formale nel corso del 2007 di un Garante nelle Marche, Friuli Venezia Giulia, Veneto, Lazio, Molise e nel 2009 con l'approvazione in Umbria della legge istitutiva del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza⁽³⁾.

La nascita della figura del Garante, quale strumento aggiuntivo a difesa dei più piccoli col precipuo scopo di assicurare il rispetto delle norme protettive dei diritti e degli interessi dei minori, in conformità con le previsioni dei trattati e degli atti internazionali⁽⁴⁾ nonché delle norme costituzionali⁽⁵⁾ e delle norme legislative nazionali vigenti⁽⁶⁾.

⁽³⁾ Si tratta della legge regionale 29 luglio 2009 n. 18 sull'istituzione del Garante regionale per l'infanzia e l'adolescenza.

⁽⁴⁾ I due principali trattati dedicati ai diritti dell'infanzia ed al superiore, preminente interesse dei minori, trattati ratificati dall'Italia e "così" leggi dello Stato a tutti gli effetti, sono: la Convenzione di New York 20 novembre 1989 (ratificata con L. 176/1991) sui diritti dell'infanzia (artt. 4 e 18), la Convenzione Europea di Strasburgo 25 gennaio 1996 (ratificata con L. 73/2003) e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo C.E.D. 4 novembre 1950.

a. La Convenzione di New York stabilisce all'art. 4: "Gli Stati parti si impegnano ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi ed altri, necessari per attuare i diritti riconosciuti dalla presente Convenzione. Trattandosi di diritti economici, sociali e culturali essi adottano detti provvedimenti entro i limiti delle risorse di cui dispongono e, se del caso, nell'ambito della cooperazione internazionale"; tali diritti sono specificamente enunciati nei successivi articoli 14,15,18 comma 2, 24, 26, 27, 28, 31 e 32.

b. L'articolo 12 della Convenzione di Strasburgo in particolare dispone:

1. Le parti incoraggiano la promozione e l'esercizio dei diritti dei minori a mezzo di organismi che in reciproca collaborazione hanno, tra le altre, le funzioni espresse al comma 2.

2. Le funzioni sono le seguenti:

a) fare delle proposte per rafforzare l'apparato legislativo relativo all'esercizio dei diritti dei minori;

b) formulare dei pareri sui disegni legislativi relativi all'esercizio dei diritti dei minori;

c) fornire informazioni generali sull'esercizio dei diritti dei minori ai mass media, al pubblico e alle persone od organi che si occupano delle problematiche relative ai minori,

d) rendersi edotti dell'opinione dei minori e fornire loro ogni informazione adeguata.

c. A sua volta, l'art. 13 della Convenzione di Strasburgo indica la mediazione quale rimedio e gli altri strumenti di prevenzione e risoluzione dei conflitti familiari.

⁽⁵⁾ L'art. 31 della nostra legge primaria recita: "La Repubblica agevola con misure economiche e altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo".

⁽⁶⁾ Le più importanti norme nazionali sono:

- la legge 285/1997 sulle "Disposizioni per la promozione dei diritti ed opportunità

Il Garante dell'infanzia e dell'adolescenza è un organo monocratico con autonomi poteri di organizzazione, di indipendenza amministrativa e senza vincoli di subordinazione gerarchica (v. art. 2 comma 1 L. 112/2011).

Il titolare ⁽⁷⁾ è nominato d'intesa con i Presidenti del Senato e della Camera, dura in carica 4 anni con rinnovabilità del mandato una sola volta e con riconoscimento di un'indennità di carica (v. art. 2 citato commi 2 e 4).

All'organo in parola sono attribuite, segnatamente, funzioni di promozione, collaborazione, garanzie e competenze consultive (v. art: 3 comma 1), con i peculiari compiti:

- di promuovere l'attuazione della Convenzione di New York e degli altri strumenti internazionali in materia di tutela dell'infanzia e dell'adolescenza nonché di esercitare le funzioni di cui all'art. 12 della Convenzione Europea di Strasburgo;

- di assicurare forme idonee di consultazione, comprese quelle delle persone di minore età e quelle delle associazioni familiari, con particolare riferimento alle associazioni operanti nel settore dell'affido e dell'adozione, nonché di collaborazione con tutte le organizzazioni e le reti internazionali, con gli organismi e gli istituti per la promozione e per la tutela dell'infanzia e dell'adolescenza operanti in Italia e negli altri Paesi, con le associazioni, con le organizzazioni non governative, con tutti gli altri soggetti privati operanti nell'ambito della tutela e della promozione dei diritti delle persone di minore età nonché con tutti i soggetti comunque interessati al raggiungimento delle finalità di tutela dei diritti e degli interessi delle persone di minore età (v. art. 3 comma 1 lett. d));

per l'infanzia e l'adolescenza che all'art. 4 parla della possibilità di creare servizi di mediazione familiare e di consulenza per famiglie e minori;

- la legge 328/2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali;

- la legge 54/2006 sulle "Disposizioni in materia di separazione dei genitori ed affidamento condiviso dei figli" che con l'art. 155 sexies c.c. prevede la facoltà del giudice di rinviare l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 155 c.c. per consentire ai coniugi – ottenuto il loro consenso – di avvalersi di esperti per tentare una mediazione al fine di raggiungere un accordo con particolare riguardo all'interesse morale e materiale dei figli.

⁽⁷⁾ Secondo l'art. 2 comma 1 della L. 112/2011, il titolare è scelto tra persone di notoria indipendenza, competenza ed esperienza nel campo dei diritti delle persone di minore età, di indiscussa moralità e di specifiche e comprovate professionalità, competenza ed esperienza nel campo dei diritti delle persone di minore età nonché delle problematiche familiari ed educative di promozione a tutela delle persone di minore età.

- di diffondere la conoscenza dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, avviando a livello nazionale, in collaborazione con enti ed istituzioni che si occupano di persone di minore età, iniziative per la sensibilizzazione e la diffusione della cultura dell'infanzia e dell'adolescenza, finalizzata al riconoscimento dei minori come soggetti titolari di diritti (v. art. 3 comma 1 lett. m);

- di favorire lo sviluppo della cultura della mediazione e di ogni istituto atto a prevenire o risolvere con accordi conflitti che coinvolgono persone di minore età (v. art. 3 comma 1 lett. o);

- di esprimere pareri sui disegni di legge e sugli atti normativi del Governo in materia di tutela dei diritti dei soggetti in età evolutiva (v. art. 3 comma 3 legge citata);

- di promuovere, a livello nazionale, studi e ricerche sulla attuazione dei diritti dei soggetti in età evolutiva avvalendosi dei dati e delle informazioni dell'osservatorio nazionale sulla famiglia (v. art. 3 comma 4 legge citata);

- di promuovere le opportune sinergie con la Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza (v. art. 3 comma 5 legge citata).

Il Garante, inoltre, ha l'obbligo di presentare alla Camera entro il 30 aprile di ogni anno una relazione sull'attività svolta con riferimento all'anno solare precedente (v. art. 3 comma 1 lett. p.).

Chiunque può rivolgersi all'Autorità garante, anche attraverso numeri telefonici di pubblica utilità gratuiti, per la segnalazione di violazioni ovvero di situazioni di rischio di violazione dei diritti dei minori (v. art. 6, L. 112/2011).

Detta Autorità esplica la sua azione in favore dei diritti suindicati anche attraverso compiti di proposta, di consulenza, di informazione e di ascolto dei minori.

La legge 12 luglio 2011 n. 112, pertanto, con la creazione dell'organo protettivo di garanzia enuncia un vero e proprio Statuto dei diritti dei più piccoli e prevede l'istituzione di una conferenza nazionale dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, conferenza presieduta dall'Autorità e composta dai Garanti regionali o da soggetti analoghi se nominati per promuovere e realizzare l'adozione di comuni linee d'azione e per individuare forme ai fini di un costante scambio di dati e di informazioni.

2. Le leggi regionali istitutive del Garante dell'infanzia e dell'adolescenza

Attualmente sono sedici le Regioni italiane e le due province autonome di Trento e Bolzano che hanno approvato una legge istitutiva di un difensore dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza.

Tali Regioni sono: il Veneto (L.r. 9 agosto 1988 n. 42), il Friuli Venezia Giulia (L.r. 24 giugno 1993 n. 49), le Marche (L.r. 15 ottobre 2002 n. 18)

il Lazio (L.r. 28 ottobre 2002 n. 38), la Calabria (L.r. 12 novembre 2004 n. 28), l'Emilia Romagna (L.r. 17 febbraio 2005 n. 9), la Campania (L.r. 17/2006), il Molise (L.r. 2 ottobre 2006 n. 32), la Puglia (L.r. 10 luglio 2006 n. 30), la Liguria (Testo Unico "Disciplina dell'ufficio del Garante regionale dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza approvato con L.r. 9/2007), la provincia autonoma di Trento (L. provinciale n. 10/2007) la Lombardia (L.r. 24 marzo 2009 n. 122) la Provincia autonoma di Bolzano (L. provinciale 26 giugno 2009 n. 3), la Basilicata (L.r. 29 giugno 2009 n. 31), l'Umbria (L.r. 29 luglio 2009 n. 18 modificata con L.r. 18 dicembre 2010 n. 24), la Toscana (L.r. 9 febbraio 2010 n. 13 e la Sardegna (L.r. 7 febbraio 2011 n. 8).

Le leggi regionali in parola sono tutte finalizzate ad istituire una figura autonoma ed indipendente a garanzia dei diritti dei soggetti in età evolutiva presenti sul territorio regionale o provinciale, con un'azione ispirata ai principi dettati dalla normativa nazionale e dalle convenzioni internazionali ed in particolare in attuazione degli impegni assunti dallo Stato in tema di protezione dell'infanzia e dell'adolescenza con la Convenzione ONU sui diritti dei fanciulli firmata a New York il 20 dicembre 1989 e con la Convenzione Europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli sottoscritta a Strasburgo il 25 gennaio 1996, entrambe ratificate in Italia rispettivamente con leggi 176/1991 e 77/2003.

Dette leggi regionali, essenzialmente, hanno il compito:

- per un verso, di promuovere - in collaborazione con gli altri enti che operano in questo settore - una cultura dell'infanzia e dell'adolescenza che porti al riconoscimento dei minori soggetti titolari di diritti, in linea con le Convenzioni internazionali suindicate;

- e, per altro verso, di intervenire sollecitamente ed efficacemente, in casi specifici che presentano vicende in cui ci siano minori in disagio e bisognosi di tutela.

3. La legge regionale umbra 29 luglio 2009 n. 18

La predetta legge regionale istituisce in Umbria il Garante per l'infanzia e l'adolescenza con la peculiare e primaria finalità di assicurare la piena attuazione di tutti i diritti riconosciuti ai bambini ed alle bambine, ai ragazzi ed alle ragazze, cioè a tutti i minori di famiglie legittime e di famiglie naturali presenti nel territorio regionale.

Il Garante opera in piena autonomia ed indipendenza, senza alcun controllo gerarchico o funzionale, collabora con le strutture regionali competenti ed ha pieno accesso agli atti, informazioni e documenti inerenti al suo mandato istituzionale.

Esso cura la promozione per la difesa e la verifica della realizzazione dei diritti dei minori, attraverso azioni positive mirate alla tutela del

diritto alla vita, alla famiglia, all'istruzione, all'assistenza socio-sanitaria, alla sopravvivenza ed alla partecipazione alle decisioni che lo riguardano, tenendo conto del loro superiore interesse.

L'esercizio dell'azione del Garante ha luogo nell'ambito dei principi della normativa nazionale in materia nonché della Convenzione internazionale ONU sui diritti del fanciullo firmata a New York il 20 novembre 1989 ratificata in Italia con la L. 176/1991, della Convenzione europea dei diritti dei fanciulli firmata a Strasburgo il 25 gennaio 1996 ratificata in Italia con L. 77/2003 e della Risoluzione 48/134 del 20 dicembre 1993 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite relativa alle Istituzioni Nazionali per la promozione e protezione dei Diritti Umani (art.1 comma 4 lett. a), b) e c)).

Tra le molteplici funzioni attribuite al Garante dall'art. 3 comma 1 della L. 18/2009, sono da ricordare come principali quelle:

- di promuovere, in accordo con le strutture regionali competenti in materia, iniziative di sensibilizzazione e diffusione della cultura dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, anche in occasione della celebrazione della giornata italiana per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, istituita dall'art. 1 comma 6 della LO. 23 dicembre 1997 n. 451;

- di promuovere e di vigilare, con la collaborazione di operatori preposti, affinché sia data applicazione su tutto il territorio regionale alla Convenzione internazionale di New York ed alla Convenzione europea di Strasburgo;

- di accogliere segnalazioni in merito a violazioni dei diritti dei minori e di sollecitare le amministrazioni competenti all'adozione di interventi adeguati per rimuovere le cause che ne impediscono la tutela;

- di promuovere e di collaborare alla realizzazione di servizi di informazione destinati all'infanzia ed all'adolescenza;

- di vigilare, in collaborazione con il Comitato Regionale per le comunicazioni, sulla programmazione televisiva, sulla comunicazione a mezzo stampa e sulle altre forme di comunicazioni audiovisive e telematiche affinché siano salvaguardati e tutelati i bambini e le bambine sia sotto il profilo della percezione infantile che in ordine alla rappresentazione dell'infanzia stessa, allo scopo di segnalare all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni ed agli organi competenti eventuali trasgressioni commesse, in coerenza con il codice di autoregolamentazione RAI;

- di promuovere anche in collaborazione con gli Enti locali, con la scuola ed altri soggetti, iniziative dirette a rimuovere situazioni di pregiudizio in danno di bambini e di adolescenti anche in relazione alla prevenzione dell'abuso dell'infanzia e dell'adolescenza con riguardo alle disposizioni della L. 269/1998 (Norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori);

- di formulare proposte e, ove richiesti, di esprimere pareri su atti

normativi e di indirizzo riguardanti l'infanzia, l'adolescenza e la famiglia, di competenza della Regione, delle Province e dei Comuni.

Nello svolgimento della sua attività, la figura di garanzia in parola, ha, inoltre il compito:

- di promuovere intese ed accordi con ordini professionali ed organismi che si occupano di infanzia ed adolescenza;

- di intrattenere rapporti di scambio, di studio e di ricerca con organismi pubblici e privati;

- di promuovere le necessarie azioni di collegamento con le amministrazioni del territorio regionale impegnate nella tutela dell'infanzia e dell'adolescenza e con le autorità giudiziarie;

- di segnalare la necessità di interventi sostitutivi in casi di inadempienza o gravi ritardi nell'azione degli Enti locali a tutela dei minori.

Il Garante – eletto dal Consiglio regionale a maggioranza assoluta dei consiglieri regionali assegnati – è scelto tra persone di comprovata competenza e professionalità con esperienza nel campo delle problematiche concernenti l'età evolutiva e quelle familiari ed educative; è nominato con decreto del Presidente della Giunta regionale, dura in carica cinque anni e non può essere riconfermato⁽⁸⁾.

Sono previste quali cause di incompatibilità (art. 3 Legge citata) con detta carica:

- lo status di membro del Parlamento italiano ed europeo, di Ministro, di Presidente di Regione, di Presidente di Provincia, di Sindaco, Consigliere ed Assessore regionale, provinciale e comunale;

- la condizione di amministratore di ente pubblico, di azienda pubblica ovvero di società a partecipazione pubblica, nonché di amministratore di ente, di impresa o di associazione che riceve, a qualsiasi titolo, sovvenzioni o contributi dalla Regione.

- l'esercizio, durante il mandato, di qualsiasi attività che possa configurare conflitto di interesse con le attribuzioni proprie dell'incarico (v. art. 4 comma 1 della Legge istitutiva e comma 1 bis aggiunto dall'art. 7 L.r. 10 dicembre 2010 n. 24).

La legge regionale 18/2009 (art. 5) prevede pure la decadenza dall'incarico (in caso di accertate cause di incompatibilità di cui all'art. 4 e all'art. 7 della L.r. 24/2010), la sostituzione e la designazione di un nuovo Garante con le modalità di cui all'art. 3 comma 1 e la revoca in caso di gravi violazioni di legge o dei doveri inerenti all'incarico affidato.

Quanto al trattamento economico, l'art. 8 della L.r. 24/2010 commi 1 e 2 che ha sostituito l'art. 6 L.r. 18/2009 stabilisce l'attribuzione al Garante sia di una indennità mensile pari al 10% dell'indennità mensile

⁽⁸⁾ Attualmente (ottobre 2011) non è stato nominato il Garante dell'Umbria.

spettante ai Consiglieri regionali sia di un trattamento di missione nella misura spettante ai dirigenti regionali, qualora debba recarsi fuori sede per ragioni connesse all'esercizio delle proprie funzioni.

L'art. 9 commi 1 e 3 della L.r. 18/2009 prevede, inoltre, il potere del Garante – nei casi di particolare importanza o comunque meritevoli di urgente considerazione – di inviare in ogni momento relazioni ai Presidenti della Giunta e del Consiglio regionale nonché il potere delle Commissioni Consiliari di convocare l'organo di garanzia per avere chiarimenti sull'attività svolta.

A norma dell'art. 7 comma 3 della Legge istitutiva, il Garante deve trasmettere al Consiglio Regionale una relazione annuale sulla azione espletata ed al Presidente del Consiglio una relazione esplicativa entro il 31 marzo di ogni anno.

Il 22 dicembre 2010 la Giunta Regionale ha approvato il Regolamento di attuazione (v. art. 10 della Legge istitutiva) che disciplina:

- a) l'organizzazione degli uffici del Garante, assicurandone la funzionalità;
- b) i requisiti professionali del personale addetto agli uffici del Garante;
- c) le ulteriori modalità di funzionamento degli uffici del Garante e l'attribuzione delle risorse specifiche.

Al fine di promuovere lo sviluppo di una più diffusa sensibilità sui temi e sulle problematiche dei soggetti in età evolutiva, il Consiglio regionale organizza ogni tre anni, in occasione della giornata italiana per i diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, una conferenza regionale sull'infanzia ed adolescenza in collaborazione con il Garante, con la struttura regionale competente in materia di servizi sociali, con gli enti locali e con tutti i soggetti interessati alla relativa attività (art. 11 L.r. 18/2009).

4. Considerazioni finali

L'Umbria è la tredicesima Regione italiana ad avere istituito il Garante per l'infanzia e l'adolescenza con il duplice precipuo compito e di tutelare le singole posizioni soggettive dei minori presenti sul territorio regionale e di promuovere una cultura dell'infanzia col coinvolgimento delle istituzioni e degli enti interessati.

L'aspetto più positivo e di maggior rilievo della legge è la tutela della prole estesa a tutti i minori, siano essi figli legittimi o naturali e ciò a differenza dell'altra importante legge regionale sulla "Disciplina dei servizi e degli interventi a favore della famiglia legittima" approvata con deliberazione n. 385 del 9 febbraio 2010.

Quest'ultima legge, infatti, non mostra alcuna attenzione per la prole

nata fuori dal matrimonio ed ha riguardo unicamente agli interventi in favore del nucleo familiare formato da persone unite dal vincolo di coniugio, parentela ed affinità con chiara esclusione delle unioni di fatto e, così, con palese discriminazione dei figli naturali.

Particolare considerazione la legge regionale 29 luglio 2009 n. 18 concede allo sviluppo dei servizi d'informazione destinati all'infanzia ed all'adolescenza e in tale prospettiva contempla l'obbligo di vigilanza sulla comunicazione a mezzo stampa e sulle altre forme di comunicazione audiovisive e telematiche per la salvaguardia di bambini e bambine in sinergia con il Comitato regionale per le comunicazioni.

Da ultimo, dovendo esprimere, in questo primo commento, una sommaria valutazione d'insieme sulla normativa in parola (la legge statale 112/2011 e la legge regionale umbra 18/2009), per un verso, non può sottacersi che desta qualche perplessità la natura monocratica dell'Organo di garanzia, la sua figura singola cui, non mancheranno difficoltà ad affrontare tutti gli aspetti relativi alla dimensione educativa ovvero a promuovere le non poche iniziative di raccordo tra gli enti locali, la scuola, le istituzioni che si occupano dei minori e, per altro verso, va pure detto che suscita riserve l'indefinito, non specificato rapporto con l'Autorità giudiziaria ed, in particolare, col Tribunale per i minorenni.

Come è stato, giustamente, osservato, sarebbe interessante ed auspicabile che il Garante - persona istituzionalmente e professionalmente valida e possibilmente non politica - fosse in grado di proporre corsi di formazione per operatori sociali, docenti e magistrati e corsi di formazione per operatori interculturali.

GIOVANNI MORANI

I DANNI NON PATRIMONIALI DA INADEMPIMENTO

SOMMARIO: 1.1. *Nascita ed evoluzione del sistema della risarcibilità del danno alla persona.* – 1.1.2. *Il concorso tra l'azione contrattuale ed extracontrattuale.* – 1.1.3. *I labili confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La responsabilità da "contatto sociale".* – 2.1.1. *Le pronunce a sezioni Unite della Cassazione del novembre 2008 e l'estensione del sistema di tutela del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento.* – 2.1.2. *I limiti al risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.* – 2.1.3. *Contratto con effetti protettivi anche nei confronti del terzo e responsabilità medica.* – 2.1.4. *La responsabilità dell'insegnante per i danni autoprodotti dal minore.* – 2.1.5. *Il contratto di trasporto di persone.* – 2.1.6. *Il contratto di lavoro e la tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.* – 2.1.7. *Le altre ipotesi: la morte dell'animale d'affezione ed il danno da vacanza rovinata.* – 2.2. *La prova del danno non patrimoniale da inadempimento.*

1.1. *Nascita ed evoluzione del sistema della risarcibilità del danno alla persona*

Il danno non patrimoniale si definisce come il danno conseguente alla lesione di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica ed è categoria omnicomprensiva tale da ricomprende in sé qualsiasi tipo di pregiudizio all'integrità dell'individuo in tutti i suoi aspetti dinamico-relazionali, sia quindi che lo stesso si strutturi come danno fisico alla salute (art. 32 cost.), che come danno da peggioramento della qualità di vita, che sotto il profilo della lesione dei diritti inviolabili della persona alla serenità e tranquillità familiare (art. 2, 29 e 30 cost.).

Trovano altresì adeguata collocazione all'interno della medesima categoria risarcitoria anche i danni conseguenti alla violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, alla riservatezza, nonché i diritti inviolabili della persona incisa nella sua dignità, così come preservati agli artt. 2 e 3 cost.

Il diritto dell'individuo alla propria integrità psico-fisica, in tutti gli

ambiti in cui si esplica la sua personalità, rappresenta un diritto primario ed inviolabile della persona e che trova negli artt. 2, 3, 29 e 32 cost. il proprio regime primario di riconoscimento e di tutela.

Detto principio, che appare oggi così intuitivo e semplice nella sua linearità, rappresenta in verità il frutto di una maturazione del pensiero che si è sviluppato lungo un travagliato *iter* giurisprudenziale e dottrinale e che ha portato al superamento degli asfittici limiti entro cui la risarcibilità del danno non patrimoniale alla persona veniva tradizionalmente confinata dall'art. 2059 c.c.

L'elaborazione del principio che ha portato ad una rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., ed al conseguente ampliamento delle ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale ben oltre i limiti segnati dalla richiamata norma, si è svolta principalmente nel campo dell'illecito civile per poi approdare, con l'ultima pronuncia a sez. Unite della Cassazione del 2008, nell'ambito di afferenza dell'illecito di natura contrattuale ⁽¹⁾.

Veniamo quindi a ripercorrere le tappe principali che hanno condotto a tale traguardo giurisprudenziale.

L'evoluzione che ha subito il sistema di risarcimento del danno alla persona ha coinciso per molti punti con l'evoluzione che ha subito il modello del danno biologico in più di trent'anni di sofferte disquisizioni dottrinali e di storiche pronunce giurisprudenziali, che ne hanno segnato la nascita come autonoma fattispecie di danno, risarcibile a prescindere dalle conseguenze di carattere patrimoniale che la lesione al bene salute avesse comportato.

Secondo l'impostazione dottrinale che ha dominato sino agli anni '70, la tutela risarcitoria risultava esperibile soltanto qualora l'illecito avesse provocato conseguenze economicamente valutabili, restando

⁽¹⁾ Si tratta delle ormai note sentenze Cass., Sez. un., 11.11.2008, nn. 26972-26975, il cui testo integrale può leggersi in *Resp. civ. e prev.*, 2009, n. 1, 4 ss., decisioni che hanno sin dalla loro pubblicazione acceso un animato dibattito sia a livello dottrinale che giurisprudenziale. Tra i contributi in materia di danno non patrimoniale offerti dalla dottrina più recente si vedano: L. VIOLA, *I danni da morte e da lesioni alla persona*, Padova, 2009; ID., *Il mancato guadagno esistenziale*, in *Studium Iuris*, 2006, 2, 131; R. PLENTEDA, *I danni non patrimoniali cagionati dall'avvocato*, in *Resp. civ.*, 2009, n. 3, 242 ss.; M.V. DE GIORGI, *Lesione del diritto all'ordine e risarcimento del danno esistenziale*, in *Studium Iuris*, 2008, n. 2, 224; CARBONE, *Ulteriori riflessioni sul danno esistenziale*, in *Danno e responsabilità*, Milano, 2008, 2; G. VETTORI, *Danno non patrimoniale e diritti inviolabili*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, n. 2; V. TOMARCHIO, *L'unitarietà del danno non patrimoniale nella prospettiva delle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2009, n. 2, 317; F.R. FANTETTI, *Diritto all'autodeterminazione e danno esistenziale alla luce della recente pronuncia delle S.U. della Cassazione*, in *Resp. civ.*, 2009, n. 1, 75.

esclusa la risarcibilità dei danni non patrimoniali in assenza di una condotta penalmente rilevante (art. 2059 c.c.)⁽²⁾.

Il risarcimento del danno non patrimoniale era cioè inteso come condizionato alla qualificazione del fatto illecito in termini di reato e tra l'altro, all'epoca, la sua nozione non coincideva con quella di danno non patrimoniale come oggi inteso nella sua più ampia eccezione, in quanto ancora comunque ristretta sino a ricomprendere il solo danno morale soggettivo⁽³⁾.

Infatti, sempre secondo la prospettiva tradizionale, l'impossibilità di ricondurre la lesione al bene persona al paradigma risarcitorio di cui all'art. 2043 c.c., traeva fondamento dal fatto che nell'ambito applicativo della richiamata norma non qualsiasi danno potesse essere risarcito ma solo quello produttivo di un'alterazione del patrimonio del danneggiato, e che portava con sé la necessità di ricondurre i danni alla persona entro l'alveo dei danni a carattere non patrimoniale di cui al disposto dell'art. 2059 c.c., con l'inevitabile conseguenza di escludere per gran parte dei casi la tutela risarcitoria dei diritti della personalità, riconoscendola solo nelle ipotesi di reato.

⁽²⁾ Per la tesi che negava la risarcibilità del danno non patrimoniale fuori dal campo dei reati, tra gli altri, C. GRASSETTI, *In tema di risarcibilità del danno non patrimoniale*, cit., pag. 301 ss.; G. PACCHIONI, *L'art. 185 codice penale e il risarcimento dei danni morali arrecati con fatto illecito penale e civile*, in *Riv. dir. priv.*, 1931, pag. 345 ss.; D. MANDRIOLI, *Il danno non patrimoniale nell'art. 185 c.p.*, in *Riv. pen.*, 1931, pag. 444 ss. Secondo altri autori, malgrado l'occasionale collocazione nel codice penale, la portata normativa dell'art. 185 era invece da considerarsi generale, nel senso che l'art. 185 c.p. aveva introdotto nell'ordinamento il principio generale della risarcibilità dei danni non patrimoniali, sia derivanti da reato, sia causati da un illecito civile. Si ponevano in tale filone dottrinale L. COVIELLO, *L'articolo 185 del codice penale e la risarcibilità dei danni morali in materia civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1932, 321; A. MONTEL, *Sulla risarcibilità dei danni morali*, in *Foro it.*, 1932, I, pag. 1627; A. ASCOLI, *Risarcibilità del danno morale*, in *Riv. dir. civ.*, 1934, 408.

⁽³⁾ Il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. veniva comunemente identificato, tanto dalla giurisprudenza (V., ad esempio, Cass., 11.5.1962, n. 954, in *Riv. civ. prev.*, 1962; Cass., 5.4.1963, n. 872, in *Foro it.*, 1963; Cass., 14.6.1965, n. 1203, in *Riv. civ. prev.*, 1965; Cass. 4.1.1967, n. 15, in *Foro it.*, 1967), quanto dalla dottrina, con il danno morale soggettivo della tradizione, ovvero con la lesione di sentimenti, delle affezioni della vittima, e dunque con la sofferenza morale o psichica (c.d. *pretium doloris*). In questo senso si era espresso G. GIRARDI, *Sul concetto di danno morale*, in *Foro it.*, 1956, IV, pag. 148 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, 1, 259, anche se questo autore proponeva una contrapposizione non tra danno patrimoniale e danno morale, ma tra danno rilevante giuridicamente – e cioè danno alla persona e danno patrimoniale – e danno morale; F.D. BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in Busnelli - Breccia, *Tutela della salute e diritto privato*, 1978 pag. 529; M. PARADISO, *Il danno alla persona*, Milano, 1981, pag. 136; V. SCALISI, *Lesione dell'identità personale e danno non patrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, pag. 138 ss.

Il problema non era di scarsa importanza poichè si riteneva che, in mancanza di risarcimento del danno fisico nei casi non costituenti reato, non potesse neppure configurarsi una categoria dei diritti della persona, al di là della capacità dell'individuo di produrre reddito.

Il primo punto di arrivo del cammino dottrinale e giurisprudenziale, compiuto tra innumerevoli incertezze, nella direzione di ammettere ampia tutela risarcitoria del danno alla persona al di fuori di una specifica ipotesi di reato (art. 2059 c.c.), si è avuto con il riconoscimento della categoria del danno biologico, che è stata per la prima volta individuata a livello giurisprudenziale a partire dalla nota sentenza della Cassazione del 6.06.1981, n. 3675 e poi definitivamente ammessa come tipologia di danno risarcibile dalla sentenza della Corte Costituzionale 14 luglio 1986, n. 184 ⁽⁴⁾.

A mezzo di quest'ultima decisione la Consulta, per sottrarre il danno biologico al limite posto dall'art. 2059 c.c., ha decretato la risarcibilità del danno alla persona in applicazione della clausola generale dell'art 2043 c.c. sul presupposto del suo collegamento con l'art. 32 cost.

L'argomentazione utilizzata dalla Consulta per giungere ad un tale traguardo si appuntava principalmente sul rilievo per cui, una volta riconosciuta la rilevanza della persona come valore fondamentale, costituzionalmente tutelato, non è poi possibile limitarne la tutela alla

⁽⁴⁾ Cfr. Corte Cost. 14.7.1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, pag. 2053; in *Giust. civ.*, 1986, I, pag. 2324; in *Giur. it.*, 1987, I, 1, pag. 392; in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, pag. 534; in *Dir. inf.*, 1986, pag. 825, a mezzo della quale si è espressamente affermato che "la vigente Costituzione, garantendo principalmente valori personali, svela che l'art. 2043 c.c. va posto soprattutto in correlazione agli articoli della Carta fondamentale (che tutelano i predetti lavori) e che, pertanto, va letto in modo idealmente idoneo a compensare il sacrificio che gli stessi valori subiscono a causa dell'illecito. L'art. 2043 c.c., correlato all'art. 32 Cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma (esclusi, per le ragioni già indicate, i danni morali subiettivi) tutti i danni che, almeno potenzialmente, ostacolano le attività realizzatrici della persona umana.

La Corte con tale pronuncia ha affermato altresì che: "Il danno biologico costituisce evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto".

Giova inoltre ricordare che, sulla base di quest'ultima affermazione, parte della dottrina ha sostenuto che con questa sentenza la Corte Costituzionale, intendendo il danno biologico come danno-evento, lo ha configurato come *tertium genus*, distinguendolo sia dal danno morale soggettivo che dal danno patrimoniale, che di quell'evento sono invece conseguenze (c.d. danno-conseguenza). In questo senso v. M. FRANZONI, *Il danno alla persona*, Milano, 1995, pag. 215 e G. CRICENTI, *Il danno non patrimoniale*, Padova, 2006, pag. 227. Di diverso avviso invece F. MASTROPAOLO, *Il risarcimento del danno nell'ipotesi di lesione all'integrità psico-fisica e in caso di morte*, Torino, 1990, pag. 271.

sole ipotesi di reato, in quanto il diritto alla salute è diritto primario la cui lesione legittima in ogni caso una tutela minima che è quella risarcitoria.

In sintesi il fondamento della risarcibilità del danno biologico doveva essere ricercato negli artt. 2 e 3 Cost. che tutelano la persona in ogni sua espressione ed, in ogni caso, nel principio del *neminem laedere* che non trova fondamento solo nell'art. 2043 c.c. ma nell'intero ordinamento.

Il rilievo si fondava chiaramente sul principio c.d. della "*drittwirkung*", secondo cui le norme costituzionali, che attengono a valori inviolabili della persona umana, non solo hanno efficacia precettiva nei confronti dello Stato, ma sono anche immediatamente efficaci nei rapporti privatistici.

Come ulteriore sviluppo di tale filone giurisprudenziale è intervenuta nuovamente la Corte Costituzionale, con decisione n. 372 del 1994, che ha definitivamente ricondotto, come peraltro si poteva fare sin da subito e come era logico fare, il danno biologico nell'ambito di tutela dei pregiudizi di carattere non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c., sul presupposto che il danno alla salute, doveva quindi farsi rientrare tra i valori della persona considerati inviolabili dalla costituzione (art. 32 cost.), rendendolo quindi risarcibile, non più ai sensi dell'art. 2043 c.c. ma in base all'art. 2059 c.c. in combinato disposto con l'art. 2 cost., anche a prescindere dalle ipotesi di reato ⁽⁵⁾.

In base al nuovo orientamento veniva inoltre definitivamente superata la tradizionale limitazione della categoria dei danni non patrimoniali alla sola figura del c.d. danno morale soggettivo entro la quale era stato per lungo tempo confinato, in quanto nell'ambito di operatività dell'art. 2059 c.c., che già dalla sua rubrica appare essere la norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale nella sua più ampia eccezione, doveva farsi rientrare, oltre al danno morale subiettivo, nei casi predeterminati dalla legge, anche ogni altra ipotesi in cui si fosse verificata un'ingiusta lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti e dalla quale fossero conseguiti pregiudizi non suscettibili di valutazione economica.

A partire dall'anno 2003 si è poi assistito ad un ulteriore processo

⁽⁵⁾ Corte Cost., 27.10.1994, n. 372, in *Foro it.*, 1995, I, pag. 3297, in *Giust. civ.*, 1995, I, 887, in *Giur. it.*, 1995, I, pag. 406, in *Resp. civ. e prev.*, 1994, pag. 976, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, pag. 406. La decisione "de qua" lasciava tuttavia aperto il problema della tutela del danno alla salute, dal momento che, se la norma di riferimento andava ravvisata nell'art. 2059 c.c., il danno alla salute subito dai familiari della vittima sarebbe stato risarcibile soltanto nei casi in cui la lesione cagionata a questi ultimi avesse costituito reato, e non in tutti quelli in cui fosse stata la conseguenza di un mero illecito civile.

di revisione del sistema del risarcimento del danno non patrimoniale che, a seguito dei noti interventi della Corte di Cassazione è stata per la prima volta sancita una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. ⁽⁶⁾.

La valorizzazione costituzionale dell'art. 2059 c.c. suggellata dal Supremo Collegio con le sentenze del 2003 ha comportato quale suo corollario un ampliamento delle ipotesi in cui poteva essere accordata la risarcibilità del danno non patrimoniale, che veniva ad essere ricondotta in via definitiva all'unica disposizione dell'art. 2059 c.c., la quale - secondo la nuova interpretazione conforme ai precetti costituzionali - è volta a ricomprendere nel suo campo di applicazione, oltre alle ipotesi contemplate con legge ordinaria, tra cui si innestano anche le ipotesi penalmente rilevanti, anche tutti i casi in cui l'evento di danno sia conseguente alla lesione di specifici diritti fondamentali ed inviolabili della persona, garantiti dalla Carta costituzionale.

L'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., così come inaugurata dalle sentenze della Cassazione e della Corte Costituzionale nel 2003 e successivamente avallata anche dalla sez. Unite della Cassazione del novembre 2008, ha fatto sì che l'art. 2059 c.c. non delinea essa stessa una fattispecie di illecito produttiva di danni non patrimoniali, ma integri semplicemente una norma di rinvio, vale a dire che la stessa adempie la sola funzione di selezionare i danni non patrimoniali risarcibili mediante il rinvio alle leggi che ne ammettono la risarcibilità ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ Si tratta degli interventi operati dalla Suprema Corte con le note sentenze Cass., sez. III, 31.05.2003, n. 8827 e Cass., sez. III, 31.05.2003, n. 8828 in *Danno e resp.*, 2003, pag. 816 ss.; *Foro it.*, 2003, I, pag. 2272; in *Resp. civ. prev.*, 2003, pag. 675, con nota di CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. 8828/2003*, di E. BARGELLI, *Danno non patrimoniale e interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c.*, e di ZIVIZ, *E poi non rimase nessuno*; in *Dir e giust.*, 2003, pag. 24; in *Giur. it.*, 2004, pag. 29; in *Dir. informatica*, 2003, pag. 771; in *Corr. giur.*, 2003, pag. 1017, con nota di M. FRANZONI, *Il danno non patrimoniale, il danno morale: una svolta per il danno alla persona*.

La stessa impostazione è stata poi ripresa dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 233 dell'11.07.2003, in *Foro it.*, 2003, I, pag. 2201, con nota di E. NAVARRETTA, *La Corte costituzionale e il danno alla persona in fieri*; in *Danno e resp.*, 2003, pag. 939, con nota di M. BONA, G. CRICENTI, G. PONZANELLI; in *Nuovo dir.*, 2003, pag. 917, con nota di L. VENTURINI; in *Dir. & Formazione*, 2003, pag. 1177, con nota di CENDON, ZIVIZ; in *Giust. civ.*, 2003, I, pag. 2019; in *Giur. cost.*, 2003, pag. 4; in *Giur. it.*, 2003, pag. 1777, con nota di CENDON - ZIVIZ, *Vincitori e vinti dopo la sentenza n. 233/2003 della Corte costituzionale*; in *Resp. civ. prev.*, 2003, pag. 1036, con nota di ZIVIZ, *Il nuovo volto dell'art. 2059 c.c.*

⁽⁷⁾ Tra i casi in cui oggi viene comunque riconosciuta la risarcibilità dei danni non patrimoniali, in quanto espressamente previsti dalla legge ordinaria, si fanno

Fuori dalle ipotesi di reato e dai casi tassativamente determinati dalla legge, per la risarcibilità del danno non patrimoniale dovrà quindi sussistere un'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno e, pertanto, per il riconoscimento della sua tutela risarcitoria non si potrà prescindere dall'individuazione dell'interesse leso, che dovrà necessariamente consistere in un diritto fondamentale e inviolabile della persona costituzionalmente garantito.

In base ai nuovi orientamenti espressi dalla Suprema Corte a partire dalla sentenza del 2003 ed ancor più compiutamente con le note sentenze in composizione plenaria del 2008, la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., quale unica norma deputata alla tutela risarcitoria del danno non patrimoniale inteso nella sua più ampia eccezione, riporta il sistema della responsabilità civile nell'ambito del criterio bipolaristico delineato dal nostro codice civile e per il quale sarebbero individuabili due sole categorie di danno risarcibile: il danno patrimoniale da fatto illecito, che si connota tradizionalmente per il suo carattere di atipicità postulato dell'ingiustizia del danno di cui all'art. 2043 c.c. e nel cui ambito applicativo rientra la lesione di qualsiasi interesse giuridicamente rilevante⁽⁸⁾; v'è poi il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.) la cui disciplina codicistica è connotata da chiari elementi di tipicità, essendo tale pregiudizio risarcibile solo nei casi predeterminati dalla legge, oltre che nei casi in cui l'evento di danno consista nella lesione di specifici diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti⁽⁹⁾.

principalmente - anche se non esaustivamente - rientrare i danni da privazione della libertà personale cagionati dall'esercizio delle funzioni giudiziarie (l. 117/1998 sulla riparazione per ingiusta detenzione); i danni conseguenti al mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo (l. 89/2001 c.d. legge Pinto); i danni da impiego di modalità illecite nella raccolta e trattamento dei dati personali (d. lgs. 196/2006, c.d. legge sulla *privacy*) ed in fine l'adozione di atti discriminatori per motivi razziali, etnici o religiosi (d.lgs. 286/1998, c.d. Testo Unico sull'immigrazione).

⁽⁸⁾ Questo è il principio espresso dalla ormai nota sentenza Cass., sez. U., 22.07.1999, n. 500, sulla risarcibilità dell'interesse legittimo il cui commento può leggersi in *Foro it.*, 1999, I, 2487, con note di commento di A. PALMIERI e R. PARDOLESI.

⁽⁹⁾ Sotto tale aspetto tra gli eventi lesivi le cui conseguenze dannose potranno comunque accedere alla tutela risarcitoria perché ricollegabili a diritti fondamentali ed inviolabili predicati dalla costituzione, rientreranno principalmente:

- i casi di lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32 cost.), pregiudizio che tradizionalmente andava a confluire nel c.d. danno biologico;

- la lesione dei diritti inviolabili della famiglia (art. 2, 29 e 30 cost.), tra i quali rientrano i danni da perdita o compromissione del rapporto parentale in caso di morte o gravi lesioni del congiunto;

- la violazione del diritto alla reputazione, all'immagine, alla riservatezza, quali diritti inviolabili della dignità umana, che risultano espressamente preservati agli artt. 2 e 3 della Carta costituzionale.

Un nuovo impulso verso il riconoscimento di un più ampio statuto di tutela del danno non patrimoniale si è con le più volte quattro epocali sentenze delle sez. Unite della Cassazione risalenti all'11 novembre 2008, a mezzo delle quali si è giunti all'esplicito riconoscimento della risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'ambito della responsabilità di natura contrattuale.

Con le richiamate decisioni le sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione pervengono a ricondurre ad unità l'intero sistema del danno non patrimoniale, operando sotto un duplice ordine di profili.

In primo luogo la ricostruzione monistica del danno patrimoniale compiuta dai Giudici di Piazza Cavour, riuniti in composizione plenaria, porta in primo luogo ad abbandonare definitivamente la tradizionale ripartizione in tre categorie, quella del danno biologico, del danno esistenziale e del danno morale, di tutti quei pregiudizi che toccano gli aspetti reddituali della persona, in favore di un'unica categoria omnicomprensiva di danno, quella del danno non patrimoniale, destinata a ricomprenderli tutti e nella quale le singole voci di danno rimangono del tutto assorbite, entro il limite segnato dall'ingiustizia costituzionalmente qualificata dell'evento di danno.

Solamente a fini meramente descrittivi potranno essere a tutt'oggi utilizzate le denominazioni di danno biologico, danno da perdita del rapporto parentale, danno morale soggettivo, destinate ad essere tutte ricomprese nel danno biologico "personalizzato", al quale va riconosciuta valenza tendenzialmente omnicomprensiva.

Il secondo importante aspetto sul quale è andata ad incidere la ricostruzione monistica operata dalle sez. Unite della Suprema Corte è stato quello di andare a parificare la tipologia dei danni risarcibili in campo di illecito e di inadempimento contrattuale, giungendo ad ammettere in via definitiva la risarcibilità del danno non patrimoniale anche in presenza di un illecito di natura contrattuale, o, più in generale, delle obbligazioni.

Dell'argomento, con la narrazione delle tappe fondamentali che hanno scandito il definitivo riconoscimento da parte della giurisprudenza del danno alla persona in ambito contrattuale, ci occuperemo più diffusamente nei capitoli 2.1.1. e ss.

1.1.2. Il concorso tra l'azione contrattuale ed extracontrattuale

Precedentemente al formarsi del più recente orientamento teso ad estendere la tutela civile risarcitoria della persona anche alla materia dell'inadempimento contrattuale, la giurisprudenza per far conseguire al danneggiato anche il risarcimento del danno non patrimoniale da illecito, è ricorsa all'espedito di ammettere il cumulo delle azioni contrattuali (art. 1218 c.c.) ed extracontrattuali (art. 2043 c.c.).

Veniva in tal modo superata la precedente impostazione dottrinale secondo cui tra l'illecito ed il danno, essendo connotati sul piano del regime giuridico da caratteri tra loro antitetici, non era possibile alcuna forma di concorso ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, la tesi del cumulo, pur avversata dalla dottrina perché ritenuta di dubbio fondamento dogmatico ⁽¹¹⁾, è stata recepita dalla giurisprudenza di legittimità, che ne ha fatto ampia applicazione soprattutto in ambito di responsabilità medica ⁽¹²⁾.

Il concorso di responsabilità consente al danneggiato di agire a sua scelta in via contrattuale ovvero in via aquiliana, a seconda del regime che, nel caso concreto, egli reputi maggiormente favorevole al conseguimento del risarcimento del danno patito.

Presupposto per l'operare di tale regola è che il fatto dannoso violi

⁽¹⁰⁾ In senso contrario alla tesi della cumulabilità delle azioni si era infatti espressa la precedente giurisprudenza (Cfr. Cass., 3.10.1996, n. 8656, in *Danno e resp.*, 1997, 28) per un caso di responsabilità da contratto di trasporto, affermando che «in tema di trasporto di persone, l'azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e quella da responsabilità extracontrattuale, fondata la prima sull'inadempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto di trasporto e la seconda sulla violazione del principio generale del *neminem laedere*, sono del tutto distinti, essendo diversi i diritti in relazione ai quali sono accordate e richiedendo indagini su elementi di fatto differenti. La scelta tra le due azioni ed anche il loro esercizio cumulativo nel processo rientra nel potere dispositivo della parte. Ne deriva che, ove la parte opti per una di esse, non è consentito al giudice in violazione dell'art. 112 c.p.c., sostituirsi alla parte nella scelta che questa avrebbe potuto operare ed accogliere la domanda per un titolo diverso».

⁽¹¹⁾ A parere della dottrina maggioritaria, la regola del concorso di responsabilità si fonda su fragili basi dogmatiche e si esaurisce in esigenze di carattere meramente empirico, essendo tutta protesa a colmare lacune di tutela del danneggiato date dalle differenze, quanto agli effetti risarcitori, tra i due regimi di responsabilità. Tale espediente, tuttavia, si rivela essere una soluzione soltanto in apparenza dotata di una qualche efficacia; secondo la dottrina in parola, in presenza di un rapporto obbligatorio la via percorribile è unicamente quella contrattuale, in forza del carattere di specialità di quest'ultima rispetto alle regole generali di "neminem laedere". (cfr. G. ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991; M. FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. al cod. civ.* Scialoja-Branca (a cura di), Bologna-Roma, 1993, C. SALVI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Iudica-Zatti*, Milano, 1997; P.G. MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998; G. BONILINI, *La responsabilità civile*, in *Tratt. Alpa-Bessone*, Milano, 1999.

⁽¹²⁾ Tra le più importanti decisioni in argomento si segnala Cass., 3.10.1996, n. 8656, in *Danno e resp.*, 1997, 258, 28; Cass., 19.06.2001, n. 8331, in *Giust. civ. Mass.*, 2001, 1218, Cass., 17.12.2009, n. 26514; Cass., 10.10.2008, n. 25016; Cass., 25.07.2006, n. 16937, in *Contr.*, 2007, 550 ss.; Cass., 25.05.2001, n. 7127; Cass. 9.06.1997, n. 99, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, 17 ss., a mezzo delle quali si è riconosciuta la concorrente responsabilità contrattuale del Presidio ospedaliero (per inadempimento del c.d. contratto di specialità) e di quella extracontrattuale del medico dipendente.

al contempo sia diritti nascenti dal rapporto obbligatorio, sia interessi tutelati a prescindere dall'esistenza di detto rapporto.

Il riconoscimento da parte della giurisprudenza della concorrente natura contrattuale della responsabilità da atto illecito, portava con sé degli indubbi benefici pratici, in quanto non solo comportava un notevole allargamento del fronte di tutela per il danneggiato, specie sul piano del riparto degli oneri probatori (art. 1218 c.c.) e del regime prescrizione dell'azione (art. 2946 c.c.), ma soprattutto apriva la possibilità di accedere anche in ambito di inadempimento contrattuale al risarcimento del danno non patrimoniale, che poteva poi essere liquidato in virtù dell'art. 2059 c.c., stante la concorrente natura di illecito civile della condotta lesiva.

La possibilità di concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale è stata così ritenuta ammissibile, oltre che nel campo della responsabilità medica, anche in tutta un'altra serie di ipotesi, tra le quali si innesta anche la materia della sicurezza del lavoratore nel luogo di lavoro⁽¹³⁾.

La possibilità di cumulo di azioni risarcitorie a titolo contrattuale ed extracontrattuale è stata poi estesa dalla giurisprudenza anche nell'ipotesi in cui il medesimo fatto dannoso fosse imputabile all'azione o all'omissione di più persone, tutte obbligate al risarcimento del danno correlato al loro comportamento⁽¹⁴⁾.

Sta di fatto che la tesi del cumulo delle azioni, contrattuale ed extracontrattuale, elaborata dalla giurisprudenza "per aggirare l'ostacolo", e quindi superare la limitazione del risarcimento del danno non patrimoniale entro "i ristretti limiti dell'art. 2059 c.c. in collegamento con l'art. 185 c.p.", ha perso progressivamente efficacia, soprattutto a seguito del nuovo orientamento assunto dalla Cassazione nelle decisioni a sez. Unite del novembre 2008.

⁽¹³⁾ In materia di contratto di lavoro si è pronunciata Cass., 20.06.2001, n. 8381, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 2203, e in *Danno e resp.*, 2002, 2, 141, nel senso che «nel sistema della tutela risarcitoria di diritto civile il nesso causale del danno con l'attività svolta dal lavoratore subordinato consente di ipotizzare, per un fatto che violi contemporaneamente sia diritti che spettano alla persona in base al precetto generale del *neminem laedere*, sia diritti che scaturiscono dal vincolo giuridico contrattuale, il concorso dell'azione extracontrattuale di responsabilità ex art. 2043 c.c. e di quella contrattuale basata sulla violazione degli obblighi di sicurezza posti a carico del datore di lavoro dall'art. 2087 c.c.»

⁽¹⁴⁾ La possibilità del concorso improprio di norme è stato riconosciuto da Cass., sez. III, 22.03.2007, n. 6945, in *Resp. e risarc.*, 2007, 9, 69, ma nello stesso senso si erano già espressi i giudici di Piazza Cavour con sentenza del 25.05.2001, n. 7127, in *Mass. Giust. civ.*, 2001, 1055, la quale richiamava le conformi decisioni rese da Cass. 21.05.1999, n. 6233 e Cass., 19.01.1996, n. 418, in *Dir. trasp.*, 1997, 153 con nota di M. D'ORAZIO.

A mezzo delle richiamate decisioni, il Supremo Collegio in composizione plenaria ha infatti espressamente escluso la possibilità di riconoscere persistente validità al principio del concorso sia “proprio” che “improprio” di responsabilità, in favore di un regime unitario dell’obbligazione risarcitoria del danno alla persona, quale ne sia la fonte contrattuale o extracontrattuale, segnando quindi un definitivo superamento sul piano della tutela risarcitoria della distinzione tra le due tipologie di responsabilità.

1.1.3. *I labili confini tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. La responsabilità da contatto sociale*

Il secondo stadio evolutivo del lento processo di maturazione giurisprudenziale verso il riconoscimento di uno statuto di tutela del danno alla persona quanto più ampio possibile è stato quello di ricondurre entro il campo dell’inadempimento contrattuale fattispecie che morfologicamente appartenerebbero all’area del torto aquiliano, stante l’assenza tra le parti di un vero e proprio rapporto negoziale. Si tratta del fenomeno della c.d. contrattualizzazione della responsabilità acquiliana che prende abbrivio da una nota sentenza della suprema Corte del 1999 sulla responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera, e che ha segnato la nascita della teoria del “contatto sociale”, mutuando un’espressione che risale agli scrittori tedeschi ⁽¹⁵⁾.

Secondo l’orientamento che si è andato affermando a partire dalla richiamata una nota sentenza, l’esistenza di un contratto è rilevante al solo fine di stabilire se il medico sia obbligato nei confronti dell’ente con il quale il paziente ha stipulato il contratto alla prestazione della sua attività sanitaria (salve le ipotesi in cui detta attività risulti obbligatoria per legge: ad es. art. 593 c.p.), non potendo il paziente pretendere la prestazione sanitaria direttamente dal medico in assenza di un’ipotesi di vincolo contrattuale; il rilievo tuttavia non esclude che se il medico, pur non essendovi tenuto, interviene comunque (ad es., in quanto obbligato allo svolgimento della prestazione medica sanitaria nei confronti dell’en-

⁽¹⁵⁾ In materia si ricorda la storica sentenza Cass., 22.1.1999, n. 589, in *Giust. civ.*, 1999, I, 999 e in *Resp. civ. e Prev.*, 1999, p. 652 e in *D. e resp.*, 1999, 294, che ha che per la prima volta enunciato il principio secondo cui «nel contatto sociale tra paziente e medico dipendente della struttura ospedaliera si ravvisa la fonte di un rapporto che, quanto al suo contenuto, non ha ad oggetto la “protezione” del paziente, bensì una prestazione che si modella su quella del contratto d’opera professionale, ad essa ricollegando obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi emersi o esposti a pericolo in occasione del detto “contatto”, e in ragione della prestazione medica conseguentemente da eseguirsi».

te ospedaliero) l'esercizio della sua attività sanitaria (e quindi il rapporto paziente-medico) non può essere differente nel contenuto da quello che abbia come fonte un comune contratto tra paziente e medico.

La causalità dell'incontro tra soggetti segna il limite ed il confine tra le due aree di responsabilità, circoscrivendo l'effetto del contatto sociale alle prestazioni esigibili esattamente dal soggetto con cui si entra in rapporto e non dal *quisque de populo* sul quale gravano i più generali doveri aquiliani del *neminem laedere* ⁽¹⁶⁾.

Dalla riconosciuta natura contrattuale del rapporto intercorrente tra paziente e medico dipendente dell'ente ospedaliero, derivavano intuibili maggiori garanzie per il danneggiato in tema di riparto degli oneri probatori relativi all'inadempimento (art. 1218 c.c.), alla colpa ed alla gravità della stessa (artt. 1176 e 2236 c.c.), nonché conseguivano - sempre a beneficio della parte danneggiata - sostanziali differenze avuto riguardo ai termini prescrizionali dell'azione decennale (art. 2946 c.c.), anziché quinquennale (art. 2947 c.c.).

Tuttavia il riconoscimento da parte della giurisprudenza circa la natura contrattuale della responsabilità medica, se rappresentava un allargamento di tutela per il danneggiato, rinnovava contestualmente gli interrogativi circa la possibilità per lo stesso di accedere al risarcimento del danno non patrimoniale in ambito contrattuale.

Più in particolare, l'aver definitivamente ricondotto la responsabilità del medico dipendente della struttura ospedaliera entro l'ambito della responsabilità di natura contrattuale, creava intuibili problematiche circa la possibilità di accordare al danneggiato il risarcimento del danno non patrimoniale nella sua più ampia accezione, stante la mancata espressa previsione in ambito di responsabilità da inadempimento di una norma analoga all'art. 2059 c.c.

Infatti, secondo la sentenza in commento, ma siamo ancora nell'anno 1999, l'inadempimento dei doveri inerenti alla "bona ars medica", quand'anche avesse provocato lesioni illecite al paziente, non potrà comportare obblighi risarcitori che vadano oltre il danno patrimoniale direttamente ed immediatamente imputabile alla condotta negligente accertata. La responsabilità medica, quindi, non poteva estendersi a

⁽¹⁶⁾ Un'eco di questa impostazione sembra già ravvisarsi nella decisione resa da Cass., sez. I, 1.10.1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137, secondo la quale «la responsabilità extracontrattuale ricorre solo quando la pretesa risarcitoria venga formulata nei confronti di un soggetto autore di un danno ingiusto non legato all'attore da alcun rapporto giuridico precedente, o comunque indipendentemente da tale eventuale rapporto, mentre, se a fondamento della pretesa venga enunciato l'inadempimento di un'obbligazione volontariamente contratta, ovvero anche derivante dalla legge, è ipotizzabile unicamente una responsabilità contrattuale».

coprire il c.d. danno morale, che si riteneva traesse origine dall'accertamento di un fatto illecito di rilevanza penale, e quindi di natura extra contrattuale⁽¹⁷⁾.

Ad ogni modo l'autorevole orientamento della giurisprudenza, nel qualificare come "contrattuale" la responsabilità del medico dipendente di una struttura sanitaria, ha comunque offerto una nuova lettura dell'art. 1173 c.c., a norma del quale le obbligazioni derivano non solo da contratto, da fatto illecito ma da "ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico", consentendo di inserire tra quest'ultime fonti contrattuali anche quei principi, soprattutto di rango costituzionale (tra cui, può certamente annoverarsi il diritto alla salute di cui all'art. 32 cost.), che trascendono le singole proposizioni legislative.

L'opzione interpretativa offerta dalla giurisprudenza circa il tenore dell'art. 1173 c.c. supera quindi la rigidità del catalogo delle fonti contenuto in detta previsione normativa e che, secondo l'impostazione tradizionale, sino ad allora invalsa, non consentiva la nascita di obbligazioni contrattuali in assenza di contratto.

In base alla nuova impostazione se quindi si ammette che le obbligazioni possano sorgere da rapporti contrattuali di fatto, nei casi in cui taluni soggetti entrino in contatto tra loro, ad esso contatto si ricollegheranno obblighi di comportamento di varia natura, diretti a garantire che siano tutelati gli interessi che sono emersi o sono esposti a pericolo in occasione del contatto stesso.

L'obbligazione che scaturisce da contatto sociale può essere sottoposta alle regole proprie dell'obbligazione contrattuale, pur se il fatto generatore non è il contratto, in quanto i doveri ai quali si conforma l'esercizio della professione sanitaria non possono essere diversi a seconda che il medico vi sia tenuto contrattualmente o meno.

Infatti afferma la Corte, nella richiamata sentenza, «nei confronti del medico, dipendente ospedaliero, si configura pur sempre una responsabilità contrattuale nascente da "un'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto", in quanto sicuramente sul medico gravano gli obblighi di cura impostigli dall'arte che professa, il vincolo con il paziente esiste, nonostante non dia adito ad un obbligo di prestazione, la violazione di esso si configura come *culpa in non faciendo*, la quale dà origine a responsabilità contrattuale»⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., 22.1.1999, n. 589, cit.

⁽¹⁸⁾ Cfr. Cass., 22.1.1999, n. 589, cit. Il riferimento compiuto dalla giurisprudenza citata è principalmente agli scritti di C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, 147.

La pur confermata assenza di un contratto d'opera professionale, e quindi di un obbligo di prestazione in capo al sanitario dipendente nei confronti del paziente, non è in grado quindi di neutralizzare la professionalità che si traduce in obblighi di comportamento nei confronti di chi su tale professionalità ha fatto affidamento, entrando in "contatto" con lui⁽¹⁹⁾.

Da tutto ciò consegue che la responsabilità dell'ente gestore del servizio ospedaliero e quella del medico dipendente trarranno entrambe radice nell'esecuzione non diligente o errata della prestazione sanitaria da parte del medico, per cui, accertata la stessa, risulta contestualmente accertata la responsabilità a contenuto contrattuale di entrambi⁽²⁰⁾.

Un'ulteriore sviluppo e più completo svolgimento del fenomeno della contrattualizzazione della responsabilità acquiliana si è avuto con la dottrina degli obblighi di protezione, che ha trovato ampio avvallo anche nel formante giurisprudenziale, la quale ha sottolineato come l'interesse contrattuale non sia solo quello diretto alla prestazione oggetto del contratto, ma in generale anche quello a non subire un pregiudizio alla propria persona ed alla proprie cose, se coinvolte nell'esecuzione del contratto²¹.

In tale nuova ottica gli obblighi di protezione, anche nei confronti dei terzi, traggono legittimazione in quanto detta protezione è pur sempre funzionalmente connessa con la prestazione ed entra a far parte dei doveri nascenti dal contratto, secondo un procedimento di integrazione *ex bona fide* e di c.d. "irradiazione" degli effetti del contratto.

L'area della responsabilità di matrice contrattuale, storicamente fondata sul principio dell'accordo, poi sostituito dal principio dell'affidamento, vede il concetto stesso di prestazione trasformarsi nel suo contenuto, non più rigido e meramente oggettuale, per l'innestarsi di

⁽¹⁹⁾ Cfr. Cass., sez. I, 1.10.1994, n. 7989, in *Giust. civ.*, 1995, I, 137.

⁽²⁰⁾ Questi rappresentano quindi gli attuali principi informativi in materia di danni non patrimoniali e responsabilità medica che a partire dalla citata sentenza n. Cass., 22.1.1999, n. 589, cit., sono stati poi recepiti anche da una successiva pronuncia a sez. Unite della Cassazione (Cass., sez. U., 11.01.2008, n. 577, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 612 e in *Foro it.*, 2008, I, c. 455) e sui quali risulta ancora assestata la conforme giurisprudenza, tra cui si ricorda Cass., 28.08.2009, n. 18805, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 290; Cass., 8.10.2008, n. 24791, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, I, 540; Cass. 13.04.2007, n. 8826; Cass. 19.04.2006, n. 9085, in *Corr. Giur.*, 2006, 914.

⁽²¹⁾ Considerato l'ampio riconoscimento anche in sede giurisdizionale, ricca è la trattazione dottrinale in tema di obblighi di protezione, tra cui si segnala L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, il quale a 103 ne individua il fondamento normativo nel principio di correttezza ex art. 1175 c.c. o nel principio di buona fede integrativa di cui all'art. 1375 c.c. Nello stesso senso si esprime anche C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, 32 ss.

una serie di obblighi di protezione e di comportamento ulteriori, che risultano funzionalmente e sinallagmaticamente collegati all'adempimento del contratto ⁽²²⁾.

2.1.1. *La pronuncia a Sez. Unite della Cassazione e l'estensione del sistema di tutela del danno non patrimoniale anche in caso di inadempimento.*

Con la più volte richiamata sentenza n. 26972 risalente all'11 novembre 2008, le sezioni Unite della Corte Suprema di Cassazione giungono definitivamente ad ammettere la risarcibilità del danno non patrimoniale anche nell'ambito della responsabilità contrattuale, per l'ipotesi in cui l'inadempimento violi contemporaneamente i diritti e doveri derivanti dal contratto ed i valori costituzionali primari della persona umana.

La tesi negativa, invalsa per anni in dottrina ed in giurisprudenza, riguardo alla possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale anche in sede di illecito contrattuale, si basava principalmente sul rilievo dell'assenza in ambito contrattuale di una disposizione analoga all'art. 2059 c.c., dettata in materia di illecito extracontrattuale ⁽²³⁾.

Nel silenzio della legge doveva pertanto concludersi per la non risarcibilità del danno non patrimoniale in detto ambito, in applicazione del noto brocardo *ubi lex volut dixit, ubi non voluit tacuit*.

Si diceva tra l'altro che solo in presenza di un'esplicita disposizione di legge o comunque di una fattispecie di inadempimento contrattuale, che integrasse al contempo un'ipotesi di reato, sarebbe risultata più intensa l'offesa all'ordine giuridico e, conseguentemente, più sentita l'esigenza di una sua energica repressione.

Tuttavia, contrariamente all'indirizzo dominante che continuava a negare la risarcibilità del danno non patrimoniale in presenza di un'ipotesi contrattuale, già prima della pronuncia a sez. Unite del 2008, la questione se il danno morale soggettivo potesse essere risarcibile anche

⁽²²⁾ In tal senso si esprime G. VISINTINI, *Trattato breve della responsabilità civile. Fatti illeciti. Inadempimento. Danno risarcibile*, Padova, 1999, 86 ss., la quale riferisce che "un comportamento che viola gli obblighi di protezione che si presentano come accessori e strumentali all'esecuzione della prestazione principale, va anch'esso qualificato come inadempimento e fonte di responsabilità c.d. contrattuale", suddividendo tali obblighi in quattro categorie: "a) doveri di avviso o di comunicazione, indicati anche genericamente come obblighi di informazione accessori a prestazioni di natura diversa; b) obblighi di custodia o di conservazione, ovviamente distinti da quelli in cui l'obbligo di custodia è oggetto della prestazione principale; c) obblighi di salvataggio; d) obblighi di sicurezza".

⁽²³⁾ Tra gli altri si esprime in tal senso R. SCOGNAMIGLIO, *Il danno morale (Contributo alla teoria del danno extracontrattuale)*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 315.

nell'ambito della responsabilità contrattuale, era stata affrontata e risolta in senso positivo da alcune precedenti decisioni della Cassazione, che avevano affermato il principio secondo cui il danno morale soggettivo è risarcibile anche se il fatto causativo non costituisce reato, ma abbia cagionato la lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti ⁽²⁴⁾.

Al fine di arginare il problema della mancata previsione in materia contrattuale di una disposizione analoga all'art. 2059 c.c. la giurisprudenza, precorrendo in maniera mirabile quello che sarebbe stato l'orientamento poi recepito dalla Cassazione in composizione plenaria nel 2008, parte dall'osservazione per cui certe tipologie di obbligazioni contrattuali sono volte per loro stessa essenza alla tutela dell'integrità psico-fisica del creditore e conclude nel senso che è lo stesso inadempimento dell'obbligazione protettiva assunta, a costituire essa stessa fatto generativo della lesione del diritto all'integrità della persona.

In maniera più o meno analoga, nella sentenza del 2008 le sezioni Unite della Cassazione, dando pur sempre atto della mancanza in tema di responsabilità contrattuale, di una norma "analoga" a quella di cui all'art. 2059 c.c., dettata in materia di fatti illeciti, giungono di fatto alla sua applicazione anche in materia contrattuale, traendo argomenti dalla lettura costituzionalmente orientata della richiamata norma.

Il ragionamento delle Sezioni Unite trae infatti abbrivio dal rilievo per cui «dalla semplice inclusione di un diritto inviolabile della persona in una norma di rango costituzionale, deriverebbe la necessità di una sua tutela sul piano civilistico e questa tutela dovrebbe necessariamente risolversi nel risarcimento del danno non patrimoniale eventualmente patito dal titolare del diritto medesimo, costituendo, detto risarcimento, la forma minima concepibile di sua tutela quale che sia la fonte della responsabilità, contrattuale o extracontrattuale»

Il sistema del risarcimento del danno non patrimoniale, nella valorizzata lettura dell'art. 2059 c.c., in combinato disposto con l'art. 2 Cost., viene quindi ad abbracciare tutte le possibili manifestazioni che tale lesione assume nel tradursi in danno ed indipendentemente dall'ambito contrattuale o extracontrattuale in cui tale lesione si è prodotta.

⁽²⁴⁾ Si ricorda in proposito Cass., sez. III, 24.01.2007, n. 1511, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 1, la quale, pronunciandosi in un caso di responsabilità medica dovuta ad errore diagnostico, ha accordato la risarcibilità del danno morale anche al di fuori di un'ipotesi di reato sul presupposto che «la prestazione medica riguarda non tanto e non solo la fisicità del paziente, ma la persona nella sua integrità psico-fisica, per cui il danno risarcibile in conseguenza di eventuali errori diagnostici, non è solo la compromissione della salute fisica, ma anche quella dell'equilibrio psichico della persona, avendo pregiudicato la serenità del paziente e cagionando allo stesso un comprensibile patema d'animo».

A tal fine le sez. Unite valorizzano l'argomento secondo cui l'obbligazione può corrispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore (art. 1174 c.c.), e per tale via giungono ad affermare che la funzione in concreto del contratto, che deve essere stimata alla stregua della relativa causa in concreto, ben può essere quella protettiva di interessi di natura esistenziale del creditore della prestazione stessa.

Da ciò consegue che se l'inadempimento contrattuale abbia comportato, in concreto, la lesione anche di diritti inviolabili della persona, ben potrà aprirsi per il danneggiato la via del risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, in quanto ne rappresenti una sua conseguenza immediata e diretta (art. 1223 c.c.)⁽²⁵⁾.

Nel ragionamento seguito dalla Cassazione risulta di immediata evidenza come la stessa intenda porsi in linea con quell'indirizzo ormai da tempo invalso in giurisprudenza che accoglie una nozione di causa contrattuale in concreto, e che ha portato al definitivo superamento della tradizionale impostazione che ravvisava nella causa l'astratta funzione economico sociale del contratto⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Sul punto va evidenziato che per taluna parte della dottrina (Cfr. CASTRONOVO, *op. cit.*, 212 e ZIVIZ, *op. cit.*, 104) non si ritiene corretto affermare che il danno non patrimoniale in ambito contrattuale possa essere risarcito soltanto in presenza della lesione di un diritto inviolabile della persona. Il rifiuto di tale regola risarcitoria restrittiva si basa, per i citati autori, sulla considerazione secondo cui ogni qualvolta la responsabilità è contrattuale o da contatto sociale qualificato, il danno non patrimoniale è risarcibile in quanto violazione di uno specifico dovere di protezione, quale conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento (art. 1223 c.c.), con il solo limite della prevedibilità del danno (art. 1225 c.c.), e senza che alcun rilievo possa assumere la sua ingiustizia, ovvero la lesione dell'interesse giuridicamente e/o costituzionalmente rilevante. L'ingiustizia del danno è, infatti, un giudizio di valore che riguarda la sola responsabilità extracontrattuale, mentre l'inadempimento o l'inesatto adempimento non esigono alcun ulteriore criterio che abbia la funzione di fornire giustificazione alla responsabilità: la logica dell'autonomia privata contrattuale, infatti, non richiede di escludere le pretese risarcitorie prive di rango costituzionale, ma, al contrario, di dare rilevanza agli interessi funzionalmente collegati al programma contrattuale. Il criterio selettivo operante nei confronti della lesione di interessi non patrimoniali in ambito contrattuale dovrà quindi essere esclusivamente quello della prevedibilità, che consentirà di respingere le istanze risarcitorie relativamente alla lesione di interessi rimasti estranei all'ambito della complessiva operazione negoziale e, corrispondentemente, di accordare protezione risarcitoria a tutti quegli interessi non patrimoniali rientranti nella causa concreta del contratto di qualunque rango essi siano, ed al di là di qualunque valutazione costituzionale degli stessi in termini di diritti inviolabili della persona.

⁽²⁶⁾ A tal fine, per la giurisprudenza, si veda Cass., 7.10.2008, n. 24769, in *Giur. it.*, 2009, 1655 ss.; Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Gius. civ.*, 2008, 921 ss.; Cass., 11.06.2007, n. 13580, in *Gius. civ.*, 2008, I, 729 ss.; Cass., 22.08.2007, n. 17844, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, I, 365 ss.; Cass., 24.07.2007, n. 16315, in *Nuova giur.*

Si è inoltre già detto nel precedente paragrafo 1.1.2. di come, secondo il nuovo orientamento delle sez. Unite, l'espedito del cumulo di azioni contrattuali ed extracontrattuale avrebbe esaurito la sua funzione al fine di estendere l'applicazione dell'art. 2059 c.c. oltre gli angusti limiti segnati dall'art. 185 c.p., in quanto la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale, può essere ora direttamente versata nell'azione di responsabilità contrattuale⁽²⁷⁾.

Per tale via, le sez. Unite attribuiscono valenza generale all'art. 1218 c.c., il cui ambito applicativo viene oggi a ricomprendere non solo il danno patrimoniale ma anche quello non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato la lesione di diritti inviolabili della persona.

L'art. 1218 c.c., nella parte in cui dispone che il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, non può quindi essere riferito al solo danno patrimoniale, ma deve ritenersi comprensivo del danno non patrimoniale, qualora l'inadempimento abbia determinato lesione di diritti inviolabili della persona.

Contestualmente la Cassazione, in composizione plenaria, restituisce un'interpretazione particolarmente ampia del disposto dell'art. 1223 c.c., a norma del quale il risarcimento del danno da inadempimento o da ritardo contrattuale, deve comprendere sia la "perdita subita" che il "mancato guadagno", in quanto ne siano "conseguenza immediata e diretta".

Infatti, precedentemente al formarsi del nuovo orientamento, l'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale erano propensi a ritenere che il richiamo compiuto dall'art. 2056 c.c. al disposto dell'art. 1223 c.c. sulla responsabilità da inadempimento fosse applicabile nel limitato inciso che fa riferimento ai "danni come conseguenza immediata e diretta", e non anche alle voci del "danno emergente" e del "luogo cessante" ed, in assenza di un esplicito richiamo, escludevano la possibilità di accedere al risarcimento del danno non patrimoniale anche in ambito contrattuale.

Tra altro, sempre in base all'orientamento dottrinale ormai supera-

civ. comm., 2008, I, 542 ss., mentre anche per quanto concerne la dottrina buona parte di essa accoglie una nozione di causalità specifica G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 147; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, 207; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, 447.

⁽²⁷⁾ In altre parole e per riprendere i passi della citata sentenza (Cfr. Cass., sez. U., 11.11.2008, n. 26972, cit.) «se l'inadempimento dell'obbligazione determina, oltre alla violazione degli obblighi di rilevanza economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, la tutela risarcitoria del danno non patrimoniale potrà essere versata nell'azione di responsabilità contrattuale, senza ricorrere all'espedito del cumulo di azioni».

to, si riteneva che per “perdita subita” e per “mancato guadagno” di cui all’art. 1223 c.c. dovessero intendersi soltanto le perdite patrimoniali riportate dal creditore, per cui rimanevano escluse dall’ambito applicativo della suddetta norma tutte le ripercussioni di ordine soggettivo o psichico della inesecuzione della prestazione.

Le sez. Unite della Cassazione giungono invece a conferire un più ampio contenuto all’art. 1223 c.c., sul presupposto che tra le “perdite subite” e le “mancate utilità” debbono intendersi ricompresi, sia i pregiudizi patrimoniali che quelli non patrimoniali, purchè conseguenti alla lesione di un diritto della persona costituzionalmente garantito ⁽²⁸⁾.

In base all’ampia interpretazione dell’art. 1223 c.c. offerta dalla Corte a sez. Unite, il termine “perdita” è quindi oggi idoneo a ricomprendere nel suo campo di applicazione la privazione di qualsiasi cosa o svantaggio, anche se privo del carattere della pecuniarietà, così come le “mancate utilità” altro non sono che un dover essere costretti ad agire altrimenti, un non poter più fare e quindi richiamano entro il suo raggio di azione tutte quelle fattispecie che precedentemente rientravano nella categoria del c.d. danno esistenziale ⁽²⁹⁾.

In tal senso può dirsi che il quadro delineato dalle sezioni Unite del 2008 appare rispondente a un’impostazione di fondo che si profila ribaltata rispetto a quella cui risultava in precedenza improntata la materia del risarcimento del danno.

Più dettagliatamente le sez. Unite suggellano il superamento, in ragione del preminente rilievo ormai assunto dalla persona, della visione paneconomica del diritto privato.

⁽²⁸⁾ In tale ottica di pensiero, sempre secondo la Suprema Corte (Cfr. Cass., sez. U., 11.11.2008, n. 26972, cit.) «per “mancati guadagni” (ovvero per “mancate utilità”) ai sensi dell’art. 1223 c.c. devono intendersi anche tutte quelle utilità di tipo affettivo e familiare o comunque derivanti dalla rinuncia forzata a non poter svolgere certe attività, come il dedicarsi alla famiglia, diritti questi che trovano precisa stigmatizzazione all’art. 29 Cost.»

⁽²⁹⁾ In tal senso le sezioni Unite hanno offerto una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 1223 c.c. estendendo l’applicazione del danno non patrimoniale contrattuale anche alla lesione di diritti fondamentali della persona e anche al di là delle rare ipotesi di inadempimenti-reati. Infatti, riprendendo i passi della più volte citata decisione della Cassazione in composizione plenaria, partendo dall’osservazione secondo cui «dopo la svolta del 2003, era “ingiustificabile” che il danno non patrimoniale risultasse risarcibile o meno a seconda della fonte extracontrattuale o contrattuale dell’obbligazione», conclude nel senso che «una volta riconosciuto che la violazione del principio del *neminem laedere*, quando impinge in interessi costituzionalmente protetti, necessariamente comporta una tutela “minima”, come quella risarcitoria, al di là del limite posto dalla fonte di rango legislativo di cui all’art. 2059 c.c., che non può costituire un limite all’operatività delle fonti di rango superiore come quella costituzionale».

Viene infatti definitivamente superata dalle sez. Unite la tradizionale visione secondo cui si riteneva che l'intero sistema del diritto privato dovesse intendersi come complesso di norme a tutela di interessi prettamente economici, e se ne faceva derivare, quale suo portato, il tradizionale principio della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, al di fuori dei limiti segnati all'art. 2059 c.c.

In tale contesto di pensiero, come evidenziato da un'illustre dottrina, gli interessi non economici sarebbero stati di massima giuridicamente irrilevanti e la loro risarcibilità rimaneva l'eccezione da lasciare subordinata ad un'espressa previsione normativa, atta ad esercitare un controllo normativo ed evitare che la richiesta di risarcimento potesse comportare abusi a carico del danneggiante, fuori dalle ipotesi di reato. Infatti si riteneva che solo la violazione della norma penale, in quanto posta a tutela valori sociali di rilevanza pubblica, recrimini in favore della vittima una completa riparazione del danno prodotto, economico e non economico ⁽³⁰⁾.

Sempre la citata dottrina sottolinea poi che con l'entrata in vigore della costituzione si è però assistito ad un ribaltamento dei valori e si è andata affermando la preminenza dei valori della persona, per cui non poteva essere ulteriormente ammissibile una impostazione che concepisce in modo differenziato lo stesso danno a seconda che lo stesso derivi dall'inadempimento di un'obbligazione o da un illecito, portato di una concezione pan economica del diritto privato non più storicamente attuale ⁽³¹⁾.

D'altra parte si è anche evidenziato come a seguito dell'affermazione giurisprudenziale della risarcibilità del danno biologico si sia introdotta una prima sostanziale una deroga alla regola della irrisarcibilità dei

⁽³⁰⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, 131. Detto autore evidenzia inoltre che nel senso della irrisarcibilità dei danni non patrimoniali, al di fuori delle ipotesi di reato, sembrava deporre anche la stessa Relazione del Guardasigilli sub. art. 2059, nella quale si legge «Circa il risarcimento dei danni cosiddetti morali, ossia circa la riparazione o compensazione indiretta di quegli effetti dell'illecito che non hanno natura patrimoniale, si è ritenuto di non estendere a tutti la risarcibilità o la compensazione, che l'art. 185 del codice penale pone soltanto per i reati. La resistenza della giurisprudenza a tale estensione può considerarsi limpida espressione della nostra coscienza giuridica. Questa avverte che soltanto nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo. Il nuovo codice si è perciò limitato a dichiarare che il danno non patrimoniale deve essere risarcito (in senso largo) solo nei casi determinati dalla legge, presente o futura, e nelle forme, eventualmente diverse da una indennità pecuniaria, da essa stabilite». (Relazione del Ministro Guardasigilli preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul "valore giuridico della carta del lavoro", Roma 1943, 545).

⁽³¹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 132.

danni non patrimoniali, anche oltre gli angusti limiti di cui all'art. 2059 c.c. ⁽³²⁾.

Può dirsi quindi che l'estensione della risarcibilità del danno alla persona anche al campo dell'inadempimento contrattuale costituisce il punto di emersione più evidente del fenomeno della c.d. depatrimonializzazione del diritto privato.

Nella nuova ottica di pensiero non poteva più assecondarsi da parte della giurisprudenza l'interpretazione un tempo consolidata, tale per cui "perdita" ai sensi dell'art. 1223 c.c. doveva intendersi nel limitato senso di "perdita economica", frutto di un'impostazione patrimonialistica del diritto privato attualmente oggetto di ampia revisione.

Posto che l'art. 1223 c.c. riconosce risarcibile tanto la perdita subita dal creditore, quanto il guadagno che lo stesso non ha conseguito, purché siano conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento o del ritardo, le sez. Unite avvertono la necessità di attribuire al termine "perdita" una "valenza differente" da quella che si è soliti attribuirle ⁽³³⁾.

Il nuovo indirizzo giurisprudenziale è stato accolto con favore dalla dottrina maggioritaria la quale è generalmente concorde nel ritenere che, in sé e per sé, "perdita" è privazione di qualsiasi cosa o vantaggio, e perciò tanto di un bene che può valutarsi pecuniariamente in via oggettiva, quanto di un bene che sfugge a tale caratteristica perché non del mondo economico ⁽³⁴⁾.

Nessuno può dubitare infatti che l'esecuzione anche tardiva di un contratto, possa arrecare, primariamente, una perdita pecuniaria per il creditore, ma al pari non può negarsi come da quello stesso fatto il creditore possa anche ritrarre una perdita non economicamente valutabile, perché, ad esempio conseguente, al peggioramento di "beni" quali la sua qualità di vita o l'onore, ed anche a tale diverso danno dovrà riconoscersi adeguata tutela in via risarcitoria ⁽³⁵⁾.

2.1.2. *I limiti al risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento.*

Là dove le sez. Unite pervengono ad estendere, con il limite dell'ingiustizia costituzionalmente garantita dell'evento di danno, la risarcibilità del danno non patrimoniale anche al campo dell'inadempimento, non intendono al contempo abdicare alla connotazione ancora troppo forte,

⁽³²⁾ Cfr. G. BONILINI, *Il danno non patrimoniale*, Milano, 1983, 227.

⁽³³⁾ Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, 227.

⁽³⁴⁾ Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, 227.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. BONILINI, *op. cit.*, 227.

nel senso della tipicità, che il sistema del danno non patrimoniale presenta nell'esperienza giuridica italiana.

A tale stregua, le sez. Unite sembrano aver tenuto ben presente l'avvertita esigenza, evidenziata da una parte della dottrina, circa l'opportunità di una limitazione dell'applicazione del paradigma risarcitorio ricavato dall'art. 2059 c.c. al danno non patrimoniale contrattuale, nell'avvertita necessità di escludere ogni eccesso di tutela anche per quelle ipotesi che integrano mere aspettative soggettive che siano rimaste deluse.

L'operato riferimento delle sez. Unite ai diritti inviolabili di rilevanza costituzionale ha innanzi tutto inteso dare una stretta, ponendovi definitivamente fine, all'eccessiva e forse anche patologica, proliferazione di voci di danno non patrimoniale a cui la pratica giudiziaria, specie quella inerente le liti bagatellari, aveva accordato tutela risarcitoria.

Il riconoscimento del danno esistenziale come categoria autonoma di danno risarcibile, aveva infatti portato nella sua fase degenerativa ad un eccessivo ampliamento, specie da parte dei giudici di pace, della nozione di «peggioramento della qualità di vita quotidiana e dello stato di benessere», giungendo ad accordare sempre più spesso una tutela risarcitoria, a titolo di danno esistenziale, ad una serie di pregiudizi, consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie, ed ogni altro tipo di insoddisfazione collegata agli aspetti più disparati della vita quotidiana, spesso addirittura dimenticando l'individuazione della tipologia di interesse costituzionalmente tutelato che sarebbe stato leso.

In tal senso le Sez. unite enunciano definitivamente il principio per cui il diritto alla qualità di vita e allo stato di benessere non equivale al riconoscimento di un «diritto di essere felici», in quanto deve escludersi l'esistenza di un diritto alla felicità costituzionalmente tutelato, così che non per qualsiasi conseguenza che incide sulla serenità della persona, potrebbe invocarsi la violazione dell'interesse all'integrità morale.

Parallelamente alla delineata ottica di ragionamento, la Suprema Corte evidenzia quindi due ulteriori requisiti per l'ammissione al risarcimento del danno non patrimoniale, quello della «serietà del danno» e della «gravità della lesione», peraltro estendendo al campo della responsabilità aquiliana un criterio già presente nell'ambito della responsabilità contrattuale da inadempimento (art. 1455 c.c.)⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Grazie al forte freno dato dalla Suprema Corte non potranno essere più considerati pregiudizi risarcibili il disagio patito a seguito di contravvenzioni illegittime (G.d.P. di Bologna, 8 febbraio 2001, in *D. e resp.* 2001, 981), lo stress connesso alla sospensione del trasporto aeroportuale (G.d.P. di Milano, 23 luglio 2002, in *Gius.*, 2003, 2, 235) o per ritardata attivazione del servizio telefonico (G.d.P. di Catanzaro, 23 novembre 2006, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 859).

Secondo tale nuova impostazione, al di fuori della lesione di diritti fondamentali (e delle rare ipotesi di inadempimenti-reati), il danno non patrimoniale contrattuale rimane giuridicamente irrilevante, per cui non potrà darsi ingresso al risarcimento per quelle ipotesi di relativa derivazione da posizioni costituzionalmente riconosciute ⁽³⁷⁾.

Al fine di rendere un'elencazione esaustiva, ancorchè non tassativa, la Suprema Corte fa espresso riferimento ad alcuni tipi di contratto, la cui violazione è ravvisata idonea ad ingenerare conseguenze anche sul piano della contemporanea lesione dei diritti di natura esistenziale, tra i quali in particolare vengono richiamati i c.d. contratti di protezione, nel cui ambito si collocano il contratto di spedalità, quello tra l'allievo e l'istituto scolastico, il contratto di trasporto di persone, il contratto di lavoro, fattispecie delle quali si parlerà più diffusamente nei paragrafi che seguono.

In secondo luogo, nonostante l'innovativa concezione della funzione della responsabilità civile che ha informato le pronunzie delle sezioni unite del 2008, al ristoro del danno non patrimoniale risulta comunque assegnato un ambito più ristretto rispetto al danno patrimoniale.

Le ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale rimangono infatti comunque segnate dal limite della prevedibilità del danno ai sensi del disposto di cui all'art. 1225 c.c. e che, al contrario, non è operante in materia di responsabilità da fatto illecito, in difetto di richiamo da parte dell'art. 2056 c.c.

Pertanto, fuori dalle ipotesi di dolo, il risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento, rimane comunque limitato ai danni che potevano prevedersi al tempo in cui l'obbligazione è sorta e per la loro concreta liquidazione dovrà altresì tenersi conto dell'eventuale comportamento colposo del debitore (art. 1227 c.c.) ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ Non potrà quindi considerarsi pregiudizio serio e comunque costituzionalmente tutelato nella sua eventuale lesione, l'errato taglio di capelli, l'attesa stressante in aeroporto, il disservizio di un ufficio pubblico, l'interruzione della fornitura energetica che aveva comportato la perdita della possibilità di vedere la partita di *champions league*. Non è pregiudizio grave il graffio superficiale dell'epidermide, come anche l'aver sofferto di mal di testa per una mattinata all'esito di uno strattone.

In dette ipotesi, anche se l'obbligazione è diretta a soddisfare interessi non patrimoniali, il creditore potrà dolersi solo dei riflessi economici negativi dell'inadempimento.

⁽³⁸⁾ In ordine al criterio della prevedibilità del danno si è inoltre chiarito in dottrina che il momento in cui lo stesso deve essere accertato non è già quello della stipulazione del contratto o in termini più generali dell'assunzione dell'obbligazione, bensì quello della scelta per l'obbligato tra l'adempimento e l'inadempimento e, pertanto, assume rilievo a tal fine il tempo della esecuzione del contratto, allorché diventano attuali gli obblighi delle singole prestazioni (Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 156).

Sempre sotto l'aspetto delle limitazioni alla risarcibilità del danno non patrimoniale in ambito contrattuale, appaiono inoltre rilevanti, oltre alla già citata previsione di cui all'art. 1225 e ss. c.c. circa la risarcibilità del solo danno prevedibile, ed a patto che sia "conseguenza immediata e diretta" dell'inadempimento (art. 1223 c.c.), gli ulteriori limiti che risultano dal richiamo all'art. 1174 c.c., nel senso che l'interesse non patrimoniale che si assume leso deve comunque essere dedotto in contratto.

In altre parole in vista della possibilità di accordare il risarcimento del danno non patrimoniale in ambito contrattuale si richiede che la specifica funzione protettiva degli interessi non patrimoniali del creditore della prestazione, sia penetrata nella causa contrattuale, in modo tale che l'adempimento di detti obblighi protettivi sia ragione giustificativa dello stesso accordo in concreto assunto.

La lesione di un interesse che non sia stato considerato dalle parti all'atto della conclusione del contratto e che non rileva quindi ai fini della sua causa in concreto, non potrà trovare legittimo ristoro in presenza di un accertato inadempimento contrattuale.

Il rango costituzionale dei diritti suscettivi di lesione rende poi nulli i patti di esonero o limitazione della responsabilità ex art. 1229, 2° comma, c.c., a norma del quale è nullo qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione della responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.

2.1.3. *Contratto con effetti protettivi anche nei confronti del terzo e responsabilità medica*

Abbiamo visto al precedente paragrafo come il pregiudizio non patrimoniale che tocchi valori fondamentali della persona debba essere risarcito quale che sia la fonte della responsabilità, sia di carattere contrattuale che extracontrattuale.

Tra le ipotesi in cui all'inadempimento di un'obbligazione in senso lato possa conseguire, oltre alla violazione di obblighi di natura economica assunti con il contratto, anche la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, vengono in rilievo innanzi tutto i c.d. contratti di protezione nel settore sanitario.

Infatti le lesioni personali provocate da una mal fatta operazione chirurgica costituiscono uno dei casi emblematici in cui l'integrità psicofisica e la salute e gli altri diritti fondamentali dell'uomo possono essere lesi da fatti inquadrabili sia nell'illecito civile sia nell'inadempimento, e così dar luogo al risarcimento del danno senza riferimento alla norma penale⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 167.

Stante l'ormai consacrata natura contrattuale della responsabilità del medico e della struttura ospedaliera, all'esito della richiamata decisione resa da Cass., 22.1.1999, n. 589, cit., la giurisprudenza ormai sedimentata riconosce da tempo la possibilità di accedere al legittimo ristoro dei danni non patrimoniali riportati, oltre che direttamente dal paziente, anche da soggetti terzi ad esso legati ed ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto ⁽⁴⁰⁾.

La teorizzazione da parte della giurisprudenza della categoria ontologica dei contratti protettivi costituisce un'evoluzione ed uno sviluppo della responsabilità medica da contatto sociale qualificato, di cui abbiamo parlato nel precedente paragrafo 1.1.3.

Come precedentemente ricordato con la pronuncia del 28.05.2004, n. 10297, la sez. III della Corte di Cassazione, richiamando la precedente pronuncia Cass., 22.12.1999, n. 589, ha per la prima volta affermato il principio secondo cui, quando il paziente stipula un contratto con l'ente ospedaliero (c.d. contratto di ospedalità) e viene affidato alla cure di un medico legato allo stesso da un contratto di lavoro dipendente, sorge un "contatto sociale" in virtù del quale viene a costituirsi tra paziente e medico dipendente della struttura ospedaliera un autonomo rapporto di natura contrattuale che, quanto al contenuto, ha ad oggetto la "protezione" del paziente.

Nella teoria del contratto sociale qualificato con effetti protettivi,

⁽⁴⁰⁾ Per il caso di mancata diagnosi, per negligenza, imprudenza o imperizia del medico, di gravissime malformazioni fetali, già la giurisprudenza meno recente era propensa a riconoscere alla madre, oltre al danno biologico e al danno morale, il danno esistenziale. La mancata diagnosi aveva impedito alla donna di interrompere la gravidanza o, comunque, di prepararsi all'evento; precisamente in seguito alla nascita della figlia malformata la madre aveva subito un danno biologico di natura psichica (sindrome ansiosa depressiva probabilmente insanabile) con connesse difficoltà nella vita di relazione, un danno morale (in conseguenza del carattere penale dell'illecito) e, quale categoria giuridica autonoma, un danno esistenziale risarcibile ex art. 2043 c.c. Cfr. Trib. pen., Locri-Siderno 6., ottobre 2000, in *Resp. civ. prev.*, 2001, 409, con nota di ZIVIZ, ove, secondo l'A., l'*handicap* del neonato non è ascrivibile all'errore del medico sicché a quest'ultimo non potrà essere addossato il danno alla salute riportato dal bambino; a carico del medico si prospetta essenzialmente una responsabilità per il pregiudizio patito dai genitori; in *Giur. it.*, 2001, 735, con nota di M. BONA; in *Danno resp.*, 2001, 393, con nota di F. BILOTTA; in *Il dir. fam. e persone*, 2001, 1039, con nota di G. CASSANO.

Anche secondo la Corte di appello di Perugia, con sentenza 15.12.2004, in *www.dirittoegiustizia.it*, la tardiva diagnosi di malformazioni fetali produce in capo ai genitori un danno esistenziale, in quanto « La nascita indesiderata determina una radicale trasformazione delle prospettive di vita dei genitori, i quali si trovano esposti a dover misurare (*omissis*) la propria vita quotidiana, l'esistenza concreta, con le prevalenti esigenze della figlia, con tutti gli ovvi sacrifici che ne conseguono».

gli obblighi di protezione scaturenti dall'art. 1173 c.c., penetrano nel contenuto causale del contratto, non quali obblighi aggiuntivi, ma come oggetto di prestazione principale.

In altre parole nei contratti che si concludono nel settore sanitario, gli interessi da realizzare attengono alla sfera della salute in senso ampio, di guisa che l'inadempimento del debitore è suscettivo di ledere diritti inviolabili della persona cagionano pregiudizi non patrimoniali risarcibili.

Tra l'altro, è bene poi ricordare che nei contratti che si concludono nel settore sanitario, detti obblighi protettivi a natura contrattuale sussistono non solo nei confronti del diretto paziente ma anche nei confronti di terzi legati ad esso da un particolare vincolo parentale ⁽⁴¹⁾.

A tale stregua si prospetta la responsabilità da contatto sociale qualificato del medico e della struttura sanitaria, anche nei confronti di chi sia legato da un particolare rapporto di natura familiare ed affettiva al diretto destinatario della prestazione sanitaria in ragione dell'esigenza di riconoscere tutela, oltre al paziente, a soggetti terzi, ai quali si estendono gli effetti protettivi del contratto.

Vengono in tal modo in rilievo i casi in cui la giurisprudenza ha riconosciuto la risarcibilità del danno non patrimoniale, oltre che nei confronti della gestante, anche al nascituro, subordinatamente alla nascita ⁽⁴²⁾; ed al padre, nel caso di omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata ⁽⁴³⁾.

I su indicati soggetti, a seconda dei casi, avevano subito la lesione del diritto inviolabile alla salute (art. 32, 1° comma, Cost.), sotto il profilo del danno biologico sia fisico che psichico ⁽⁴⁴⁾; del diritto inviolabile all'autodeterminazione (art. 32 cost., 2° co., e art. 13 cost.), come nel caso della gestante che, per errore diagnostico, non era stata posta in condizione di decidere se interrompere la gravidanza ⁽⁴⁵⁾, ovvero nei casi

⁽⁴¹⁾ A. AMATUCCI, *I contratti con effetti protettivi*, Relazione all'incontro di studi su "La giurisprudenza della Cassazione sul danno non patrimoniale", svoltosi in Roma, il 28 aprile 2010, 1; M. FORTINO, *I danni ingiusti alla persona*, in *Trattato teorico-pratico di diritto privato* G. Alpa e S. Patti (diretto da), Padova, 2009, 23 e 33 ss.; A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Chiaroscuri d'autunno. Il danno non patrimoniale e le sezioni unite*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, op. cit., 356 ss.; Id., *La riparazione dei danni alla persona*, Napoli, 1993.

⁽⁴²⁾ Cfr. Cass., sez. III, 22.11.1993, n. 11503 e Cass., sez. III, 9.05.2000, n. 5881.

⁽⁴³⁾ Cfr. Cass., sez. III, 10.05.2002, n. 6735; Cass., sez. III, 29.07.2004, n. 14488, sul danno da nascita indesiderata e Cass., sez. III, 20.10.2005, n. 20320, ha ribadito la risarcibilità della compromissione esistenziale subita dai genitori di un bambino nato deformato, in conseguenza di un errore ecografico.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. Cass., 24.01.2007, n. 1511, in tema di errore diagnostico e danno non patrimoniale.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. Cass., sez. III, 10.05.2002, n. 6735, cit., e conformi ivi richiamate.

di violazione dell'obbligo del consenso informato ⁽⁴⁶⁾ e dei diritti propri della famiglia (artt. 2, 29 e 30 Cost.).

2.1.4. *La responsabilità dell'insegnante per i danni autoprodotti dal minore*

Rientrano nell'ampia categoria dei contratti di protezione anche i rapporti che intercorrono tra l'alunno e l'istituto scolastico, trovando anch'essi la propria fonte nella c.d. responsabilità da contatto sociale.

Al riguardo è opportuno evidenziare come costituisca ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale riveste natura contrattuale la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante, nel caso di danno cagionato dall'alunno a se stesso ⁽⁴⁷⁾.

Infatti, anche in tali ipotesi tra gli interessi non patrimoniali da realizzare attraverso il contratto rientra quello all'integrità fisica dell'allievo, con conseguente risarcibilità del danno non patrimoniale da autolesione del minore ⁽⁴⁸⁾.

In origine, la giurisprudenza riconosceva invece tutela a titolo di illecito aquiliano, per la lesione che si fosse auto procurato il soggetto incapace naturale e tale inquadramento rendeva particolarmente gravoso, per il danneggiato, l'onere della prova, in quanto lo stesso era onerato della compiuta dimostrazione circa la riconducibilità del danno alla colpa del soggetto al quale il minore era stato affidato e della colpevolezza dello stesso sorvegliante ⁽⁴⁹⁾.

Detto indirizzo giurisprudenziale muta nel 2002, quando le Sezioni Unite sono tornate nuovamente a pronunciarsi sul tema, e hanno offerto una nuova lettura della fattispecie, riconoscendo una responsabilità del sorvegliante riconducibile alla regolamentazione dello schema "contrattuale" ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Cass., sez. III, 26.06.2012, n. 10616, per un caso di responsabilità medica per omesso controllo degli strumenti.

⁽⁴⁷⁾ *Ex multis*: Cass., sez. U., 27.6.2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2414, principio poi ribadito anche da Cass., sez. U., 11.11.2008, n. 26972, cit. Per la dottrina si veda invece F. TASCIONE, *Il danno non patrimoniale da contratto*, Napoli, 2008 e V. TOMARCHIO, *Il danno non patrimoniale da inadempimento*, Napoli, 2009.

Quale espressione di questo risalente orientamento, si cita Cass. Civ. Sez. III, 13.05.1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 239.

⁽⁴⁸⁾ Quando invece le lesioni al minore non sono autoprocurate, ma dipendono dalla condotta lesiva di altro allievo, la responsabilità invocabile sarebbe quella extracontrattuale di cui all'art. 2048 c.c., in concorso con la responsabilità di natura contrattuale dell'istituto scolastico.

⁽⁴⁹⁾ Quale espressione di questo risalente orientamento, si cita Cass. Civ. Sez. III, 13.05.1995, n. 5268, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 239.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. Cass. Civ., sez. U., 27.06.2002, n. 9346, in *Giust. civ.*, 2002, c. 2414.

In base al diverso inquadramento della fattispecie in ambito contrattuale dato dalla giurisprudenza, con l'accoglimento della domanda di iscrizione e con la conseguente ammissione dell'alunno alla scuola, tra il medesimo e l'istituto si instaura un vincolo negoziale, dal quale sorge, a carico dell'istituto, l'obbligazione di vigilare sulla sua sicurezza ed incolumità nel periodo in cui l'allievo fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che lo stesso si auto procuri un danno.

Quanto invece alla posizione del precettore, dipendente dell'istituto scolastico, tra quest'ultimo e l'allievo si instaura, per effetto del "contatto sociale", un rapporto giuridico, nell'ambito del quale l'insegnante assume, nel quadro del complessivo obbligo di istruire ed educare, anche uno specifico obbligo di protezione e vigilanza, al fine di evitare che l'allievo si autolesioni, con la conseguenza che il titolo di responsabilità sarà di tipo contrattuale e non aquiliana ⁽⁵¹⁾.

Attraverso la nuova impostazione della Corte è stato possibile non aggravare l'onere probatorio a carico del danneggiato incapace ed, al contempo, consentire di svincolare la fattispecie dalla regolamentazione degli artt. 2047 e 2048 c.c. i quali pertanto attuerebbero una "tutela rafforzata" solo a favore dei terzi danneggiati per opera di un soggetto incapace, e non troverebbero operatività laddove il danneggiato fosse lo stesso sorvegliato incapace naturale o legale.

La ricorrenza di un'ipotesi di responsabilità di tipo contrattuale comporta poi sul piano dell'onere probatorio che, nelle controversie instaurate per il risarcimento del danno da autolesione nei confronti dell'istituto scolastico e dell'insegnante, l'attore dovrà soltanto provare, ai sensi dell'art. 1218 c.c., che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sarà onere dei convenuti dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato per causa agli stessi non imputabile ⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ In ordine alla responsabilità degli insegnanti di scuole statali, l'art. 61, 2° co., l. 11.7.1980, n. 312, prevede la sostituzione processuale obbligatoria dell'Amministrazione, salvo rivalsa nei casi di dolo o colpa grave, nelle azioni di responsabilità civili derivanti da azioni giudiziarie promosse da terzi.

Si è in tal modo esclusa la possibilità che gli insegnanti statali possano essere direttamente convenuti da terzi nelle azioni di risarcimento danni da *culpa in vigilando*, quale che sia il titolo - contrattuale o extracontrattuale - dell'azione.

⁽⁵²⁾ A tal proposito può richiamarsi quale decisione indicativa in materia, quella resa da Cass., sez. III, 26.04.2010, n. 9906, in cui i giudici di legittimità confermano la pronuncia di merito che aveva affermato la responsabilità del Ministero della Pubblica Istruzione per i danni riportati da una minore in occasione di un incidente occorso all'interno della scuola materna dalla stessa frequentata. In particolare, l'incidente si era verificato dopo che la bimba era stata accompagnata dalla maestra

Il riconoscere una responsabilità derivante da contatto sociale per la lesione del soggetto affidato alla cura ed assistenza di un sorvegliante conduce, dunque, a riferirsi alle regole ed ai criteri tipici della responsabilità contrattuale, ed in sostanza alla presunzione a carico del soggetto al quale venga affidato l'incapace ai sensi degli artt. 2047 e 2048 c.c. viene a sostituirsi la presunzione, a carico del debitore della prestazione, di cui all'art. 1218 c.c. in tema di responsabilità contrattuale.

La scelta giurisprudenziale di far ricorso all'art. 1218 c.c. in luogo degli artt. 2047 e 2048 c.c., se anche può non aver avuto grandi risvolti da un punto di vista pratico, a ben vedere, le conseguenze dell'inquadramento della fattispecie in ambito contrattuale o extracontrattuale non si esauriscono, in via generale, esclusivamente nel differente onere probatorio, toccando anche i diversi profili del termine prescrizione dell'azione e della risarcibilità del danno imprevedibile.

L'ultimo passo è stato compiuto sempre dalla sez. Unite nel 2008 con la più volte citata sentenza, ove si conferma espressamente l'inquadramento della materia nell'ambito dei c.d. contratti di protezione, individuandosi in questi casi una responsabilità di tipo "contrattuale" ed inoltre si afferma espressamente che il risarcimento debba comprendere anche l'eventuale danno non patrimoniale, laddove, questo, possa essere espressione di grave offesa a diritti inviolabili della persona riconducibili a posizioni di rilievo costituzionale.

2.1.5. *Il contratto di trasporto di persone*

Abbiamo già chiarito come ai fini della risarcibilità del danno non

in bagno e dopo che la stessa maestra era ritornata in classe. Nel caso di specie, la bimba aveva tirato la cordicella dello scarico, il cui gancio si era rotto e, cadendo, le aveva colpito l'occhio sinistro procurandole gravi lesioni.

La S.C. respinge la censura secondo la quale la sentenza impugnata non avrebbe indicato l'elemento colposo nella condotta della maestra, ritornata immediatamente in classe per non lasciare incustoditi altri 26 bambini.

Nel caso di specie, il Supremo consesso ritiene che la Corte territoriale, nel ravvisare la responsabilità dell'insegnante per colpa in vigilando, abbia puntualmente individuato nella mancata sorveglianza, anche tramite l'ausilio di terzi (il personale non docente della scuola materna), il titolo della responsabilità a carico dell'insegnante, che concretizzava non colpa grave o dolo, ma comunque era ad essa ascrivibile.

Si afferma, in particolare, che la bambina non doveva essere lasciata sola e che, a tal fine, la maestra doveva avvalersi eventualmente dell'ausilio e dell'intervento del personale non docente. In altre parole, al di là della circostanza che la rottura della catenella del bagno fosse circostanza imprevedibile, restava comunque la mancata sorveglianza necessitata in considerazione dell'età della bambina che non era in grado di valutare le conseguenze di un gesto apparentemente innocuo.

patrimoniale in ambito di responsabilità di ordine contrattuale sia necessario che lo stesso fatto costituisca al contempo inadempimento contrattuale e lesione di un diritto fondamentale ed inviolabile della persona, il cui accertamento presuppone un'indagine sulla causa specifica del rapporto contrattuale.

L'esigenza di vagliare la causa concreta del contratto e quindi accertare, se in concreto, il contratto tenda alla realizzazione di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti, viene invece meno nel caso in cui l'inserimento nel rapporto obbligatorio di interessi di tal fatta sia operata direttamente dalla legge.

È questo il caso del contratto di trasporto di persone, in cui la tutela all'integrità fisica del trasportato è ricompresa espressamente tra le obbligazioni del vettore, il quale risponde a titolo di inadempimento contrattuale dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio (art. 1681 c.c.).

In virtù della lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c. al danneggiato potrà quindi essere accordato il risarcimento del danno non patrimoniale patito nella sua più ampia ed omnicomprensiva accezione, anche qualora non ricorra un'ipotesi di inadempimento-reato (lesioni colpose).

Gli esempi più noti si traggono dalla casistica dei danni alla persona riportati all'esito di sinistri stradali, in cui il terzo trasportato avrà accesso al completo risarcimento del danno alla persona sofferto, a prescindere dall'accertamento della colpa del conducente circa la verifica del sinistro stesso.

2.1.6. *Il contratto di lavoro e la tutela dei diritti fondamentali del lavoratore*

Come per il trasporto di persone, anche nel contratto lavorativo rimane espressamente esclusa la necessità di verificare in concreto se il contratto sia volto alla tutela anche di diritti inviolabili della persona, trattandosi di finalità che lo stesso contratto è *ex lege* diretto a realizzare.

L'art. 2087 c.c. stabilisce infatti che l'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

La richiamata norma inserisce nell'area del rapporto di lavoro l'obbligo di tutela di interessi, quali l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore non suscettivi di valutazione economica ed assunti al rango di diritti inviolabili della persona (art. 2, 4 e 32 cost), il che già implica,

al di là di un ulteriore accertamento da compiersi caso per caso, che il risarcimento del danno non patrimoniale sarà comunque dovuto in tutti i casi in cui l'inadempimento del contratto abbia provocato la loro lesione ⁽⁵³⁾.

Nell'ambito della responsabilità contrattuale derivante da rapporto lavorativo molte decisioni hanno infatti riconosciuto già dall'anno 2000 il risarcimento del danno esistenziale del lavoratore per il mancato godimento del riposo settimanale e da demansionamento, ravvisando nei predetti casi la lesione dei diritti fondamentali del lavoratore e quindi ricollegandone la risarcibilità ad un'ingiustizia costituzionalmente qualificata ⁽⁵⁴⁾.

A tal proposito è utile chiarire che, se in linea generale a seguito delle sentenze a sez. Unite del 2008 non si potrebbe più parlare di danno esistenziale, di pari passo i giudici di Piazza Cavour confermano comunque che nell'ambito del rapporto lavorativo potrebbe essere ancora utile parlare di danno esistenziale, ancorchè tale definizione mantenga una valenza prettamente nominalistica, tale da ricomprendere in sè tutti i pregiudizi che attengono alla vita professionale del lavoratore laddove il bene leso non sia il diritto alla salute.

Infatti, in tutti i casi in cui non è riscontrabile un concorrente danno alla salute (danno biologico), potrà comunque riconoscersi tutela risarcitoria a situazioni che implicano il peggioramento della sfera esistenziale dell'individuo in quanto lavoratore, in conseguenza della lesione di beni della persona costituzionalmente rilevanti.

Il presidio della tutela degli interessi fondamentali della persona del lavoratore può quindi essere ricondotto o al profilo della lesione

⁽⁵³⁾ Con ordinanza della Cassazione, sez. lav., 16.12.2009, n. 26372, in *Not. giur. lav.*, 2010, 200, è stato riconosciuto il diritto della lavoratrice al risarcimento del danno non patrimoniale nella sua ampia accezione, comprensivo quindi del danno biologico, del danno esistenziale e del danno morale soggettivo, per le lesioni al bacino ed alla schiena riportate a seguito di una caduta per cedimento dello sgabello dell'ufficio di Poste Italiane s.p.a. nel quale era addetta. È stata quindi riconosciuta la responsabilità da inadempimento delle Poste, ai sensi dell'art. 2087 c.c., per non aver garantito la sicurezza nell'ambiente lavorativo, in quanto l'evento dannoso non poteva considerarsi né accidentale né imprevedibile, dovendo il datore di lavoro conoscere le precarie condizioni e l'usura in cui versavano gli sgabelli dell'ufficio.

⁽⁵⁴⁾ Tra le prime pronunce in materia di danno da demansionamento si veda Cass., sez. lav., 6.11.2000, n. 1443, in *Not. giur. lav.*, 2001, 170 e in *Dir. lav.*, 2001, II, 300, nonché Cass., sez. lav., 2.11.2001, n. 13580, *Riv. giur. lav. e prev.*, 2002, I, 233 e in *Dir. e prat. Lav.*, 2002, 909 e Cass., sez. lav. n. 8904/2003. Per il danno esistenziale riconosciuto al lavoratore a seguito il mancato godimento del riposo settimanale si è invece pronunciata Cass., n. 9009/2001. Per la dottrina si veda U. OLIVA, *Il danno non patrimoniale nel contratto di lavoro dopo le sezioni unite dell'11 novembre 2008*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, op. cit., 266 ss.

dell'integrità psico-fisica del lavoratore stesso (art. 32 cost.) secondo le modalità del danno biologico, oppure nella lesione della dignità personale o professionale del lavoratore (art. 2, 4, 32 cost.), come avviene nel danno da dequalificazione, che si risolve nella compromissione delle aspettative di sviluppo della professionalità del lavoratore all'interno di quella formazione sociale costituita dall'impresa.

Facendo propri tali principi espressi dalla sez. Unite con la più volte richiamata sentenza del 2008, la nozione di danno esistenziale è stata recentemente ribadita dalla stessa Corte di Cassazione, sez. lavoro, in una pronuncia in materia di demansionamento ⁽⁵⁵⁾.

2.1.7. Le altre ipotesi: la morte dell'animale d'affezione ed il danno da vacanza rovinata

I casi in cui è possibile accedere al risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento non si limitano solamente a quelli cui hanno fatto esplicitamente riferimento le sentenze delle sezioni Unite del 2008 e per la maggior arte inquadrabili tra c.d. contratti di protezione.

Infatti la dottrina è concorde nel ritenere che l'elencazione offerta dalla sez. Unite non possa ritenersi esaustiva di tutte le ipotesi contrattuali generative di danni non patrimoniali, emergendo ben chiara dal tessuto motivazionale della sentenza, la possibilità di individuare ipotesi diverse non esplicitamente ivi richiamate.

Infatti, anche al di là dei casi in cui le norme che regolano i rapporti contrattuali possano prevedere in maniera espressa la tutela di interessi non patrimoniali (come nel caso dell'obbligazione del vettore e del datore di lavoro) un comportamento inadempiente del debitore, che in linea generale potrebbe comportare solo danni di natura patrimoniale, ben potrebbe contemporaneamente ledere interessi costituzionalmente garantiti del creditore.

Pensiamo al caso il cui il debitore si ostini a non pagare il creditore che, non avendo altre fonti di reddito, non può a sua volta utilizzare quella somma per ripianare i propri ingenti debiti. In tal caso il danno subito dal creditore potrebbe essere non solo di natura patrimoniale, ma anche di natura non patrimoniale, per il generale discredito che lo stesso verrebbe a subire dal fatto di essere considerato un "cattivo pagatore" ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. Cass, sez. lav., 5.10.2009, n. 21223.

⁽⁵⁶⁾ Su di un caso di danni non patrimoniali collegati al danno all'immagine si è pronunciata Cass., sez. III, 22.03.2012, n. 4542, la quale, accertato l'inadempimento imputabile di un contratto di noleggio di una tensostruttura al Comune di Reggio Calabria da destinare allo svolgimento di una manifestazione pubblica, ha condannato

A tal proposito già da tempo si è avvertita in dottrina l'esigenza di superamento dell'interpretazione restrittiva che riduce nei limiti del danno economico la previsione normativa del risarcimento per lesione del diritto al nome ⁽⁵⁷⁾.

Emblematica è anche la fattispecie di danno non patrimoniale da uccisione dell'animale d'affezione, questione ancora molto dibattuta in dottrina ed in giurisprudenza, ma che ha trovato pieno riconoscimento in una recente pronuncia ⁽⁵⁸⁾.

Anche in dottrina già da qualche tempo si era profilato, come ipotesi di risarcibilità del danno non patrimoniale da morte dell'animale, quello dell'anziana signora, sola al mondo, che aveva affidato il suo amato cagnolino al gestore di una pensione per animali in occasione di un breve viaggio, specificando al debitore della prestazione l'importanza della relazione affettiva con l'animale, e perciò pattuendo con questo un trattamento diversificato delle condizioni di accudimento del cane, e per una cifra complessiva superiore alle regolari tariffe giornaliere ⁽⁵⁹⁾.

In tal caso si sostiene la risarcibilità del danno non patrimoniale per la morte dell'amato animale cagionata in conseguenza della negligenza e grossolana prestazione di custodia eseguita dal suddetto gestore, giacché "l'interesse non patrimoniale della creditrice era entrato a far parte del contenuto del contratto" ⁽⁶⁰⁾.

la proprietaria a risarcire il danno all'immagine cagionato all'ente per aver dovuto annullare inaspettatamente l'evento in programma, danno che si concretizzava sotto il profilo del discredito e della diminuita considerazione che agli occhi degli altri concittadini aveva comportato la inaspettata cancellazione dell'evento.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, 169.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. sentenza del Tribunale di Rovereto 10 ottobre 2009, il cui motivazionale può leggersi in www.altalex.com, la quale si è pronunciata sul caso di una giovane coppia, che essendo in procinto di partire per il viaggio di nozze, aveva portato il cagnolino con gli stessi convivente, presso una pensione di animali affinché lo stesso vi soggiornasse durante il periodo in cui i padroni erano assenti per il loro viaggio. Il giorno successivo alle nozze, la coppia veniva contattata telefonicamente dal proprietario del ricovero di animali ed apprendeva che il loro cane era stato aggredito da un grosso cane da guardia presente presso il ricovero stesso, decedendo per le ferite, e che in tale occasione, il titolare della azienda, riferiva che, per sbaglio, il cancello del recinto ove il proprio cane da guardia veniva tenuto durante il giorno non era stato adeguatamente chiuso la sera prima e che il piccolo cane della coppia, lasciato libero nei pressi del recinto, era stato violentemente aggredito. Il Tribunale di Rovereto accorda il richiesto risarcimento sul presupposto che la tutela dell'animale di affezione deve ritenersi dotata di un valore sociale tale da elevarla al rango di diritto inviolabile.

⁽⁵⁹⁾ C. AMATO, *Nozione unitaria di danno non patrimoniale e autonomia negoziale*, in AA.VV., *Il danno non patrimoniale*, *op. cit.*, 35.

⁽⁶⁰⁾ C. AMATO, *op. cit.*, 35.

Dalla dottrina, con il costante avallo della giurisprudenza, viene inoltre espressamente configurato come danno non patrimoniale avente matrice contrattuale anche il danno da vacanza rovinata collegato ai contratti di vendita di pacchetti turistici “tutto compreso”.

Con l'espressione danno da vacanza rovinata si intende un pregiudizio di natura non patrimoniale consistente nel disagio, nello stress e nell'afflizione del turista, per non aver potuto godere pienamente dei benefici intrinseci della vacanza programmata a causa dell'inadempimento del *tour operator*.

In materia si registra già da qualche anno una copiosa giurisprudenza propensa a riconoscere ampia risarcibilità al danno non patrimoniale da inadempimento del contratto di viaggio “tutto compreso”.

A tal proposito l'orientamento giurisprudenziale è propenso a ritenere che l'interesse del contraente alla vacanza permei direttamente la causa del contratto, per cui nel viaggio tutto compreso la “finalità turistica” non rappresenta un motivo irrilevante ma si sostanzia nell'interesse che lo stesso è funzionalmente volto a soddisfare, connotandone la causa concreta e, perciò, determinando l'essenzialità di tutte le attività e dei servizi strumentali al godimento della vacanza per come essa è prospettata dall'organizzatore ⁽⁶¹⁾.

In questa linea di pensiero il contratto di viaggio “tutto compreso” si ricollega casualmente al peculiare interesse che il viaggio stesso è chiamato a soddisfare, ovvero garantire al turista un periodo di svago e di riposo adeguato alle proprie aspettative e qualora le stesse dovessero rimanere frustrate, ben potrà riconoscersi il diritto al risarcimento del danno, patrimoniale e non ⁽⁶²⁾.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Cass., 24.07.2007, n. 16351, in *Nuova giur. civ. e comm.*, 2008, 542, con commento di S. NARDI, *Contratto di viaggio “tutto compreso” ed irrealizzabilità della sua funzione concreta*, il quale ha affermato che la causa concreta dei contratti di viaggio “tutto compreso” è la finalità turistica che anima il contraente consumatore, la quale finalità e quindi la sua causa, va fatta coincidere con l'intento dell'acquirente del pacchetto di godere di un periodo di svago al di fuori della sua quotidianità. In particolare, nella pronuncia in esame, la Corte ha ritenuto che nell'eventualità di una impossibilità sopravvenuta non imputabile al viaggiatore (nel caso di specie una malattia), questi ha diritto alla restituzione dell'intero saldo, a nulla valendo la previsione contenuta nella clausole generali di contratto che impone una penale crescente a mano a mano che si avvicina la data della partenza per il viaggio, fino a corrispondere al prezzo intero del viaggio stesso. Parla di finalità turistica come causa concreta del contratto di viaggio “tutto compreso” anche Cass., 20.12.2007, n. 26958, in *Corr. giur.*, 2008, 921, con nota sostanzialmente adesiva di F. ROLFI, *Funzione concreta, inutilizzabilità della prestazione e causa concreta: la Cassazione e la rielaborazione del concetto di causa del contratto*.

⁽⁶²⁾ Tra la copiosa giurisprudenza in materia di danni non patrimoniali ed inadempimento del contratto di viaggio turistico, si segnala il caso deciso da Cass., 24.04.2008,

La possibilità di riconoscere al turista un risarcimento del danno non patrimoniale da vacanza rovinata, trova oggi espressa previsione normativa all'interno del c.d. codice del turismo (d.lgs. n. 79/2011), che riproduce la normativa dei "servizi turistici" contenuta agli artt. 82-100 nel capo II del titolo IV del codice del consumo, ed abrogata a seguito dell'entrata in vigore il 21.6.2011 del codice del turismo.

La norma di recente conio ha, in primo luogo, escluso la possibilità di accedere al risarcimento per tale peculiare voce di danno al consumatore di servizi turistici disaggregati, riservandola a chi, con l'acquisto di un pacchetto con servizi turistici combinati (trasporto, albergo, escursioni etc.), palesi alla controparte la "finalità di vacanza" che intende realizzare attraverso il contratto concluso.

Sotto altro profilo, la scelta legislativa si è orientata nel senso di limitare l'azione di risarcimento per danno da vacanza rovinata ai casi in cui l'inadempimento o l'inesatta esecuzione delle prestazioni che formano oggetto del pacchetto turistico presenti i requisiti richiesti dall'art. 1455 c.c.

All'art. 47 del codice del turismo, si prevede, in particolare, che «nel caso in cui l'inadempimento o inesatta esecuzione delle prestazioni che formano il pacchetto turistico non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c., il turista può chiedere, oltre ed indipendentemente dalla risoluzione del contratto, un risarcimento del danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso e all'irripetibilità dell'occasione perduta».

Ne consegue che il risarcimento di questa peculiare voce di danno non patrimoniale potrà scaturire esclusivamente da violazioni contrattuali di non scarsa importanza del *tour operator*, a nulla rilevando le valutazioni soggettive del turista sulle modalità di erogazione di alcuni servizi accessori.

In tali casi infatti nessuna tutela risarcitoria potrà essere riconosciuta al turista, in quanto non potrebbe configurarsi alcun danno, né di natura patrimoniale né di natura non patrimoniale.

L'opzione normativa si pone tra l'altro in linea con l'orientamento inaugurato con le sentenze a sez. Unite sul danno non patrimoniale, volto a porre un freno al pericolo di un contenzioso caotico e disordinato in cui potrebbero trovare ingresso ogni genere di aspettativa che sia andata delusa, in quanto si è data ampia applicazione al principio già espresso

n. 10651, in *Corr. giur.*, 2008, 1396, in cui una coppia di turisti, dopo aver regolarmente fruito della vacanza in una nota isola della Tunisia, aveva chiesto ed ottenuto la condanna del *tour operator* al pagamento della metà del prezzo pattuito, per non aver potuto usufruire della spiaggia e del tratto di mare prospiciente il loro alloggio, a causa dello scarico, abusivo ed illegittimo, operato da una petroliera al largo della costa.

dalla sez Unite della Cassazione che «la responsabilità contrattuale deve farsi carico solamente di quei pregiudizi non patrimoniali che si ricollegano a frustrazioni delle “aspettative” delle parti legittimamente sorte per effetto della conclusione del contratto o comunque acquisite allo schema di disciplina del relativo rapporto obbligatorio»⁽⁶³⁾.

2.2. *La prova del danno non patrimoniale da inadempimento*

Secondo l'opinione ormai consolidata in giurisprudenza il danno non patrimoniale, anche quando si origini dalla lesione di diritti inviolabili della persona costituzionalmente garantiti, costituisce danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato dal danneggiato, secondo la regola generale posta all'art. 2697 c.c.⁽⁶⁴⁾.

Viene quindi abbandonato dalla giurisprudenza prevalente l'indirizzo secondo cui, in presenza di una lesione di valori della persona costituzionalmente garantiti, il danno sarebbe *in re ipsa*, (danno-evento), in quanto nel nostro sistema giuridico il risarcimento presuppone l'effettivo accertamento di un danno.

Osservava a tal proposito l'ormai superato indirizzo della giurisprudenza che, con il ravvisarsi del danno *in re ipsa*, viene sostanzialmente a porsi la presunzione secondo cui, «verificatosi il fatto, appartiene alla regolarità causale la realizzazione del danno ingiusto oggetto della domanda risarcitoria, la cui mancata integrazione è pertanto da considerarsi eccezionale. Con la conseguenza che viene a tale stregua addossato al convenuto danneggiante l'onere della prova contraria alla esistenza del danno, senza che il medesimo risulti provato dall'attore»⁽⁶⁵⁾.

Al contrario, in base all'attuale ricostruzione del sistema del danno non patrimoniale, si specifica che l'accertamento del danno non patrimoniale postula in primo luogo la verifica degli elementi che si ricavano dall'art. 2043 c.c., in quanto il danno non patrimoniale è pur sempre espressione di quegli stessi presupposti previsti dalla norma generale sull'illecito civile⁽⁶⁶⁾.

Detti elementi, nei quali si articola l'illecito extracontrattuale ex

⁽⁶³⁾ Cfr. Cass., Sez. U., 11.11.2008, n. 26972, cit.

⁽⁶⁴⁾ Questo è l'indirizzo espresso dalla Cassazione sin dalle sentenze Cass., 31.05.2003, nn. 8827, cit. e Cass. 31.05.2003, n. 8828, cit., e successivamente ripreso anche nella decisione Cass., sez. U., 11.11.2008, n. 26972. Conformi anche Corte Cost., 27.10.1994, n. 372 e Cass., sez. U., 11.01.2008, nn. 576, 581, 582, 584, che configurano il danno non patrimoniale come danno-conseguenza.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. Cass. 27.06.2007, n. 15131, in *Giuda al dir.*, 2007, fasc. 41, 51.

⁽⁶⁶⁾ S. PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, G. Iudica e Zatti (a cura di), Milano, 2010, 155.

art. 2043 c.c. e la cui esistenza è necessario provare al fine di ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c., consistono in particolare:

- nella condotta dannosa, ovvero nel fatto che si sia verificata un'azione o un'omissione, quest'ultima rilevante solo in presenza di un obbligo giuridico ad agire;

- nel nesso causale tra detta condotta ed un evento di danno;

- nella presenza di un danno che sia connotato dall'ingiustizia, determinata dalla lesione, non giustificata, di interessi meritevoli di tutela e che si struttura come danno-conseguenza, da allegare e provare. Non dovranno quindi ricorrere ipotesi di esclusione dell'antigiuridicità del danno, come la legittima difesa (art. 2044 c.c.) o lo stato di necessità (art. 2045) ed, in ogni caso, sarà necessario indicare le specifiche norme di legge violate che prevedono un risarcimento del danno non patrimoniale, oppure lo specifico interesse costituzionalmente garantito che si assume violato;

- nella capacità di intendere e volere del soggetto agente nel momento in cui il fatto è stato commesso (art. 2046).

Una volta provate tutte queste circostanze sarà possibile ottenere il ristoro dei danni non patrimoniali (art. 2059 c.c.), oltre al danno patrimoniale se presente (art. 2043 c.c.).

A differenza dell'illecito extracontrattuale, nell'ipotesi di danni non patrimoniali di derivazione contrattuale non sarà invece richiesta la prova che il danno sia stato provocato con dolo o con colpa, vigendo in materia la presunzione di colpa di cui all'art. 1218 c.c.

Per quanto invece concerne gli oneri di prova del danno, l'art. 1218 c.c. pone anche un'inversione dell'onere della prova a carico del danneggiante il quale, se vorrà andare esente dalla condanna al risarcimento del danno anche non patrimoniale, dovrà dimostrare che lo stesso si è determinato per causa ad esso non imputabile.

Infatti, richiamando quanto statuito nella più volte richiamata sentenza della Cassazione a sez. Unite del 2008, in tema di risarcimento del danno non patrimoniale da inadempimento debbono richiamarsi "le specifiche norme di settore circa l'onere della prova e la prescrizione dell'azione", per cui al danneggiato basterà provare l'esistenza dell'obbligazione contrattuale ed il suo inadempimento o inesatto inadempimento, al fine di ottenere ristoro dei danni subiti.

Va infatti osservato che, conformemente agli insegnamenti tratti da una nota sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del 2001⁽⁶⁷⁾, la ripartizione degli oneri probatori si struttura in maniera

⁽⁶⁷⁾ Cfr. Cass., sez. U., 30 ottobre 2001 n. 13533, indirizzo successivamente ripreso anche da Cass., sez. U., 3.07.2009, n. 15677.

differente a seconda che i danni non patrimoniali di cui si chiede il ristoro derivino da inadempimento delle obbligazioni contrattuali ex artt. 1218 ss. c.c., ovvero da illecito extracontrattuale ex artt. 2043 ss. c.c.

Il creditore che agisce per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, deve dare unicamente la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo, costituito dall'avvenuto adempimento. Analogo principio è stato enunciato con riguardo all'inesatto adempimento, rilevando che al creditore istante è sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione dei doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento.

Applicando detti principi all'onere della prova nelle cause di responsabilità professionale del medico, si afferma che il paziente che agisce in giudizio deducendo l'inesatto adempimento dell'obbligazione sanitaria deve provare il contratto e allegare l'inadempimento del sanitario, restando a carico del debitore l'onere di provare l'esatto adempimento.

Trattandosi di responsabilità di natura contrattuale ed inerente all'esercizio di attività professionali, la diligenza nell'adempimento deve valutarsi, a norma dell'art. 1176 c.c., comma 2, con riguardo alla natura dell'attività esercitata. Dispone infatti l'art. 2236 c.c., che se la prestazione implica la soluzione di problemi di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo e colpa grave. Gli artt. 1176 e 2236 c.c. esprimono dunque l'unitario concetto secondo cui il grado di diligenza deve essere valutato con riguardo alla difficoltà della prestazione resa.

Anche sotto tale ulteriore profilo della valutazione della colpa, si coglie un effettivo punto di distacco in merito alla risarcibilità del danno non patrimoniale da inadempimento e da illecito.

La distinzione tra prestazione di facile esecuzione e prestazione implicante la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà anche se non rileva quale criterio di distribuzione dell'onere della prova, dovrà comunque essere apprezzata per la valutazione del grado di diligenza e del corrispondente grado di colpa, restando comunque a carico del sanitario la prova che la prestazione era di particolare difficoltà.

Porre a carico del sanitario o dell'ente ospedaliero la prova dell'esatto adempimento della prestazione medica, soddisfa in pieno quella linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla.

Con riferimento all'onere di allegazione e di prova in un'ipotesi di danno non patrimoniale conseguente a responsabilità contrattuale ex art. 2087 c.c., le sez. Unite della Cassazione nella citata decisione n. 13533 del 2001, hanno precisato che, in ragione delle molteplici forme che può assumere il danno da dequalificazione, è indispensabile da parte del lavoratore la specifica allegazione di quali danni ritenga di avere in concreto subito, con l'indicazione di tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione di fatto da cui possa emergere la prova del danno.

Il Supremo consesso esclude pertanto la sufficienza della mera prospettiva del lavoratore circa "esistenza della dequalificazione", con generica richiesta di risarcimento del danno, in quanto il giudice non può "prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato".

Partendo da detti principi già acquisiti nel 2001, le sezioni Unite del 2008 pongono dunque la regola per cui il danno non patrimoniale va sempre specificatamente allegato e provato, anche in ipotesi di danno da responsabilità ex art. 2087 c.c., potendo la relativa prova essere data con ogni mezzo, anche in via presuntiva.

Sotto detto profilo il ricorso alle presunzioni, nonché l'esplicazione dei poteri istruttori attribuiti al giudice dall'art. 421 c.p.c. non possono quindi sopperire alla carenza di prova, tanto è vero che le sezioni Unite del 2008 escludono che il giudice abbia il potere di ovviare anche al mancato esercizio dell'onere di allegazione, concernente sia l'oggetto della domanda che le circostanze di fatto su cui la stessa si fonda.

Quanto agli specifici mezzi di prova esperibili, con la sentenza delle sezioni Unite n. 26972/2008, la Cassazione ha poi stabilito che per i pregiudizi non patrimoniali diversi dal danno biologico, per il cui accertamento si richiede normalmente anche se non necessariamente un accertamento medico-legale, particolare rilievo assume la prova presuntiva, che si va ad aggiungere alla prova testimoniale e documentale ⁽⁶⁸⁾.

Infatti, sempre secondo la citata giurisprudenza, le prove per presunzioni non costituiscono uno strumento di accertamento "più debole" o un mezzo di prova di rango subordinato rispetto alla prova diretta o rappresentativa, ben potendo assurgere anche ad unica fonte di convincimento del giudice.

⁽⁶⁸⁾ Relativamente alla prova del danno biologico, le Sez. Unite pongono in rilievo come la vigente normativa (artt. 138 e 139 del d.lgs. n. 209 del 2005), pur facendo specifico riferimento anzitutto all'accertamento medico-legale che rappresenta il mezzo di indagine normalmente utilizzato, non lo eleva a strumento esclusivo e necessario, ben potendo il giudice motivatamente disattendere le opinioni del consulente tecnico, ovvero anche non disporre affatto la consulenza tecnica e porre a base della decisione altri elementi acquisiti al processo (documenti, testimonianze).

La prova presuntiva è volta a facilitare l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ai sensi dell'art. 2697 c.c. ne è onerato, in quanto solleva la parte che sarebbe onerata di provare il fatto previsto, che deve considerarsi provato, ove venga provato il "fatto base". Incombe quindi alla parte a cui sfavore opera la presunzione di dare la prova contraria, idonea a vincerla, con valutazione al riguardo spettante al giudice di merito.

Se quindi il meccanismo presuntivo dispensa la parte che intende avvantaggiarsi degli effetti favorevoli collegati al fatto dall'onere di provare quest'ultimo, mediante imposizione al giudice, in assenza di prova contraria, di ritenere provato il fatto previsto, senza consentirgli la valutazione ai sensi dell'art. 116 c.p.c., al pari, la presunzione non dispensa la parte anche dall'onere della relativa allegazione.

A tale stregua l'aver riconosciuto alla prova presuntiva il rango di prova principe per la dimostrazione del danno non patrimoniale non significa essere ritornati ad una nozione di danno *in re ipsa*, in quanto se, *prima facie*, una distinzione tra danno-evento e danno presunto potrebbe apparire difficile da delineare, è pur vero che gli elementi allegati da cui inferire la sussistenza del pregiudizio esistenziale, in quanto oggettivamente accertabili e a quest'ultimo relativi, costituiscono comunque un *quid pluris* rispetto all'evento dannoso ⁽⁶⁹⁾.

MIRCA SACCHI

⁽⁶⁹⁾ Con riferimento alla prova per presunzioni semplici, anche nella giurisprudenza di legittimità si è sottolineato che, nel dedurre dal fatto noto quello ignoto, il giudice di merito incontra il solo limite del principio di probabilità. Non occorre cioè che i fatti sui quali la presunzione si fonda siano tali da far apparire l'esistenza del fatto ignoto come l'unica conseguenza possibile dei fatti accertati secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva, ma è sufficiente che l'operata inferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti, la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi secondo regole di esperienza.

IL “CARCERE DURO” TRA GIURISDIZIONE ED AMMINISTRAZIONE

SOMMARIO: 1. *Considerazioni introduttive.* – 2. *L’abrogazione del comma 2ter.* – 3. *Le ipotesi di revoca giurisdizionale anticipata.* – 4. *Considerazioni di sintesi.*

1. *Considerazioni introduttive*

Pur resistendo al vaglio di legittimità del giudice nazionale e di quello convenzionale, il regime detentivo della “pena nella pena” oramai normativamente stabilizzato al di là di ogni ragionevole congruità con riguardo a durata e contenuti ⁽¹⁾, attraverso la novella del 2009, manifesta in modo sempre più evidente le sue criticità rispetto al dettato costituzionale.

La legge n. 94 del 2009 ⁽²⁾, lungi dall’aver ridimensionato il potere discrezionale dell’organo amministrativo riguardo ai contenuti e ai presupposti necessari alla applicazione ovvero alla proroga del regime detentivo differenziato ⁽³⁾ sembra aver perseguito unicamente l’intento di eliminare il controllo giurisdizionale sul decreto ministeriale impugnato.

Siffatta affermazione, peraltro, è giustificata dagli stessi lavori preparatori della legge n. 94 del 2009, laddove emerge l’inequivocabile

⁽¹⁾ In ordine alla “stabilizzazione” degli artt. 4bis e 41bis ord. penit., operata dalla l. n. 279 del 2002, cfr., oltre al lavoro monografico di ARDITA, *Il regime detentivo speciale 41 bis*, Milano, 2007, *passim*; BERNASCONI, *L’emergenza diviene norma: un ambito e discutibile traguardo per il regime ex art. 41bis comma 2 ord. penit.*, cit., p. 285 s.; MONTAGNA, *Il regime carcerario differenziato verso nuovi equilibri*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, spec. p. 1287 s.

⁽²⁾ Sui tratti caratterizzanti della riforma v., specialmente, FIORIO, *La stabilizzazione delle “carceri-fortezza”: modifiche in tema di ordinamento penitenziario*, in MAZZA-VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, 395.

⁽³⁾ V., a tal proposito, i moniti di Corte cost., sent. n. 351 del 1996, laddove, nell’affermare «la pienezza del sindacato giurisdizionale sui provvedimenti» ministeriali, la Consulta evidenziava «la necessità di estendere il controllo giurisdizionale sul provvedimento alle singole misure in esso disposte», al fine di garantire i «limiti esterni» che «l’amministrazione non può valicare nel configurare detto regime».

volontà parlamentare di “blindare” i contenuti del regime carcerario differenziato proprio al fine di arginare derive giurisprudenziali *in favor rei* ⁽⁴⁾. Risulta, invero, evidente, che il legislatore ha di fatto limitato esclusivamente i poteri di apprezzamento del giudice, mentre quelli discrezionali dell’organo amministrativo sono tuttora intatti se non ampliati, considerato che l’art. 41-*bis* comma 2-*quater*, lett. a) continua ad essere configurato quale autentica norma “in bianco” ⁽⁵⁾.

Lo stesso “accentramento” della competenza funzionale presso il tribunale di sorveglianza di Roma per il giudizio sui reclami presentati dai detenuti avverso i provvedimenti amministrativi di applicazione e di proroga del regime detentivo speciale, in deroga ai principi stabiliti dall’art. 677 c.p.p. ⁽⁶⁾, persegue esclusivamente lo scopo di evitare che orientamenti giurisprudenziali eterogenei possano costituire una “via di uscita” dal carcere duro, vanificando uno sforzo legislativo che, oltretutto, palesa seri dubbi di costituzionalità in relazione all’art. 25 comma 2 Cost.

Ulteriori criticità attengono alla scomparsa del richiamo al controllo di congruità giurisdizionale sui contenuti afflittivi del regime differenziato, unitamente alla decisa normativizzazione degli stessi in riferimento: a) all’ampliamento del numero dei destinatari ⁽⁷⁾; b) alla riduzione del numero dei colloqui con i familiari (addirittura “surrogati” da una telefonata mensile con quest’ultimi) ed alla limitazione dei colloqui

⁽⁴⁾ È noto come la Corte di cassazione e, più spesso i Tribunali di sorveglianza investiti del reclamo, abbiano in più occasioni provveduto a modulare il contenuto delle prescrizioni trattamentali nel rispetto dei singoli casi concreti e del loro grado di pericolosità. Analogamente, i Tribunali di sorveglianza revocavano i decreti ministeriali, applicativi o di proroga del regime carcerario differenziato, allorchando – nell’ipotesi di più pene concorrenti o di più titoli cautelari concorrenti – il detenuto avesse, rispettivamente, scontato la pena prevista per uno dei delitti elencati di cui all’art. 4*bis* ord. penit. ovvero fosse stato scarcerato.

⁽⁵⁾ La lett. a) del comma 2*quater* continua a consentire «l’adozione di misure di elevata sicurezza interna ed esterna, con riguardo principalmente alla necessità di prevenire contatti» con l’esterno. In argomento v. ARDITA, *Il nuovo regime dell’art. 41bis dell’ordinamento penitenziario*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 17; PETRINI, *Art. 2 L. 23.12.2002, N. 279*, in *Legisl. pen.*, 2003, p. 247.

⁽⁶⁾ Cfr. specialmente DARAIO, *Sub art. 677*, in GIARDA-SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4° ed., Milano, 2010, 7938 ss.

⁽⁷⁾ Il novellato comma 2 dell’art. 41*bis* ord. penit. ha aggiunto tra i destinatari sia le persone in custodia cautelare (in deroga ai principi di cui agli artt. 272 e 279 c.p.p. ed in contrasto con l’art. 27 comma 2 Cost.), sia i detenuti «per un delitto che sia stato commesso avvalendosi delle condizioni o al fine di agevolare l’associazione di tipo mafioso», operando un espresso richiamo all’art. 7 del d.l. n. 152 del 1991 e legittimando – indebitamente – il Ministro a valutare le finalità, la natura e lo scopo del reato; prerogativa, questa, di esclusivo dominio giurisdizionale.

difensivi ⁽⁸⁾; c) all'aumento della durata del regime di applicazione e di proroga della detenzione "differenziata" ⁽⁹⁾; d) al dimezzamento delle ore di permanenza all'aperto ed alla riduzione dei componenti del c.d. gruppo di socialità ⁽¹⁰⁾; e) all'autonomia del regime carcerario differenziato rispetto alle vicende concernenti il c.d. scioglimento del cumulo, situazione che si verifica quando il detenuto abbia già scontato la porzione di pena (o di misura cautelare) inflitta o disposta per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* ord. penit. ⁽¹¹⁾.

Trattasi, in buona sostanza, di *éscamotages* funzionali a scongiurare interventi "correttivi" del giudice di sorveglianza, al quale non rimarrà altra scelta che sollevare questione di legittimità costituzionale, qualora ritenga che l'eliminazione del sindacato di congruità sulle restrizioni imposte ledano gli ambiti della *iurisdictio*.

Di recente, peraltro, il giudice delle leggi ha provveduto a chiarire nuovamente ⁽¹²⁾ il "regolamento di confini" tra amministrazione e giurisdizione in riferimento alle modificazioni apportate dalla legge n. 94 del 2009. Con la sentenza n. 190 del 2010, infatti, la Consulta ha ribadito la competenza funzionale del Tribunale di sorveglianza in ordine al vaglio di congruità delle restrizioni imposte, anche a mezzo del rimedio "gene-

⁽⁸⁾ Il riformato comma 2-*quater*, lett. b) prevede il dimezzamento (da due ad uno) del numero dei colloqui visivi mensili con i familiari, concedendo una telefonata mensile con gli stessi, previa autorizzazione dell'autorità, solo in sostituzione del colloquio visivo. Inoltre, i colloqui visivi e telefonici con i difensori non devono superare il limite dei tre contatti settimanali, ingenerando una sgradevole compressione del diritto di difesa.

⁽⁹⁾ La durata del regime applicativo è stata raddoppiata, passando da due a quattro anni. Del pari, è stata raddoppiata anche la durata delle proroghe successive (da uno a due anni).

⁽¹⁰⁾ L'art. 41-*bis* comma 2-*quater* lett. f) ord. penit., prevede «la limitazione della permanenza all'aperto, che non può svolgersi in gruppi superiori a quattro persone, ad una durata non superiore a due ore al giorno».

⁽¹¹⁾ In prospettiva generale, v. RICCI, *Scioglimento del cumulo, rapporti di "precedenza espiativa" e calcolo del presupposto temporale per accedere alle misure alternative alla detenzione*, in *Giur. it.*, 2003, p. 555. Cass., sez. V, 15 ottobre 2009, Della Ventura, in *Mass. Uff.*, 245097, ha dichiarato «manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 41-*bis* ord. penit. nella parte in cui – in presenza di un cumulo comprensivo di pene irrogate sia per reati legittimanti l'applicazione del regime indicato, sia per altri reati – consente l'applicazione del regime detentivo speciale al detenuto che abbia già espiato la parte di pena relativa ai primi reati, posto che l'istituto ha la funzione di impedire la commissione di reati per il futuro, in ragione del possibile mantenimento di collegamenti del detenuto con la criminalità organizzata».

⁽¹²⁾ Cfr., già, Corte cost., sentt. n. 349 e 410 del 1993, n. 351 del 1996 e n. 376 del 1997.

rale”, costituito dal reclamo disciplinato dall’art. 14-ter ord. penit.⁽¹³⁾.

2. L’abrogazione del comma 2ter

L’abrogato comma 2-ter dell’art. 41bis ord. penit. prevedeva che il Ministro della Giustizia, anche *ex officio*, potesse revocare il decreto (applicativo o di proroga) anche prima della sua naturale scadenza qualora fossero venute meno le condizioni legittimanti la sospensione delle ordinarie regole trattamentali. In virtù di quella disposizione, anche l’interessato ed il suo difensore avrebbero potuto, in qualsiasi momento, avanzare al Ministro istanza di revoca anticipata del trattamento in parola, in presenza di elementi nuovi tali da ritenere incongruo il trattamento penitenziario di rigore.

In caso di rigetto espresso ovvero di silenzio-rigetto, trascorsi trenta giorni dalla presentazione della richiesta, l’interessato era legittimato a proporre reclamo al Tribunale di sorveglianza competente per territorio *ex art. 677 c.p.p.*

Quella disposizione, oggi abrogata, costituiva un efficace mezzo di controllo dell’attualità e della congruità della sospensione delle ordinarie regole trattamentali, legittimate solo se e nella misura in cui fossero di ostacolo alla tutela dell’ordine e della sicurezza esterna.

A seguito della riforma del 2009, né il Ministro, né il Tribunale potrebbero revocare anticipatamente gli effetti del provvedimento amministrativo. Tale situazione non è condivisibile, in quanto suscettibile di costringere il detenuto a subire restrizioni trattamentali non necessarie. Soprattutto nell’ipotesi di regime applicato a soggetto in custodia cautelare, la carcerazione *ex art. 41bis ord. penit.* palesa i caratteri di una misura cautelare atipica, priva di qualsiasi garanzia di tassatività (art. 272 c.p.p.) e di giurisdizionalità (art. 279 c.p.p.) cautelari.

A ciò si aggiunga una differente connotazione del giudicato “allo stato degli atti”, foriera di inaccettabili disparità di trattamento: mentre, invero, l’art. 41bis comma 2sexies ord. penit. prevede che in caso di accoglimento del reclamo «il Ministro della giustizia, ove intenda disporre un nuovo provvedimento ai sensi del comma 2, deve, tenendo conto della decisione del tribunale di sorveglianza, evidenziare elementi nuovi o non valutati in sede di reclamo», nulla prevede in riferimento alla circostanza che il detenuto possa avvalersi di elementi nuovi per dimostrare la cessata pericolosità. Il sistema, invero, non prevede alcuna

⁽¹³⁾ V. Corte cost., sent. n. 190 del 2010, in *Giur. cost.*, 2010, 319, con nota di FIORIO, *Il carcere «duro» tra giurisdizione ed amministrazione: ancora un intervento della Corte costituzionale.*

“interlocazione” circa l’assenza dei presupposti legittimanti diversa dal reclamo attivabile in sede applicativa o di proroga ⁽¹⁴⁾.

In un’epoca in cui l’evoluzione, dottrinarica e giurisprudenziale, tende a smitizzare il valore del giudicato ⁽¹⁵⁾, soprattutto in presenza di situazioni o fatti nuovi che ne minano la certezza, è assolutamente da criticare un assetto che poggia sull’immutabilità di un provvedimento amministrativo, idoneo ad incidere e limitare vistosamente la libertà personale.

3. *Le ipotesi di revoca giurisdizionale anticipata*

Attraverso un’interpretazione evolutiva delle sentenze costituzionali n. 26 del 1999, n. 266 del 2009 e n. 190 del 2010, le quali hanno ribadito con forza il potere-dovere della magistratura di sorveglianza di disapplicare i provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria lesivi di diritti soggettivi del detenuto ⁽¹⁶⁾, individuando, quale rimedio generale operativo per le vicende concernenti il regime di “carcere duro”, quello delineato dall’art. 14-ter ord. penit., sarebbe sempre possibile, a parere di chi scrive, interporre reclamo al Tribunale di sorveglianza avverso il silenzio-rigetto del ministro riguardo alla richiesta di revoca anticipata del provvedimento di applicazione o di proroga dell’art. 41-bis ord. penit.

⁽¹⁴⁾ In altri termini, il detenuto, anche in presenza di nuovi elementi idonei a provare l’assenza di collegamenti con l’associazione criminale, sarebbe costretto ad attendere la scadenza naturale del provvedimento amministrativo.

⁽¹⁵⁾ V., per tutti, G. DEAN, *Ideologie e modello dell’esecuzione penale*, Torino, 2004, 21-23.

⁽¹⁶⁾ In prospettiva generale e di fondo v., già, RUOTOLO, *Diritti del detenuto e Costituzione*, Torino, 2002; PENNISI, *Diritti del detenuto e tutela giurisdizionale*, Torino, 2002; nonché, volendo, FIORIO, *Libertà personale e diritto alla salute*, Padova, 2002. Con riferimento alla fondamentale opera di supplenza giurisprudenziale v., specialmente, BARTOLE, *I requisiti dei procedimenti giurisdizionali e il loro utilizzo nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 190; D’AGNOLO, *Diritti del detenuto e intervento giurisdizionale: note sui provvedimenti punitivi*, in SCALFATI (a cura di), *Giurisdizione di sorveglianza e tutela dei diritti*, Padova, 2004, 141; DELLA CASA, *Un importante passo verso la tutela giurisdizionale dei diritti del detenuto*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 854; FAZZIOLI, *Diritti dei detenuti e tutela giurisdizionale*, in *Giur. cost.*, 1999, 191; FIORENTIN, *Lesioni dei diritti dei detenuti conseguenti ad atti e provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria*, in *Giur. merito*, 2010, 2810; FIORENTIN-MARCHESELLI, *Il punto sui diritti dei detenuti*, *ivi*, 2006, 20; IOVINO, *Tutela giurisdizionale dei diritti dei detenuti e degli internati*, in *Annali Salerno*, 1998, n. 1-2, 146; RENOLDI, *Una nuova tappa nella «lunga marcia» verso una tutela effettiva dei diritti dei detenuti*, in *Giur. cost.*, 2009, 3779; RUOTOLO, *La tutela dei diritti del detenuto tra incostituzionalità per omissione e discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 1999, 203; SANTORIELLO, *Quale tutela giurisdizionale nei confronti dei provvedimenti dell’amministrazione penitenziaria*, *ibidem*, 222.

Un autorevole orientamento giurisprudenziale a sostegno di tale orientamento è sicuramente quello esplicitato da un recente arresto della I sezione penale della Corte di cassazione⁽¹⁷⁾. Nell'occasione, la Suprema Corte aveva annullato con rinvio l'ordinanza emessa dal Tribunale di sorveglianza capitolino, con la quale si rigettava la richiesta di revoca anticipata del regime carcerario differenziato per l'avvenuta abrogazione della norma di riferimento (art. 41*bis* comma 2*ter* ord. penit.). Al riguardo, la Corte di cassazione, premesso che il giudice, in materia di applicazione del regime di sorveglianza particolare, deve sempre fare ricorso ad una interpretazione costituzionalmente orientata, ha precisato che «è impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti, benché con la novella introdotta dalla l. n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento, e ciò in ragione del carattere di rimedio generale dell'istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14-*ter* ord. penit.».

La Suprema Corte ha ulteriormente specificato che l'art. 14*ter* ord. penit. risponde ad una esigenza generale di tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, inserendosi, con profili di specificità, nell'ambito del principio generale dettato per il procedimento amministrativo dall'art. 21*quiquies* comma 1, l. 7 agosto 1990, n. 241, secondo il quale «Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nei caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti».

Peraltro, anche anteriormente al menzionato intervento di legittimità, un rimedio all'assenza di una specifica norma che disciplinasse la revoca anticipata del regime di carcerazione differenziata era già stato individuato dal Tribunale di sorveglianza di Roma⁽¹⁸⁾. Il giudice di merito,

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cass., Sez. I, 25 febbraio 2011, Manciaracina, in *Mas. Uff.*, 250272, ove si è precisato che è «impugnabile mediante reclamo al tribunale di sorveglianza il rigetto, per silenzio rifiuto, della richiesta di revoca anticipata del provvedimento ministeriale di sospensione delle normali regole di trattamento dei detenuti, benché con la novella introdotta dalla legge n. 94 del 2009 non sia più prevista la possibilità di una revisione, neanche per sopravvenienze, di detto provvedimento, e ciò in ragione del carattere di rimedio generale dell'istituto del reclamo avverso i provvedimenti che dispongono o prorogano il regime di sorveglianza particolare, di cui all'art. 14*ter* ord. penit.».

⁽¹⁸⁾ Cfr. Trib. Sorv. Roma, 25 ottobre 2010, n. 4671, in *Guida dir.*, 2010, n. 9, 65.

ritenendo che la nuova formulazione dell'art. 41*bis* ord. penit. devolva alla sua competenza «i provvedimenti attinenti alle impugnazioni volte ad ottenere l'annullamento del decreto ministeriale» e nel silenzio legislativo circa forme di revoca anticipata, ha declinato la propria competenza nella specifica materia e rinviato gli atti al Tribunale di sorveglianza territorialmente competente (nella specie: Perugia), onde valutare se una siffatta forma di tutela sia o meno prevista dalla legge fondamentale di ordinamento penitenziario. In prospettiva diversificata, si è, invece, affermato⁽¹⁹⁾ che la competenza in tema di revoca anticipata anche in assenza di espressa previsione legislativa, sarebbe comunque del Tribunale di sorveglianza di Roma, sulla scorta della considerazione secondo la quale «se il giudice del reclamo *ex art 41bis* è il Tribunale di Roma non si vede come il giudice dell'eventuale reclamo (*ex art. 14ter* ord. penit.) possa essere altro e ben distinto dal primo; è il principio della immutabilità del giudice della cognizione e del trattamento a d'esigere, piuttosto, che la competenza non sia frantumata.

4. Considerazioni di sintesi

La scelta legislativa di abrogare l'art. 41*bis* comma 2*ter* ord. penit. evidenzia la volontà politica di stabilizzare, per tutta la durata prevista dal decreto di applicazione o di proroga del carcere duro, il contenuto del decreto (ovvero il giudicato “di sorveglianza”) rispetto a sopravvenienze, a nuovi elementi o a nuove prove che renderebbero iniquo il perdurare della sottoposizione del detenuto al regime detentivo in parola. Tale scelta, sicuramente anacronistica rispetto agli orientamenti dottrinali, giurisprudenziali e legislativi che propendono per la tangibilità del giudicato allo stato degli atti, è propedeutica al perseguimento dello scopo recondito di incentivare la collaborazione limitando le eventuali vie d'uscita del carcere differenziato.

È, tuttavia, auspicabile che il legislatore ripristini quanto prima il sistema di permanente controllo giurisdizionale sulla “tenuta” del regime carcerario differenziato, individuando nell'art. 14*ter* ord. penit., sulla scorta degli insegnamenti della Corte costituzionale, il paradigma procedimentale maggiormente idoneo ed radicando nel Tribunale di sorveglianza avente giurisdizione sul *locus custodiae* la competenza a decidere in materia.

LUIGI TROMBETTA

⁽¹⁹⁾ V. A. CISTERNA, *Osservazioni a Trib. Sorv. Roma*, 25 ottobre 2010, n. 4671, in *Guida dir.*, 2010, n. 9, 70.

OSSERVATORIO CEDU

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – sent. 23 settembre
1982 – Sporrong e Lönnroth c. Svezia – *Requêtes* nn. 7151/75,
7152/75

Diritti e obblighi di natura civile – Diritto di proprietà

La nozione di violazione di un «obbligo o di un diritto» civile regola l'accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali, siano essi giurisdizionali che amministrativi, nei termini e nei modi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo sul giusto processo. La presenza di un potere espropriativo in capo alle amministrazioni, così come le limitazioni imposte al diritto di proprietà dalle normative relative ai vincoli paesaggistici o ai limiti di edificabilità, non privano la proprietà della sua natura di diritto civile. Pertanto il diritto di proprietà e le facoltà tipicamente ad esso connesse sono «whithout doubt a civil rights» la cui violazione garantisce il controllo ex art. 6 CEDU sull'operato delle pubbliche amministrazioni (1).

(1) Diritto di proprietà, esproprio per pubblica utilità ed accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali

Due ricorsi sono all'origine del caso Sporrong e Lönnroth contro la Svezia, introdotto nel 1975 ai sensi dell'allora vigente art. 25 della Convenzione della salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali dinanzi alla Commissione che il 12 ottobre 1977 ne dispose la riunione.

I signori M. Sporrong, C.-O. Sporrong e B. Atmer erano coeredi indivisi del sig. E. Sporrong e per questo comproprietari di un immobile in Riddaren n° 8 sito in una via centrale del quartiere di Nedre Norrmalm di Stoccolma.

L'autorità municipale di Stoccolma il 31 luglio 1956, ai sensi dell'art. 44 della legge del 1947 sulla costruzione, fu autorizzata dal Governo ad espropriare una zona della città che includeva 164 immobili tra cui

quello della successione Sporrang. Nell'area espropriata avrebbe dovuto sorgere un viadotto che attraversava una delle arterie commerciali della capitale. Uno dei pilastri del viadotto passava in "Riddaren".

In applicazione della legge sull'espropriazione, il Governo fissò in cinque anni il termine durante il quale si sarebbe dovuto procedere all'espropriazione; prima della fine di tale periodo, l'autorità municipale avrebbe dovuto citare i proprietari a comparire dinanzi al Tribunale fondiario per la fissazione delle indennità, senza le quali il permesso sarebbe stato privato di efficacia. Negli anni che seguirono il Governo concesse al comune di Stoccolma delle proroghe alla durata del permesso di espropriare, fino ad annullarlo nel 1979. Il vincolo di esproprio si è protratto quindi per 23 anni.

Il Consiglio amministrativo di Stoccolma, però, dall'11 giugno 1954 impose su i terreni di cui in narrativa anche un divieto di costruire. Divieto che in ragione di continue proroghe si protrae fino al 1° luglio 1979.

Il secondo ricorso è stato introdotto dalla sig.ra I. M. Lönnroth anch'ella residente in Stoccolma, dove nel quartiere di Nedre Norrmalm era proprietaria per i tre quarti di un immobile sito in "Barnhuset n° 6" comprendente due edifici del 1887-1888. Il permesso di esproprio e di interdizione a costruire riguarda dal 24 settembre 1971 anche la proprietà della sig.ra I. M. Lönnroth. Quest'ultima, ritenendo che il suo immobile avesse bisogno di riparazioni urgenti, si rivolse all'autorità competente per ottenere il ritiro del permesso di espropriare. Il Governo il 3 maggio 1979 annulla il permesso.

Nei ricorsi in narrativa veniva lamentata, tra le altre la violazione dell'art. 6 della Convenzione Europea della salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali. A sostegno di tale fatto le parti affermavano come le loro doglianze relative al permesso di espropriare che colpiva i loro immobili, non erano state mai giudicate da tribunali svedesi, né la normativa del loro paese avrebbe permesso alcun reclamo in questo senso.

I lunghi termini accordati in materia di rilascio o proroga, inoltre, non erano compatibili con la legge svedese e con il termine di un anno per la citazione a comparire dinanzi al Tribunale fondiario. Le decisioni governative di rilascio e proroga dei permessi non erano, poi, nell'ordinamento svedese, suscettibili di ricorso dinanzi alle giurisdizioni amministrative. L'unico rimedio possibile per i proprietari consisteva nell'invitare la Corte amministrativa suprema a riaprire la procedura. L'avvio di tale procedimento, non inerente il merito della questione, rappresentava, peraltro, una via di ricorso straordinaria e scarsamente utilizzata.

Acìò si sommava l'impossibilità per gli stessi interessati di chiedere agli organi di giustizia svedese la riparazione del pregiudizio causato dai permessi di espropriare e dalle interdizioni a costruire.

Nonché i ricorrenti lamentavano come la durata dei permessi di esproprio e la loro proroga non fosse conforme alla legge del 1917.

Per quel che interessa maggiormente in questa sede la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che i permessi di espropriare relativi agli immobili dei ricorrenti avevano colpito un diritto di natura civile. A parere dei Giudici della Corte il diritto di proprietà dei ricorrenti nel caso di specie gode senza alcun dubbio di natura civile, e rientra a pieno titolo nella qualificazione di cui all'art. 6 CEDU.

Tale considerazione supera l'appunto fatto da alcuni giudici dissenzianti nel corso della presente causa, i quali sostenevano la non natura "civile" del diritto di proprietà nel rapporto con i pubblici poteri e degli interessi di cui essi sono portatori. A parere di questi giudici non rientrerebbero nell'applicazione dell'art. 6 § 1 gli atti rilevanti del diritto pubblico o amministrativo dominati da considerazioni di interesse generale e determinati principalmente da ragioni di ordine politico. Questi elementi sarebbero entrambi presenti nel caso in esame. I permessi di espropriare obbedirebbero interamente al diritto pubblico, nonché a considerazioni svolte nell'interesse generale. Gli stessi atti riguarderebbero, inoltre, i ricorrenti non a titolo privato, ma come proprietari di immobili situati in una precisa zona di Stoccolma interessata da certi provvedimenti. Tali atti, pertanto, sarebbero non direttamente determinanti per il diritto privato, quanto invece diritti riconosciuti alla città di Stoccolma dal diritto pubblico.

Considerazioni analoghe vengono svolte per le interdizioni a costruire. Le restrizioni sarebbero espressione del potere di una amministrazione di organizzare il proprio assetto territoriale. È necessario pertanto inquadrare tali restrizioni nel loro contesto, in quanto elementi del processo urbanistico. Nonché la decisione relativa alla durata dei permessi ad espropriare e d'interdizione a costruire non rappresenta una contestazione in materia di diritti di carattere civile, in quanto la semplice fissazione del termine per permessi di espropriare non è per nulla decisiva per la sopravvivenza di tali diritti, rimanendo conseguentemente fuori dall'applicazione dell'art. 6 § 1.

In fine per i giudici ricordati, l'applicazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione a tutti i casi in cui le decisioni adottate nell'interesse generale comportano una violazione di diritti di carattere privato, fornirebbe una garanzia di controllo giudiziario degli atti governativi ed amministrativi praticamente illimitata.

Per la maggioranza dei giudici della Corte, però, una siffatta interpretazione non incarnava lo spirito dell'art. 6 § 1 e sarebbe incompatibile con molte situazioni giuridiche presenti in numerosi Stati parte della Convenzione.

La procedura di espropriazione ⁽¹⁾, invero, tocca con certezza un diritto di carattere civile. Non può negarsi, pertanto, che le decisioni delle Autorità svedesi abbiano comportato una violazione al diritto di proprietà dei ricorrenti. La durata dei permessi di espropriare avevano una portata diretta e limitativa del diritto di proprietà dei ricorrenti. Vi era stata pertanto una lesione di un diritto di natura civile che apriva le porte al ricorso innanzi all'organo giurisdizionale CEDU per violazione dell'art. 6.

In una decisione della Corte di poco anteriore alla presente ⁽²⁾, si è precisato che l'art. 6 § 1 non è applicabile solo a procedure d'esproprio che hanno già avuto inizio, ma lo stesso può essere invocato anche da coloro i quali – reputando illegale un'ingerenza nell'esercizio di uno dei propri diritti di natura civile – ritengono di non aver avuto la possibilità di sottoporre alcuna contestazione di fronte ad un tribunale che garantisse loro le tutele di cui all'art. 6 § 1. In questo senso non rileva se l'atto che si reputa lesivo sia stato emesso da autorità amministrative competenti in materia ⁽³⁾.

Nel caso in esame, i ricorrenti sottolineavano proprio la loro impossibilità di adire un tribunale che fosse competente a giudicare la situazione creata dal rilascio o dalla proroga dei permessi di espropriare ⁽⁴⁾.

Dall'esame della vicenda era palese che le situazioni della successione Sporrong e della sig.ra Lönnroth non avevano avuto la possibilità di essere esaminate da un tribunale che godesse di piena giurisdizione. Per tale ragione, la Corte ravvisava una violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione, da parte dello Stato convenuto ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ In tema di procedimenti di espropriazione o le istanze relative a decisioni in materia di urbanistica, a licenze edilizie e, più in generale, a decisioni riguardanti l'uso o il godimento di beni. Si veda, per esempio, Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 aprile 1990, *Ettl e altri / Austria, Erkner e Hofauer / Austria e Poiss / Austria*, in *Racc.*, serie A, 17, 1-A e Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson / Svezia*, cit.; Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 giugno 1990, *Skárby/Svezia*, in *Racc.*, 1990, Serie A, 180-A e 180-B, nonché *Le Compte, Van Leuven e De Megere*, 23 giugno 1981, serie A n° 43, 20, par. 44, con rinvio alla decisione *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n° 18.

⁽²⁾ *Le Compte, Van Leuven e De Megere*, 23 giugno 1981, serie A n° 43, 20, par. 44, con rinvio alla decisione *Golder* del 21 febbraio 1975, serie A n° 18.

⁽³⁾ Cfr. Tra le tante con *Ringelsen* del 16 luglio 1971, serie A n° 13, 39, par. 94, e la decisione *König* del 28 giugno 1978, serie A n° 27, 32, par. 94.

⁽⁴⁾ Nel diritto interno sulla effettiva tutela dei privati nei progetti di opere pubbliche, si veda Cons. Stato, sez. IV, 24 luglio 2003, n. 4239; in tema di occupazione appropriativa si veda C. Cass., sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853; sul concetto di area edificabile Cass. civ., sez. I, 6 giugno 2003, n. 9096 e Cass. civ., sez. I, 21 maggio 2003, n. 7953.

⁽⁵⁾ Si veda anche Corte europea dei diritti dell'uomo, *König c. Germania*, 28 giugno 1978, ivi, serie A n° 27, 30, § 90; *Ringelsen c. Austria*, 16 luglio 1971, ivi, serie A, n°

La nozione di violazione di un obbligo o di un diritto civile regola l'accesso dei privati al controllo sull'operato degli organi statali, siano essi giurisdizionali che amministrativi, nei termini e nei modi dell'articolo 6 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo sul giusto processo. L'articolo 6 cit. costruisce il rapporto tra garanzia ad un processo equo e violazione dei diritti ed obblighi civili in termini di diritto all'azione.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ad oggi elaborato una nozione di *diritti civili* e relativi *obblighi* estremamente ampia, sicuramente non circoscritta a soli schemi del diritto soggettivo o del *right*. Nel tempo, infatti, la giurisprudenza ha fornito una lettura che affianca al concetto di diritto in senso stretto la presenza di posizioni giuridiche soggettive che nella tradizione europea non ricoprono il significato proprio di diritto.

L'operazione interpretativa della Corte non ha portato, in ogni caso, ad una definizione specifica e diretta di cosa debba intendersi per *civil rights and obligations*.

Sono «*whithout doubt a civil rights*» il diritto di proprietà e le facoltà tipicamente ad esso connesse, ad esempio la possibilità di costruire sul proprio terreno⁽⁶⁾. Ai giudici lussemburghesi non sfugge in ogni caso che, nei diversi ordinamenti giuridici, spesso il diritto di proprietà possa essere compreso – o in qualche maniera limitato – attraverso l'attività autoritativa delle pubbliche amministrazioni. La presenza, infatti, di un potere espropriativo in capo alle amministrazioni, così come le limitazioni imposte al diritto di proprietà dalle normative relative ai vincoli paesaggistici o ai limiti di edificabilità, non privano la proprietà del suo carattere civile⁽⁷⁾.

VALENTINA COLCELLI

13, 39, § 94., così come si veda Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 25 ottobre 1989, *Allan Jacobsson / Svezia*, cit., par. 34.

⁽⁶⁾ A. TAMIETTI, *La nozione di diritti e obbligazioni di carattere civile ai sensi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Giustizia*, 1-2, 2000, 134.

⁽⁷⁾ L. MUSSELLI, *L'occupazione appropriativa non contrasta con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo: le Sezioni Unite della Cassazione e la tecnica del distinguishing* (nota a C. Cass., Sez. un., 6 maggio 2003, n. 6853), in *Riv. giur. edil.*, 2004, f. 2, 571 ss.; G. SCIULLO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sanziona l'occupazione appropriativa* (nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. II, 30 ottobre 2003), in *Urb. e app.*, 2004, f. 3, 290 ss.; R. CONTI, *Corte dei diritti dell'uomo e occupazione illegittima atto secondo: il risarcimento del danno in forma specifica* (nota a Corte europea dei diritti dell'uomo 30 ottobre 2003), in *Corr. giur.*, 2004, f. 6, 734 ss.

CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO – sent. 26 marzo 1992
– Éditions Périscope c. Francia – *Requête* n. 11760/85

Diritti e obblighi di natura civile – Risarcimento del danno

Le situazioni individuali che rientrano nella nozione di diritti ed obblighi di natura civile sono strumentali alla realizzazione, anche attraverso la garanzia dell'accesso all'azione innanzi alla Corte, dei diritti riconosciuti dal Trattato. La giurisprudenza lussemburghese classifica come civili le controversie aventi ad oggetto l'azione di risarcimento danni, anche se svolte davanti alle giurisdizioni amministrative. La qualificazione di un diritto come civile non passa attraverso lo status giuridico delle parti del procedimento (1).

(1) Diritti e obblighi a carattere civile e risarcimento da inadempimento della pubblica amministrazione

La decisione del 26 marzo 1992, *Editions Periscope c. Francia*, è stata promossa da “Les Éditions Périscope” che lamentava l'eccessiva durata dell'azione intrapresa dapprima dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi e dopo davanti al Consiglio di Stato, allegando una violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione.

La società in questione aveva l'intenzione di creare una rivista denominata “*Périscope de l'usine et du bureau*”, con lo scopo di analizzare nuovi prodotti industriali offrendo così un “servizio lettori integrato”. Il tipo di periodico in questione era ancora sconosciuto in Francia. Per tale ragione la richiesta fatta dalla casa editrice alla Commissione paritaria delle pubblicazioni e agenzie di stampa di rilasciare alla rivista un certificato di iscrizione come organo di stampa, per beneficiare degli abbattimenti fiscali e di tariffe postali preferenziali, era stata rifiutata. Tale fatto incideva pesantemente sui costi della società.

Con ricorso del 12 novembre 1976 dinanzi al Tribunale amministrativo di Parigi, la società editrice denunciava le “colpe del servizio pubblico” che l'avevano condotta a cessare la pubblicazione di “*Périscope de l'usine et du bureau*” e ad interrompere le sue attività. Il Consiglio di Stato adito, inoltre, a detta della ricorrente non avrebbe costituito un tribunale imparziale. Due dei suoi membri avrebbero conosciuto il caso già da prima della sua iscrizione; nella decisione, inoltre, non veniva riportato il nome dei magistrati giudicanti, né si riproduceva, nel testo notificato, una breve esposizione degli argomenti delle parti che figuravano nella versione manoscritta.

Nel presente caso, l'esistenza di una contestazione non è in discus-

sione, mentre lo stesso non vale per il suo oggetto. Secondo il Governo, infatti, la controversia riguardava esclusivamente l'applicazione di regole relative all'ottenimento degli sgravi fiscali e delle agevolazioni postali, cioè il diritto a beneficiare di vantaggi riservati a determinate pubblicazioni. A parere della società ricorrente, al contrario, si trattava di un contenzioso di piena giurisdizione, che metteva in causa la responsabilità dell'Autorità pubblica.

Per la parte della sentenza che interessa, al centro della contestazione innanzi alle giurisdizioni amministrative francesi vi era il diritto ad un indennizzo discendente da una attività colposa dell'amministrazione. Dal supposto diritto al risarcimento del danno derivava un'azione rivolta ad accertare la responsabilità dello Stato, e successivamente diretta ad ottenere la liquidazione del danno subito dal privato.

Per la Corte poco rileva, come affermava dal Governo convenuto, il fatto che la *Éditions Périscope* avrebbe dovuto ricorrere nel 1964 contro la decisione della Commissione paritaria delle pubblicazioni e agenzie di stampa, che aveva rigettato la richiesta di rilasciare alla rivista un certificato di iscrizione piuttosto che utilizzare tardivamente la "scappatoia" del ricorso per risarcimento dei danni. Al pari della Commissione, prima di lei, la Corte ritiene che il processo dinanzi alle giurisdizioni interne tendeva alla riparazione del danno che lo Stato convenuto avrebbe causato alle *Éditions Périscope* rifiutando loro i benefici consentiti dal medesimo Stato alle imprese concorrenti.

Ai fini dell'applicabilità dell'art. 6, § 1, CEDU è sufficiente determinare se le argomentazioni dedotte dalle *Éditions Périscope* presentavano un grado sufficiente di serietà, senza soffermarsi sull'eventualità che i suddetti argomenti trovassero una giustificazione giuridica nella legislazione francese o se vi fosse una diversa base giuridica idonea ad offrire migliori *chances* di successo.

Sul punto in questione sostengono i Giudici della Corte di Strasburgo, che l'art. 6, § 1 inerisce le "contestazioni" relative a "diritti" sicuramente di carattere civile che si può dire ragionevolmente riconosciuti nel diritto interno, indipendentemente dal fatto che siano o meno protetti anche dalla Convenzione⁽¹⁾. È da notare che le due giurisdizioni interne adite hanno riconosciuto la ricevibilità dell'azione; valutando l'eventualità di una mancanza imputabile ai poteri pubblici, esse si pronunciarono nel merito della controversia⁽²⁾.

Ritenendo che l'oggetto dell'azione fosse "patrimoniale" e che si

⁽¹⁾ Cfr., tra le altre, la decisione Corte europea dei diritti dell'uomo, *Neves e Silva c. Portogallo* del 27 aprile 1989, serie A n° 153-A, 14, par. 37.

⁽²⁾ Cfr., Corte europea dei diritti dell'uomo *Neves e Silva*, cit., par. 37.

basasse su una violazione di diritti anch'essi di natura patrimoniale, i Giudici di Strasburgo hanno affermato che il diritto in questione rivestiva comunque un carattere civile, nonostante l'origine della vertenza e la competenza delle giurisdizioni amministrative⁽³⁾.

Concludendo per l'applicabilità dell'art. 6 della Convenzione EDU al caso di specie, la Corte Europea dei diritti dell'uomo hanno, infine, ritenuto con riguardo al mancato rispetto di un termine ragionevole, che il carattere ragionevole della durata di una procedura doveva apprezzarsi con riguardo ai criteri desumibili dalla sua giurisprudenza e seguendo le circostanze della causa. Nel caso di specie, in particolare, non si riscontrava alcuna complessità particolare tale da giustificare il protrarsi della situazione dinanzi alle competenti giurisdizioni interne – Tribunale amministrativo di Parigi e Consiglio di Stato – per un periodo di quasi nove anni. Conseguentemente, i Giudici di Strasburgo hanno riconosciuto, all'unanimità, una violazione dell'art. 6 par. 1 CEDU.

Le situazioni individuali che rientrano nella nozione di diritti ed obblighi di natura civile sono strumentali alla realizzazione, anche attraverso la garanzia dell'accesso all'azione innanzi alla Corte, dei diritti riconosciuti dal Trattato.

La ricerca di un criterio interpretativo della espressione *diritti e obblighi a carattere civile* conduce ad evidenziare immediatamente come la formula in esame non sia ascrivibile, o almeno non lo sia completamente, alla tradizionale alternativa tra le nozioni di diritto privato e diritto pubblico.

La giurisprudenza lussemburghese classifica come civili le controversie aventi ad oggetto l'azione di risarcimento danni, anche se svolte davanti alle giurisdizioni amministrative. Che è quanto accade nel caso in *Editions Periscope c. Francia* dove la questione relativa alla violazione di *diritti e obblighi a carattere civile* è connessa ad un'ipotesi di indennizzo promossa per inadempienza nei confronti di una pubblica amministrazione.

Da ciò si desume che la qualificazione di un diritto come civile non passa attraverso lo *status* giuridico delle parti del procedimento.

Infatti, è ormai assolutamente costante l'orientamento giurisprudenziale europeo per cui la qualificazione di una posizione giuridica come civile prescinde dal dato che entrambe le parti siano soggetti privati.

Lo Stato o una sua amministrazione possono essere convenuti in un procedimento nel quale si discute di un diritto che può essere qualificato

⁽³⁾ Cfr., le decisioni Corte europea dei diritti dell'uomo, *Ringeisen c. Austria* del 16 luglio 1971 e *König c. Germania* del 28 giugno 1978, serie A n° 13, 39, par. 94, e n° 27, 30, par. 90.

come “civile”; ciò, sia che le parti agiscano come una persona privata, sia quando operino nell’esercizio dei loro poteri di imperio⁽⁴⁾.

L’esercizio di un pubblico potere da parte di un ente non è idoneo a sottrarre la fattispecie oggetto della controversia dalla qualificazione di diritto avente carattere civile ai sensi del art. 6, § 1 CEDU.

In tali casi diventa fondamentale per la Corte, che deve pronunciarsi sulla natura civile o meno dei diritti e delle obbligazioni dinanzi ad essa dedotte, determinare se siano in gioco interessi patrimoniali dell’individuo.

VALENTINA COLCELLI

⁽⁴⁾ G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell’interesse legittimo: progresso o regresso del sistema? Il diritto processuale amministrativo*, 2009, 1; M. FORNACIARI, *Lesione di interessi legittimi: risarcimento del danno e annullamento dell’atto*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2009, fasc. 2, 334-376; V. COLCELLI, *Risarcimento del danno da comportamento della pubblica amministrazione e riparto di giurisdizione*, in questa Rivista, 2, 2007, 1037 ss.

Finito di stampare
nel mese di Dicembre 2012
da Guerra guru srl - Perugia

