

# GIURISPRUDENZA ITALIANA

Marzo 2011

## Direzione

Adolfo Angeletti - Sergio Chiarloni - Benedetto Conforti - Giovanni Conso  
Gastone Cottino - Franco Modugno - Mattia Persiani - Pietro Rescigno - Francesco Tesauro

## Comitato di Direzione

Emilio Balletti - Chiara Besso - Marina Brollo - Oreste Cagnasso - Roberto Caranta  
Franco Carinci - Paolo Carnevale - Raffaele Caterina - Alfonso Celotto  
Claudio Consolo - Pasquale Costanzo - Vincenzo Cuffaro - Maria Cecilia Fregni  
Francesco Gabriele - Alfredo Gaito - Glauco Giostra - Pietro Lambertucci  
Sandro Mainardi - Michel Martone - Pier Giuseppe Monateri  
Marco Ricolfi - Marco Ruotolo - Achille Saletti - Giuseppe Santoro-Passarelli  
Marcella Sarale - Salvatore Patti - Roberto Pessi - Michele Sesta - Sergio Vinciguerra  
Giovanna Visintini - Roberto Weigmann

## Redazione giudiziaria

Paolo L. Carbone - Giorgio Fidelbo - Francesco Antonio Genovese  
Alberto Giusti - Rossana Mancino - Elisabetta Rosi - Luigi A. Scarano

## Recentissime a cura di:

Paolo L. Carbone - Giacomo Fumu - Raffaele Greco  
Antonio Jannarelli - Marco Ruotolo - Nicola Scannicchio

## Comitato di redazione

Niccolò Abriani - Marco Aiello - Stefano Ambrosini - Cristina Angeloni - Ettore Battelli  
Giulia Bertolino - Angelo Bertolotti - Mia Callegari - Guido Canale - Emanuele Canavese  
Antonio Carratta - Maurizio Cavanna - Tilde Cavaliere - Stefano Cerrato - Alessandro Cogo  
Riccardo Conte - Filippo Corsini - Massimo D'Auria - Eva Desana - Antonio Didone  
Margherita Dominici - Paola Ferrari - Carlo Fiorio - Paolo Fiorio - Giorgio Frus  
Chiara Gabrielli - Federico Girelli - Filippo Giunchedi - Fabio Iozzo  
Maurizio Irrera - Sergio Luoni - Matteo Lupano - Enrico Marellò - Valerio Mario  
Silvia Mirate - Alessandro Monteverde - Pier Luca Nela - Annalisa Pessi  
Barbara Petrazzini - Giovanna Razzano - Simona Rodriguez - Alberto Ronco  
Salvatore Sanzo - Anna Saraceno - Bruno Sassani - Valeria Seghetti - Giovanni Serges  
Massimo Siclari - Marina Spiotta - Alessandro Turchi - Davide Turrone

**Responsabile di redazione:** Lorenzo Gnavi Berteà

Selezione delle sentenze a cura di Simone Ferrari

## RICHIESTA DI ESTRATTI IN FORMATO ELETTRONICO (PDF)

Dal 2008 la Casa Editrice ha cessato di inviare agli Autori di note a sentenza titolate e firmate i tradizionali estratti cartacei; questi sono stati sostituiti dai più funzionali estratti in formato elettronico (PDF) che, oltre alla nota dell'Autore, riproducono fedelmente: l'intestazione della Parte della rivista, i nomi del Direttore e dei membri del Comitato di Direzione e l'Indice sommario degli Autori e delle note.

Coloro che desiderano ricevere gli estratti in formato elettronico (PDF) delle proprie note a sentenza o dei propri articoli di Dottrina, dovranno farne richiesta al seguente indirizzo di posta elettronica: [lorenzo.gnavi@wki.it](mailto:lorenzo.gnavi@wki.it), avendo cura di citare l'anno, il mese e la Parte del fascicolo ove risultano pubblicati gli scritti che interessano.

---

## SEGNALAZIONI DI PROVVEDIMENTI DI LEGITTIMITÀ E DI MERITO

La Redazione di GIURISPRUDENZA ITALIANA invita i propri Lettori Magistrati ed Avvocati ad inviarle quei provvedimenti emessi dalle varie Magistrature dello Stato che per l'importanza degli argomenti trattati e per la peculiarità delle interpretazioni giurisprudenziali contenute meritano di essere pubblicati su questa Rivista.

Il testo completo dei provvedimenti potrà essere inviato:

- o via e-mail a: [lorenzo.gnavi@wki.it](mailto:lorenzo.gnavi@wki.it)
- oppure per posta a:

GIURISPRUDENZA ITALIANA  
dott. Lorenzo Gnavi Bertea

C.so Vittorio Emanuele II n. 44 - C.A.P. 10123 - Torino

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

GIURISPRUDENZA ITALIANA ringrazia i propri Lettori per la preziosa collaborazione.

---

### Direttore responsabile:

Antonella Loporchio  
Registrata al n. 321 della Cancelleria  
del Tribunale di Torino in data  
7 settembre 1948  
© 2011 Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Strada I, Palazzo F6  
20090 Milanofiori - Assago (MI)

### Redazione:

Corso Vittorio Emanuele II, n. 44  
10123 Torino  
Telefono: 011.81.82.26.00  
Telefax: 011.81.82.23.01  
Sito Internet: [www.utetgiuridica.it](http://www.utetgiuridica.it)  
e-mail: [info@wki.it](mailto:info@wki.it)

Redazione: Lorenzo Gnavi Bertea

Ufficio Tecnico: Giuseppe Milano

Composizione: Sinergie Grafiche S.r.l. - Torino

Stampa: Roto 2000 S.p.A. - Casarile (MI)

Per informazioni in merito a contributi, articoli e argomenti trattati, scrivere a:  
[lorenzo.gnavi@wki.it](mailto:lorenzo.gnavi@wki.it)

### UFFICIO ABBONAMENTI

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti  
V.le M. Illo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA  
Telefono: 199.100.120  
(costo massimo € 0,1425 al minuto da rete fissa  
senza scatto alla risposta e da rete mobile legato  
all'operatore utilizzato)  
Fax: 199.100.150  
e-mail: [servizioclienti@wki.it](mailto:servizioclienti@wki.it)  
Per comunicazioni con l'Ufficio Abbonamenti  
(cambio indirizzo, richiesta arretrati, ecc.), è utile  
indicare il codice cliente.

### CONDIZIONI DI ABBONAMENTO

Abbonamento per il 2011  
(11 fascicoli + Indici e accesso al sito [www.giurit.it](http://www.giurit.it))  
Italia: € 279,00  
Estero: € 558,00  
Fascicolo singolo: € 36,00  
Raccoglitore annate: € 25,00

Le richieste possono essere inoltrate:

- alle Agenzie operanti sul territorio nazionale
- a Wolters Kluwer Italia S.r.l.  
Ufficio Abbonamenti

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

Le richieste prive di pagamento non saranno prese in considerazione.

### MODALITÀ DI PAGAMENTO

Il pagamento può essere effettuato attraverso:

- versamento mediante bollettino postale:  
c/c postale n. 467100 intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - UTET Giuridica Abbonam. Periodici - V.le M. Illo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA
- bonifico bancario:

INTESASANPAOLO - Ag. 14 ROMA - IBAN IT 32 030 6905 0706 1522 2314 167.

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

### ARRETRATI

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

### RINNOVO DELL'ABBONAMENTO

L'abbonamento si intende rinnovato se non viene disdetto a mezzo raccomandata A.R. da inviare entro 60 giorni dal mese di scadenza a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Ufficio Abbonamenti - Viale Maresciallo Pilsudski, 124 - 00197 ROMA. Il rinnovo comporterà il pagamento del prezzo di abbonamento alle condizioni di vendita in vigore all'atto del rinnovo stesso.

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

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

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

Publicato l'8 aprile 2011

*Egregio Abbonato,*  
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30.6.2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori, Strada 1, Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un fax al numero: 02.82.476.403.

## Indice sommario

### Centocinquant'anni dall'Unità d'Italia e di "Giurisprudenza Italiana"

Le radici della memoria, di PIETRO RESCIGNO .....	493
Lo Stato unitario e la <i>Giurisprudenza Italiana</i> , di GIAN SAVINO PENE VIDARI .....	494

### Recentissime dalla Corte costituzionale

POSTACELERE — RESPONSABILITÀ DEL GESTORE DEL SERVIZIO: CORTE COSTITUZIONALE, 11 febbraio 2011, n. 46 .....	505
REGIONE PUGLIA — STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE SANITARIO DIRIGENZIALE: CORTE COSTITUZIONALE, 11 febbraio 2011, n. 42 .....	505
ISTRUZIONE PUBBLICA — INSEGNANTI PRECARI: CORTE COSTITUZIONALE, 9 febbraio 2011, n. 41 .....	506

### Recentissime dalla Cassazione civile

CONCORSO INTERNO PER IL PASSAGGIO DA UN LIVELLO ALL'ALTRO, CON NOVAZIONE DEL RAPPORTO: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 16 febbraio 2011, n. 3816 .....	507
RECESSO DEL PROMITTENTE VENDITORE — SUCCESSIVO GIUDIZIO CON FALLIMENTO DEL DEBITORE: CASSAZIONE CIVILE, II SEZ., 15 febbraio 2011, n. 3728 .....	508
ICI SU FABBRICATI DI IMPRESE — DOMANDA DI ACCATASTAMENTO — DIRITTO AL RIMBORSO: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 15 febbraio 2011, n. 3666 .....	509
VALLI DA PESCA DELLA LAGUNA VENETA — BENE PUBBLICO NECESSARIO: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 14 febbraio 2011, n. 3665 .....	509
RICONOSCIMENTO IN ITALIA DI ADOZIONE DI MINORE AVVENUTA ALL'ESTERO DA PARTE DI UN SINGOLO: CASSAZIONE CIVILE, I SEZ., 14 febbraio 2011, n. 3572 .....	510
TRASPORTO MARITTIMO — DANNI ALLA MERCE — DEROGA ALLA GIURISDIZIONE: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 14 febbraio 2011, n. 3568 .....	511
RISERVATEZZA — TRATTENIMENTO DI ATTI DA PARTE DEL LEGALE REVOCATO MA NON PAGATO: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 8 febbraio 2011, n. 3033 .....	512
ACCORDO TRA PRIVATO E COMUNE SULLA CESSIONE DI AREE IN CAMBIO DI LOTTIZZAZIONI: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 3 febbraio 2011, n. 2546 .....	513
COLLEGATO LAVORO — INDENNITÀ PREDEFINITA — RIMMISSIONE ALLA CONSULTA: CASSAZIONE CIVILE, SEZ. LAV., 28 gennaio 2011, n. 2112 .....	514
DANNI SUBITI DAL BENE CONCESSO IN LEASING — LEGITTIMAZIONE DELL'UTILIZZAZIONE: CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 12 gennaio 2011, n. 534 .....	516

### Recentissime dalla Cassazione penale

ESECUZIONE: CASSAZIONE PENALE, I SEZ., 22 febbraio 2011 (ud. 18 gennaio 2011), n. 6559	517
ESTRADIZIONE: CASSAZIONE PENALE, VI SEZ., 14 febbraio 2011 (ud. 26 gennaio 2011), n. 5580	518
ORDINAMENTO PENITENZIARIO: CASSAZIONE PENALE, I SEZ., 8 febbraio 2011 (ud. 21 gennaio 2011), n. 4522 .	518
DECRETO DI CITAZIONE: CASSAZIONE PENALE, VI SEZ., 4 febbraio 2011 (ud. 25 gennaio 2011), n. 4415	519
PROVE: CASSAZIONE PENALE, II SEZ., 31 gennaio 2011 (ud. 26 novembre 2010), n. 3315 .....	519

### Recentissime dal Consiglio di Stato

CONTRATTI DELLA P.A.: CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 22 febbraio 2011, n. 1090 .....	520
GIURISDIZIONE E COMPETENZA: CONSIGLIO DI STATO, IV SEZ., 16 febbraio 2011, n. 1014 .....	520
EDILIZIA E URBANISTICA: CONSIGLIO DI STATO, IV SEZ., 16 febbraio 2011, n. 1013 .....	521
PROCESSO AMMINISTRATIVO: CONSIGLIO DI STATO, VI SEZ., 16 febbraio 2011, n. 996 .....	522
CONTRATTI DELLA P.A.: CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 15 febbraio 2011, n. 962 .....	522
ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI: CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 14 febbraio 2011, n. 942 .....	523
PROCESSO AMMINISTRATIVO: CONSIGLIO DI STATO, VI SEZ., 11 febbraio 2011, n. 916 .....	523
CONTRATTI DELLA P.A.: CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 8 febbraio 2011, n. 857 .....	524

### Recentissime dalle Corti europee

OBBLIGHI IMPOSTI ALLE IMPRESE DESIGNATE PER LA FORNITURA DEL SERVIZIO UNIVERSALE: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa C-16/10) .....	525
ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA FISSAZIONE DI TARIFFE PER PRESTAZIONI ADSL: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa C-52/09) .....	526
TRASMISSIONI TELEVISIVE DI EVENTI SPORTIVI: TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa T-385/07) ..	527
RIDUZIONI DELLE ALIQUOTE SULLE SUCCESSIONI TRA ENTI SENZA SCOPO DI LUCRO RESIDENTI E NON: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, II SEZ., 10 febbraio 2011 (in causa C-25/10) .....	528
TUTELA DEI CREDITI DA LAVORO SUBORDINATO IN CASO DI INSOLVENZA DATORIALE: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, II SEZ., 10 febbraio 2011 (in causa C-30/10) .....	529
SULL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE AI DISEGNI E MODELLI DIVENUTI DI PUBBLICO DOMINIO: CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 27 gennaio 2011 (in causa C-168/09) .....	530

## Diritto Costituzionale

MANDATO DI ARRESTO EUROPEO:	CORTE COSTITUZIONALE, 24 giugno 2010, n. 227 .....	531
MATRIMONIO OMOSESSUALE:	CORTE COSTITUZIONALE, 15 aprile 2010, n. 138 .....	537
	<b>La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso</b> di PAOLO BIANCHI	

## Diritto Civile

APPALTI PUBBLICI:	CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZ., 30 settembre 2010 (in causa C-314/09) .....	543
RETROATTIVITÀ DELLA PRESCRIZIONE:	CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, IV SEZ., 15 aprile 2010 (in causa C-542/08) .....	546
	<b>L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE</b> , di LORENZO BAI RATI	
INDENNITÀ PER L'AVVIAMENTO: PRELIMINARE "AD EFFETTI ANTICIPATI":	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 30 aprile 2010, n. 10615 .....	550
	CASSAZIONE CIVILE, I SEZ., 1° marzo 2010, n. 4863 .....	552
	<b>Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione</b> , di FRANCESCO LONGOBUCCO	
CONTRATTO DI MUTUO:	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 16 febbraio 2010, n. 3589 .....	556
	<b>Mutuo di scopo e credito al consumo</b> , di FILIPPO VITTORIO LONGO	
PATTO SUCCESSORIO:	CASSAZIONE CIVILE, I SEZ., 12 febbraio 2010, n. 3345 .....	559
	<b>Divieto di patti successori e clausole statutarie c.d. di consolidazione</b> di VINCENZO CUFFARO	
LASCITO DI USUFRUTTO UNIVERSALE:	CASSAZIONE CIVILE, II SEZ., 26 gennaio 2010, n. 1557 .....	562
	<b>Sulla discussa natura del lascito di usufrutto universale</b> , di CLARA SGOBBO	
PERSONE FISICHE E GIURIDICHE:	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 21 gennaio 2010, n. 982 .....	564

## Diritto Commerciale

APERTURA DI CREDITO APPARENTE:	CASSAZIONE CIVILE, I SEZ., 11 novembre 2010, n. 22915 .....	567
	<b>L'apertura di credito tra "apparenza" e realtà</b> , di MARINA SPIOTTA	
AMMINISTRATORE UNICO DI S.R.L.:	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 4 ottobre 2010, n. 20597 .....	570
ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ:	CASSAZIONE CIVILE, I SEZ., 16 luglio 2010, n. 16758 .....	571
SOSTITUZIONE DEL LIQUIDATORE:	TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2011 .....	573
FINANZIAMENTI DEI SOCI DI S.R.L.:	TRIBUNALE MILANO, 10 gennaio 2011 .....	574
DIMISSIONI DEL SINDACO:	TRIBUNALE MILANO, VIII SEZ., 2 agosto 2010 (decreto) .....	577
	<b>Cessazione di un sindaco e sua efficacia, tra "vecchio" e "nuovo" diritto</b> di MAURIZIO CAVANNA	
DIRITTO D'AUTORE E PUBBLICITÀ:	TRIBUNALE TORINO, 28 luglio 2010 .....	579
	<b>Nota in tema di slogan e di sua tutelabilità quale opera dell'ingegno</b> di LAURA MILLANO	
RESPONSABILITÀ E REVOCA AMMINISTRATORI:	TRIBUNALE TORINO, I SEZ., 10 maggio 2010 (ordinanza) .....	585
AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ:	TRIBUNALE MILANO, 2 settembre 2010 .....	587

## Diritto del Lavoro

TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE:	CASSAZIONE CIVILE, SEZ. LAV., 18 maggio 2010, n. 12097 .....	589
	<b>Trasferimento del lavoratore: requisiti topografici e profili di legittimità</b> di IRENE DI SPILIMBERGO	
LAVORO GIORNALISTICO:	APPELLO ROMA, SEZ. LAV., 17 luglio 2010, n. 2694 .....	593
	<b>Ancora sulla nozione di lavoro giornalistico</b> , di MATTIA PERSIANI	
MOBBING:	APPELLO BOLOGNA, SEZ. LAV., 8 giugno 2010 .....	599
	<b>Sulla definizione del mobbing e sua distinzione dalla discriminazione per motivi sindacali</b> , di FILIPPO OLIVELLI	

## Diritto Processuale Civile

REVOCAZIONE:	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 9 giugno 2010, n. 13834 .....	605
TARIFFA FORENSE:	CASSAZIONE CIVILE, SEZ. LAV., 3 giugno 2010, n. 13452 .....	608
	TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2010 .....	609
MANCATA SEGNALAZIONE DEL GIUDICE:	CASSAZIONE CIVILE, III SEZ., 27 aprile 2010, n. 10062 .....	614
PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE:	TRIBUNALE VARESE, 27 novembre 2009 (ordinanza) .....	619
	<b>Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali</b> , di GIORGIO FRUS	
DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO:	TRIBUNALE BELLUNO, 4 novembre 2009 .....	621

## Diritto Penale

ABUSO D'UFFICIO:	CASSAZIONE PENALE, VI SEZ., 22 ottobre 2010 (ud. 7 ottobre 2010), n. 37775 <b>Sull'abuso d'ufficio dell'impiegato postale</b> , di VALENTINA CARBONE	629
RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE:	CASSAZIONE PENALE, VI SEZ., 23 settembre 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 34345	632
ATTI PERSECUTORI:	CASSAZIONE PENALE, V SEZ., 5 luglio 2010 (ud. 2 marzo 2010), n. 25527 <b>Visione "minimalista" o "espansiva" della fattispecie di atti persecutori?</b> di ADELMO MANNA	633
DENUNCIA DI ASSEGNO SMARRITO:	CASSAZIONE PENALE, VI SEZ., 16 giugno 2010 (ud. 4 maggio 2010), n. 23273 <b>Falsa denuncia di avere smarrito un assegno bancario e calunnia</b> di STEFANO GRINDATTO	637
DROGA PRIVA DI PRINCIPIO ATTIVO:	CASSAZIONE PENALE, IV SEZ., 8 giugno 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 21814	640
PRELIEVO ABUSIVO DI ACQUE PUBBLICHE:	CASSAZIONE PENALE, V SEZ., 3 giugno 2010 (ud. 10 febbraio 2010), n. 21008	642
IL DOLO DELLA FRODE FISCALE:	CASSAZIONE PENALE, III SEZ., 7 maggio 2010 (ud. 17 marzo 2010), n. 17525 <b>Sull'elemento soggettivo del reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti</b> , di ANTONIO FRANCESCO MORONE	644

## Diritto Processuale Penale

GRAVITÀ INDIZIARIA:	CASSAZIONE PENALE, V SEZ., 27 settembre 2010 (ud. 29 aprile 2010), n. 34920	647
OMESSA COMPARIZIONE DEL QUERELANTE:	CASSAZIONE PENALE, V SEZ., 27 settembre 2010 (ud. 6 luglio 2010), n. 34904 <b>Omessa comparizione del querelante e remissione tacita della querela: fino a quando la prassi dei giudici di pace contrasterà con la giurisprudenza di legittimità?</b> , di ALESSANDRA GENTILE	648
INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI:	CASSAZIONE PENALE, I SEZ., 23 giugno 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 24161 <b>I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie</b> , di MARIO ANTINUCCI	652
CONFISCA DEL VEICOLO:	CASSAZIONE PENALE, SEZ. UN., 18 giugno 2010 (ud. 25 febbraio 2010), n. 23428 <b>Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada</b> di ROSSELLA GOVERNA	656
GIUDIZIO DIRETTISSIMO "OBBLIGATORIO":	CASSAZIONE PENALE, II SEZ., 26 febbraio 2010 (ud. 4 febbraio 2010), n. 7822	659

## Diritto Amministrativo

AIUTI DI STATO:	CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, I SEZ., 14 ottobre 2010 (in causa C-67/09)	661
RESPONSABILITÀ DELLA P.A.:	CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZ., 30 settembre 2010 (in causa C-314/09) <b>La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?</b> , di SALVATORE CIMINI	664
OMESSA DICHIARAZIONE DI MORALITÀ:	CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 9 novembre 2010, n. 7967	674
DANNO A BENE CULTURALE:	CONSIGLIO DI STATO, VI SEZ., 28 ottobre 2010, n. 7635	676
OFFERTE ANOMALE:	CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 28 ottobre 2010, n. 7631	679
CONCESSIONE EDILIZIA E VICINITAS:	CONSIGLIO DI STATO, VI SEZ., 20 ottobre 2010, n. 7591	682
CRITERI E REQUISITI DI AGGIUDICAZIONE:	CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 8 ottobre 2010, n. 7346	684
IDONEI DI CONCORSO PUBBLICO:	CONSIGLIO DI STATO, V SEZ., 1° ottobre 2010, n. 7244	686
NULLA OSTA PAESAGGISTICO:	CONSIGLIO DI STATO, VI SEZ., 27 agosto 2010, n. 5980	689
DASPO:	TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO, ROMA, I SEZ. TER, 29 ottobre 2010, n. 33070	692
CUMULO OGGETTIVO DI AZIONI:	TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDIA, MILANO, IV SEZ., 28 ottobre 2010, n. 7139	695
ACCESSO AGLI ATTI:	TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO, ROMA, III SEZ. TER, 9 ottobre 2010, n. 32736	696

## Diritto Tributario

CANCELLAZIONE DELLE SOCIETÀ:	CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIB., 20 ottobre 2010, n. 21510	699
	CASSAZIONE CIVILE, SEZ. TRIB., 13 ottobre 2010, n. 21195	699
PUBBLICITÀ DELLE SENTENZE TRIBUTARIE:	CASSAZIONE CIVILE, SEZ. UN., 27 gennaio 2010, n. 1629 (ordinanza) <b>Il regime di pubblicità delle sentenze delle Commissioni tributarie</b> di DAVIDE BORGNI	702

## Dottrina e Attualità giuridiche

<b>La prova per intercettazioni tra incertezze operative e incognite future</b> , di GIOVANNI CONSO e ALFREDO GAITO	713
---	-----

## Indice degli Autori

- MARIO ANTINUCCI, I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie, pag. 653.
- LORENZO BAIKATI, L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE, pag. 546.
- ALFREDO BARGI, Intercettazioni telefoniche: effettività della difesa e imprevedibilità delle decisioni di legittimità, pag. 729.
- PAOLO BIANCHI, La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso, pag. 537.
- DAVIDE BORGNI, Il regime di pubblicità delle sentenze delle Commissioni tributarie, pag. 704.
- VALENTINA CARBONE, Sull'abuso d'ufficio dell'impiegato postale, pag. 630.
- MAURIZIO CAVANNA, Cessazione di un sindaco e sua efficacia, tra "vecchio" e "nuovo" diritto, pag. 577.
- DANIELE CENCI, La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti, pag. 721.
- SALVATORE CIMINI, La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimento della P.A.?, pag. 664.
- VINCENZO CUFFARO, Divieto di patti successori e clausole statutarie c.d. di consolidazione, pag. 560.
- IRENE DI SPILIMBERGO, Trasferimento del lavoratore: requisiti topografici e profili di legittimità, pag. 520.
- CARLO FIORIO, Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive *de iure condendo*, pag. 734.
- GIORGIO FRUS, Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali, pag. 619.
- SANDRO FURFARO, In tema di contenuto dei decreti esecutivi, pag. 723.
- ALFREDO GAITO, La prova per intercettazioni: adempimenti formali ed omissioni sostanziali, pag. 713.
- ALESSANDRA GENTILE, Omessa comparizione del querelante e remissione tacita della querela: fino a quando la prassi dei giudici di pace contrasterà con la giurisprudenza di legittimità?, pag. 649.
- FILIPPO GIUNCHEDI, Rimedi minimi a tutela del diritto di difesa, pag. 719.
- ROSSELLA GOVERNA, Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada, pag. 657.
- STEFANO GRINDATTO, Falsa denuncia di avere smarrito un assegno bancario e calunnia, pag. 638.
- NADIA E. LA ROCCA, Intercettazioni, utilizzo di impianti esterni, instradamento: garanzie tecniche e prassi devianti, pag. 731.
- FILIPPO VITTORIO LONGO, Mutuo di scopo e credito al consumo, pag. 556.
- FRANCESCO LONGOBUCCO, Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione, pag. 552.
- ADELMO MANNA, Visione "minimalista" o "espansiva" della fattispecie di atti persecutori?, pag. 634.
- LAURA MILLANO, Nota in tema di *slogan* e di sua tutelabilità quale opera dell'ingegno, pag. 581.
- ANTONIO FRANCESCO MORONE, Sull'elemento soggettivo del reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, pag. 645.
- FILIPPO OLIVELLI, Sulla definizione del *mobbing* e sua distinzione dalla discriminazione per motivi sindacali, pag. 601.
- GIAN SAVINO PENE VIDARI, Lo Stato unitario e la *Giurisprudenza Italiana*, pag. 494.
- MATTIA PERSIANI, Ancora sulla nozione di lavoro giornalistico, pag. 596.
- PIETRO RESCIGNO, Le radici della memoria, pag. 493.
- CIRO SANTORIELLO, Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla, pag. 715.
- CLARA SGOBBO, Sulla discussa natura del lascito di usufrutto universale, pag. 562.
- MARINA SPIOTTA, L'apertura di credito tra "apparenza" e realtà, pag. 568.

### Hanno altresì collaborato a questo fascicolo:

FABIO APREA - ELENA BENIGNI - ALESSANDRO BENVENIGNI - VALENTINA BOSETTO - ORESTE CAGNASSO - STEFANIA CIASULLO - GASTONE COTTINO - SILVIA D'ORO - CHIARA GABRIELLI - ENRICO MARELLO - NICOLA MENARDO - CHIARA MEOLI - VINCENZO MIRMINA - BARBARA PAPARO - ELENA PARATO - PAOLO PATRITO - FRANCESCA PAVESI - FRANCESCA PAVONI - SIMONA PETRELLA - ANTONIETTA PIRAS - VALERIA RAPELLI - FRANCESCA REGA - ERICA RONCO - ROBERTO WEIGMANN

### Legenda:



: GIURISPRUDENZA



: NOTA CRITICA



: NOTA REDAZIONALE

## Indice dei Provvedimenti

### Corti europee

	n.	pag.
CORTE GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA		
	17 febbraio 2011	C-16/10 525
	17 febbraio 2011	C-52/09 526
Sez. II	10 febbraio 2011	C-25/10 528
II	10 febbraio 2011	C-30/10 529
	27 gennaio 2011	C-168/09 530
Sez. I	14 ottobre 2010	C-67/09 661
III	30 settembre 2010	C-314/09 543
III	30 settembre 2010	C-314/09 664
IV	15 aprile 2010	C-542/08 546

### TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA

	17 febbraio 2011	T-385/07 527
--	------------------	--------------

### Corte costituzionale

	n.	pag.
	11 febbraio 2011	46 505
	11 febbraio 2011	42 505
	9 febbraio 2011	41 506
	24 giugno 2010	227 531
	15 aprile 2010	138 537

### Cassazione civile

	n.	pag.
Sez. unite	16 febbraio 2011	3816 507
II	15 febbraio 2011	3728 508
unite	15 febbraio 2011	3666 509
unite	14 febbraio 2011	3665 509
I	14 febbraio 2011	3572 510
unite	14 febbraio 2011	3568 511
unite	8 febbraio 2011	3033 512
unite	3 febbraio 2011	2546 513
lav.	28 gennaio 2011	2112 514
III	12 gennaio 2011	534 516
I	11 novembre 2010	22915 567
trib.	20 ottobre 2010	21510 699
trib.	13 ottobre 2010	21195 699
III	4 ottobre 2010	20597 570
I	16 luglio 2010	16758 571
III	9 giugno 2010	13834 605
lav.	3 giugno 2010	13452 608
lav.	18 maggio 2010	12097 589
III	30 aprile 2010	10615 550
III	27 aprile 2010	10062 614
I	1° marzo 2010	4863 552
III	16 febbraio 2010	3589 559
I	12 febbraio 2010	3345 556
unite	27 gennaio 2010 (ord.)	1629 702
II	26 gennaio 2010	1557 562
III	21 gennaio 2010	982 564

### Cassazione penale

	n.	pag.
Sez. I	22 febbraio 2011 (ud. 18 gennaio 2011)	6559 517
VI	14 febbraio 2011 (ud. 26 gennaio 2011)	5580 518
I	8 febbraio 2011 (ud. 21 gennaio 2011)	4522 518
VI	4 febbraio 2011 (ud. 25 gennaio 2011)	4415 519
II	31 gennaio 2011 (ud. 26 novembre 2010)	3315 519
VI	22 ottobre 2010 (ud. 7 ottobre 2010)	37775 629

### Cassazione penale (segue)

	n.	pag.
Sez. V	27 settembre 2010 (ud. 29 aprile 2010)	34920 647
V	27 settembre 2010 (ud. 6 luglio 2010)	34904 648
VI	23 settembre 2010 (ud. 13 maggio 2010)	34345 632
V	5 luglio 2010 (ud. 2 marzo 2010)	25527 633
I	23 giugno 2010 (ud. 13 maggio 2010)	24161 652
unite	18 giugno 2010 (ud. 25 febbraio 2010)	23428 656
VI	16 giugno 2010 (ud. 4 maggio 2010)	23273 637
IV	8 giugno 2010 (ud. 12 maggio 2010)	21814 640
V	3 giugno 2010 (ud. 10 febbraio 2010)	21008 642
III	7 maggio 2010 (ud. 17 marzo 2010)	17525 644
II	26 febbraio 2010 (ud. 4 febbraio 2010)	7822 659

### Tribunali

	n.	pag.
Milano	14 gennaio 2011	- 573
Milano	10 gennaio 2011	- 574
Milano	2 settembre 2010	- 587
Milano	2 agosto 2010 (Sez. VIII) (decr.)	- 577
Torino	28 luglio 2010	- 579
Torino	10 maggio 2010 (Sez. I) (ord.)	- 585
Milano	14 gennaio 2010	- 609
Varese	27 novembre 2009 (ord.)	- 619
Belluno	4 novembre 2009	- 621

### Appello

	n.	pag.
Roma	17 luglio 2010 (Sez. lav.)	2694 593
Bologna	8 giugno 2010 (Sez. lav.)	- 599

### Consiglio di Stato

	n.	pag.
Sez. V	22 febbraio 2011	1090 520
IV	16 febbraio 2011	1014 520
IV	16 febbraio 2011	1013 521
VI	16 febbraio 2011	996 522
V	15 febbraio 2011	962 522
V	14 febbraio 2011	942 523
VI	11 febbraio 2011	916 523
V	8 febbraio 2011	857 524
V	9 novembre 2010	7967 674
VI	28 ottobre 2010	7635 676
V	28 ottobre 2010	7631 679
VI	20 ottobre 2010	7591 682
V	8 ottobre 2010	7346 684
V	1° ottobre 2010	7244 686
VI	27 agosto 2010	5980 689

### Tribunale amministrativo regionale

	n.	pag.
Lazio, Roma		
	29 ottobre 2010 (Sez. I <i>ter</i> )	33070 692
Lombardia, Milano		
	28 ottobre 2010 (Sez. IV)	7139 695
Lazio, Roma		
	9 ottobre 2010 (Sez. III <i>ter</i> )	32736 696

## Indice analitico

### Acque pubbliche e private

- Prelievo abusivo di acque dal sottosuolo — Illecito amministrativo — Sussistenza — Furto — Esclusione — Rapporto di specialità — Sussistenza — (Cass. pen., 3 giugno 2010, n. 21008); 642.

### Amministrazione pubblica

- Appalti — Gara — Condizioni ostative alla partecipazione *ex art.* 38, D.Lgs. n. 163/2006 — Sussistenza — Da verificare in concreto — Omissione *ex se* della dichiarazione di moralità — In mancanza del dato sostanziale — Non sufficiente ai fini dell'esclusione — (Cons. di Stato, 9 novembre 2010, n. 7967); 674.
- Appalti — Gara — Requisito della moralità professionale — Precedente condanna dell'amministratore cesato nel triennio precedente alla pubblicazione del bando — Dissociazione della società — Tempestiva e inequivoca — Revoca dalla carica — Tardiva e a seguito di dimissioni volontarie — Insufficiente — (Cons. di Stato, 9 novembre 2010, n. 7967); 674.
- Appalto pubblico — Criterio dell'offerta più vantaggiosa — Specificazione dei criteri nel bando — Adeguatezza — (Cons. di Stato, 8 ottobre 2010, n. 7346); 684.
- Appalto pubblico — Servizi *ex* allegato II B D.Lgs. n. 163/2006 — Applicabilità disciplina *ex art.* 35 D.Lgs. n. 163/2006 — Esclusione — (Cons. di Stato, 8 ottobre 2010, n. 7346); 684.

### Atti amministrativi

- Diritto di accesso ai documenti — Istanza di accesso a un filmato — Rigetto — Legittimità — (T.A.R. Lazio, 9 ottobre 2010, n. 32736); 697.
- Vizi di legittimità — Eccesso di potere per disparità di trattamento — Identità di situazioni — Necessità — Illegittimità della P.A. in situazione identica — Irrilevanza — (Cons. di Stato, 27 agosto 2010, n. 5980); 689.

### Avvocato e procuratore

- Tariffa professionale — Inderogabilità — Disciplina comunitaria della concorrenza — Normativa interna attuativa di principi comunitari — Disapplicazione — Attività svolta a favore di una procedura concorsuale — Ammissione al passivo — Liquidazione — Criteri — (Trib. Milano, 14 gennaio 2010); 609.

### Circolazione stradale

- Guida sotto l'influenza dell'alcool — Rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolmetrico — Sanzioni — Confisca del veicolo — Natura giuridica — Sanzione penale — (Cass. pen., 18 giugno 2010, n. 23428); 656.

### Contratti della pubblica amministrazione

- Gara d'appalto — Anomalia dell'offerta — Verifica — Giudizio del giudice amministrativo — Limiti — Casi in cui si può modificare l'esito della gara — (Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7631); 679.
- Gara d'appalto — Anomalia dell'offerta — Verifica — Valutazione globale — Attendibilità analisi dei prezzi — Necessità — (Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7631); 679.

### Contratti in genere

- Promessa di vendita "ad effetti anticipati" — Possesso in materia civile — Trasferimento — Esclusione — Sussiste — (Cass. civ., 1° marzo 2010, n. 4863); 552.

### Contratti pubblici

- Appalto — Risarcimento del danno — Colpa — Esclusione — Responsabilità oggettiva — (Corte di giust. dell'Unione europea, 30 settembre 2010); 543.

### Delitti contro l'attività giudiziaria

- Calunnia — Falsa denuncia di smarrimento di assegni bancari — Incolpazione implicita del legittimo portatore del titolo — Dolo — Configurabilità del reato — (Cass. pen., 16 giugno 2010, n. 23273); 638.

### Diritti d'autore

- Tutela creazioni pubblicitarie — (Trib. Torino, 28 luglio 2010); 579.
- Tutela dello *slogan* — Compiutezza espressiva — (Trib. Torino, 28 luglio 2010); 579.

### Edilizia e urbanistica

- Concessione edilizia — Impugnazione — Legittimazione attiva del terzo — *Vicinitas* — Definizione — (Cons. di Stato, 20 ottobre 2010, n. 7591); 682.

### Esecuzione penale

- Mandato di arresto europeo per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale — Rifiuto, opposto dalla Corte di appello, di consegnare il cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno — Mancata previsione — Violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario — Irragionevole e sproporzionata discriminazione del cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea rispetto al cittadino italiano — Illegittimità costituzionale *in parte qua* — Assorbimento delle ulteriori questioni poste con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. — (Corte cost., 24 giugno 2010, n. 227); 531.

### Fallimento

- Legittimazione processuale del fallito — Decreto ingiuntivo chiesto dall'imprenditore prima del suo fallimento, ma pronunciato e notificato successivamente — Valida instaurazione del rapporto processuale — Conseguente validità ed efficacia del decreto — (Trib. Belluno, 4 novembre 2009); 621.
- Revocatoria fallimentare — Versamenti in conto corrente — Apertura di credito — (Cass. civ., 11 novembre 2010, n. 22915); 567.

### Giudice di pace

- Persona offesa — Querela — Mancata comparizione del querelante all'udienza — Significato — Remissione tacita — Insussistenza — (Cass. pen., 27 settembre 2010, n. 34904); 648.

### Giudizio direttissimo

- Arresto in flagranza convalidato — Obbligatorietà del rito — Esclusione — Ragioni — (Cass. pen., 26 febbraio 2010, n. 7822); 659.

### Giustizia amministrativa

- Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Annullamento in sede statale — Competenza — Soprintendenza — (Cons. di Stato, 27 agosto 2010, n. 5980); 689.
- Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Annullamento in sede statale — Preventiva comunicazione di avvio del procedimento — Nel vigore D.M. n. 165/2002 e D.Lgs. n. 42/2004 — Non necessità — (Cons. di Stato, 27 agosto 2010, n. 5980); 689.
- Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Mancata esplicazione delle ragioni che inducono a ritenere la conformità dell'opera — Illegittimità per difetto di istruttoria e di motivazione — (Cons. di Stato, 27 agosto 2010, n. 5980); 689.
- Cumulo oggettivo di azioni soggette a riti diversi — Codice del processo amministrativo — Ammissibilità — Applicazione del rito ordinario — Necessità — (T.A.R. Lombardia, 28 ottobre 2010, n. 7139); 695.
- Sanzioni amministrative — Corresponsabilità dell'amministrazione appaltante con l'appaltatore — In caso di *culpa in eligendo* — Sussistenza — (Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7635); 676.
- Sanzioni amministrative — Danno a bene culturale — Impossibilità della reintegrazione del bene protetto — Pagamento di una somma pari al valore della cosa per-



duta o alla diminuzione del valore della stessa — (Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7635); 676.

### **Impiego pubblico**

— Concorsi pubblici — Natura giuridica della pretesa degli idonei — Insussistenza della posizione di diritto soggettivo — Obbligo di utilizzazione della graduatoria mediante scorrimento — Esclusione — (Cons. di Stato, 1° ottobre 2010, n. 7244); 686.

### **Imposte e tasse in genere**

— Procedimento avanti le Commissioni tributarie — Notificazioni — Appello proposto nei confronti di società cancellata dal registro delle imprese — Notifica dell'atto presso la sede del difensore domiciliatario in primo grado — Nullità — Costituzione in giudizio del destinatario della notifica — Raggiungimento dello scopo — Sanatoria — (Cass. civ., 20 ottobre 2010, n. 21510); 699.

— Reati fiscali — Emissione di fatture per operazioni inesistenti — Elemento soggettivo — Dolo specifico — Necessità — (Cass. pen., 7 maggio 2010, n. 17525); 644.

— Ricorso per cassazione — Ricorso proposto dal liquidatore di società cancellata dal registro delle imprese — Perdita dei poteri rappresentativi del liquidatore — Inammissibilità del ricorso — (Cass. civ., 13 ottobre 2010, n. 21195); 699.

— Segretari delle Commissioni tributarie — Depositari di pubblici registri — Provvedimenti giudiziari — Rilascio di copie ed estratti a chiunque ne faccia istanza — Obbligo — Sussistenza — (Cass. civ., 27 gennaio 2010, n. 1629); 703.

— Segretari delle Commissioni tributarie — Provvedimenti giudiziari — Rilascio in copia — Controversie sul rifiuto o ritardo — Giurisdizione ordinaria — (Cass. civ., 27 gennaio 2010, n. 1629); 703.

### **Ingiunzione (Procedimento per)**

— Subfornitura — Obbligatorietà del tentativo di conciliazione preventivo — Esclusione — (Trib. Belluno, 4 novembre 2009); 621.

### **Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni**

— Impianti esterni — Presupposti — Decreti di intercettazione non motivati — Controllo del giudice — Inutilizzabilità — (Cass. pen., 23 giugno 2010, n. 24161); 652.

### **Lavoro (Rapporto di)**

— Categoria, qualifica, mansioni del lavoratore — Trasferimento — Presupposti — Limiti — Trasferimento presso sede lavorativa situata in altro Comune — Illegittimità — Configurabilità — (Cass. civ., 18 maggio 2010, n. 12097); 589.

### **Lavoro subordinato**

— Tutela delle condizioni di lavoro — *Mobbing* — Nozione — Natura giuridica — Requisiti delle condotte — Volontà lesiva — Necessità — Responsabilità del datore di lavoro — Atti discriminatori per motivi sindacali — Differenza — (App. Bologna, 8 giugno 2010); 599.

### **Libertà individuale (delitti contro la)**

— Atti persecutori — Condotte in numero di due — Sussistenza — (Cass. pen., 5 luglio 2010, n. 25527); 633.

### **Locazione di cose**

— Destinazione "uso ufficio" — Nozione — Indennità per l'avviamento commerciale — Requisiti — (Cass. civ., 30 aprile 2010, n. 10615); 550.

### **Matrimonio e divorzio**

— Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica — Possibilità che persone di orientamento omosessuale contraggano matrimonio con persone dello stesso sesso — Mancata previsione — Denunciata irragionevole disparità di trattamento, nonché violazione della tutela della famiglia quale "società naturale" — Esclusione — Non fondatezza della questione — (Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138); 537.

— Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica

— Possibilità che persone di orientamento omosessuale contraggano matrimonio con persone dello stesso sesso — Mancata previsione — Ritenuta lesione del diritto di contrarre matrimonio quale diritto fondamentale e inviolabile della persona, nonché violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali — Richiesta di pronuncia additiva intesa a introdurre una disciplina non costituzionalmente obbligata in materia riservata alla discrezionalità del legislatore — Inammissibilità della questione — (Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138); 537.

### **Misure cautelari personali**

— Gravità indiziaria — Criteri di valutazione — Confessione — Chiamata in correità — Riscontri esterni alle dichiarazioni — Intercettazioni — Insussistenza — (Cass. pen., 27 settembre 2010, n. 34920); 647.

### **Mutuo**

— Mutuo di scopo — Collegamento negoziale con vendita di bene determinato — Risoluzione del contratto di compravendita — Sopravvenuta mancanza dello scopo — Effetti — Richiesta di restituzione della somma mutuata — Obbligo a carico del mutuatario — Esclusione — Obbligo a carico del venditore — Sussistenza — (Cass. civ., 16 febbraio 2010, n. 3589); 556.

### **Oltraggio, violenza e resistenza a pubblico ufficiale**

— Condotta violenta nei confronti di un pubblico ufficiale dopo il compimento dell'atto del suo ufficio — Configurabilità — Esclusione — (Cass. pen., 23 settembre 2010, n. 34345); 632.

### **Persone fisiche e giuridiche**

— Associazioni non riconosciute — Partiti politici — Responsabilità civile — Regime speciale — Fattispecie — (Cass. civ., 21 gennaio 2010, n. 982); 564.

### **Principio di non contestazione**

— Diritti indisponibili — Controversie — Inoperatività del principio — (Trib. Varese, 27 novembre 2009); 619.

### **Procedimento civile**

— Connessione — Avvocato e procuratore — Tariffa professionale — Disapplicazione — Spese processuali — Liquidazione — Criteri — Domanda giudiziale — Determinazione del valore — (Cass. civ., 3 giugno 2010, n. 13452); 608.

— Connessione — Avvocato e procuratore — Tariffa professionale — Disapplicazione — Spese processuali — Liquidazione — Criteri — Sentenza civile — Motivazione — (Cass. civ., 3 giugno 2010, n. 13452); 608.

— Giudizio d'appello — Questione rilevabile d'ufficio — Omessa indicazione alle parti — Decisività della questione in sede deliberativa — Violazione del diritto al contraddittorio — Nullità della sentenza di secondo grado — Conseguenze — Fattispecie — (Cass. civ., 27 aprile 2010, n. 10062); 614.

— Revocazione — Procedimenti soggetti al rito del lavoro — Applicabilità — Termine — Decorrenza — (Cass. civ., 9 giugno 2010, n. 13834); 605.

### **Radiocomunicazioni e televisione**

— Programmi radiotelevisivi di intrattenimento e programmi televisivi giornalistici — Presupposti della esistenza di un lavoro giornalistico con conseguente applicabilità della specifica disciplina — (App. Roma, 17 luglio 2010, n. 2694); 593.

### **Reati contro la pubblica amministrazione**

— Abuso d'atti d'ufficio — Dipendente di Poste italiane s.p.a. addetto a strutture di accettazione — Incaricato di pubblico servizio — Reato — Sussistenza — (Cass. pen., 22 ottobre 2010, n. 37775); 629.

### **Responsabilità civile**

— Contratti della P.A. — Illegittima aggiudicazione — Riscarcimento del danno — Norma nazionale fondata sulla colpa e su una presunzione di colpevolezza della P.A. — Diritto comunitario — Incompatibilità — (Corte di giust. dell'Unione europea, 30 settembre 2010); 664.

**Società**

- Società a responsabilità limitata — Amministratore unico — Atto *ultra vires* — Preventiva autorizzazione assembleare — (Cass. civ., 4 ottobre 2010, n. 20597); 570.
- Società a responsabilità limitata — Amministratore unico — Conflitto di interessi — (Cass. civ., 4 ottobre 2010, n. 20597); 570.
- Società a responsabilità limitata — Azione sociale di responsabilità — Legittimazione — (Trib. Milano, 2 settembre 2010); 587.
- Società a responsabilità limitata — Dimissioni liquidatore — Finanziamenti soci — Postergazione — Presupposti — (Trib. Milano, 10 gennaio 2011); 574.
- Società a responsabilità limitata — Dimissioni liquidatore — Sostituzione — Impossibilità funzionamento assemblea — (Trib. Milano, 14 gennaio 2011); 573.
- Società a r.l. — Responsabilità e revoca amministratori — Legittimazione azione — Azzeramento capitale — Sottoscrizione aumento senza contestuale versamento — (Trib. Torino, 10 maggio 2010); 586.
- Società di persone registrate — Cancellazione dal registro delle imprese — Presunzione di estinzione della società — Effetti dell'estinzione — Rinuncia alle azioni giudiziarie esperibili — (Cass. civ., 16 luglio 2010, n. 16758); 571.

**Società per azioni**

- Rinuncia del sindaco — Efficacia — (Trib. Milano, 2 agosto 2010); 577.

**Sport**

- Manifestazioni sportive — Misure di prevenzione — Divieto di accesso ai luoghi ove si tengano manifestazioni sportive — Presupposti — *Animus nocendi* — Necessità — (T.A.R. Lazio, 29 ottobre 2010, n. 33070); 692.

**Stupefacenti**

- Cessione — Sostanza priva di principio attivo significativo — Inoffensività — Sussistenza — (Cass. pen., 8 giugno 2010, n. 21814); 640.

**Successione**

- Lascito di usufrutto universale — Qualità di erede — Esclusione — (Cass. civ., 26 gennaio 2010, n. 1557); 562.

**Successione legittima e testamentaria**

- Società di capitali — Clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti la facoltà di acquistare la quota — Patto successorio — Esclusione — (Cass. civ., 12 febbraio 2010, n. 3345); 559.

**Unione europea**

- Aiuti di Stato — Decisione di non sollevare obiezioni — Regime transitorio — Durata limitata — Necessità — Parità di trattamento e certezza del diritto — Violazione — Non sussiste — (Corte di giust. dell'Unione europea, 14 ottobre 2010); 661.
- Applicazione retroattiva del termine di prescrizione — Principio di effettività del diritto UE — (Corte di giust. dell'Unione europea, 15 aprile 2010); 546.

# CENTOCINQUANT'ANNI

## DALL'UNITÀ D'ITALIA E DI "GIURISPRUDENZA ITALIANA"

PIETRO RESCIGNO

### Le radici della memoria

La rivista compie centocinquant'anni di vita, un'età che coincide con l'unità politico-amministrativa del nostro paese. In verità il periodico è di origine più antica, se si tiene conto che nel 1861 assunse la denominazione di *Giurisprudenza Italiana* ma già esisteva dal 1848 con il titolo di *Giurisprudenza degli Stati Sardi*. Ed è per questa ragione che l'annata del 1948, a firma de "la direzione" (formata da Allorio, Antolisei, Bigiavi, Guicciardi e Trabucchi, mentre dopo un biennio di collaborazione ne usciva Bettiol, impegnato in "alti uffici politici" che la serietà del costume del tempo considerava incompatibili con "l'opera direttiva"), si apriva con un editoriale, *Cento anni*, che muove dalle lontane origini della rivista e ripercorre un intero secolo di storia, senza fermarsi al solo capitolo dell'ordinamento giuridico e della sua evoluzione.

La pagina commemorativa non era priva di accenti retorici, ma le suggestioni delle memorie accumulate e la consapevolezza del ruolo assoluto riescono a rendere, al di là del linguaggio enfatico, un'esemplare testimonianza del lungo cammino iniziato dal fondatore Filippo Bettini su incarico dell'editore Pomba divenuto più tardi la Utet. Con Bettini prese l'avvio una vicenda culturale che si è andata svolgendo sino ai nostri giorni e che vorremmo continuare con l'entusiasmo e la sollecitudine che suscitavano tra i pratici e nell'accademia, sin dagli esordi della rivista, interesse e rispetto.

A chiusura delle pagine dettate dai direttori nel 1948 si insiste su una parola che nell'estrema sua umiltà contiene un ammirevole programma. Nell'attività editoriale da cui prese vita la rivista si ravvisa «un atto di fede nella civiltà e nel diritto», una fiducia manifestata dal fondatore e dai suoi collaboratori, e dai direttori insediati nell'ultimo, ormai lontano, dopoguerra si aggiunge: «un analogo proposito, di semplice fedeltà a una semplice ma gloriosa tradizione, di semplice onestà e di inconcussa tenacia in un lavoro gravoso ed oscuro, i cui sacrifici sono raramente apprezzati, il cui premio è nell'utilità del risultato, anima la Direzione». Merita di essere sottolineata, ricorrente e anzi dominante nella frase, la parola *semplicità*, dove è evidente l'allusione allo stile, all'attitudine, alle valutazioni, ai giudizi.

Il lettore vorrà perdonare l'insistente richiamo alla prefazione scritta per il primo secolo della rivista, calcolato a partire dal 1848, quando la rivista nasceva «nella nuova atmosfera del Pie-

monte liberale, nell'ambiente creato dallo Statuto, che proprio in quell'anno si varava». Il 1948 è l'anno della Costituzione repubblicana, e in quel clima si era sollecitati a ripensare, nell'ordine nuovo delle cose indotto dalla fine della dittatura e dal delinearsi dalla democrazia pluralista, come «il libero reggimento si sostiene mediante la generale conoscenza delle massime che lo ispirano e s'alimenta della pubblica, libera, critica discussione intorno a siffatte massime». (D'altro canto, a sfogliare le vecchie annate di una rivista ultrasecolare, si fanno gradevoli e inaspettate scoperte: così nella sezione seconda del 1948, dedicata al diritto penale, alla colonna 363 ci si imbatte in un Rodolfo Sacco annotatore di una sentenza del Tribunale di Cuneo sul partigiano pubblico ufficiale, in tema di reato di oltraggio).

Le "massime" a cui il brano appena citato si riferisce sono proprio quelle che nel comune linguaggio dei pratici vengono recepite e si vanno consolidando nella giurisprudenza delle Corti. Al tempo in cui la *Giurisprudenza* (prima *degli Stati sardi* e poi, come si è ricordato, dal 1861 *Italiana*) comincia il suo lavoro di raccolta e di diffusione, concorrono a favorire la buona accoglienza e il successo dell'impresa, che si regge su pronunzie di giudici e commenti degli studiosi, tre circostanze rivestite allora di originale novità: la formazione dei codici, l'obbligo di motivazione delle sentenze, l'istituzione della Corte di cassazione.

I dati nuovi acquistano presto carattere di ovvietà: è questo un preciso rilievo della pagina introduttiva dell'annata 1948, che tuttavia ascrive a merito del periodico l'aver messo in luce «di quale contrastato moto di faticosa conquista la loro semplice [ancora una volta ritroviamo la parola "semplice" già segnalata] perfezione sia stata il prodotto», «parti preziose e irrinunciabili del nostro assetto sociale», «mirabili ritrovati giuridici» che potremmo perdere «ben più facilmente di quanto non ci sia accaduto di guadagnarli».

La storia della rivista può condensarsi in queste rassicuranti proposizioni. Quanto alla "tecnica" i primi decenni non abbondano di annotazioni dottrinali (pur se le "probe" chiose dei redattori sono dense di richiami), compensate peraltro dalla prosa *culta* delle sentenze, dove erano frequenti ma allo stesso tempo rigorosamente controllati i richiami al diritto romano e comune.

La "svolta" che conferisce luminoso risalto scientifico alla rivista si verifica nel 1874 con la direzione di Pacifici Mazzoni, Gabba e Francesco Carrara; dal 1892 le sorti ne sono affidate a Gabba e a Mortara; dal 1921 Lodovico Mortara rimane solo e provvederà a reggere con autorità e saggezza la *Giurisprudenza Italiana* sino al 1936, che è l'anno della sua scomparsa. Può dirsi veramente che di un personaggio tra i più rappresentativi della

cultura giuridica italiana ed europea — professore, altissimo magistrato, partecipe assiduo e incisivo del dibattito legislativo e della costruzione del sistema normativo — la *Giurisprudenza Italiana* sia stata la prediletta creatura, e anzi che abbia costituito la “costante” mai dismessa in una vita spesa al servizio del diritto, inteso in tutte le sue forme di pensiero critico e di quotidiane esperienze di vita.

L'autore di questa pagina fu chiamato assieme a Giovanni Conso, nel 1967, in primo luogo per la generosità di Walter Bigiavi, alla condirezione del periodico; la lunga appartenenza — siamo, Conso e io, i “decani” del gruppo — è ragione di malinconia per il tempo trascorso e per gli amici venuti a mancare lungo la via, ma è anche non celato motivo di orgoglio per aver cercato di custodire, e di conservarla utile, rassicurante ed attuale per la pratica, una così gloriosa eredità (e qui sia permesso associare nel ricordo quanti con competenza e prontezza ci furono vicini sul piano concreto e operante della politica editoriale, da Verde a Merlini, da Scarella a Pettinati).

Del “manifesto” del 1948 vorrei riprendere, conclusivamente, ancora due idee. La prima: che tra i compiti da realizzare conservi preminente e decisiva importanza «l'affermazione dell'indipendenza del giudice dalla prepotenza dei governanti, pur se ammantata di regolari parvenze». L'altra considerazione è più ambiziosa e può persino apparire non immune da superbia: che scrivere una storia della giurisprudenza, venendo incontro alla curiosità e alle attese del lettore, è impresa che esorbita dal quadro di una rievocazione, ma che per tentarne un abbozzo, con serenità non disgiunta da passione, «la raccolta secolare della nostra rassegna costituisce documento indispensabile».

GIAN SAVINO PENE VIDARI

## Lo Stato unitario e la *Giurisprudenza Italiana*

SOMMARIO: 1. Le origini. — 2. La *Giurisprudenza degli Stati Sardi*. — 3. L'unificazione politica: verso la *Giurisprudenza Italiana*. — 4. La *Giurisprudenza Italiana*. Aspetti del vol. XIV (1862). — 5. Cenni sulle annate successive.

### 1. Le origini.

Un secolo e mezzo fa era impostato e poi edito il primo numero di *Giurisprudenza Italiana*: può avere un significato, non solo celebrativo o antiquario, riesaminare alcuni aspetti della sua prima annata, senza dubbio collegata con l'unificazione politica della nostra penisola, che è stata dichiarata ufficialmente il 17 marzo 1861.

Con la legge promulgata in tale giorno Vittorio Emanuele II di Savoia non mutava in nulla il suo già esistente potere politico, ma cambiava unicamente il titolo tramite il quale lo esercitava, da “Re di Sardegna” a “Re d'Italia”. In modo pressoché simile — *si parva licet...* — la *Giurisprudenza degli Stati Sardi* con la sua annata XIV dal 1862 diveniva *Giurisprudenza Italiana*<sup>1</sup>, proseguendo con questa nuova denominazione un percorso ormai già

più che decennale, continuato poi in modo ininterrotto sino ai nostri giorni.

L'idea della realizzazione della rivista era stata, fra la fine del 1848 e il 1849, dell'avvocato genovese Filippo Bettini, amico fraterno di Giuseppe Mazzini, di opinioni liberali peraltro molto più moderate<sup>2</sup>. Dopo aver diretto un periodico culturale liberale nella prima metà del 1848<sup>3</sup>, l'avv. Bettini era entrato in seguito in rapporto con Giuseppe Pomba e gli aveva proposto di pubblicare e diffondere una nuova rivista giuridica a contenuto largamente giurisprudenziale, giovandosi di tre concomitanti fattori favorevoli: la capacità organizzativa e distributiva in modo capillare della Casa editrice Pomba; la recente cessazione delle altre principali riviste giuridiche subalpine, con il conseguente “spazio” nel mercato culturale ed editoriale; la progressiva emersione della sensibilità italiana per una “giurisprudenza nazionale”, che i recenti avvenimenti politici avevano ulteriormente sollecitato<sup>4</sup>.

Il progetto necessitò con ogni probabilità di una pausa di riflessione di alcuni mesi, per valutarne con realismo la consistenza e la fattibilità: la redazione definitiva del piano editoriale («idea dell'opera»), da diffondere per ottenere abbonamenti numerosi sin dalla prima annata, è attribuibile alla seconda metà del 1849<sup>5</sup> e appare — anonimo — all'inizio del primo numero, il cui frontespizio è del 1850. Senza entrare qui nel dettaglio, sembra sufficiente ricordare che il “lancio” della nuova rivista tendeva a far notare ai futuri acquirenti del periodico giuridico che il nuovo “clima” costituzionale impostava ormai in modo innovativo e diverso sia la diffusione delle idee (senza censura preventiva) sia l'amministrazione della giustizia e la conseguente posizione della magistratura; che l'utilità di una larga diffusione della conoscenza delle sentenze dei giudici non poteva essere ignorata né dai giuristi né dall'opinione pubblica né dal Governo; che il confronto fra le eventuali diverse opinioni poteva favorire in definitiva la formazione di una “giurisprudenza nazionale”, alla quale non doveva essere insensibile la cultura italiana. Con l'obiettivo di rispondere a tale necessità vedeva quindi la luce la nuova rivista: la conclusione del discorso, nel clima del 1849, poteva essere significativa: «Si odono tuttodì citare innanzi i Tribunali le decisioni di Francia, quasi che un popolo italiano dovesse esser ligio anche in questo a quella nazione ultramontana, e ciò segue perché non si conoscono le decisioni nostre; ora è tempo di cancellare quest'onta, senza nulla togliere al merito di quella nazione che diede prima novelli codici: abbiamo una legislazione nostra [...], una giurisprudenza italiana: dobbiamo mettere a profitto la sapienza dei nostri magistrati; dobbiamo volere anche in ciò quella nazionale indipendenza che ci si addice»<sup>6</sup>.

In definitiva, quindi, «all'epoca di tante coincidenze non fu solo possibile una giurisprudenza positiva, divenne necessaria» sentenziava il Bettini<sup>7</sup>: egli perciò si mise al lavoro con passione e impegno. Ad apertura del primo fascicolo della rivista gli editori stessi si dicevano convinti «di far opera nazionale nel mettere le basi di una *Giurisprudenza Italiana*»<sup>8</sup>.

Tale ambizioso progetto ripiegava peraltro su una denominazione del periodico verso un più ridotto ambito territoriale e portava a parlare per il momento di *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, come indica il primo frontespizio dell'opera, alquanto complesso.

<sup>1</sup> La rivista, peraltro, dopo aver mutato denominazione deve estendersi alla pubblicazione delle sentenze delle diverse zone del nuovo regno: ha quindi necessità di procurarsi collaborazioni locali in conseguenza dei suoi più ampi obiettivi derivanti dalla già avvenuta estensione del Regno d'Italia.

<sup>2</sup> Sul progetto del Bettini e sul suo svolgimento v. PENE VIDARI, *Filippo Bettini e la sua Raccolta di giurisprudenza*, in *Giuristi liguri dell'Ottocento*, Genova, 2001, 95-124 (“atti” del Convegno organizzato dall'Accademia Ligure di Scienze e Lettere, Genova 8 aprile 2000 a cura di Varnier), con la sommaria bibliografia ivi indicata. Una rielaborazione è stata edita con il titolo di *Le origini di “Giurisprudenza Italiana”*, in *Giur. It.*, 2000, 11, 2201-2207.

<sup>3</sup> Si trattava del giornale *Il pensiero italiano*, diretto dall'aprile al luglio 1848 (DI PORTO, voce “Bettini Filippo”, in *Dizionario biografico degli Italiani*, Roma, 1967, IX, 750).

<sup>4</sup> PENE VIDARI, *Le origini di “Giurisprudenza Italiana”*, cit., 2201-2204.

<sup>5</sup> Vi si fa infatti riferimento al «nuovo ordinamento dei Tribunali di commercio», che era in fase di redazione fra l'agosto e il novembre 1849, ma che poi non si realizzò.

<sup>6</sup> *Giurisprudenza degli Stati Sardi* [...] compilata dall'avv. Filippo Bettini, I (1850), IX (in fine di «idea dell'opera»).

<sup>7</sup> *Giurisprudenza degli Stati Sardi* [...] compilata dall'avv. Filippo Bettini, cit.

<sup>8</sup> *Giurisprudenza degli Stati Sardi* [...] compilata dall'avv. Filippo Bettini, V. Si può notare che proprio “*Giurisprudenza Italiana*” è edito in maiuscolo, per colpire subito l'occhio del lettore con una denominazione progettuale ed evocativa, che la rivista avrà solo con il 1862.

Non sembra il caso di riesaminare analiticamente in questa sede la storia del primo decennio della rivista e del suo successo<sup>9</sup>. Pare peraltro opportuno tracciare un sintetico inquadramento della situazione dell'epoca, sulla quale si vennero poi innestando le vicende, che portarono nel 1862-63 all'edizione della prima annata di *Giurisprudenza Italiana*, la quale riprendeva — significativamente — proprio la denominazione lanciata in modo forse un po' troppo ottimistico sin dalla prima pagina del primo fascicolo della rivista.

Con l'avvento dei codici — e a maggior ragione di regimi costituzionali — nell'Europa continentale<sup>10</sup> della prima metà dell'Ottocento è stato abolito il valore di “precedente” di determinate decisioni giurisprudenziali: ciò era considerato infatti incompatibile in un “nuovo” sistema di fonti normative nel quale la regola giuridica doveva essere fissata con certezza dalla “legge”, emanata da un ben determinato potere legislativo. Secondo la nota affermazione di Montesquieu, il giudice era tenuto infatti a limitarsi ad essere «la bocca della legge» e ad eseguirne le prescrizioni, senza dettarle egli stesso (ad esempio tramite il “precedente”). Si pensava infatti che in un perfetto sistema di diritto codificato — a sua volta ulteriormente chiarito dall'uniformità interpretativa della Cassazione — ogni precetto doveva derivare dalla legge, in ossequio alla quale il giudice decideva sul caso concreto. Era l'impostazione del *code civil* del 1804, ed era pure quella del codice albertino del 1837, come degli altri codici italiani preunitari, e poi di quello unitario.

Appena fissato però dai codici ottocenteschi il divieto del “precedente” in palese contrapposizione al sistema politico e giuridico anteriore, la pratica forense ha sentito comunque l'esigenza di utilizzare come metro interpretativo delle regole giuridiche contenute in codici e leggi varie le diverse decisioni della magistratura, ormai peraltro sprovviste in ogni caso del valore ufficiale di “precedente”: si trattava perciò di un semplice strumento di conoscenza ed approfondimento della legge, da cui era poi più che possibile e ragionevole scostarsi, sebbene si trattasse pur sempre di un utile punto di partenza per ogni operatore del diritto.

Per facilitare proprio questi approfondimenti sono nate in Francia fra la fine del Settecento e l'inizio dell'Ottocento le “riviste di giurisprudenza”, in modo forse un po' casuale, ma — quasi ironia della sorte — pressoché in concomitanza con l'abolizione del principio del “precedente”. L'esigenza era, d'altronde, profondamente sentita dai pratici: il “mercato” librario si è rivelato favorevole e le prime esperienze transalpine si sono ben presto diffuse<sup>11</sup>.

Sino al secolo XIX gli stessi giuristi più avveduti e aggiornati generalmente avevano dovuto procurarsi in modo empirico e artigianale la conoscenza della giurisprudenza recente e della prassi conseguente tramite indici, massimari o repertori per lo più manoscritti, difficili da adeguare via via alle decisioni giudiziali, ridotti alla loro ristretta area d'attività, redatti personalmente o tramandati all'interno di una limitata organizzazione professionale<sup>12</sup>; molti operatori del diritto, poi, nemmeno si curavano di questo costante aggiornamento e si accontentavano di conoscenze sommarie, derivanti dagli iniziali studi universitari, da alcuni volumi giuridici acquistati in seguito, dalla pratica forense acquisita<sup>13</sup>.

Con il secolo XIX le prime raccolte organiche di giurisprudenza, elaborate rapidamente e periodicamente con “massime” e commenti da giuristi specializzati in ciò, hanno prodotto un “salto di qualità” e un nuovo scenario all'operatore del diritto: le esperienze francesi hanno quindi fatto breccia in Italia ed hanno portato inizialmente ad un'utilizzazione pedissequa<sup>14</sup>, favorite anche da ordinamenti simili pur dopo l'avvento dei codici<sup>15</sup>, a cui sono via via seguiti tentativi d'imitazione, nella nostra penisola peraltro piuttosto timidi e parziali per parecchio tempo<sup>16</sup>.

Grazie ad una spesa annuale sopportabile il giurista poteva procurarsi, senza perdere prezioso tempo personale, un'ampia gamma di informazioni, stampate, riguardanti più tribunali, recenti, coordinate, con “massime” e alle volte con commenti, e soprattutto con indici per un facile reperimento. Il lavoro redazionale della rivista era, d'altronde, coordinato da un giurista esperto: ne derivava in tal modo un risultato probabilmente persino migliore di quello a cui sarebbe giunto il singolo operatore, reso in tal modo a sua volta libero di dedicarsi meglio alla sua attività di avvocato o di giudice. Modesti studi professionali o tribunali di provincia potevano inoltre acquisire con questo mezzo le stesse informazioni di quelli migliori, mentre le conoscenze specialistiche potevano diffondersi sino alle località più periferiche. È stato un indubbio “salto” positivo nelle conoscenze giuridiche, sul piano sia qualitativo che quantitativo.

Nella prima metà dell'Ottocento erano apparsi anche in Piemonte e in Liguria alcuni periodici giuridici, che però proprio con il 1848 per motivi diversi avevano interrotto le pubblicazioni<sup>17</sup>: esisteva quindi un buono spazio di “mercato”, nel quale poteva inserirsi con successo una rivista di “giurisprudenza” a fascicoli, sostenuta da una casa editrice come quella dei Pomba<sup>18</sup>, da tempo organizzata per una vendita “popolare” e capillare delle sue opere<sup>19</sup>, alcune delle quali di larga diffusione pure

<sup>9</sup> Rinvio in proposito a quanto illustrato nelle due versioni dello studio indicato *supra* alla nota 2.

<sup>10</sup> Come noto, tale soluzione non era invece adottata nell'ordinamento inglese e americano, ove la tradizione del sistema del “precedente” continuava a essere riconosciuta in modo ufficiale.

<sup>11</sup> Alla raccolta del *Journal du palais* si è affiancato nel 1801 il fortunato *Recueil* del Sirey, trasformatosi ben presto in *Jurisprudence du Tribunal de Cassation*, a cui nel 1804 si è aggiunta la *Jurisprudence du code civil* di Bavoux-Loiseau.

<sup>12</sup> In archivi pubblici e privati restano significative testimonianze manoscritte di questi “repertori”, per lo più redatti in ordine alfabetico per materia da giuristi scrupolosi nel procedere al proprio aggiornamento professionale e nel seguire l'evoluzione della vita giuridica del tempo. Proprio queste testimonianze lasciano percepire l'onere di questo aggiornamento.

<sup>13</sup> Ad esempio, nell'ambiente del supremo organo giudiziario torinese del sec. XVIII, cioè del Senato di Piemonte, venne compilata — ad uso dei magistrati sabaudi — quella raccolta di principi giurisprudenziali locali, che verso la fine del secolo il Galli della Loggia si occupò di pubblicare anonima (proprio perché frutto di un lavoro a più mani) in più volumetti: *Pratica legale*, voll. 15, Torino 1772-1792. A questo punto, allora, ogni modesto “pratico” piemontese poté procurarsi con poca spesa uno strumento prezioso per il suo lavoro, ma per i decenni precedenti ciò non valeva, e in seguito sarebbe stato necessario l'aggiornamento.

<sup>14</sup> In Piemonte la conoscenza usuale del francese non poneva particolari problemi, come dimostrano le copie di testi giuridici francesi diffusi nella zona; per il resto della penisola si provvide anche con numerose traduzioni, su cui NAPOLI, *La cultura giuridica*

*europea in Italia: repertorio delle opere tradotte nel sec. XIX*, Napoli, 1985-87, voll. 3.

<sup>15</sup> Non si devono ignorare due elementi di fondo: in primo luogo, l'influenza dei codici francesi, il cui modello fu seguito spesso pedissequamente dai nostri della Restaurazione, comportò di conseguenza la costante attenzione alla situazione francese; in secondo luogo, l'adozione dei codici non cancellò quella tendenza a guardare oltre la stretta legislazione locale tipica del giurista del diritto comune e quindi favori un'apertura comparatistica, che solo tra la fine del sec. XIX e l'inizio del XX lasciò il passo ad un intransigente positivismo giuridico.

<sup>16</sup> Una catalogazione è in *Periodici giuridici italiani* (1859-1900) a cura di Mansuino, Milano, 1994 (elenco cronologico, 289-294). Alcune valutazioni si trovano pure in PENE VIDARI, *Circolazione delle conoscenze giuridiche nell'età dei codici*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXXI (2008), 81-101.

<sup>17</sup> Sono da ricordare in specie la *Giurisprudenza dell'Eccellentissimo Regio Senato di Genova* curata a Genova dal Gervasoni, gli *Annali di Giurisprudenza* editi a Torino a partire dal 1838, la *Giurisprudenza del codice civile* pubblicata dal 1839 ad Alessandria dal Mantelli (per ulteriori informazioni, rinvio a quanto già indicato alla nota 2). Il Gervasoni però aveva interrotto l'opera perché passato in magistratura (e a Genova sarà edita la più ridotta — ma battagliera — *Gazzetta dei Tribunali*); gli *Annali* si erano già interrotti nel 1845; la rivista del Mantelli era terminata nel 1848 con la sua morte.

<sup>18</sup> Rinvio per tutti al *Catalogo storico delle edizioni Pomba e UTET: 1791-1990* a cura di Bottasso, Torino, 1991, XXIII e 295.

<sup>19</sup> Le edizioni Pomba (poi divenute Utet) erano riuscite ad avere una larga diffusione presso un pubblico desideroso di libri e cultura,

nell'ambiente forense<sup>20</sup>. L'iniziativa ebbe un successo notevole, al punto che dopo pochi anni si provvide alla ristampa delle annate precedenti, esauritesi<sup>21</sup>.

## 2. La Giurisprudenza degli Stati Sardi.

Il titolo di *Giurisprudenza degli Stati Sardi* dato alla raccolta è senza dubbio più limitato rispetto a quello del “lancio” iniziale («idea dell'opera»): esso resta inalterato sino al 1859 compreso. Il sottotitolo invece, molto ampio nella prima annata<sup>22</sup>, si riduce con la seconda e resterà inalterato per un decennio<sup>23</sup>: dopo l'assettamento del primo anno, il Bettini ha deciso — nonostante ogni affermazione nel frontespizio — di procedere nella sostanza alla cancellazione di tre aspetti annunciati all'inizio, e cioè alla rinuncia a riportare sia la nuova legislazione sia la dottrina coeva sia le sentenze straniere.

Contro le promesse e le previsioni iniziali, si tratta infatti di una rivista limitata alla sola riproduzione della “giurisprudenza” dei magistrati del Regno di Sardegna: per quanto ne esista menzione nel sottotitolo di ogni numero, in concreto la pubblicazione tanto della legislazione quanto della dottrina non rientra nei piani del curatore della rivista, e neppure quella delle sentenze straniere (nemmeno quelle di altri Stati della nostra penisola). Quest'ultima mancanza può lasciare un po' perplessi, tenuto conto che l'obiettivo preannunciato era quello di giungere con il tempo ad una “Giurisprudenza italiana”. Si può presumere però che il lavoro di raccolta ed elaborazione delle sentenze dei magistrati sabaudi fosse stato per il momento così impegnativo e assorbente da far preferire al Bettini di concentrarsi su quanto si riferiva ai confini del Regno di Sardegna, per giungere in questo ambito ad un risultato apprezzabile, senza farsi “distrarre” da una ulteriore ricerca di ciò che avveniva oltre frontiera. In un secondo momento si sarebbe potuto allargare lo sguardo, con un'eventuale comparazione facilitata da analoghe iniziative di simili raccolte giurisprudenziali riguardanti altre zone della penisola, in modo da raggiungere allora quella «giurisprudenza italiana» vagheggiata nell'iniziale programma editoriale.

Il lavoro, d'altronde, anche solo con riferimento ai confini dei territori sabaudi, non si presentava né facile né leggero. Al Bettini non erano infatti ignoti i sospetti di numerosi magistrati per la diffusione delle loro sentenze, che poteva essere anche percepita da essi come una specie di controllo dell'opinione pubblica (dei giuristi) sul loro operato; per il curatore non era inoltre indifferente l'impegno per trasporre in “massime” adeguate i principi seguiti dalle sentenze, al fine di non suscitare critiche da parte di chi le aveva redatte e nello stesso tempo di offrire un sostegno autorevole alla pratica legale; era infine pressante l'esi-

genza di pubblicare con tempestività il materiale acquisito e di riuscire a raccogliarlo in modo rapido e generale da ogni tribunale del regno. Può darsi che il considerevole lavoro per riportare con puntualità le sentenze dei magistrati del regno sardo sia stato già di per sé del tutto assorbente per il curatore. È certo comunque che il più ampio orizzonte annunciato nel programma di “lancio” si è ristretto: rassegna della legislazione e suo commento, edizione di sentenze straniere<sup>24</sup>, comparazione con l'estero non entreranno in questi anni nella *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, sorda a tutto quanto eccedesse — anche nella nostra penisola — i confini sabaudi.

Il Bettini seppe giovare dell'impostazione espositiva maturata nella raccolta delle sentenze senatorie genovesi del Gervasoni, che in qualche ulteriore aspetto seppe pure migliorare, fors'anche grazie all'esperienza editoriale dei Pomba<sup>25</sup>; riuscì a procurarsi puntualmente le sentenze sia della testé costituita Corte di cassazione che degli altri “Magistrati” (compresi il Consiglio di Stato e i giudici di primo grado), sfruttando una proficua rete di conoscenze locali, che fornirono con regolarità il materiale necessario<sup>26</sup>; impostò sin dall'inizio la sua raccolta in senso strettamente tecnico-forense, escludendo valutazioni dottrinarie, considerazioni “politiche”, sentenze straniere. Si tratta di una scelta senza dubbio cosciente e significativa, a cui la rivista è rimasta nel complesso fedele. Il clima quarantottesco era passionatamente impegnato, il Bettini proveniva dal giornalismo politico, il Pomba era un editore di notoria matrice liberale, ma la nuova rivista si impose un atteggiamento prudenziale di semplice presentazione delle decisioni giurisprudenziali, con eventuali poche e “tecniche” note a sentenza, esclusione di articoli dottrinari, nonché di valutazioni di politica legislativa.

Nei precedenti *Annali di giurisprudenza* torinesi e nella contemporanea *Gazzetta dei tribunali* genovese c'era un atteggiamento molto più pronunciato nel discutere sia la politica legislativa che le decisioni dei giudici, ma proprio per questo si notava con frequenza una prevenzione negativa nei loro confronti da parte dei magistrati, che spesso poteva portare ad una scarsa collaborazione di questi ultimi, se non anche a forme di boicottaggio. La *Giurisprudenza degli Stati Sardi* invece, con l'aspirazione a riprodurre in modo “neutro” le sentenze più significative dei giudici sabaudi e pertanto a diffondere le linee di tendenza della giurisprudenza dello Stato, si collocò su un piano generale di collaborazione corretta con la magistratura: si propose quindi come elemento di diffusione e di comprensione dei punti qualificanti del diritto esistente, precisato attraverso l'interpretazione giudiziale, senza prospettive ulteriori<sup>27</sup>.

La rivista è edita in fascicoli periodici con una numerazione a sé per la “parte prima”, contenente le sentenze della Cassazio-

di estrazione sociale anche non molto elevata (particolarmente nota è l'edizione delle “*Lecture popolari*”), che raggiungevano tramite la spedizione in abbonamento postale o un ben attrezzato numero di agenti distribuiti territorialmente, secondo un metodo che era da noi all'epoca all'avanguardia.

<sup>20</sup> Ad esempio, il *Manuale forense* o il *Calendario pe' Regii Stati*.

<sup>21</sup> Ciò avvenne nel 1855: cfr. *infra* nota 39.

<sup>22</sup> Il sottotitolo della prima annata è *ossia Raccolta delle leggi e decisioni del Consiglio di Stato, dei Magistrati di Cassazione, Camera de' Conti, d'appello, Consigli d'Intendenza e Tribunali di Commercio nelle materie di Diritto costituzionale, civile, penale, amministrativo, commerciale e di procedura*.

<sup>23</sup> Al titolo di *Giurisprudenza degli Stati Sardi* è abbinato — sino al 1859 compreso — il sottotitolo *ossia Raccolta generale progressiva di giurisprudenza, legislazione e dottrina...*, anche se queste due ultime (cioè legislazione e dottrina) in questi anni non entreranno praticamente nella rivista.

<sup>24</sup> Lo stesso Mantelli era solito riportare nella sua *Giurisprudenza del codice civile* alcune sentenze straniere, per aprire una finestra oltre i confini: è probabilmente con riferimento a tali ipotesi che gli editori avevano fatto notare che «con una spesa relativamente assai tenue, l'Associato ha la materia di più collezioni al prezzo che costerebbe la minima di queste», in una prospettiva rimasta nelle intenzioni.

<sup>25</sup> A differenza del Gervasoni, il Bettini non fa menzione degli avvocati (evitando una certa propaganda professionale); egli perfeziona la presentazione grafica con differenziazione di corpi e caratteri editoriali, in modo da attirare maggiormente lo sguardo: l'ar-

gomento salta subito all'occhio grazie al grassetto con corpo elevato in tondo, mentre la normativa è indicata in tondo di corpo molto ridotto; le parti sono in maiuscoletto, le massime in corsivo. La decisione è per lo più riportata per esteso, illustrata abbastanza spesso con le conclusioni del P.M. in tondo di corpo più piccolo e qualche volta con una breve nota, per lo più a piè pagina del testo (e non in conclusione). L'edizione è molto compatta, in due colonne. Il lavoro redazionale maggiore riguarda, naturalmente, la stesura della “massima”, che sarà riportata nel corposo indice finale dell'annata (per argomenti), al fine di facilitare la consultazione, in base alle “parole-chiave” già indicate nella riproduzione della sentenza.

<sup>26</sup> Questo punto può sembrare marginale, ma è di indubbio rilievo: ad esempio, con la Sardegna i contatti non sembrano tra i più facili, se per il 1848 non abbiamo sentenze di Sassari o Cagliari, e anzi nello stesso 1849 queste compaiono solo con l'estate (11 e 30 luglio, 31 agosto) a Cagliari (con altre successive del 20 ottobre, 12 e 20 dicembre) e con l'inverno a Sassari (10 dicembre): *Giurisprudenza degli Stati Sardi* compilata dall'avv. Filippo Bettini, cit., tavola cronologica delle sentenze.

<sup>27</sup> Nelle pagine di presentazione della prima annata ciò è senza dubbio annunciato, ma in un programma culturale più ampio, che invece fu lasciato cadere, per una probabile scelta consapevole, al fine di non rischiare di compromettere la collaborazione governativa e giudiziale con prese di posizione (articoli, note critiche ecc.), che potessero colpire la suscettibilità di ambienti ancora fortemente diffidenti della discussione o della pubblicizzazione del loro operato.

ne<sup>28</sup>, e un'altra per la "parte seconda", riguardante le sentenze d'appello e di primo grado, in modo che — ricomposte le pagine dei fascicoli nelle diverse "parti" in ordine progressivo — la loro numerazione sia regolare nel definitivo volume dell'annata. A partire poi dal secondo numero della rivista, contenente le sentenze del 1850, sono riportate nella "parte terza" le sentenze della giustizia amministrativa: questa è forse meno estesa delle due precedenti, ma dimostra comunque uno specifico impegno anche per tale settore giurisprudenziale<sup>29</sup>.

Entro ogni "parte" le sentenze sono riportate quasi per esteso, precedute dalle relative "massime" redazionali, qua e là eventualmente postillate da alcune "note" a piè pagina, che lasciano comunque emergere in primo piano il rilievo della sentenza<sup>30</sup>. Le "note" sono nel complesso abbastanza rare e discrete, riportano in certi casi le coeve dottrina o giurisprudenza francesi (a testimonianza di una visione ancora sovranazionale), riprendono a volte la ricostruzione dell'andamento della causa, in altre occasioni ne approfondiscono qualche aspetto<sup>31</sup>; comunque, tendono a lasciare sempre in primo piano la decisione del giudice<sup>32</sup>, secondo la voluta finalità del "compilatore". In tal modo i magistrati vedono valorizzato il loro lavoro, non si sentono premuti da una stringente valutazione critica delle loro sentenze e sono indotti a collaborare alla raccolta superando gli eventuali pregiudizi iniziali. Nello stesso tempo, la diffusione dei principi a cui la magistratura si ispira tende a portare con gli anni al formarsi proprio di quella unitarietà giurisprudenziale che la premessa iniziale del Bettini voleva "nazionale", ma che nei fatti si è indirizzata alla sola area sabauda. Si tratta, comunque, di un buon passo avanti, che può anche far sostenere che il favorire "una giurisprudenza" omogenea almeno nell'ambito del Regno di Sardegna era un primo passo verso quella unione "nazionale", perseguibile sul piano culturale nonostante l'insuccesso del 1849 e la persistente polverizzazione politica della penisola<sup>33</sup>.

Il lavoro si articolava in una serie concatenata di operazioni e richiedeva una certa capacità organizzativa, che il Bettini dimostrò sin dall'inizio di possedere. Era in primo luogo indispensabile raccogliere con rapidità e completezza territoriale le diverse sentenze, compito non semplice, per la necessità di trovare comprensione in una magistratura non sempre collaborativa e di avere referenti locali in ogni parte dello Stato: se ciò non dovette

presentare problemi in Piemonte e Liguria, alcune difficoltà incontrò in Sardegna, da cui nei primi anni le sentenze pervennero solo in ritardo ed in misura modesta<sup>34</sup>.

Iniziava così la vera opera redazionale, con la scelta delle sentenze da pubblicare e con l'individuazione delle "massime" a cui la sentenza si era ispirata, in modo da far emergere i principi giuridici seguiti, nella prospettiva di coordinarli fra loro per una futura «giurisprudenza nazionale»: il redattore doveva sapersi spogliare delle sue opinioni personali, per individuare in modo equilibrato e chiaro le regole che si trovavano alla base del ragionamento giurisprudenziale, eventualmente (e solo ove indispensabile) unendo alcune brevi "note" esplicative, per lo più anonime e quindi attribuibili allo stesso Bettini. Le "massime" erano edite con tutta evidenza prima dalla pubblicazione (parziale o totale) della sentenza, corredate delle corrispondenti "parole-chiave": sin dall'inizio esse tesero a quella chiarezza espositiva e grafica, che caratterizzò la *Giurisprudenza*, mentre le "note" furono molto contenute dal Bettini, che cercò in tal modo di dare un'impostazione quanto più possibile "neutra" al suo lavoro: quelle anonime devono essere presumibilmente sue, le poche firmate indicano collaborazioni soprattutto genovesi<sup>35</sup>.

Oltre alla capacità redazionale delle "massime", un punto essenziale della raccolta giurisprudenziale era costituito dagli indici, in modo che il giurista potesse rapidamente trovare quanto gli premeva: sin dal primo volume la *Giurisprudenza* fu corredata di un indice (cronologico) degli organi giudicanti, di uno sulle fonti legislative utilizzate (codice civile e altri, articolo per articolo; leggi diverse), di uno (alfabetico) delle parti in causa, di uno per gli argomenti trattati (con le "parole-chiave" delle relative "massime"). Quest'ultimo era il più delicato da predisporre, ma anche il più importante, perché era proprio quello che consentiva di collegare fra loro i principi seguiti dai diversi giudici e di percepirne le caratteristiche comuni o divergenti: era la premessa del futuro *Repertorio*<sup>36</sup> e la risposta operativa alle aspirazioni tendenti ad un'unitaria «giurisprudenza positiva», per mettere «le basi di una Giurisprudenza italiana», come era stato annunciato nell'iniziale «idea dell'opera».

Il Bettini dimostrò un'efficace capacità di coordinamento sin dalla prima annata. Le sentenze sono riportate nelle diverse "parti" dell'opera in ordine tendenzialmente cronologico, pur con qualche eccezione<sup>37</sup>, con rapidità entro pochi mesi dal-

<sup>28</sup> In effetti nella prima annata — comprendente le sentenze dal 1° maggio 1848 a tutto il 1849 — la prima parte dovrebbe riguardare «Leggi e giurisprudenza parlamentare, del Consiglio di Stato e della Camera dei Conti», ma di esse la "parte prima", sia della prima annata sia di quelle successive, mai si occuperà: conterrà solo e sempre le sentenze della Cassazione. La scelta è comprensibile, nell'ottica di una pura rivisitazione di "giurisprudenza", come si è rivelata questa.

<sup>29</sup> Con le sentenze appaiono, sin da questa seconda annata, pure pareri del Consiglio di Stato (ad. es. vol. II, parte III, coll. 145-169).

<sup>30</sup> Nei primi due volumi, con le sentenze della Cassazione sono riportate — quasi si tratti di un fascicolo unitario, per chiarire anche tutta la vicenda della causa — quelle dei due precedenti giudizi di merito; con il terzo volume ciò non avviene più, poiché i precedenti giudizi sono per lo più già noti grazie all'edizione nei volumi anteriori (cosa che non poteva avvenire nei primi anni), inserendo al massimo una nota di coordinamento per rintracciarli con facilità nella raccolta giurisprudenziale.

<sup>31</sup> Ad esempio, nella prima annata, parte I, coll. 1-3, 117-118, 622-625; parte II, col. 269 (direttamente pure entro la sentenza). Ciò non impedisce che si richiami anche, nel corso del ragionamento giuridico del giudice, la dottrina anteriore ai codici, come quella dello Scaccia (vol. I, parte I, col. 305) o del Favre (*ibid.*, coll. 622-625), oppure che si proceda dal diritto romano al *code civil* e alle relative dottrina e giurisprudenza (*ibid.*, coll. 1-3). Nella seconda annata può essere curioso che ad una nota dottrinarica sull'uso delle acque di Bertarelli e Rattazzi lo stesso Bettini faccia seguire una sua ulteriore nota (vol. II, parte I, coll. 86-93).

<sup>32</sup> Addirittura, in vol. I, parte I, col. 533 si loda l'argomentazione e la soluzione della Corte di Chambéry, che pare superiore a quelle francesi.

<sup>33</sup> Il Bettini perseguiva un disegno unificante affidato alla pratica giurisprudenziale e quindi ad un filone per così dire meramente "esegetico" (GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico*.

1860-1950, Milano, 2000, 7-20), ben diverso dall'alta visione savignyana, che affidava alla scienza giuridica universitaria questa funzione unificante, dall'alto delle sue capacità intellettuali e scientifiche. Ma, come aveva potuto constatare lo stesso studioso tedesco, la situazione dell'insegnamento universitario in Italia era alquanto modesta e — per quanto migliorata — restava anche nel periodo unitario comunque ben distante da quel livello che richiedeva la sua impostazione (MOSCATI, *Italianische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2001). Il disegno di Bettini poteva essere anche "scientificamente" limitato, ma era in ogni caso un disegno ragionevole e senza dubbio apprezzabile nella situazione culturale dell'Italia (e dello Stato sabauda) del tempo. Sarebbe inoltre un giudizio affrettato quello che liquidasse con tali valutazioni le raccolte di giurisprudenza, perché si dovrebbe dimostrare prima la funzione di un'astratta "scienza" giuridica avulsa dall'applicazione pratica del diritto, se la stessa essenza di quest'ultimo risiede nel dettare la disciplina concreta per la pacifica organizzazione della società.

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, nota 26: non solo le prime sentenze edite di Cagliari sono del luglio 1849 e di Sassari del dicembre, ma anche in seguito le sentenze sarde sono piuttosto scarse: 5 nel primo volume, 3 nel secondo, 7 nel quarto, (per di più a partire solo dall'agosto 1852, una da Nuoro e sei da Cagliari): non è pensabile che si tratti solo di scarsa rilevanza delle decisioni della magistratura isolana.

<sup>35</sup> Colpisce, ad esempio, che l'ambiente universitario torinese, all'epoca in progresso indubbio, nei primi anni sia nel complesso estraneo (salvo il Brignone, peraltro in seguito scomparso) mentre appare piuttosto attivo quello genovese, con i vari Torre, Maggioncalda o Casanova.

<sup>36</sup> Il primo "repertorio" fu edito nel 1861 e riguardò il primo decennio: *Repertorio generale alfabetico della giurisprudenza degli Stati sardi (1849-1859)*.

<sup>37</sup> Ad esempio, nel vol. I, parte I, ad una sentenza del 1.X.1849 (col. 651) ne segue una del 13.III.1849 (col. 654); inoltre, le sentenze

l'emanazione, con le "massime" e le eventuali "note", riunite nel volume del loro anno, il cui ultimo fascicolo risulta edito o nello stesso anno o nei primi mesi del successivo<sup>38</sup>. La prima annata comprende le sentenze dal primo maggio 1848 a tutto il 1849 ed è edita nel 1850; quelle successive riducono i tempi editoriali e riescono ad apparire entro i primi mesi dell'anno seguente, quindi con un'indubbia efficienza, che non sempre si trova in tutte le riviste attuali.

L'iniziativa ha avuto un immediato successo, al punto che nel 1855 la stessa casa editrice provvederà ad una ristampa dei volumi precedenti, perché esauriti<sup>39</sup>. Le anteriori esperienze altrui sono state senza dubbio messe a frutto, ma si deve riconoscere che non sono mancati "fiuto" editoriale, perspicacia nel piano generale dell'opera, capacità organizzativa e redazionale, ramificate conoscenze sia d'informazione che di distribuzione, duttilità nell'adattamento alle caratteristiche dell'ambiente forense del tempo. Sin dalla prima annata l'ampiezza della raccolta è considerevole e la rapidità editoriale è ammirevole. Ciò continua senza cedimenti successivi: ad esempio, nei diversi fascicoli del quarto volume sono pubblicate, nel giro di pochi mesi, poco meno di 900 sentenze del 1852. La *Giurisprudenza degli Stati Sardi* si segnala pertanto come una delle prime riviste giuridiche italiane di stampo contemporaneo, a cui seguiranno le altre nelle diverse parti della penisola<sup>40</sup>.

### 3. L'unificazione politica: verso la Giurisprudenza Italiana.

Dopo un decennio di vita, la *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, ormai chiaramente affermata, consolidatasi in specie sui settori civile e amministrativo, può pensare di aver raggiunto il programma iniziale di offrire al lettore le "massime" della giurisprudenza dello Stato sabaudo e avvia l'edizione di quel "repertorio" dell'attività del primo decennio, che può consentire un panorama dei principi giuridici in atto nel Regno di Sardegna<sup>41</sup>.

L'«idea iniziale» di una «giurisprudenza nazionale» si può dire realizzata riguardo al Regno di Sardegna, ma non concretizzata se riferita all'Italia: la voluta limitazione redazionale alla sola situazione sabauda, fors'anche dovuta all'impossibilità di tenere più ampi contatti territoriali, ha dimostrato una certa "chiusura" culturale a spingere lo sguardo oltre il confine politico esistente. Ma è proprio questo che, alla fine del 1859, si estende, peraltro senza alcun diretto merito del Bettini, che può solo vantare le sue più che decennali aspirazioni ideali. Egli si dimostra però all'altezza della situazione ed in grado di rispondere adeguatamente — nel suo particolare campo d'azione — ai notevoli cambiamenti politici e legislativi in corso. Proprio tra il 1860 e il 1862 la rivista viene assumendo quello che sarà il suo assetto definitivo e passa da *Giurisprudenza degli Stati Sardi* nel 1859 a *Giurisprudenza Italiana* nel 1862. La modificazione non dev'essere stata priva di difficoltà, ma è stata, in definitiva, condotta con avvedutezza e con capacità.

Il volume del 1859 esce nella solita forma: l'avvio del "repertorio", che intende offrire ai lettori la sintesi del lavoro del decennio trascorso, sembra quasi un presagio del periodo che sta chiudendosi. *Maiora premunt* non solo sul piano politico, ma anche dal punto di vista giuridico: tra la fine del 1859 e il 1860 la legislazione dei "pieni poteri" e le annessioni modificano sia il territorio del regno sia l'ordinamento giuridico e giudiziario. Tali novità, per quanto sostanzialmente positive, mettono il Bettini ad un bivio: o conserva la collaudata rete di collaborazioni locali, con il conseguente ridimensionamento della sua raccolta ormai ad una sola parte del regno e la comprensibile inadeguatezza di fronte a quell'ideale nazionale per cui si era così chiaramente pronunciato un decennio prima, oppure aggiorna la sua rivista alle novità politiche e si impegna per cercare quei collegamenti in numerose altre città italiane, che sinora aveva trascurato: in tal modo egli viene a far fare alla sua *Giurisprudenza* quel salto qualitativo e quantitativo che la può effettivamente presentare agli occhi dei giuristi di tutta la penisola come la testimonianza "nazionale" dell'attività delle varie sedi giudiziarie italiane<sup>42</sup> e come la coordinatrice dei principi a cui i diversi magistrati si ispirano.

Il Bettini, ormai quasi sessantenne ed in approssimative condizioni di salute, accetta, in sostanza, la sfida e non rifugge dal rimettere in discussione una consolidata *routine* e un prestigio locale acquisito: probabilmente sospinto dall'entusiasmo dei suoi ideali patriottici, si lancia con impegno in un'iniziativa, che nel giro di un anno riesce già a dare — almeno in parte — i suoi frutti. L'annata del 1860 esce con tempestività<sup>43</sup>, nonostante la complessità dell'avvio del nuovo lavoro, e aumenta in modo consistente il materiale presentato: giunge a pubblicare circa 1.100 sentenze dell'anno, fra cui quelle della Cassazione e un certo numero (circa il 10% dell'edito) emanato nelle città di nuova acquisizione<sup>44</sup>. La "parte seconda" viene perciò estesa, iniziando significativamente con una sentenza bolognese e una romana<sup>45</sup> e terminando con una serie di massime in materia elettorale; la "parte terza" muta in parte il suo contenuto e tende pure a chiarire la situazione legislativa transitoria di questo anno intenso, anche dal punto di vista normativo<sup>46</sup>. I collegamenti locali non sono tutti attivi nello stesso modo: in base al numero delle sentenze riportate, sembrano naturalmente già più pronti con Milano, sono buoni da marzo con Parma, e pure con Firenze o la Toscana, mentre sono ancora difficili con il Meridione e tacciono quasi con Modena e Bologna, peraltro con una presenza "politicamente" significativa di sentenze di Roma e una di Venezia<sup>47</sup>.

Il titolo della rivista è però ormai inadeguato e deve aver posto al curatore e all'editore qualche problema, risolto con una soluzione sibillina: nel frontespizio esso risulta come *Giurisprudenza del Regno*, senza indicare peraltro se il regno sia "di Sardegna" (come ancora era), "d'Italia" (come sarà) o d'altro, ma

penali non sembrano sempre cronologicamente a posto; infine, quelle riferentisi alla Guardia nazionale si trovano sempre al fondo della relativa "parte", quindi per una scelta redazionale cosciente.

<sup>38</sup> Ciò vale, naturalmente, per l'ultimo fascicolo dell'annata, perché quelli precedenti escono nello stesso anno. Nel 1852, inoltre, risultano editi sia il vol. III (con le sentenze del 1851) sia il vol. IV (con quelle del 1852), anche se l'ultimo fascicolo di quest'ultimo — riportando le sentenze del dicembre 1852 — non può che essere apparso di fatto all'inizio del 1853.

<sup>39</sup> La ristampa, peraltro, presenta un'impaginazione a volte differente di qualche pagina e ha pure alcune varianti: essa è effettuata dalla "Unione Tipografico-editrice torinese", in cui nel 1854 la "Cugini Pomba e compagni" si è trasformata (*Catalogo storico delle edizioni Pomba e UTET: 1791-1990*, cit., XX).

<sup>40</sup> *Periodici giuridici italiani (1859-1900)*, cit., 289-291, nonché PENE VIDARI, *Circolazione delle conoscenze giuridiche nell'età dei codici*, cit., 86-88.

<sup>41</sup> Il "repertorio" (cfr. *supra*, nota 36) comprendeva gli indici del decennio 1849-1859, per oltre 1.000 pagine.

<sup>42</sup> Non si devono dimenticare la grande tradizione della cultura giuridica meridionale, l'esistenza di raccolte giurisprudenziali preunitarie in alcune parti d'Italia, la difficoltà di superare non lievi diffidenze presso i giuristi di altre zone, un po' "gelosi" della loro autonomia.

<sup>43</sup> Addirittura, con la solita forzatura, il volume nel frontespizio risulta edito nello stesso 1860, anche se contiene — naturalmente — sentenze della fine di dicembre (ad. es., parte II, coll. 1056-1057: sentenza del 17.XII.1860 della Corte suprema di giustizia di Napoli).

<sup>44</sup> Tralasciando le sentenze della Cassazione, quelle emanate in città sino al 1859 escluse dal Regno sabaudo sono circa 130, con comprensibile sproporzione rispetto a quelle meridionali, solo nel corso dell'anno coinvolte nella conquista garibaldina.

<sup>45</sup> Vol. XII (1860), parte II, col. 1 (Bologna), col. 5 (Roma). Nel primo fascicolo dell'annata, d'altronde, troviamo ad esempio a col. 58 una sentenza fiorentina e a col. 60 una milanese.

<sup>46</sup> Vol. XII (1860), parte III, coll. 1100-1104.

<sup>47</sup> Nell'indice del volume risultano 41 sentenze milanesi, 23 parmensi, (a partire da marzo, con intensificazione progressiva), 39 fiorentine (e inoltre cinque di Lucca e una ciascuna di Pisa, Livorno e Pistoia), 11 napoletane (a partire da marzo, con successiva intensificazione, compresa una sentenza avellinese), cinque di Bologna (a partire da marzo) e una di Modena; le 11 sentenze di Roma e quella di Venezia (sull'assicurazione) possono essere un segnale "politico", che continuerà negli anni successivi, poiché tali città entreranno nel regno solo in seguito (d'altronde, alcune delle stesse sentenze napoletane sono anteriori alla venuta garibaldina).



nell'“occhiello” precedente quest'espressione generica è precisata a centro pagina dall'indicazione *Giurisprudenza d'Italia*, con riferimento non istituzionale, ma geografico alla penisola.

Questa soluzione di compromesso circa il titolo della rivista è imposta, naturalmente, dalla necessità di dare un'unica intitolazione provvisoria già in corso d'opera ai singoli fascicoli, in attesa dell'evoluzione della situazione: questa matura però solo con la fine dell'inverno del 1861, quando il primo fascicolo della stessa successiva annata 1861 è già stato predisposto e quindi anche per tale anno è riportata la medesima un po' anodina soluzione precedente. Il volume XIII è terminato con un po' di ritardo e figura edito all'inizio del 1862, ma è ancora accresciuto e comprende circa 1.150 sentenze del 1861: lo sforzo per adeguarsi alla nuova situazione politica e per cercare di estendere il proprio raggio d'azione a tutta la penisola è stato consistente, sebbene la collaborazione delle diverse parti d'Italia non sia ancora omogenea, a dimostrazione della difficoltà di trovare gli opportuni collegamenti<sup>48</sup>. La struttura della rivista sta però assumendo quell'impostazione che nel 1862 troverà la soluzione pressoché definitiva, anche dal punto di vista editoriale<sup>49</sup>, pubblicando nel fascicolo le sentenze a blocchi secondo la loro tipologia, destinando al diritto penale ed alla procedura penale ogni 2 o 3 mesi un gruppo di “massime” senza riproduzione della sentenza o di passi di questa, sistemando nella “parte terza” le “massime” e l'attività del Consiglio di Stato, indicando nell'indice della legislazione anteriore quasi unicamente quella del Regno di Sardegna<sup>50</sup>.

#### 4. *La Giurisprudenza Italiana. Aspetti del vol. XIV (1862).*

Con il 1862 il titolo e l'organizzazione della rivista si stabilizzano definitivamente: con il vol. XIV essa prende la denominazione di *Giurisprudenza Italiana*, che conserva tuttora, ormai ad un secolo e mezzo di distanza. Inoltre, il sottotitolo indica finalmente l'impegno unicamente “giurisprudenziale” della rivista, tralasciando quindi il richiamo precedente a «legislazione e dottrina»<sup>51</sup>. La raccolta è ancora aumentata nella mole rispetto agli anni precedenti, che già erano stati in crescita, e giunge a riportare “massime” e passi di poco oltre 1250 sentenze del 1862. La prima parte è dedicata tutta alle sentenze della Cassazione milanese, nella seconda faticano ancora a giungere le sentenze meridionali, in specie quelle della Cassazione palermitana. La tipografia cambia ma resta a Genova<sup>52</sup>, a testimoniare il legame diretto con il lavoro editoriale del Bettini.

La parte più consistente — circa la metà — del volume XIV è dedicata alle sentenze della Cassazione milanese, riportate nelle 1.080 colonne della “parte prima”<sup>53</sup>. Si tratta di quella Corte a cui, sin dalla fondazione, la rivista ha dedicato tutta la sua prima parte e l'interesse maggiore: tale Corte, istituita a Torino nel 1847, è stata poi trasferita nel 1859 a Milano (con inizio effettivo dell'attività nella città lombarda a partire dal primo maggio 1860) e ha continuato a godere di una considerazione privilegiata da parte del Bettini, non solo rispetto ai giudici di grado inferiore, ma anche nei confronti delle altre tre Corti di cassazione operanti nel Regno d'Italia, quelle cioè di Firenze, Napoli e Palermo<sup>54</sup>. Sino al 1859 questa era l'unica Corte suprema del Regno di Sardegna: con essa la redazione era riuscita a instaurare un buon rapporto collaborativo, che è pro-

seguito anche dopo lo spostamento a Milano (con giudici per lo più subalpini). A tale Corte ha continuato quindi ad essere riservata nel 1862 la “parte prima” dell'annata, un po' per tradizione, un po' per comodità, un po' fors'anche per il suo prestigio agli occhi dell'élite dirigente dell'unificazione. Per decenni si discuterà dei destini delle diverse “Cassazioni” della penisola, senza giungere ad una chiara soluzione operativa<sup>55</sup>: si può anche capire che il Bettini nel 1862 si limitasse a protrarre con una certa inerzia il suo consueto piano redazionale, inserendo le indicazioni sulle sentenze delle altre Cassazioni solo nella “parte seconda”, poiché non ignorava le sue maggiori difficoltà di reperimento delle loro decisioni rispetto a quelle milanesi.

Nell'annata del 1862 i rapporti della redazione della rivista con le Cassazioni fiorentina e napoletana sembrano nel complesso discreti, anche se certo non così intensi come con quella milanese: la rivista riporta 37 sentenze fiorentine (di cui però ben 22 con la sola “massima”) e 29 napoletane (delle quali sei con la “massima”). La situazione è invece molto più difficile con la Cassazione palermitana, una cui sentenza del 21 giugno — di indubbio rilievo — viene ricordata non direttamente, ma tramite quanto pubblica il periodico *Il Precursore* (coll. 344-348). Si deve giungere alla metà di settembre per trovare una sentenza di questa Corte riprodotta (brevemente), mentre di altre tre compare solo la “massima”<sup>56</sup>: ed è tutto, quindi molto poco. Da Palermo non giunge altro; per la Sicilia si trovano pure tre sentenze di merito messinesi, di cui due del Tribunale di commercio<sup>57</sup>: non si può certo dire, però, che l'isola abbia un legame — se non sporadico — con la rivista.

La regione con cui la redazione sembra maggiormente in rapporto, fra quelle entrate a far parte del regno dopo i plebisciti, sembra la Toscana: oltre alle già ricordate 37 sentenze della Cassazione fiorentina, l'annata 1862 ne riporta pure altre 12 (di cui cinque per la sola “massima”) di magistrati fiorentini, e inoltre quattro di Livorno (di cui due per la sola “massima”) e altre 11 di Lucca (quattro per la sola “massima”). I contatti sono quindi buoni, e inoltre non solo con il capoluogo, ma anche con due altre città importanti, in specie per il settore commerciale. Fra gli ex ducati, mentre con Parma esiste un discreto collegamento (con 13 sentenze, di cui cinque con la sola “massima”, e inoltre con una ulteriore sentenza proveniente da Piacenza), con Modena il legame sembra pressoché inesistente, essendo riportate in tutto una sola “massima” modenese e una sentenza reggiana. Una situazione un po' migliore si ha con Bologna, da cui provengono sette sentenze: non è peraltro molto per tutta l'area già pontificia, perché ad esse se ne uniscono unicamente altre due di Ancona.

Per ora *Giurisprudenza Italiana* fatica parecchio a riportare le sentenze in modo uniforme: per l'Italia meridionale solo Napoli con la sua Cassazione trova un certo spazio<sup>58</sup>, perché il resto in pratica è silente; nelle terre già pontificie solo un po' Bologna e (ancor meno) Ancona sono tenute presenti; il Modenese è pressoché inesistente. La situazione è migliore con il Parmense e con la Toscana, terre già prossime ai vecchi domini, i quali rappresentano, però, pur sempre l'ossatura portante delle terre da cui provengono le sentenze della rivista: siamo, d'altronde, nel 1862, e in un anno (o poco più) non si può pretendere troppo circa contatti, conoscenze e collaborazioni con uffici giudiziari,

<sup>48</sup> Pare si possa sintetizzare la situazione emergente dal vol. XIII notando che, mentre sono ormai parecchie le sentenze del 1861 che giungono da Parma, abbastanza numerose sono quelle di Ancona e Firenze e anche di Roma, mentre poche sono invece ancora quelle di Napoli, e mancano quelle di Palermo e della Puglia; per Venezia sono edite solo massime.

<sup>49</sup> Ad esempio, la massima è edita in corpo minore, la sentenza in corpo maggiore, le conclusioni del P.M. sono riportate in corpo più piccolo; il fatto è esposto sinteticamente in nota.

<sup>50</sup> Ciò deriva, peraltro, dalla maggior frequenza con cui questa legislazione viene richiamata, perché negli indici compaiono anche, ad esempio, citazioni dei codici civili napoletano e parmense.

<sup>51</sup> Il sottotitolo, quindi, d'ora in poi è *Raccolta generale progressiva delle decisioni delle Corti del Regno, Consiglio di Stato ecc. in materia civile, penale, commerciale, amministrativa ecc.*

<sup>52</sup> La tipografia ora è quella del Regio Istituto de' sordomuti di Genova.

<sup>53</sup> Alle sentenze della Cassazione (allora di Torino) già le annate precedenti della rivista riservavano naturalmente un rilievo maggiore.

<sup>54</sup> Per un sintetico quadro della situazione, cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, Milano-Torino-Roma, 1920, I, 735-737.

<sup>55</sup> Una ricostruzione del dibattito si trova nel secondo volume del citato — e noto — lavoro di Pietro Calamandrei.

<sup>56</sup> L'unica parte di sentenza riportata, in materia di competenza, è a col. 511; le tre “massime” sono a coll. 486, 503 e 563.

<sup>57</sup> Coll. 532-535 e coll. 706-709 (della seconda sentenza è riportata solo la “massima”).

<sup>58</sup> Esistono, inoltre, altre due sentenze di magistrati napoletani (di una delle quali si parlerà pure dell'argomento) a cui sono da unire due “massime”.

che a loro volta, con l'unificazione, possono essere stati coinvolti in cambiamenti, anche di persone.

Le sentenze della "parte seconda" sono contenute nelle 758 colonne di questa annata. Esse provengono per lo più dalle tre Corti d'appello di Genova, Torino e Casale (per la ricca area del Piemonte orientale, con Alessandria e Novara) nonché da quella di Milano. La Sardegna è isolata (due casi da Cagliari, uno da Sassari); esiste inoltre qualche sentenza di Tribunale di prefettura (cioè di primo grado), con alcuni ulteriori casi sporadici<sup>59</sup>, ma sono le quattro Corti d'appello di Genova, Torino, Casale e Milano a offrire il gruppo più consistente del materiale edito in questa "parte". Se però si sommano tutte le sentenze delle zone del regno acquisite con le annessioni si giunge già ad un materiale di una certa consistenza, cioè a poco più di 120 sentenze: si tratta non solo del 10% di tutto l'edito (comprensivo della Cassazione milanese e del Consiglio di Stato torinese), ma pure di circa il 30% della "parte seconda". Se è questa che può attestare maggiormente la diffusione nella penisola di certi principi giurisprudenziali, sembra allora che già con il 1862 si sia fatto un primo — non insignificante — passo verso la dimensione "nazionale", che continuerà negli anni successivi.

La rivista, inoltre, ha un occhio pure per le zone del Lazio e del Veneto non entrate ancora nel Regno d'Italia, e in specie per Roma. È una prospettiva tinta di coloritura politica unitaria, la quale attesta una precisa scelta di campo, anche solo ideale, che la redazione desidera tenere viva. Nell'annata 1862 troviamo così 23 sentenze (di cui però ben 18 con la sola "massima" e cinque con riproduzione di parte della sentenza) provenienti da Roma e tre dal Veneto, di cui due da Venezia (una con la sola "massima") e una da Rovigo, sulla quale può essere curioso ritornare per il problema esaminato. Un caso a sé, per nulla "revanchista" è quello di una "massima" desunta da una sentenza dell'ormai francese Tribunale di Nizza riguardo all'opzione per la cittadinanza italiana dopo il passaggio di questa città alla Francia<sup>60</sup>. Questo gruppo di sentenze (o "massime"), per quanto limitato, indica che *Giurisprudenza Italiana*, pur già nel faticoso cammino (non ancora completato) di estendere il suo raggio di azione ai giudici delle terre di tutto il regno del tempo, nel 1862 non ignorava quelle parti della "nazione" — come Roma e Venezia — che ne erano ancora fuori dal punto di vista politico. La stessa Cassazione milanese, d'altronde, escludeva una rigida applicazione del principio della reciproca differenza fra due Stati, quando si trattava di terre della stessa "nazione" italiana, per quanto soggette a due Stati rimasti diversi (come ancora avveniva per Roma), accettando la nazionalità come il «principio dominante del nuovo diritto pubblico» ed escludendo quindi una valutazione o un comportamento ostile del nuovo Regno d'Italia «contro province italiane protette dal diritto nazionale, benché governate da Stati stranieri» (parte I, col. 480, sent. 30.VI.1862).

Ogni "parte" della rivista riporta il materiale secondo una prospettiva tendenzialmente cronologica, più facile da realizzare nella prima e nella terza parte, che si riferiscono ad un solo organo, più complessa nella seconda, dipendente in modo maggiore dai diversi collaboratori locali. A tale criterio si possono unire quelli della similitudine di materia o di provenienza, che portano a introdurre dei cambiamenti. La redazione, inoltre, deve decidere quali parti della sentenza riportare e predisporre poi le "massime" (e le "parole-chiave"), oppure optare per la sola "massima": anche questa elaborazione può incidere sull'ordine di pubblicazione. È abbastanza frequente, inoltre, che le sentenze in materia civile precedano quelle penali dello stesso mese, e inoltre che in un fascicolo le sentenze di cui sono riportate questioni sulla competenza degli organi (spesso dei giurati, oppure dei tribunali militari, o del giudice amministrativo) siano anteposte a quelle riguardanti aspetti sostanziali.

Data l'impostazione soprattutto civilistica del diritto dell'epoca e data l'ampiezza del materiale da pubblicare, la redazione ha inoltre deciso che per il diritto e la procedura penali fosse opportuno raggruppare per ogni "parte" — probabilmente al fondo di ogni fascicolo — le "massime" in materia, qualora le singole sentenze non presentassero aspetti degni di specifica pubblicazione. Così, nella nostra annata, troviamo ad esempio nella "parte prima" le «massime testualmente decise» dalla Cassazione milanese in tema di diritto e procedura penali, alle coll. 96-100 per gennaio, 208-213 per febbraio, 390-397 per marzo-aprile, 646-655 per maggio-giugno, 834-838 per luglio-agosto, 938-955 per settembre-dicembre. Quando sia il caso, le questioni riguardanti la Guardia nazionale sono riportate insieme, per lo più al fondo di un fascicolo: si può vedere in proposito la col. 100 (in fine) della "parte prima" della nostra annata<sup>61</sup>.

Nonostante l'attenzione posta, esiste pure qualche errore di stampa. Così, ad esempio, la "massima" della Cassazione fiorentina di col. 102 (II parte), non può essere del gennaio 1863, ma è del 1862, essendo edita all'inizio dell'annata, nel primo o secondo fascicolo. Anche una successiva "massima" della stessa Cassazione edita a col. 247 (II parte) attribuita all'aprile 1863 è — per lo stesso motivo — del 1862. Si tratta, peraltro, di errori di data comprensibili con facilità. Più delicati sono gli errori nella «tavola cronologica delle sentenze», che si trova fra gli indici finali della raccolta: qui un numero errato nella datazione o nella pagina di riferimento è più grave e può creare difficoltà di reperimento. Proprio la già ricordata "massima" fiorentina edita a col. 247 (con anno diverso) è riportata nell'indice cronologico con la data esatta (20 aprile 1862), ma con un numero di pagina errato (447 anziché 247). Così pure l'unica "massima" nizzarda riprodotta a col. 459 risulta nella tavola cronologica a col. 159. Si tratta solo di numeri, ma — trattandosi di rinvii — sono piuttosto importanti. Ho ricordato due casi, ma ne potrei citare anche altri: l'indubbia fretta con cui si redigevano questi importanti indici, completabili solo a fine annata, quando già la redazione contava i giorni di ritardo, poteva giocare qualche brutto scherzo. La nostra annata, d'altronde, come indica il "verso" del frontespizio, è terminata nel 1863... Non si poteva fare, d'altronde, diversamente, se si riproducevano sentenze degli ultimi giorni del dicembre 1862: il ritardo dell'ultimo fascicolo e degli indici non poteva che essere di due mesi almeno.

La redazione non segue un metodo omogeneo per riportare le sentenze, se non con l'obiettivo di fare in modo che il lettore possa venire a conoscerne la parte essenziale e i principi seguiti (le "massime") senza peraltro dilungarsi ed eccedere nell'edizione, per limitare stampa e spese. Ad esempio, nella prima sentenza riportata il caso si deduce direttamente dalle parole iniziali (che rinviano pure al vol. XI in cui è riprodotta la sentenza appellata) e dai motivi d'appello, ai quali la Cassazione risponde; così pure avviene per la seconda e la terza sentenza, per le quali la redazione non reputa necessaria alcuna nota esplicativa, che è considerata invece indispensabile alle colonne 31 e 34 (e, ad es., pure nella nota delle coll. 60-61) al fine di illustrare al lettore la causa del contendere. Si può constatare, comunque, che la redazione è attenta a far parlare soprattutto il giudice riportandone il ragionamento e le conclusioni, senza esprimere alcun giudizio: ancora nel 1862 essa aspira a presentare la sua opera come la più neutra possibile. Solo raramente ci si permette qualche timida osservazione, come capita ad es. a fine col. 35, quando si nota la difformità di opinione tra Consiglio di Stato e Cassazione. Una posizione redazionale più marcata contro una sentenza della Cassazione milanese (del 30 maggio 1862), ma in modo pur sempre molto garbato, si trova invece alla nota di col. 630, a tutela delle garanzie del cittadino, che alla redazione sembrano comunque tali, da portare ad escludere in materia penale un'interpretazione estensiva, anche solo indiretta<sup>62</sup>. Una

<sup>59</sup> Ad esempio, uno da Asti, uno da Chiavari, uno da Mantova.

<sup>60</sup> Col. 459.

<sup>61</sup> Alle coll. 838-839 della "parte prima" continuano le "massime" sulla guardia nazionale per il periodo luglio-novembre 1862.

<sup>62</sup> La Cassazione aveva ammesso la recidiva per un cittadino

pontificio già condannato secondo la disciplina preunitaria (e quindi, all'epoca, straniero rispetto al nuovo Regno), e poi nuovamente condannato dopo l'annessione, motivandola con il fatto che il già condannato non era più straniero. La redazione critica un aggravamento della pena derivato da un'interpretazione dubbia della posizione di "cittadino-straniero".

“nota” molto più impegnativa sia sul piano dottrinario sia per le critiche alla stessa Cassazione si sofferma poi a ricostruire in materia dotale la questione dei frutti della dote, prendendo spunto nella “parte seconda” da due sentenze, una della Corte d'appello di Torino, l'altra della Cassazione di Napoli (II, coll. 46-52): è uno dei pochi casi in cui la redazione si impegna per esprimere una sua posizione, appellandosi alla dottrina ed a precedenti giurisprudenziali e criticando proprio una delle due sentenze.

Le sentenze della Cassazione milanese della prima metà di gennaio 1862, riprodotte sino a col. 74, sembravano tendenzialmente dedicate a questioni di competenza, in specie delle Corti d'assise e dei Tribunali militari: le decisioni risultano prese entro circa sei mesi dal giudizio appellato e rivelano quindi una rapidità oggi ignota. Può essere interessante constatare l'accoppiamento redazionale tra la decisione dell'11 gennaio 1862, presa a classi unite, circa la competenza del Tribunale militare, dopo il ricorso del P.M. (che in questo caso è pure riportato), con riferimento a organi giudicanti di Salerno, con tre altre decisioni dello stesso giorno sulla competenza del Tribunale militare di Torino e di altri due Tribunali militari dell'Italia meridionale (coll. 45-51): in questi casi, quindi, la Cassazione milanese ha deciso per tutto il territorio del Regno. La redazione della rivista faceva inoltre presente (nota di col. 51) che ometteva un ulteriore caso, perché analogo a quanto riportato nelle due annate precedenti, provvedendo quindi a tenere informato il lettore su una giurisprudenza che sembrava ormai consolidata, senza peraltro occupare altre pagine di stampa.

La Corte milanese si è dovuta anche occupare di applicazione della legislazione preunitaria e di disposizioni transitorie, come è avvenuto ad esempio per un caso anconitano (coll. 90-94) o per un altro modenese (coll. 348-354). La rapidità dell'unificazione portava infatti la Cassazione a doversi esprimere — in “tempi” notevolmente ridotti, che meritano apprezzamento — su situazioni maturate sotto i passati regimi e quindi con la loro legislazione, alla quale si doveva fare riferimento. Può inoltre sorgere il dubbio che su alcune questioni (come ad es. su quella anconitana già ricordata, riportata alle coll. 90-94) abbiano influito proprio le vicende, a volte repentine e convulse, della caduta del sistema politico (e in parte giuridico) precedente. Un caso indubbiamente “politico” è stato quello del vicario capitolare della diocesi di Bologna, mons. Canzi, sul cui ricorso la Cassazione si è pronunciata con rapidità il 25 luglio 1862: la rivista riserva un certo spazio sia alle “massime” dedotte sia alle dotte conclusioni del procuratore generale, sia alla sentenza di rigetto (coll. 429-456), essendosi trattato di una diretta opposizione al nuovo Regno, che a Bologna aveva fatto scalpore<sup>63</sup>.

Oltre a questa, qualche altra sentenza del 1862 lascia d'altronde trasparire alcune situazioni piuttosto agitate sul piano dell'ordine pubblico, come quella di evasione dal carcere di Reggio Emilia con la connivenza del custode (I, coll. 844-848) o quella di un tentativo cospirativo di restaurare il dominio pontificio a Spoleto (I, coll. 910-915), oppure quella toscana sulla renitenza alla leva (II, coll. 112-113)<sup>64</sup>, o ancora quella del grave comportamento dei canonici della cattedrale di Napoli, condannati per essersi rifiutati di presenziare alla visita del Re in duomo (II, coll. 322-326). Un caso a prima vista quasi controcorrente in proposito sembra quello della sentenza della Cassazione di Firenze, contraria all'incriminazione del vescovo di Modigliana per aver divulgato fra il clero il testo latino di un Breve papale, ma si deve pure considerare la cautela utilizzata dal vescovo nella circostanza: si può quindi comprendere la “prudenza” della Corte, attenta a distinguere tra l'esercizio pastorale da

parte degli ecclesiastici e le volute polemiche pubbliche di alcuni elementi del clero (II, coll. 522-532).

Una sentenza un po' particolare è quella d'appello del Tribunale di Rovigo, riportata — come annota la redazione — proprio per il rilievo riconosciuto alla scienza: un inquisito di procurato aborto è stato assolto in primo e secondo grado perché i mezzi (certe “polveri”) da lui creduti efficaci ed utilizzati per indurre la donna ad abortire in effetti erano stati considerati dalla scienza medica del tempo oggettivamente innocui. La sentenza riporta infatti un parere della Facoltà di medicina di Padova, che contesta e disprezza la comune opinione del popolo circa la proprietà abortiva della segala cornuta e, grazie al progresso della scienza, indica quindi che non si può parlare di tentativo (II, coll. 695-698). È perciò l'attestazione del rilievo delle conoscenze scientifiche per la valutazione di un atto, oltre le credenze popolari (e dello stesso autore dell'azione incriminata), secondo un'impostazione di favore per la consulenza tecnica che si affermerà sempre più nel tempo.

La rivista riportava usualmente i passi più significativi delle sentenze, a cui univa a volte qualche nota. Si scosta del tutto da questo metodo ciò che l'annata XIV pubblica alle coll. 344-348 della “parte seconda”, con riferimento alla sentenza della Corte di Cassazione di Palermo del 21 giugno 1862 in tema di denegata giustizia: quanto è edito è desunto dal periodico *Il Precursore*, secondo un'esposizione ispirata dallo stile della cronaca giudiziaria. Sino al giugno 1862 *Giurisprudenza Italiana* non ha pubblicato nulla della Cassazione palermitana: se ne può dedurre che la redazione non aveva in proposito alcun collegamento. La sentenza in questione è però sembrata importante al Bettini, perché riconosceva i diritti inviolabili della libertà personale e del domicilio a garanzia del cittadino, secondo una linea di principi liberali che all'avvocato genovese stava a cuore, e che aveva difeso in altre numerose occasioni, ed in questa stessa annata. In mancanza di meglio, egli si affidò quindi alla riesposizione di quanto già pubblicava un altro giornale.

Il caso era già di per sé di un certo rilievo: si trattava della condanna — all'unanimità — da parte della Corte palermitana addirittura del cessato procuratore generale presso la gran Corte criminale di Palermo per aver rifiutato di indagare su quanto occorso ad un rispettabile cittadino locale (il dott. Giovanni Raffaele). Questi da ormai 15 mesi aveva denunciato a più riprese al procuratore generale di essere stato arbitrariamente sequestrato e deportato (sino a Genova) per un'iniziativa risalente al luogotenente Montezemolo<sup>65</sup> e al La Farina e chiedeva al procuratore generale di far luce sull'accaduto, senza veder aprire mai alcuna indagine. La situazione doveva essere senza dubbio imbarazzante, sia per il Governo di Torino sia per il procuratore generale, che all'epoca rispondeva del suo operato al Ministro della giustizia e quindi non intendeva soffermarsi su un atto palesemente illegittimo compiuto da alti funzionari governativi. L'accaduto, d'altronde, non è stato contestato da nessuno: solo, il procuratore generale ha cercato di giustificare l'operato governativo e con ciò pure le sue inadempienze.

Il caso, d'altronde, doveva aver suscitato un certo scalpore in città, a poco più di due mesi dal plebiscito e nel regime di garanzie costituzionali (anche se un po' modeste) introdotte dall'estensione dello Statuto alla Sicilia: se gli alti funzionari governativi si potevano permettere azioni di questo genere, c'era da chiedersi cosa era cambiato con il nuovo regime... Il procuratore generale pensò di non avviare però alcuna inchiesta, mentre probabilmente cresceva la pressione locale contro il Governo di Torino: alla fine — con il probabile consenso ministeriale per toglierlo da questa difficile posizione — egli passò prudentemente ad altra carica, ma il sequestrato e i suoi sostenitori

<sup>63</sup> Mons. Canzi era stato condannato dalla Corte d'assise di Bologna l'8 maggio 1862: la Cassazione, quindi, ha deciso dopo poco più di due mesi. Al vicario capitolare era stato addebitato di aver rifiutato il proprio ufficio con turbativa della pace sociale, di aver imposto il rifiuto del funerale religioso del presidente della Corte d'appello di Bologna (... e non si può non ricordare analogo rifiuto del funerale del Santarosa, che causò a suo tempo il pesante intervento del Governo d'Azeglio...), di aver provocato alla disubbidienza delle leggi del regno e di aver pubblicato e diffuso pubblicazioni

contro la legge sulla stampa (con condanna a tre anni di carcere e ad una pesante multa).

<sup>64</sup> In questo caso, peraltro, la Cassazione fiorentina sembra guardare con particolare benevolenza la Guardia nazionale, la qualifica di “pubblico ufficiale” e la valutazione del contesto, per rigettare il ricorso...

<sup>65</sup> Il giornale palermitano ne riporta peraltro il nome in modo imperfetto («marchese di Montezemoli»).

insistero, al punto da ottenere che il procuratore generale, che aveva insabbiato l'inchiesta, fosse processato (e condannato) per denegata giustizia.

Si può pensare che il processo abbia fatto scalpore, come lascia d'altronde intendere il resoconto del dibattito. L'ex procuratore generale poteva sperare in una certa comprensione dei colleghi palermitani, in un ambiente senza dubbio turbato dalla polemica ed in probabile fase di assestamento entro gli uffici giudiziari a pochi mesi dall'arrivo dei "piemontesi". D'altronde, anche alcuni amici di lunga data, come l'avvocato del ricorrente e lo stesso nuovo procuratore generale — secondo quanto riporta la rivista —, attaccarono pesantemente il comportamento dell'ex procuratore generale: la Corte «a voti unanimi» lo condannò, dando quindi all'opinione pubblica locale, oltre che al deportato, la sensazione che i diritti della libertà personale e del domicilio erano intangibili nell'ordinamento statutario vigente, e pure che la magistratura era in grado — nella sua autonomia — di prendere posizione contro atti illegittimi posti in essere dal Governo e di ripristinare la legalità. In linea teorica si trattava di una risposta che poteva apparire di alto profilo, sia riguardo ai principi di libertà sia con riferimento al rispetto — anche da parte del Governo — dell'ordinamento statutario. In effetti, però, se si passa poco oltre a leggere la sostanza della condanna, si nota che non si trova alcuna pesante sanzione penale nei confronti dell'ex procuratore generale, ma lo si vede unicamente tenuto sul piano patrimoniale «al ristoro di tutti [i danni] ed alle spese del giudizio, a favore del dott. Raffaele» (che risultava in precedenza aver subito danni materiali modesti): manca ogni sanzione penale, che si poteva invece prospettare severa...

A differenza di altre volte, il Bettini "prudentemente" non ha inserito alcuna nota: gli è bastato riportare quanto risultava dai giornali. Da un lato non ha voluto lasciar passare sotto silenzio il caso, dall'altro non ha considerato opportuno esporsi con critiche personali. Ha però preso atto, a giugno 1862, che anche la Cassazione palermitana meritava di essere tenuta presente: nella rivista della seconda parte dell'anno qualche massima o parte di sentenza inizierà a comparire in proposito, come già si è detto. Un altro piccolo passo verso una «giurisprudenza italiana» era in corso.

La "parte terza" dell'annata riguarda la «Giurisprudenza amministrativa» e si riferisce in gran parte a quel contenzioso amministrativo che la L. 30 ottobre 1859 emanata dal Governo in base ai "pieni poteri" per la guerra aveva affidato al Consiglio di Stato di Torino, con competenza su tutto il territorio del Regno. Questa "parte terza", quindi, fa riferimento a decisioni del Consiglio di Stato torinese. In questa parte si può constatare una certa maggior diffusione delle "note", anche un po' critiche, come ad es. alle coll. 33-35, in cui è riportata l'opinione dell'avv. Poggi, contro la tendenza usuale della rivista all'anonimato delle note redazionali. Fra le decisioni del Consiglio di Stato, se ne possono ricordare almeno due, riguardanti il trattamento di quiescenza di due professori di un certo prestigio, uno parmense (Ferdinando Maestri, coll. 48-50) e uno milanese (Cesare Cantù, coll. 56-58), entrambi "patrioti" e perciò a suo tempo privati del loro insegnamento dai regimi preunitari.

Dopo le decisioni del Consiglio di Stato in materia contravvenzionale, riportate quasi sempre con la sola "massima" (coll. 139-155), sono pubblicati alcuni avvisi dello stesso Consiglio (coll. 155-162) e infine alcune "massime" e parti di sentenze di Consigli di prefettura, peraltro per lo più di Genova o al massimo di Torino o Novara, cioè di terre dell'antico Regno di Sardegna, naturalmente con una più facile attenzione per il capoluogo ligure, ove il Bettini viveva (coll. 162-168). Da col. 169 seguono poi la tavola cronologica delle sentenze, l'indice dei nomi delle parti e quello della legislazione richiamata, ma so-

prattutto l'importante — e utilissimo per i pratici — indice analitico delle materie, che consente un'utilizzazione rapida di tutto il materiale dell'annata, che confluirà in seguito nel successivo *Repertorio* decennale, in prosecuzione di quello giunto sino al 1859.

La *Giurisprudenza Italiana* del 1862 si era ispirata all'ormai più che decennale impostazione della rivista, tesa a riportare le parti più interessanti delle sentenze e a riprodurre quindi fedelmente la parola dei magistrati, costruendovi accanto le "massime" e intervenendo con le "parole-chiave" per facilitarne il reperimento nell'indice finale per materia. La mediazione della redazione era quindi piuttosto discreta, limitata alla scelta delle sentenze e dei loro passi significativi, nonché alle poche note aggiunte (per lo più né critiche né dottrinarie, ma solo esplicative). Una valutazione critica delle sentenze non rientrava per il momento fra gli obiettivi della redazione e della rivista.

Il problema però era quello di poter scegliere fra tutte le sentenze del regno: questa era l'ambizione del Bettini, ma nel 1862 non ha potuto realizzarsi del tutto, come si è detto. Per giungere a ricevere corrispondenze e collaborazioni da ogni zona del regno è stato necessario un lavoro di qualche anno: nel 1862 non poteva certo essere finito, anche se si può constatare che era stato avviato con coraggio. Si può dire che i frutti sono giunti quando ormai il Bettini si era ritirato dalla scena, ma che l'impostazione del nuovo impegno riguardante tutta la penisola è stata opera sua.

##### 5. Cenni sulle annate successive.

Il vol. XV, del 1863, è l'ultimo del quale l'avv. Filippo Bettini appare curatore. Esso nel complesso ricalca l'impostazione dell'annata 1862, che qui è stata esaminata più da vicino per il contingente motivo dell'attuale centocinquantenario<sup>66</sup>. In questi primissimi anni unitari la redazione conserva invariata la struttura della rivista, per concentrare il suo impegno nella ricerca di collaborazioni e corrispondenze nelle diverse zone della penisola, al fine di offrire un panorama generale ed omogeneo della «giurisprudenza nazionale».

L'annata XVI, del 1864, si apre con un ringraziamento ed un saluto sentito e caloroso al cav. Filippo Bettini, fondatore della rivista (come ricorda il frontespizio), da parte del nuovo direttore, l'avv. Domenico Giuriati, anch'egli intellettuale mazziniano, già esule veneziano a Torino, il quale rassicura gli associati che proseguirà la strada «ideata e tracciata» dal predecessore per consentire «alla Raccolta quella impronta nazionale», che ancora non hanno le altre «pubblicazioni giudiziarie italiane, le quali tutte hanno e mantengono uno spirito di territorio»<sup>67</sup>.

Già nell'annata del 1864 sono introdotti alcuni significativi cambiamenti, che resteranno anche nei numeri successivi: nella "parte prima" sono edite tutte le sentenze di Cassazione (e non più solo quelle di Milano); nella "parte terza" alle decisioni del Consiglio di Stato si affiancano quelle della Corte dei conti. Se le sentenze menzionate diminuiscono, scendendo a 1067, il riequilibrio territoriale è ormai in fase avanzata, dato che più di un terzo del totale delle sentenze proviene da città preunitarie non sabaude, nonché dalle tre Cassazioni centro-meridionali. Un mutamento di un certo rilievo, confermato nelle annate successive, riguarda anche gli indici finali, ove sono riportate separatamente le sentenze civili, quelle penali, quelle sulla Guardia nazionale e quelle amministrative<sup>68</sup>.

Nei volumi immediatamente successivi la rivista prosegue nel riequilibrio territoriale della provenienza delle sentenze e diviene sempre più «nazionale»: tende a una certa contrazione — e quindi scelta — delle sentenze riportate, ispirandosi al programma di non riprodurre quelle meramente ripetitive di principi già affermati; per contenere le spese, preferisce — ove possibile e opportuno — limitarsi alla "massima"; continua a presentare

<sup>66</sup> Desidero ringraziare in proposito il Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Torino, Raffaele Caterina, per la gentilezza usatami nel facilitare la mia analisi sulle annate della rivista.

<sup>67</sup> GIURIATI, *Agli Associati*, in *Giurisprudenza Italiana*, XVI (1864), inizio.

<sup>68</sup> Più in particolare, gli indici riguardano singolarmente le tre "parti" della rivista. Della "prima parte" sono enumerate separatamente le sentenze civili, quelle penali e quelle sulla guardia nazionale; della "seconda parte" sono elencate a sé le sentenze civili e quelle penali; della "terza parte" sono separate le decisioni civili, quelle contravvenzionali ed infine i pareri del Consiglio di Stato.

“note” per lo più tecniche e tendenzialmente limitate, solo alcune rare volte soffermandosi su commenti — anche critici — delle sentenze, per lo più a garanzia dei diritti di libertà del cittadino, quindi per argomenti di indiscusso rilievo ideale<sup>69</sup>. In generale si può constatare però che ad un quindicennio dall'inizio lo spazio editoriale destinato a “far parlare” direttamente il giudice tende a ridursi a favore della “massima”, perciò di un intervento redazionale, anche se ispirato a correttezza ed obiettività.

L'opera della redazione diviene a questo punto ancor più importante, perché è quella che effettua non solo la cernita per la stampa dell'ampio materiale esistente ma anche quella che lo sintetizza fino all'essenziale, sempre però con il preciso e tassativo impegno di non «far dichiarare alla sentenza più o meno di quanto espresso (*sic!*) dice», e anche di usare una forma espositiva sintetica, chiara ed omogenea che superi lo «stile svariato in uso presso i singoli Tribunali»<sup>70</sup>. Si sta chiudendo, in definitiva, il periodo della riproduzione della sentenza a favore di quello della sola “massima”. La direzione del Giurati, protrattasi per un decennio, ha saputo fondere con uniformità in *Giurisprudenza Italiana* stili giudiziari tradizionalmente diversi e fornire un panorama generale delle decisioni postunitarie, accentuando fors'anche gli aspetti pratici, ma svolgendo comunque — tramite la ricerca dei principi seguiti dalla magistratura nella pratica forense — un ruolo considerevole in quel processo unificante del nostro diritto, che la legislazione da sola non poteva attuare e che la nostra scienza giuridica universitaria non era ancora in grado di fornire secondo le prospettive avanzate in Germania dal Savigny.

Alla fine degli anni Sessanta *Giurisprudenza Italiana* ha ormai completato l'omogeneità nella riproduzione territoriale delle sentenze; continua a dimostrare unicamente interesse per le decisioni giudiziali e la pratica forense; presenta una certa tendenza alla selezione qualitativa del materiale riportato, scostandosi dall'aspirazione precedente di dar notizia di un numero sempre più elevato (o comunque consistente) di sentenze; rispetto ad altre riviste, cresciute proprio in questi anni di numero e qualità<sup>71</sup>, si segnala per la sua indubbia dimensione “nazionale”. Il Giurati dirige con questo spirito la rivista per un decennio: nel 1874 è affiancato da altri quattro avvocati, che sono però soprattutto docenti universitari noti per la loro “dottrina”, cioè i civilisti Carlo Francesco Gabba ed Emidio Pacifici Mazzoni, il commercialista Luigi Maurizi e il penalista Francesco Carrara. L'ufficio di redazione è fissato in Roma presso Emidio Pacifici Mazzoni. L'anno dopo Domenico Giurati lascia definitivamente la redazione di *Giurisprudenza Italiana*, pur continuando a collaborare alle singole annate.

Come con il ritiro del Bettini si era chiuso il periodo di fondazione, diffusione ed estensione della rivista prima nei territori sabaudi e poi in sede nazionale, così con quello del Giurati si interrompe la precipua dimensione forense e giurisprudenziale della rivista, venuta di aspirazioni liberal-progressiste risorgimentali (come indica la personalità di ciascuno dei due curatori), ma volutamente contenuta ad una corretta diffusione dei principi seguiti dalla «giurisprudenza nazionale» nelle sue decisioni. Con il 1874 sembra aprirsi un orizzonte più ampio, in armonia con le aspirazioni dei principali giuristi italiani dell'epoca per la costruzione di una «scienza giuridica italiana»<sup>72</sup>.

La rivista cambia impostazione in modo consistente. La riproduzione delle sentenze e delle “massime” è affiancata da numerose note dottrinali, per lo più firmate o da uno dei quattro redattori o da altri noti giuristi: unisce alla prospettiva forense quella scientifica e offre al lettore una valutazione “critica” della «giurisprudenza nazionale». È un ulteriore passo per un più organico e complesso panorama della pratica forense, arricchito dalle considerazioni dottrinarie. La stessa denominazione della rivista cambia e sottolinea tre nuovi aspetti: la valutazione “critica” della pratica forense, la nuova presenza di «legislazione e dottrina», l'attenzione alla «giurisprudenza straniera»<sup>73</sup>. La scienza entra nella dinamica dei principi giurisprudenziali e si presenta ad esprimersi — con rispetto, ma con sincerità — nei confronti delle decisioni giurisprudenziali: è un'impostazione nel complesso nuova, diversa dall'iniziale progetto di riproduzione del testo giurisprudenziale annunciato e rispettato dal Bettini (e pure dal Giurati). È passato ormai un quarto di secolo dalla fondazione della rivista, l'ambiente giuridico circostante è in fase di cambiamento a tutto favore delle riflessioni dottrinarie (e del ridimensionamento dell'autorevolezza della decisione giudiziale): *Giurisprudenza Italiana* aspira a restare in armonia con i cambiamenti in atto, venendo quasi a precederne le attese.

L'annata 1874 presenta così una struttura interna profondamente mutata: la “parte prima” riguarda le sentenze di Cassazione; la “parte seconda” la «giurisprudenza amministrativa» e quella delle Corti d'appello; la “parte terza” contiene la «legislazione» (con eventuali commenti o riflessioni sulle nuove leggi); una nuova “parte quarta” tratta di problemi di «diritto controverso»; infine è riportata una «rivista di giurisprudenza straniera» desunta dalle principali riviste transalpine con triplice riferimento alla giurisprudenza commerciale franco-belga, a quella commerciale tedesca, a quella civile franco-belga. Il Bettini, sin dal “lancio” della rivista aveva preannunciato di inserirvi pure le innovazioni legislative, le questioni giuridiche controverse e la giurisprudenza comparata, ma per oltre un venticinquennio non se ne era fatto nulla. Ora, di colpo, con l'avvento di un'impostazione scientifico-dottrina, anche tutto ciò viene realizzato.

La prospettiva giurisprudenziale e forense di Bettini e Giurati è sopravanzata nel 1874 da quella “dottrina”: non può non apparire come un completo cambio di pagina. Non è possibile seguire nel dettaglio in questa sede la vicenda di tale notevole mutamento, che contraddistingue le sette annate 1874-1880. Si può solo notare che questo cambiamento poteva rispondere a certe aspettative dell'ambiente scientifico italiano del tempo, se due anni dopo, nel 1876, un'illustre e dotta famiglia di giuristi — gli Scialoja — fondava a Roma il *Foro italiano*, l'altro grande periodico giuridico italiano che fa da *pendant* alla *Giurisprudenza Italiana* ormai da quasi un secolo e mezzo.

Il completo rinnovamento del 1874 può essere stato però forse prematuro e anche un po' eccessivo. I “pratici” abbonati ai fascicoli periodici dovettero lamentare un certo ritardo nella conoscenza delle decisioni giurisprudenziali, d'altronde comprensibile per dare il tempo indispensabile ad una loro ponderata valutazione critica da parte della dottrina; tutta l'impostazione della rivista rivelò un'eccessiva complessità e macchinosità, che portò i singoli fascicoli e le conseguenti annate a non rispettare i “tempi” previsti; l'apparizione, sin dall'inizio dottri-

<sup>69</sup> Si possono ricordare come eccezioni in proposito nel vol. XVII (1865) una nota circa l'estensione della libertà di stampa (parte I, col. 95), nel vol. XVIII (1866) una nota sulla competenza dei Tribunali militari (parte I, col. 44), nel vol. XIX (1867) un'altra in tema di annullamento del matrimonio (parte II, col. 37), nel vol. XX (1868) una ulteriore sulla libertà di stampa (parte II, col. 341), nel vol. XXI (1869) una sui diritti del difensore penale (parte I col. 93), nel vol. XXII (1870) ancora una sull'estensione della libertà di stampa (parte I, col. 524), su cui ritorna la nota di col. 85 parte I dell'annata XXV (1873). Come si può constatare, tutti questi interventi, anche critici, del Giurati si ispirano ad un'attenta tutela dei diritti di libertà del cittadino e rientrano quindi nel filone liberal-democratico, che il curatore della rivista vuole conservato anche dopo l'Unità nonostante un affievolimento dei già non ampi diritti di libertà statuari.

<sup>70</sup> Il curatore della rivista, d'altronde, aveva già annunciato tale impostazione con queste parole sin dal momento in cui aveva assunto la direzione della rivista (GIURIATI, *Agli associati*, in *Giurisprudenza Italiana*, XVI-1864, inizio).

<sup>71</sup> *Periodici giuridici italiani (1859-1900)*, cit., con elenco cronologico, 289-294.

<sup>72</sup> Per un quadro in proposito, rinvio per tutti al già citato (*supra*, nota 33) libro di Grossi su *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*.

<sup>73</sup> La precedente intitolazione di *Giurisprudenza Italiana. Raccolta generale progressiva delle decisioni delle varie Corti del Regno* dal 1874 (vol. XXVI) muta in *Giurisprudenza Italiana. Raccolta generale, periodica e critica di giurisprudenza, legislazione e dottrina in materia civile, commerciale, penale, amministrativa e di diritto pubblico e rivista di giurisprudenza straniera*.

naria, del *Foro italiano* consigliò alla *Giurisprudenza Italiana* di diversificarsene puntando sulla rapidità editoriale del materiale forense presentato, per ritornare in maggior misura a quella riproduzione di “massime” e sentenze, su cui si era costruita la fortuna della rivista, senza eccedere in eccessive ambizioni dottrinarie.

Con il 1881 si è così tornati in buona parte all'antico, pur senza rinnegare le acquisizioni della scienza giuridica: la direzione del periodico è stata affidata in via principale all'avv. Francesco Ricci, coadiuvato dal giudice Carlo Lozzi e dall'avv. Panfilo Ballanti. Il ridimensionamento del sottotitolo della rivista può essere indicativo<sup>74</sup>, così come la scomparsa della comparazione transnazionale. L'annata del 1881 si suddivide quindi in quattro “parti” più semplici<sup>75</sup>, nell'ultima delle quali restano pur sempre le «Questioni teorico-pratiche». Quest'impostazione è durata un decennio, sino a tutto il 1891<sup>76</sup>.

Il prestigio della rivista non poteva vederla però confinata ad un ruolo, in cui non avesse peso rilevante quel sapere accademico, che era stato ampiamente coinvolto sin dal 1874, ma verso

il quale alcuni anni dopo si era poi pensato in buona parte di sopraspedere. Negli ultimi anni dell'Ottocento in Italia la scienza giuridica era in netta ascesa: *Giurisprudenza Italiana* non poteva prescindere. La rivista fu così riaffidata nel 1892 alle cure del ritornato Carlo Francesco Gabba, a cui si unì Lodovico Mortara. Dagli ultimi anni del secolo l'impostazione ritornò decisamente dottrinarie e raggiunse livelli di grande levatura, come ha sinteticamente ricordato Enrico Allorio nel 1948 in occasione del centenario della rivista<sup>77</sup>.

Non è possibile ripercorrere in questa occasione la lunga strada disegnata via via tra l'ultimo decennio dell'Ottocento e tutto il Novecento. L'occasione della ricorrenza centocinquantaria della prima annata di *Giurisprudenza Italiana* ha permesso di ricordare solo alcuni punti di questo iniziale cammino, ma ne resta ancora molto da ripercorrere. Si può auspicare però che qualche futura iniziativa consenta di approfondire le vicende e la storia di una rivista, che si è rivelata centrale per la formazione e l'evoluzione, — nelle sue diverse accezioni — della nostra «giurisprudenza nazionale».

<sup>74</sup> *Raccolta generale periodica e critica di giurisprudenza, legislazione e dottrina in materia civile, commerciale, penale e di diritto pubblico.*

<sup>75</sup> La prima parte riguardava le sentenze di Cassazione ed era suddivisa in tre sezioni, la prima per la materia civile e commerciale, la seconda per quella penale, la terza per la Cassazione romana; la seconda parte pubblicava sentenze e “massime” di Corti d'appello; la terza parte si riferiva alla giustizia amministrativa; la quarta parte era dedicata alle «questioni teorico-pratiche».

<sup>76</sup> Con il 1884, a tre anni dall'avvento dei nuovi redattori, la rivista inserì di nuovo la parte dedicata alla legislazione (con un piccolo allungamento del sottotitolo). Nel 1885 l'avv. Panfilo Ballanti fu sostituito dall'avv. Riccardo Iannuzzi, professore di diritto civile.

<sup>77</sup> *Cento anni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1948, inizio, II-IV, a firma «La Direzione», ma con tradizionale attribuzione alla penna di Allorio.

# Recentissime dalla Corte costituzionale

a cura di MARCO RUOTOLO

## POSTACELERE — RESPONSABILITÀ DEL GESTORE DEL SERVIZIO

CORTE COSTITUZIONALE, 11 febbraio 2011, n. 46 — DE SIERVO *Presidente* — TESAURO *Redattore*.

**La questione:** sulla norma che, anteriormente all'entrata in vigore del codice delle comunicazioni elettroniche, escludeva qualsiasi responsabilità delle Poste per il ritardato recapito delle spedizioni di postacelere.

1. Il Tribunale ordinario di Napoli ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 24 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 6 D.P.R. n. 156/1973 ("Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia postale, di bancoposta e di telecomunicazioni"), nella parte in cui stabilisce che il gestore del servizio «non incontra alcuna responsabilità per i servizi postali, di bancoposta e delle telecomunicazioni fuori dei casi e dei limiti espressamente stabiliti dalla legge», per il caso del servizio di postacelere.

Secondo il rimettente, la predetta esclusione di responsabilità, violerebbe il canone di ragionevolezza e il principio di eguaglianza, «rappresentando un anacronistico privilegio in favore del concessionario del servizio postale, nonostante la natura privatistica del rapporto» e non «consentirebbe all'utente danneggiato di far valere in giudizio il diritto ad ottenere un risarcimento in misura superiore a quella predeterminedata dalla legge».

La norma censurata, ancorché abrogata dall'art. 218 D.Lgs. n. 259/2003 ("Codice delle comunicazioni elettroniche"), risulta applicabile *ratione temporis* nel giudizio *a quo*, avente per oggetto fatti accaduti nel 2002. La società Gestione epurazione ambiente, Gea s.p.a. aveva infatti agito nei confronti di Poste italiane s.p.a. al fine di ottenere il risarcimento dei danni subiti a seguito del ritardato recapito di un plico spedito con il servizio di postacelere contenente la documentazione necessaria per partecipare a una gara per l'affidamento di un appalto. La spedizione, a causa di un errore del vettore, era stata effettuata non a Reggio Emilia ma a Reggio Calabria, con conseguente esclusione dell'istante dalla partecipazione alla gara, essendo scaduto il termine fissato. La società attrice, assumendo che, ove il plico fosse giunto tempestivamente, sarebbe rimasta aggiudicataria della gara, avendo offerto un ribasso maggiore delle altre concorrenti, aveva chiesto l'integrale risarcimento del danno subito, non risultando in alcun modo

soddisfacente l'assegno di euro 7,23, per «ritardo recapito invio dell'8 novembre 2002», a titolo di rimborso del costo di spedizione.

2. La soluzione: la Corte accoglie la questione, rilevando la violazione del canone di ragionevolezza e del principio di eguaglianza garantiti dall'art. 3 Cost., con conseguente illegittimità costituzionale dell'art. 6 del codice postale nella parte in cui esclude, in mancanza di speciali norme di legge, qualsiasi responsabilità delle Poste per il ritardato recapito delle spedizioni di postacelere.

Secondo la Corte, «la previsione della mera corresponsione del costo per la spedizione determina [...] una totale esclusione di responsabilità, non essendo in grado di assolvere a una funzione risarcitoria del danno arrecato all'utente», che utilizza il servizio di postacelere proprio in vista della celerità del medesimo. La norma pertanto, «determina in favore del gestore un ingiustificato privilegio, svincolato da qualsiasi esigenza connessa con le caratteristiche del servizio, senza dunque realizzare alcun ragionevole equilibrio tra le esigenze del gestore e quelle degli utenti del servizio, equilibrio che, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il legislatore avrebbe invece dovuto realizzare, essendo venuta meno la concezione puramente amministrativa del servizio postale, e quindi «la possibilità di collegare tali limitazioni di responsabilità alla necessità di garantire la discrezionalità dell'Amministrazione» (sent. n. 463 del 1997)».

In conseguenza della decisione della Corte, è pertanto possibile ottenere il risarcimento del danno in ipotesi di ritardato recapito delle spedizioni effettuate con il servizio postacelere, anche ove il disservizio si sia realizzato prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 259/2003, il cui art. 218 ha, come detto, abrogato la norma ora dichiarata incostituzionale. [M.R.].

## REGIONE PUGLIA — STABILIZZAZIONE DEL PERSONALE SANITARIO DIRIGENZIALE

CORTE COSTITUZIONALE, 11 febbraio 2011, n. 42 — DE SIERVO *Presidente* — MADDALENA *Redattore* — Asl Lecce (avv. Pappalepore) - Regione Puglia (avv. Volpe).

**La questione:** sulla norma della Regione Puglia che, con riferimento ad alcuni profili professionali, oggetto di stabilizzazione (personale sanitario dirigenziale), vieta alle aziende sanitarie e agli Istituti di ricovero e cura a carattere scientifico (Irccs) pubblici di utilizzare le graduatorie concorsuali, prevedendo che i posti vacanti siano coperti stabilizzando il personale precario.

1. Con due ordinanze, il T.A.R. Puglia, Lecce, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3, 97, comma 3, e 117, comma 1, Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 40, L.R. Puglia n. 40/2007, il quale, nel prevedere che nel triennio 2008-2010 le aziende sanitarie e gli Irccs pubblici procedono, a determinate condizioni, alla stabilizzazione del

personale del ruolo della dirigenza medico veterinaria, sanitaria, professionale, tecnica ed amministrativa con incarico a tempo determinato, dispone, tra l'altro, che «dal 1° gennaio 2008 le aziende sanitarie e gli Irccs pubblici per i profili professionali, oggetto di stabilizzazione, non possono procedere ad indire ovvero proseguire procedure concorsuali

ovvero ad utilizzare le graduatorie dei concorsi già espletati per la copertura dei posti vacanti destinati all'attuazione del processo di stabilizzazione».

Il T.A.R. remittente ritiene, in particolare, che la norma censurata sovvertirebbe un sistema (quello del così detto scorrimento delle graduatorie) che costituirebbe applicazione del principio costituzionale del pubblico concorso per l'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni. Ciò in quanto detta norma consente la stabilizzazione del personale dirigenziale assunto a tempo determinato dalle aziende sanitarie locali e, pertanto, la copertura da parte di questo personale così detto precario dei posti vacanti nella pianta organica a detrimento di coloro che, come i ricorrenti dei due giudizi *a quibus*, abbiano partecipato ad un concorso pubblico e siano in attesa di essere nominati sui predetti posti man mano che si rendono vacanti nel corso del biennio successivo alla approvazione della graduatoria in cui sono inseriti.

2. La soluzione: la Corte accoglie la questione in riferimento all'art. 97, comma 3, Cost., sottolineando che «la natura comparativa e aperta della procedura è [...] elemento essenziale del concorso pubblico». La Corte, richiamando diversi suoi precedenti (sentt. nn. 34/2004, 81, 205 e 363/2006), ribadisce che l'area delle eccezioni al principio del concorso deve essere «delimitata in modo rigoroso» e che deroghe sono legittime solo in presenza di «peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico» idonee a giustificare. Non è sufficiente, a tale fine, la semplice circostanza che determinate categorie di dipendenti abbiano prestato attività a tempo determinato presso l'amministrazione né basta la «personale aspettativa degli aspiranti» ad una misura di stabilizzazione.

La norma censurata, prevedendo una procedura selettiva interamente riservata, in assenza di alcuna peculiare ragione di interesse pubblico, contrasta con l'art. 97, comma 3, Cost. [M.R.].

### ISTRUZIONE PUBBLICA — INSEGNANTI PRECARI

CORTE COSTITUZIONALE, 9 febbraio 2011, n. 41 — DE SIERVO *Presidente* — SAULLE *Redattore*.

**La questione:** sulla disposizione che, qualificandosi quale norma d'interpretazione autentica, prevede che in occasione dell'aggiornamento delle graduatorie ad esaurimento per il biennio scolastico 2009-2011 i docenti che chiedono di cambiare provincia saranno inseriti nella relativa graduatoria in ultima posizione, mentre, per il biennio successivo, l'eventuale cambio di provincia comporta, al contrario, il riconoscimento del punteggio e della conseguente posizione attribuita al docente nella graduatoria di provenienza.

1. Il T.A.R. Lazio dubita della legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 4 *ter*, del D.L. n. 134/2009 («Disposizioni urgenti per garantire la continuità del servizio scolastico ed educativo per l'anno 2009-2010»), aggiunto dalla legge n. 167/2009, in relazione agli artt. 3, 24, comma 1 e 2, 51, comma 1, 97, 113 e 117, comma 1, Cost.

Tale disposizione stabilisce che «la lett. c) del comma 605 dell'art. 1 della L. 27 dicembre 2006, n. 296, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che nelle operazioni di integrazione e di aggiornamento delle graduatorie permanenti di cui all'art. 1 del D.L. 7 aprile 2004, n. 97, convertito, con modificazioni, dalla L. 4 giugno 2004, n. 143, è consentito ai docenti che ne fanno esplicita richiesta, oltre che la permanenza nella provincia prescelta in occasione dell'aggiornamento delle suddette graduatorie per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009, di essere inseriti anche nelle graduatorie di altre province dopo l'ultima posizione di III fascia nelle graduatorie medesime. Il decreto con il quale il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca dispone l'integrazione e l'aggiornamento delle predette graduatorie per il biennio scolastico 2011-2012 e 2012-2013, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 1, comma 4, del citato D.L. n. 97/2004, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 143/2004, è improntato al principio del riconoscimento del diritto di ciascun candidato al trasferimento dalla provincia prescelta in occasione dell'integrazione e dell'aggiornamento per il biennio scolastico 2007-2008 e 2008-2009 ad un'altra provincia di sua scelta, con il riconoscimento del punteggio e della conseguente posizione nella graduatoria».

La disposizione interpretata stabilisce che «la definizione di un piano triennale per l'assunzione a tempo indeterminato di personale docente per gli anni 2007-2009, [...], per complessive 150.000 unità, al fine di dare adeguata soluzione al fenomeno del precariato storico e di evitarne la ricostituzione, di stabilizzare e rendere più funzionali gli assetti scolastici, di attivare azioni tese ad abbassare l'età media del personale docente. [...] Con effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge le graduatorie permanenti di cui all'articolo 1 del decreto-legge 7 aprile 2004, n. 97, conver-

tito, con modificazioni, dalla L. 4 giugno 2004, n. 143, sono trasformate in graduatorie ad esaurimento». In presenza poi di determinati requisiti, ivi previsti, è fatto salvo l'inserimento dei docenti nelle suddette graduatorie per il biennio 2007-2008.

2. La soluzione: la Corte dichiara l'incostituzionalità della norma censurata per violazione dell'art. 3 Cost.

Va intanto esclusa la natura interpretativa dell'art. 1, comma 4 *ter*, D.L. n. 134/2009 «in quanto esso non individua alcuno dei contenuti normativi plausibilmente ricavabili dalla disposizione oggetto dell'asserita interpretazione», che, invero, ha come finalità il contenimento della spesa pubblica e l'assorbimento del precariato dei docenti: i movimenti interni alle graduatorie, disciplinati dal citato art. 1, comma 4 *ter*, «per loro natura non incidono sull'obiettivo dell'assorbimento dei docenti che ne fanno parte».

La disposizione censurata è retroattiva e reca un contenuto innovativo. Se il docente, in occasione dell'aggiornamento per il biennio 2011-2013, chiede l'iscrizione in una graduatoria provinciale diversa da quella in cui era inserito nel biennio 2007-2009 conserverà punteggio e posizione della graduatoria di provenienza; se, invece, chiede il trasferimento in occasione dell'aggiornamento per il biennio 2009-2011 verrà inserito nella graduatoria «dopo l'ultima posizione di III fascia»; insomma è stata introdotta per il solo biennio 2009-2011 la «sospensione» della regola per cui i mutamenti di graduatoria «devono avvenire nel rispetto del principio del merito e, quindi, con il riconoscimento del punteggio e della posizione attribuiti al singolo docente nella graduatoria di provenienza».

Dall'esame del quadro normativo relativo al reclutamento del personale docente «si evince che la scelta operata dal legislatore con la legge n. 124/1999, istitutiva delle graduatorie permanenti, è quella di individuare i docenti cui attribuire le cattedre e le supplenze secondo il criterio del merito; non solo, l'aggiornamento tramite integrazione di tali graduatorie previsto dall'1, comma 4, D.L. 7 aprile 2004, n. 97 («Disposizioni urgenti per assicurare l'ordinato avvio dell'anno scolastico 2004-2005, nonché in materia di esami



di Stato e di Università”), convertito, con modificazioni, dalla L. 4 giugno 2004, n. 143 è proprio «finalizzato a consentire ai docenti in esse iscritti di far valere gli eventuali titoli precedentemente non valutati, ovvero quelli conseguiti successivamente all’ultimo aggiornamento, così da migliorare la loro posizione ai fini di un possibile futuro conferimento di un incarico».

L’art. 1, comma 4 *ter*, D.L. n. 134/2009 contrasta, dunque, con l’art. 3 Cost., in quanto «deroga a tali principi e, utiliz-

zando il mero dato formale della maggiore anzianità di iscrizione nella singola graduatoria provinciale per attribuire al suo interno la relativa posizione, introduce una disciplina irragionevole che — limitata all’aggiornamento delle graduatorie per il biennio 2009-2011 — comporta il totale sacrificio del principio del merito posto a fondamento della procedura di reclutamento dei docenti e con la correlata esigenza di assicurare, per quanto più possibile, la migliore formazione scolastica». [FEDERICO GIRELLI].

# Recentissime dalla Cassazione civile

a cura di PAOLO CARBONE

## CONCORSO INTERNO PER IL PASSAGGIO DA UN LIVELLO ALL’ALTRO, CON NOVAZIONE DEL RAPPORTO

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 16 febbraio 2011, n. 3816 — VITTORIA *Presidente* — MORCAVALLO *Estensore* — IANNELLI *P.M.* (diff.) — Tizia - Cnr.

**La questione:** la controversia sull’esclusione da un concorso interno dal secondo al terzo livello appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario o a quella del giudice amministrativo?

1. Tizia chiede la risoluzione di conflitto negativo di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario. Assunta, mediante concorso pubblico, dal Consiglio nazionale delle ricerche, inquadrata nel profilo di ricercatore, viene poi trasferita presso l’Anpa, Agenzia nazionale per la protezione dell’ambiente, inquadrata nel profilo professionale di tecnologo di secondo livello. Partecipa quindi al concorso per la copertura di 11 posti di terzo livello di tecnologo, riservato al personale di secondo livello professionale dello stesso profilo, ma era stata esclusa dalla graduatoria con la motivazione che le norme di primo inquadramento, di cui al D.P.R. n. 171/1991, in base alle quali era stata trasferita e inquadrata presso l’Anpa, potevano trovare applicazione una sola volta in favore del personale proveniente da enti di ricerca.

Sull’impugnazione di tale esclusione hanno declinato la giurisdizione sia il Tribunale di Roma, nel 2004, sia il T.A.R. Lazio, nel 2009. Chiede la risoluzione del conflitto con devoluzione della controversia al giudice amministrativo.

2. La soluzione: il conflitto negativo va risolto con la dichiarazione della giurisdizione del giudice amministrativo, trattandosi di livelli diversi anche se appartenenti alla stessa area.

La determinazione del giudice cui è devoluta la giurisdizione va operata sulla base della disciplina del D.P.R. 12 febbraio 1991, n. 171 (“Recepimento delle norme risultanti dall’accordo per il triennio 1988-1990, concernente il personale delle istituzioni e degli enti di ricerca e sperimentazione di cui alla L. 9 maggio 1989, n. 168; art. 9”), non modificata — sino al Ccnl del 2006, non applicabile nella specie *ratione temporis* — dalla contrattazione collettiva per gli enti pubblici di ricerca. L’art. 13, comma 3, lett. a), del suddetto decreto contempla tre livelli di ricercatori, ciascuno dei quali deve ritenersi configurare una distinta area, accessibile attraverso un concorso pubblico.

Tutto ciò emerge chiaramente anche dall’art. 14, commi

12 e 13 che fanno rispettivamente riferimento ad inquadramento in una fascia iniziale del profilo di ricercatore e in una seconda fascia del profilo di primo ricercatore con una classificazione articolata in tre distinte categorie. Né rileva che nel caso di specie non erano configurabili tre distinte aree, ma unicamente una sola area. Infatti le Sezioni unite hanno già precisato come al giudice vada sempre riconosciuto il potere di verificare se, al di là delle parole adoperate dagli stipulanti nel contratto, risulti realmente definito un sistema di classificazione strutturato in aree omogenee, tale che i rispettivi profili professionali, seppur differenziati in livelli, siano riconducibili ad un patrimonio professionale almeno potenzialmente identico per tutti i lavoratori che vi appartengono, oppure il passaggio da un livello all’altro, nell’ambito della stessa “area”, configuri comunque una “novazione” del rapporto, ricollegandosi ad un diverso grado di autonomia e responsabilità del dipendente (Cass., Sez. un., n. 3051/2009). Essendosi nella fattispecie in esame in presenza di un passaggio verticale di funzioni a livello qualitativo — che richiede una diversa e più completa professionalità, un bagaglio di maggiori esperienze nonché più accentuate responsabilità, come è dimostrato dallo inserimento in diverse fasce dei ricercatori e della definizione dell’organico a secondo di ciascuna fascia — va dichiarata ai sensi del D.Lgs. n. 165/2001, art. 63, comma 4 (già D.Lgs. n. 29/1993, art. 68, e successive modificazioni) la giurisdizione del giudice amministrativo, davanti al quale va rimessa la presente controversia, per essersi in presenza di un concorso che è stato bandito per il passaggio da una categoria ad un’altra di ricercatori, che prestano la loro attività presso un ente pubblico.

In conclusione, deve dichiararsi la giurisdizione del giudice amministrativo, con cassazione della decisione del T.A.R. che ha declinato la propria giurisdizione. Le parti devono pertanto essere rimesse dinanzi a quest’ultimo per lo svolgimento del giudizio di merito, verificandosi gli effetti della *translatio iudicii*.

## RECESSO DEL PROMITTENTE VENDITORE — SUCCESSIVO GIUDIZIO CON FALLIMENTO DEL DEBITORE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 15 febbraio 2011, n. 3728 — TRIOLA *Presidente* — GIUSTI *Estensore* — GOLIA *P.M.* (conf.) — Eredi di Tizio - Fallimento di Caio.

**La questione:** se in un preliminare di compravendita il promittente venditore conviene in giudizio la controparte inadempiente, perché si prenda atto del suo recesso dal contratto con incasso della caparra confirmatoria (art. 1385, comma 2, c.c.) e se dopo la domanda giudiziale diretta alla declaratoria della legittimità dell'avvenuto esercizio del mezzo di autotutela per reagire all'altrui inadempimento imputabile e di non scarsa importanza, promossa, prima del fallimento del promissario *tradens*, il sopravvenuto fallimento di quest'ultimo rende nulla l'esercitata autotutela, ovvero preclude al curatore di paralizzare, attraverso l'esercizio della facoltà di sciogliersi dal contratto L. Fall., ex art. 72, comma 2, l'emissione di una sentenza, opponibile alla massa dei creditori, che, accogliendo la domanda del promittente, accerti, con effetto *ex tunc*, l'intervenuta caducazione, già in via stragiudiziale, degli effetti negoziali?

1. Tizio e altri hanno convenuto in giudizio Caio e — lamentando l'inadempimento del convenuto agli obblighi nascenti dal preliminare di compravendita, non essendo stato costui in grado di corrispondere, in veste di promissario acquirente, il residuo prezzo pattuito — hanno chiesto che venissero accertati la legittimità del comunicato recesso dal preliminare con diritto di incamerare la caparra confirmatoria ricevuta, con condanna del promissario acquirente alla restituzione dell'immobile oggetto del compromesso.

Il convenuto chiede che il Tribunale pronunci sentenza di trasferimento dell'area promessa in vendita, ex art. 2932 c.c., o, in subordine, dichiararsi risolto il preliminare, per inadempimento dei promittenti venditori, condannandoli alla restituzione del doppio della caparra ricevuta. Sopravvenuto nelle more la sentenza di fallimento del convenuto, si è costituita la curatela, che ha dichiarato di volersi sciogliere dal preliminare, ex art. 72 L. Fall.

Il Tribunale di Catania ha accolto la domanda principale e dichiarato legittimo il recesso dei promittenti venditori, con risoluzione del contratto preliminare per l'inadempimento del convenuto, e con diritto degli attori recedenti di incamerare la caparra confirmatoria, condannando la curatela alla restituzione dell'immobile oggetto del preliminare.

La Corte d'appello di Catania, invece, ha accolto il gravame della curatela fallimentare, dichiarando lo scioglimento del preliminare ex art. 72 L. Fall. con condanna degli appellati alla restituzione della caparra confirmatoria.

2. La soluzione: il recesso è una dichiarazione di natura sostanziale che produce il proprio effetto immediato al di fuori del giudizio, un mezzo di autotutela per reagire all'altrui inadempimento imputabile, che non vien meno per il sopravvenuto fallimento del promissario acquirente precludendo al curatore di potersi sciogliere dal contratto L. Fall., ex art. 72, comma 2 (prima della novella ex D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 57), e di impedire l'emissione di una sentenza, opponibile alla massa dei creditori, che, accogliendo la domanda del promittente, accerti, con effetto *ex tunc*, l'intervenuta caducazione, già in via stragiudiziale, degli effetti negoziali.

Secondo i ricorrenti il limite al potere del curatore di sciogliersi dal contratto preliminare non è solo la sentenza ex art. 2932 c.c., passata in giudicato, anteriore al fallimento ma trova ostacolo in tutte le situazioni suscettibili di essere considerate come oramai consolidate alla stregua dell'ordinamento giuridico, tra cui l'intervenuto recesso prima della dichiarazione di fallimento. Il recesso è una dichiarazione di natura sostanziale che produce il proprio effetto immediato al di fuori del giudizio, a meno che dall'eventuale opponente non se ne allegli e dimostri la illegittimità. L'esercitato recesso prima del fallimento, impedisce al curatore di acquistare il potere di sciogliersi da un rapporto contrattuale che si era già estinto con l'effetto della perdita definitiva della caparra versata.

Il motivo è fondato. Il preliminare è del 14 luglio 1994, prima della trascrizione richiesta dall'art. 2465 *bis*. La di-

chiarazione dei promittenti venditori di fronte all'inadempimento della controparte con la dichiarazione di recesso e di incameramento della caparra confirmatoria è del 28 ottobre 1995; la controversia per sentir dichiarare la legittimità del recesso esercitato è stata promossa con citazione del 31 gennaio 1996 nei confronti del promissario ancora *in bonis*, essendo questi fallito solo un anno e mezzo dopo, essendo il fallimento sopravvenuto in corso di causa, il 12 giugno 1997.

Il diritto di recesso dal contratto (art. 1385, comma 2, c.c.), quando sia stata data caparra confirmatoria, è esercitato dalla parte adempiente mediante dichiarazione fatta pervenire alla parte inadempiente ed è un mezzo di autotutela il cui presupposto giustificante è l'inadempimento imputabile e di non scarsa importanza della controparte. Il recesso è un atto ricettizio, i cui effetti risolutivi si producono automaticamente nel momento in cui giunge a conoscenza del destinatario, la pronuncia del giudice al quale la parte si rivolga per far constare l'esercizio del recesso contro le altrui contestazioni, ha natura dichiarativa.

Nella vicenda in esame si è di fronte ad una situazione "quesita" con la dichiarazione del promittente venditore di cui all'art. 1385, comma 2, c.c., e con la domanda di accertamento della legittimità del recesso e del diritto alla ritenzione della caparra, promossa dal contraente non inadempiente nei confronti del promissario prima della dichiarazione di fallimento, questa domanda non può essere paralizzata, una volta sopravvenuto il fallimento di quest'ultimo, dall'esercizio, da parte del curatore, della facoltà di sciogliersi dal contratto, a norma dell'art. 72, comma 2, L. Fall.

Essendo tale domanda già stata proposta, la cristallizzazione delle situazioni giuridiche, determinata dal fallimento, trova già acquisita al patrimonio del contraente *in bonis* la relativa pretesa, che non è un'astratta previsione legislativa, ma è realtà operante sul piano concreto del processo, e si pone come ragione autonoma di accertamento della cessazione del contratto, che anticipa quella diversa forma di estinzione legale prevista dall'art. 72, comma 2, L. Fall.

La causa deve essere rinviata ad altra Sezione della Corte d'appello di Catania. Il giudice del rinvio si atterrà al seguente principio di diritto: «In tema di preliminare di compravendita, comunicata dal promittente venditore la volontà di recedere dal contratto e di incamerare la ricevuta caparra confirmatoria, ai sensi dell'art. 1385, comma 2, c.c., e promossa, prima del fallimento del *promissario tradens*, domanda giudiziale diretta alla declaratoria della legittimità dell'avvenuto esercizio del mezzo di autotutela per reagire all'altrui inadempimento, imputabile e di non scarsa importanza, il sopravvenuto fallimento di quest'ultimo preclude al curatore di paralizzare, attraverso l'esercizio della facoltà di sciogliersi dal contratto ex art. 72, comma 2, L. Fall., l'emissione di una sentenza, opponibile alla massa dei creditori, che, accogliendo la domanda del promittente, accerti, con effetto *ex tunc*, l'intervenuta caducazione, già in via stragiudiziale, degli effetti negoziali».

## ICI SU FABBRICATI DI IMPRESE — DOMANDA DI ACCATASTAMENTO — DIRITTO AL RIMBORSO

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 15 febbraio 2011, n. 3666 — VITTORIA *Presidente* — D'ALONZO *Estensore* — IANNELLI *P.M.* (conf.) — S.a.s. B.C.M. - Comune di Camaioere.

**La questione:** in tema di Ici e con riferimento alla base imponibile dei fabbricati non iscritti in catasto, posseduti da imprese e distintamente contabilizzati, l'art. 5, comma 3, D.Lgs. n. 504/1992 ha previsto fino all'attribuzione della rendita catastale un metodo di determinazione della base imponibile collegato alle iscrizioni contabili. La richiesta di rendita catastale legittima il contribuente a pagare una somma minore della rendita presunta ed a chiedere anche il rimborso di quanto pagato in più?

1. La s.a.s. B.C.M., proprietaria di un immobile nel comune di Camaioere, accatastato in categoria D/8, aveva corrisposto l'Ici facendo riferimento al valore contabile e ai coefficienti stabiliti dai decreti ministeriali per gli immobili non accatastati di categoria D, e aveva poi chiesto il rimborso dell'imposta versata dal 1994 al 1999 in eccesso rispetto a quella dovuta. Tanto premesso, chiedeva di cassare la sentenza della Commissione tributaria regionale della Toscana che aveva accolto l'appello del Comune avverso la decisione della Commissione tributaria provinciale di Lucca che aveva accolto il suo ricorso avverso il diniego opposto dal Comune per il quale «il passaggio dal valore contabile a quello catastale non esplica effetti retroattivi sulle annualità pregresse».

La Sezione tributaria disponeva la trasmissione degli atti al primo presidente per l'assegnazione della causa alle Sezioni unite avendo ravvisato un contrasto nella giurisprudenza della Sezione sull'oggetto della controversia in ordine all'art. 5, comma 3.

2. La soluzione: con la richiesta di accatastamento il contribuente diventa titolare di una situazione giuridica nuova con diritto a pagare di meno e di ottenere il rimborso se la rendita catastale è inferiore alla rendita contabile presunta.

Il contrasto va risolto affermando il principio di diritto secondo cui «in tema di Ici e con riferimento alla base imponibile dei fabbricati non iscritti in catasto, posseduti da imprese e distintamente contabilizzati, il D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 5, comma 3, ha previsto, fino alla attribuzione della rendita catastale, un metodo di determinazione della base imponibile collegato alle iscrizioni contabili valido

fino a che la richiesta di attribuzione della rendita non viene formulata» dal contribuente. Dal momento in cui fa la richiesta egli pur applicando ormai in via precaria il metodo contabile diventa titolare di una situazione giuridica nuova derivante dall'adesione al sistema generale della rendita catastale, sicché può avere il dovere di pagare una somma maggiore (ove intervenga un accertamento in tal senso) o può avere il diritto a pagare una somma minore ed a chiedere il relativo rimborso nei termini di legge.

Di conseguenza deve ritenersi definitivamente acquisito che il criterio di calcolo dell'Ici basato sul valore dei fabbricati risultante dalle scritture contabili dell'imprenditore costituisce, per i fabbricati considerati nel D.Lgs. n. 504/1992, art. 5, comma 3, un criterio di calcolo dell'Ici autonomo rispetto a quello da adottare, invece, per i fabbricati iscritti in catasto che assume a parametro di riferimento l'ammontare delle rendite risultanti in catasto.

In conclusione per i «fabbricati classificabili nel gruppo catastale D», il criterio «contabile» deve essere applicato «fino all'anno nel quale i medesimi sono iscritti in catasto con attribuzione di rendita»: per la norma, quindi, l'iscrizione in catasto di detti «fabbricati» determina, *ipso jure*, il passaggio dal criterio «contabile» a quello «catastale». L'attribuzione della rendita, pertanto, fa sorgere il diritto-dovere di determinare e di corrispondere l'imposta sulla base imponibile individuata, come per tutti i fabbricati iscritti in catasto, ai sensi dell'art. 5, comma 2.

Il principio di diritto testé affermato impone di accogliere il ricorso della contribuente e, conseguentemente, di cassare la sentenza impugnata.

## VALLI DA PESCA DELLA LAGUNA VENETA — BENE PUBBLICO NECESSARIO

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 14 febbraio 2011, n. 3665 — VITTORIA *Presidente* — SPAGNA MUSSO *Estensore* — IANNELLI *P.M.* (diff.) — A.M.A. s.r.l. - Ministero dell'economia e delle finanze ed altri.

**La questione:** le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione, dando origine ad una concezione di bene pubblico, inteso in senso non solo di oggetto di diritto reale spettante allo Stato, ma quale strumento finalizzato alla realizzazione di valori costituzionali?

1. L'A.M.A. Azienda Marina Averte s.r.l., conveniva davanti al Tribunale di Venezia il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e l'Agenzia del demanio e la Regione Veneto per l'accertamento del diritto di proprietà sulla Valle Averte, una delle numerose valli da pesca che costituiscono la parte meridionale della laguna di Venezia. Le amministrazioni convenute, a mezzo dell'Avvocatura dello Stato, chiedono il rigetto delle domande e in via riconvenzionale la demanialità delle valli da pesca lagunari.

Il Tribunale di Venezia rigettava la domanda condannando la società al rilascio delle aree definite demaniali e al pagamento di una somma per l'illegittima occupazione del sito. La Corte di appello confermava la pronuncia impugnata.

2. La soluzione: il legislatore ha previsto la tutela delle valli da pesca della laguna veneta come beni pubblici, tenendo

conto del collegamento funzionale tra «valli» e laguna veneta e la pesca. L'inclusione di un bene nel demanio naturale e necessario discende della presenza delle connotazioni fisiche al riguardo considerate dalla legge, indipendentemente da atti ricognitivi o formalità pubblicitarie, senza aver bisogno di un atto di appartenenza allo Stato.

Già all'epoca austriaca (1841), la laguna era considerata demanio pubblico, nel senso attuale di bene appartenente al demanio marittimo necessario trattandosi di beni di origine naturale, la cui proprietà non può che essere pubblica, e quindi distinti da quelli per i quali la demanialità è condizionata dalla loro appartenenza allo Stato. In definitiva, va rilevato che l'appartenenza di un bene al demanio naturale marittimo (necessario) si pone quale conseguenza della presenza delle connotazioni fisiche considerate dalla legge, e ciò indipendentemente da atti ricognitivi della P.A. o da formalità pubblicitarie.

I beni demaniali, elencati nell'art. 822 c.c. secondo un criterio di tassatività, hanno come caratteristica comune il fatto di essere beni immobili o universalità di mobili e di appartenere necessariamente ad enti territoriali, ossia lo Stato, le regioni, le province e i comuni (art. 824 c.c.). Questi beni sono tali o per loro intrinseca qualità (c.d. demanio necessario, ossia il demanio marittimo, idrico e militare, art. 822, comma 1) o per il fatto di appartenere ad enti territoriali (c.d. demanio accidentale od eventuale: strade, autostrade, aerodromi, immobili di interesse storico e artistico, raccolte dei musei ecc., art. 822, comma 1, c.c.). Il regime giuridico di tali beni, prevede che essi sono «inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi, se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano», il che vuol dire che essi non possono costituire oggetto di negozi giuridici di diritto privato, né possono essere usucapiti, in quanto sono del tutto non commerciabili. Inoltre, la disciplina del demanio marittimo si completa con la normativa di cui agli artt. 28 e 35 c. nav.; in particolare, l'art. 28 c. nav., comma 1, lett. c), stabilisce che fanno parte del demanio marittimo «le lagune, le foci dei fiumi che sboccano in mare, i bacini di acqua salsa o salmastra che almeno durante una parte dell'anno comunicano liberamente col mare».

Tuttavia, dagli artt. 2, 9 e 42 Cost., e stante la loro diretta applicabilità, si ricava il principio della tutela della umana personalità e del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche nell'ambito del «paesaggio», con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa-codicistica, il demanio e il patrimonio oggetto della «proprietà» dello Stato ma anche riguardo a quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per loro intrinseca natura

o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività. L'art. 9 Cost., in particolare, prevede infatti che la Repubblica tutela «il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione», con una affermazione, contenuta nell'ambito dei principi fondamentali, che negli ultimi anni ha costituito fondamento per una ricca legislazione in tema di beni culturali. A sua volta l'art. 42 Cost., pur essendo centrato prevalentemente sulla proprietà privata, esordisce sulla significativa affermazione secondo cui la proprietà «è pubblica o privata», il che costituisce un implicito riconoscimento di una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà. Più di recente la riforma dell'art. 117 Cost. ha ricondotto alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, mentre ha stabilito la competenza concorrente dello Stato e delle Regioni per ciò che riguarda la valorizzazione dei beni culturali e ambientali (art. 117, comma 3); l'art. 118 Cost., comma 3, inoltre, dispone che la legge statale disciplina «forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali».

Il legislatore ha previsto la tutela delle valli da pesca della laguna veneta come beni pubblici, tenendo conto del collegamento funzionale tra «valli» e laguna veneta e la pesca. L'inclusione di un bene nel demanio naturale discende della presenza delle connotazioni fisiche al riguardo considerate dalla legge, indipendentemente da atti ricognitivi o formalità pubblicitarie. Le valli da pesca configurano uno dei casi in cui i principi combinati dello sviluppo della persona, della tutela del paesaggio e della funzione sociale della proprietà trovano specifica attuazione.

#### RICONOSCIMENTO IN ITALIA DI ADOZIONE DI MINORE AVVENUTA ALL'ESTERO DA PARTE DI UN SINGOLO

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 14 febbraio 2011, n. 3572 — LUCCIOLI *Presidente* — FELICETTI *Estensore* — CARESTIA *P.M.* (conf.) — Tizia quale genitore adottivo della minore - P.G.

**La questione:** se l'adozione legittimante art. 6 legge n. 184/1983 è consentita solo «a coniugi uniti in matrimonio», come ritenuto dal legislatore nell'interesse generale dei minori, tranne casi particolari in cui si autorizza l'adozione nonostante il sopravvenire della morte o della separazione di uno dei coniugi nel corso del procedimento, è in contrasto con tale principio generale che soggetti singoli possano ottenere, ai sensi dell'art. 36, comma 4, il riconoscimento in Italia dell'adozione, pronunciata all'estero, di una minore da parte di una *single*?

1. Tizia ha impugnato il decreto della Corte d'appello di Genova, con il quale è stato rigettato il reclamo avverso il provvedimento del Tribunale per i minorenni di Genova sul provvedimento di adozione pronunciato dal Tribunale del distretto di Columbia (Usa), della minore in conformità del provvedimento di adozione emesso dal Tribunale regionale di Lipetsk (Russia).

La ricorrente afferma che l'adozione pronunciata dalla competente autorità di un paese straniero a istanza di cittadini italiani, che dimostrino al momento della pronuncia di avere soggiornato continuativamente nello stesso e di avervi avuto la residenza da almeno due anni, dev'essere riconosciuta a ogni effetto in Italia con provvedimento del Tribunale per i minorenni, purché conforme ai principi della Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993.

2. La soluzione: essendo l'adottante *single*, non è possibile la dichiarazione d'efficacia nello Stato italiano del provvedimento del Tribunale di Columbia, di riconoscimento dell'adozione pronunciata nella Federazione russa.

In proposito la Corte costituzionale (n. 183/1994) e la Cassazione (n. 6078/2006) hanno affermato, che l'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 24 aprile 1967, in materia di adozioni di minori, ratificata con legge n. 357/1974, non conferisce immediatamente ai giudici italiani il potere di concedere l'adozione di minori a persone singole al di

fuori dai limiti entro i quali tale potere è attribuito dalla legge nazionale, e nemmeno può essere interpretata nel senso di vincolare il legislatore italiano ad ammettere senza limiti l'adozione da parte del singolo». Trattasi, pertanto, di norma non autoapplicativa, che attribuisce al legislatore nazionale la facoltà — e non l'obbligo — di prevedere la possibilità di adozione anche per persone singole, perché tale adozione possa avere luogo in Italia è necessaria l'interposizione di una legge interna che determini i presupposti di ammissione e gli effetti dell'adozione da parte della persona singola. Di tale facoltà il legislatore italiano si è avvalso, entro limiti ristretti, ammettendo tale adozione in particolari circostanze (art. 25, commi 4 e 5, legge n. 184/1983), o «in casi particolari» (art. 44) senza l'effetto di adozione piena. Limite questo che non contrasta con il disposto dell'art. 10 della Convenzione.

Oggetto del decidere è se sia corretto — in relazione all'attuale disposto dell'art. 36, comma 4, nonché degli artt. 27 e 35, legge n. 184/1983 — che, come statuito dalla Corte d'appello, essendo l'adottante *single*, la dichiarazione d'efficacia nello Stato italiano del provvedimento del Tribunale di secondo grado del distretto di Columbia, di riconoscimento del provvedimento di adozione pronunciato nella Federazione russa, possa avvenire unicamente ai sensi della legge n. 184/1983, art. 44, con gli effetti dell'«adozione in

casi particolari» ma non con effetto legittimante, come richiesto dalla ricorrente.

Qualora l'adozione sia stata pronunciata nello Stato estero il Tribunale accerta che l'adozione non sia contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori, valutati in relazione al superiore interesse del minore e se sussistono la certificazione di conformità alla Convenzione di cui alla lett. i) e l'autorizzazione prevista dalla lett. h) dell'art. 39, comma 1, ordina la trascrizione del provvedimento di adozione nei registri dello stato civile.

Stabilisce poi il comma 6: «Fatto salvo quanto previsto nell'art. 36, non può comunque essere ordinata la trascrizione nei casi in cui: a) il provvedimento di adozione riguardi adottanti non in possesso dei requisiti previsti dalla legge italiana sull'adozione». Per i cittadini italiani che al momento della pronuncia dell'adozione del minore soggiornavano nel paese dove sia stata emessa con residenza da almeno due anni, l'art. 35, comma 3 ribadisce che la trascrizione dell'adozione nei registri dello stato civile italiano non può avere luogo ove «contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori» con applicazione del principio generale (art. 35, commi 3 e 4) secondo il quale la trascrizione dell'adozione nei registri dello stato civile italiano non può avere mai luogo ove «contraria ai principi fondamentali che regolano nello Stato il diritto di famiglia e dei minori». In altri termini l'art. 36, comma 4, pur

consentendo deroghe alla disciplina generale sul riconoscimento delle adozioni pronunciate all'estero, ribadisce che l'adozione deve pur sempre essere inquadrata nel sistema, tenendosi conto dei principi essenziali relativi alla materia *de qua* attualmente espressi nella legislazione vigente.

Conseguentemente deve considerarsi che a proposito dell'adozione legittimante la legge n. 184/1983, art. 6, pone il principio conformatore dell'istituto secondo il quale tale adozione è consentita solo «a coniugi uniti in matrimonio», avendo finora ritenuto il legislatore tale statuizione opportuna e necessaria nell'interesse generale dei minori. Tant'è che l'art. 25, una volta che l'affidamento preadottivo abbia avuto già corso in conformità del principio stabilito dall'art. 6 ponendo in essere di fatto vincoli genitoriali con una coppia unita in matrimonio, autorizza l'adozione nonostante il sopravvenire della morte o della separazione di uno dei coniugi nel corso del procedimento.

Deve quindi escludersi che in contrasto con tale principio generale, allo stato della legislazione vigente, soggetti singoli possano ottenere il riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero con gli effetti legittimanti. Certo «il legislatore nazionale ben potrebbe provvedere, nel concorso di particolari circostanze, ad un ampliamento dell'ambito di ammissibilità dell'adozione di minore da parte di una singola persona anche con gli effetti dell'adozione legittimante».

## TRASPORTO MARITTIMO — DANNI ALLA MERCE — DEROGA ALLA GIURISDIZIONE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 14 febbraio 2011, n. 3568 — VITTORIA *Presidente* — SEGRETO *Estensore* — CENNICOLA *P.M.* (rigetto diff.) — Fondiaria Sai s.p.a. - Coscos s.r.l.

**La questione:** in tema di trasporto marittimo, la clausola derogativa della giurisdizione del giudice italiano che i contraenti, nel concorso dei presupposti e dei requisiti fissati dal diritto comune o dal diritto speciale internazionale applicabile al rapporto, abbiano validamente inserito nel contratto e riportato nell'originale negoziabile della polizza di carico, opera anche nei confronti dei successivi prenditori del titolo secondo la relativa legge di circolazione, ovvero si rende necessaria la ripetizione degli adempimenti formali fra detti contraenti?

1. La Fondiaria Sai s.p.a. conveniva in giudizio davanti al Tribunale di Genova la s.r.l. Coscos e, assumendo che nel 1998 in Gaeta era giunta una loro nave con il carico contaminato con indennizzo a carico della Fondiaria, chiedendo l'invalidità della clausola di proroga della giurisdizione con la condanna della convenuta al risarcimento del danno. Il Tribunale di Genova dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice italiano e la Corte di appello di Genova confermava il difetto di giurisdizione del giudice italiano, ritenendo che la clausola di proroga della giurisdizione era contenuta nella polizza di carico in favore dei Tribunali marittimi di alcune città cinesi, in conformità agli usi commerciali internazionali del ramo. Se il caricatore, nella consapevole adesione ad un uso normativo, la riceve senza contestazioni e la negozia a favore del ricevitore, pone in essere un comportamento che implica l'accettazione del patto di deroga. Avverso questa sentenza ha proposto ricorso per cassazione la Fondiaria Sai s.p.a.

2. La soluzione: sussiste il difetto di giurisdizione del giudice italiano, per l'accettazione del patto di deroga in favore del giudice cinese.

Nel caso in esame, occorre considerare che la polizza di carico risulta sottoscritta dal vettore, ma poi girata anche dal caricatore e sottoscritta infine anche dal ricevitore, al momento del ritiro della merce.

Nel campo dei trasporti marittimi internazionali la polizza di carico per notoria prassi invalsa, è sottoscritta dal solo vettore, e non anche dal caricatore. Tenuto conto della notoria vigenza di un uso internazionale che non conosce la sottoscrizione della polizza di carico da parte del caricatore,

appare quindi incongruo desumere la sussistenza o meno di un valido accordo di proroga della giurisdizione, in virtù di clausola costantemente presente nei moduli correntemente adoperati tra gli operatori commerciali del settore, dalla presenza o meno di una firma, quella del caricatore, che secondo gli usi non viene di regola mai apposta. Tuttavia ben può il giudice basare la sua valutazione circa la sussistenza di un'ideale prova dell'accordo di deroga, sulla polizza di carico redatta su modulo, predisposto e sottoscritto da un solo contraente in conformità agli usi commerciali internazionali del ramo, che rechi la clausola di attribuzione della competenza ad un determinato foro, qualora il caricatore, nella consapevole adesione ad un uso normativo, l'abbia ricevuta senza contestazioni e l'abbia negoziata sia pure successivamente, con girata a favore del ricevitore, ponendo in essere un comportamento implicante l'accettazione del patto di deroga, la cui sussistenza deve quindi ritenersi presunta.

In tema di trasporto marittimo, la clausola derogativa della giurisdizione del giudice italiano che le parti contraenti, nel concorso dei presupposti e dei requisiti fissati dal diritto comune o dal diritto speciale internazionale applicabile al rapporto, abbiano validamente inserito nel contratto e riportato nell'originale negoziabile della polizza di carico, è operante anche nei confronti dei successivi prenditori del titolo secondo la relativa legge di circolazione, senza che si renda, all'uopo, necessaria la ripetizione, ad ogni suo trasferimento, degli adempimenti formali fra detti contraenti, in considerazione della stretta connessione fra esecuzione del trasporto e diritto alla consegna della merce che scaturisce dalla polizza in favore del portatore.

**RISERVATEZZA — TRATTENIMENTO DI ATTI DA PARTE DEL LEGALE REVOCATO MA NON PAGATO**

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 8 febbraio 2011, n. 3033 — VITTORIA *Presidente* — PICCININNI *Estensore* — IANNELLI *P.M.* (conf.) — Tizio - Avv. Caia.

**La questione:** se la documentazione consegnata per l'attività difensiva al legale, poi revocato, costituisce trattamento dei dati personali, il trattenimento da parte del difensore di siffatta documentazione è legittimo se ciò sia necessario per documentare l'attività svolta, a seguito del mancato pagamento da parte del cliente degli onorari professionali, purché ciò avvenga nel rispetto delle regole di correttezza, pertinenza e non eccedenza?

1. Tizio, parte di un procedimento di divorzio ha, nel corso del giudizio, revocato il mandato al difensore, chiedendo contemporaneamente in restituzione la documentazione relativa all'incarico svolto, ma il legale, pur avendo aderito alla richiesta, ha trattenuto presso di sé fotocopie di parte della documentazione e gli originali della corrispondenza intercorsa con esso ricorrente, manifestando l'intenzione di conservarne la disponibilità fino al pagamento della parcella. Ritenendo tale iniziativa illegittima, essendo consentito al difensore in attesa del pagamento trattenere gli atti da lui redatti a dimostrazione dell'attività svolta, ma non anche conservare dati sensibili o personali relativi all'assistito, chiede che il Tribunale disponga la restituzione dei documenti, con risarcimento del danno.

Il legale ha restituito al nuovo difensore la documentazione in suo possesso in originale, ad eccezione della corrispondenza personale, e che peraltro il mancato pagamento degli onorari maturati l'ha autorizzata a trattenere copia della documentazione fino alla data dell'effettivo pagamento (non ancora intervenuto), indipendentemente dal consenso della parte assistita, al fine di poter dimostrare i presupposti di fatto necessari per conseguire la liquidazione.

Il Tribunale, acquisiti dall'Ordine degli avvocati gli atti del procedimento di liquidazione della parcella rigettava le domande, ritenendo che il trattenere copia di atti e documenti della causa di divorzio ricevuti per l'esercizio del mandato di difensore non configura la denunciata violazione della disciplina in materia di dati personali. Il legale aveva trattenuto unicamente «la copia di atti difensivi e di alcuni documenti fiscali», funzionali alla sollecitata liquidazione della parcella.

2. La soluzione: la documentazione in copia e il carteggio personale può trattarsi legittimamente, a seguito del mancato pagamento degli onorari professionali.

In proposito va rilevato che la Corte di appello ha negato la sussistenza della denunciata violazione non già in ragione di un astratto diritto del legale di mantenere nella propria disponibilità copia della documentazione precedentemente affidatagli, ma piuttosto in considerazione del mancato pagamento degli onorari professionali, omissione che avrebbe legittimato l'avvenuta ritenzione, in funzione dello svolgimento del procedimento di liquidazione della parcella. In via di principio l'affermazione secondo cui è legittima la ritenzione di copia di documenti consegnati dal cliente per la relativa utilizzazione nel processo per cui era stato conferito il mandato pur dopo l'intervenuta revoca di esso, quando si tratti di far valere in altra sede processuale il diritto al compenso per l'attività professionale svolta, va condivisa. E infatti al riguardo occorre precisare quanto segue: a) nella specie è certamente ravvisabile una ipotesi di trattamento di dati personali (riscontrabile, ai sensi del D.Lgs. n. 196/2003, art. 4, comma 1, lett. b), in costanza di qualunque informazione relativa a persona fisica) e il ricorrente assume inoltre che fra essi vi siano dati sensibili, per tali dovendosi intendere per la parte di interesse (ai sensi dello stesso art. 4, comma 1, lett. d) quelli idonei a rivelare lo stato di salute del soggetto cui i dati si riferiscono; b) i dati personali oggetto di trattamento devono essere gestiti secondo correttezza, uti-

lizzati in operazioni diverse da quelle che avevano dato luogo alla raccolta se compatibili con le prime e comunque non devono essere eccedenti rispetto alle finalità che avevano dato causa alla raccolta (art. 11, D.Lgs. cit.); c) il consenso dell'interessato al trattamento dei dati, ordinariamente necessario, non è viceversa richiesto nei casi indicati nell'art. 24 D.Lgs. cit., fra i quali in particolare, per quanto rileva nella fattispecie in esame, va ricordata la prescrizione contenuta nel comma 1 lett. f), che contempla l'ipotesi di utilizzazione dei dati per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria, «sempre che i dati siano trattati esclusivamente per tali finalità e per il periodo strettamente necessario al loro perseguimento».

Dalla disciplina vigente cui si è fatto sintetico riferimento si desume dunque che il legislatore ha dettato, per le ipotesi di trattamento di dati personali, dei criteri ispirati a rigorosa cautela che trova specifica conferma nel codice di deontologia e di buona condotta per i trattamenti di dati personali effettuati per svolgere investigazioni difensive, adottato con Provvedimento del garante n. 60/2008 in attuazione dell'art. 12 D.Lgs. cit., provvedimento cui va riconosciuta efficacia normativa. L'ambito di applicazione del provvedimento in questione è stato infatti espressamente indicato nel «trattamento di dati personali per [...] far valere o difendere un diritto in sede» (art. 1), ed è stata poi prevista la possibilità di conservazione di atti e documenti in originale o in copia anche una volta esaurito l'incarico, ove «necessario in relazione ad ipotizzabili altre esigenze della parte assistita o del titolare del trattamento» (art. 4).

D'altra parte anche la giurisprudenza di questa Corte, nelle non frequentissime decisioni in merito, si è costantemente attestata nell'affermazione dei medesimi principi, affermando la derogabilità della disciplina dettata a tutela dell'interesse alla riservatezza dei dati personali quando il relativo trattamento sia esercitato per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante e nei limiti in cui ciò sia necessario per la tutela di quest'ultimo interesse.

Dunque applicando i principi delineati al caso di specie, deve dedursi che il trattenimento da parte del legale revocato dall'incarico di copie di documenti precedentemente a lui consegnate dal rappresentato, al fine di consentire la predisposizione di adeguata difesa, integra una ipotesi di trattamento dei dati personali. Tale trattenimento può essere considerato legittimo, atteso l'incontestato mancato pagamento degli onorari professionali e la conseguente connessione con il diritto di azione del legale insoddisfatto, finalizzato alla determinazione, liquidazione e riscossione del compenso dovuto; che nel concreto il Tribunale avrebbe però dovuto tener conto del contenuto dei documenti conservati, e ciò allo scopo di verificare, da un lato, l'esistenza di un rapporto di funzionalità fra i detti documenti e l'azione intrapresa e, dall'altro, l'avvenuto rispetto dei doveri di correttezza, pertinenza e non eccedenza incumbenti sul titolare del trattamento; che tuttavia il ricorrente, pur a fronte della generica e in sé insoddisfacente indicazione del Tribunale, secondo cui era stata trattenuta soltanto la copia di atti difensivi e «di alcuni documenti soprattutto fiscali», non ha specificato di quali documenti si trattasse e quale ne fosse il contenuto.

## ACCORDO TRA PRIVATO E COMUNE SULLA CESSIONE DI AREE IN CAMBIO DI LOTTIZZAZIONI

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 3 febbraio 2011, n. 2546 — CARBONE *Presidente* — SANGIORGIO *Estensore* — GAMBARDELLA *P.M.* (diff.) — Tizio e Caio - Comune di Maltignano.

**La questione:** l'accordo tra privato e Comune che prevede l'approvazione di due lottizzazioni private in cambio della cessione gratuita di alcune aree per la realizzazione di opere pubbliche, adempiuto dal privato ma non dalla P.A., costituisce una transazione con richiesta di indennizzo per l'indebito arricchimento con giurisdizione del giudice ordinario, ovvero violazione di accordo procedimentale sostitutivo di un provvedimento amministrativo *ex art. 11* legge n. 241/1990, con giurisdizione del giudice amministrativo?

1. A seguito di gravame proposto dal Comune di Maltignano, la Corte d'appello di Ancona, riformò la sentenza del Tribunale di Ascoli Piceno, che aveva condannato il Comune al pagamento in favore degli attori di un indennizzo *ex art. 2041 c.c.* in relazione alla mancata approvazione di una lottizzazione, oggetto di un accordo intervenuto nel 1989 tra lo stesso Comune e gli attori a seguito della emanazione di alcuni provvedimenti volti alla localizzazione di interventi pubblici e all'espropriazione di suoli di loro proprietà, che avevano dato luogo a contenzioso. Detto accordo prevedeva l'approvazione di due lottizzazioni private in cambio della cessione gratuita di alcune aree per la realizzazione di opere pubbliche, obbligazione, quest'ultima regolarmente adempiuta mediante consegna delle aree subito dopo detta approvazione da parte del Comune, laddove quella tra le due lottizzazioni che era sottoposta all'esame regionale per la definitiva approvazione non la aveva poi riportata.

La Corte di merito accolse la eccezione pregiudiziale di carenza di giurisdizione del giudice ordinario, riproposta dal Comune appellante dopo che il primo giudice la aveva respinta qualificando il rapporto giuridico in controversia come una transazione e non già come accordo procedimentale sostitutivo di un provvedimento amministrativo della legge n. 241/1990, *ex art. 11*.

Per la cassazione di tale sentenza ricorre il privato. Resiste il Comune.

2. La soluzione: la giurisdizione è del giudice amministrativo trattandosi di violazione di un accordo procedimentale e non di una transazione.

Correttamente la Corte territoriale ha dichiarato la propria carenza di giurisdizione a decidere sulla controversia sottoposta al suo esame. Quanto alla riconducibilità, ritenuta dalla Corte marchigiana, dell'accordo transattivo per cui è causa alla tipologia degli accordi sostitutivi del provvedimento, ai fini della affermazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie che li riguardano, a norma del D.Lgs. n. 80/1998, citato art. 11, comma 5, deve rilevarsi che il giudice di secondo grado ha fatto corretta applicazione di indirizzi giurisprudenziali in materia di giurisdizione già delineati.

Secondo l'orientamento delle Sezioni unite, cui il Collegio intende dare continuità, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione della controversia, promossa dal privato nei confronti del Comune, avente ad oggetto l'adempimento o, in subordine, la risoluzione di una convenzione di lottizzazione, detta giurisdizione trovando fondamento normativo nella L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 11, comma 5, il quale, nel devolvere al giudice amministrativo la giurisdizione esclusiva sulle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi conclusi, nel pubblico interesse, dalla P.A. con gli interessati, al fine di determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale ovvero, se previsto dalla legge, in sostituzione di questo, configura un'ipotesi di giurisdizione esclusiva correlata non ad una determinata materia, bensì ad una determinata tipologia di atto, quale che sia la materia che ne costituisce oggetto.

Si tratta, infatti, di atti endoprocedimentali, che si collocano, cioè, all'interno di un procedimento amministrativo

complesso, finalizzato a consentire al privato di edificare su terreni di sua proprietà: e la controversia non attiene ad aspetti meramente patrimoniali del rapporto concessorio, involgendo invece valutazioni strettamente inerenti a detto rapporto nel momento funzionale.

La conclusione non può mutare ove, come nella specie, si tratti di accordo transattivo concluso tra il privato e il Comune a seguito della instaurazione di un contenzioso, accordo che si configura, del pari, quale atto che si inserisce all'interno del procedimento amministrativo. Resta, dunque, confermata l'affermazione della giurisdizione del giudice amministrativo nella controversia di cui si tratta.

Quanto alla lamentata carenza della *translatio iudicii* deve rilevarsi al riguardo che la sentenza impugnata risale ad epoca anteriore alla emanazione della legge n. 69/2009, la cui applicazione è invocata dal ricorrente. L'art. 59 della predetta legge, dopo avere, al comma 1, stabilito che «il giudice che, in materia civile, amministrativa, contabile, tributaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esistente, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione», dispone, al comma 2, che «se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute».

La disposizione invocata trae origine dalla declaratoria di illegittimità costituzionale, di cui alla sentenza della Corte costituzionale n. 77/2007, della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 30, nella parte in cui non prevede che gli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione si conservino, a seguito di declinatoria di giurisdizione, nel processo proseguito davanti al giudice munito di giurisdizione. Tale sentenza imponeva la emanazione di una nuova disciplina legislativa, peraltro vincolata dal *dictum* della sentenza solo nel senso di essere tenuta a dare attuazione al principio della conservazione degli effetti, sostanziali e processuali, prodotti dalla domanda proposta a giudice privo di giurisdizione nel giudizio ritualmente riattivato davanti al giudice che ne è munito, con facoltà per il legislatore di disciplinare, nel modo ritenuto più opportuno, il meccanismo della riassunzione.

Alla luce della richiamata sentenza del giudice delle leggi, e nella situazione di vuoto normativo che ne era seguita prima della emanazione della legge n. 69/2009, alla Corte marchigiana non si sarebbe potuto, nella specie, di certo fare carico di un obbligo di rimessione delle parti al giudice munito di giurisdizione, ma solo del rispetto del suo obbligo costituzionale di assicurare una adeguata risposta alla domanda di giustizia, di modo che l'errore della parte sulla giurisdizione non si risolvesse in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda. Ebbene, nella specie, il giudice di secondo grado ha operato in conformità ai predetti canoni: la sentenza impugnata, il cui dispositivo non contiene alcuna pronuncia nel merito, ha indicato in modo sostanzialmente non equivoco il giudice avente giurisdizione.

Resta fermo, invece, che l'attuale ricorrente, proprio alla stregua della richiamata pronuncia del giudice delle leggi, cui è seguito l'intervento legislativo, dalla stessa richiesto, di cui alla legge n. 69/2009, art. 59, comma 1, ben avrebbe

potuto riassumere il giudizio innanzi al giudice amministrativo, già individuato come quello munito di giurisdizione sulla controversia *de qua*.

### COLLEGATO LAVORO — INDENNITÀ PREDEFINITA — RIMESIONE ALLA CONSULTA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 28 gennaio 2011, n. 2112 — ROVELLI *Presidente ed Estensore* — FEDELI P.M. (diff.) — Poste italiane s.p.a. - Tizio.

**La questione:** deve dichiararsi la rilevanza e non manifesta infondatezza delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, L. 4 novembre 2010, n. 183, sollevate con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost., con sospensione del giudizio e con la trasmissione degli atti alla Corte costituzionale?

1. Con ricorso al Tribunale di Pisa Tizio affermava l'illegittimità del termine di durata apposto al contratto del 17 agosto 2000, con cui la s.p.a. Poste italiane lo aveva assunto al lavoro, e la conseguente conversione del negozio in contratto a tempo indeterminato. Egli chiedeva perciò che la società, che si era avvalsa del termine e l'aveva estromesso dall'azienda, fosse condannata a riammetterlo in servizio ed a risarcirgli il danno da sospensione del rapporto di lavoro.

Il Tribunale rigettava la domanda, ma la Corte di Firenze, in accoglimento dell'appello, accertava il contratto a tempo indeterminato e condannava la società a riammettere il lavoratore in servizio ed a risarcirgli il danno, pari alle retribuzioni con accessori, a partire dal 26 settembre 2002, ossia dal giorno in cui egli aveva offerto le proprie prestazioni attraverso la comunicazione, anche alla datrice di lavoro, della richiesta del tentativo di conciliazione obbligatoria di cui all'art. 410 c.p.c.

Contro questa sentenza la s.p.a. Poste italiane proponeva ricorso per cassazione mentre Tizio resisteva con controrricorso.

2. La soluzione: è rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, commi 5 e 6, L. 4 novembre 2010, n. 183, sollevata con riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost.

Nel caso di specie il lavoratore estromesso dall'azienda per l'erroneamente ritenuta operatività del termine ha diritto al risarcimento del danno da perdita delle retribuzioni, da calcolare secondo le regole di diritto comune, come ha esattamente ritenuto la Corte d'appello sulla base delle norme vigenti nel momento di emissione della sua pronuncia. Incensurabile è poi la valutazione di fatto espressa dalla stessa Corte, la quale ha negato gli elementi idonei a ravvisare la tacita manifestazione della volontà di risolvere il contratto.

Tuttavia, durante il giudizio di cassazione è entrato in vigore la L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 32, che innova in materia di contratto di lavoro a tempo determinato. Il comma 5 stabilisce che, nei casi in cui questo si converta in contratto a tempo indeterminato a causa dell'illegittima opposizione del termine, il giudice condanna il datore di lavoro al risarcimento in favore del lavoratore stabilendo un'indennità "onnicomprensiva" nella misura compresa tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Il comma 6 dimezza questa indennità in presenza di contratti ovvero accordi nazionali, territoriali o aziendali, stipulati con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, che prevedano l'assunzione, anche a tempo indeterminato, di lavoratori già occupati con contratto a termine nell'ambito specifiche graduatorie. Il comma 7, precisa doversi applicare i commi ora detti a «tutti i giudizi, compresi quelli pendenti alla data di entrata in vigore della legge».

Ritiene il collegio che la sopra riportata espressione del comma 7 debba essere riferita altresì ai giudizi di cassazione,

anche se le disposizioni si riferiscono espressamente al giudizio di merito. Infatti la soluzione negativa, ossia l'esclusione della fase di cassazione dall'ambito di previsione della norma, equivarrebbe a discriminare tra situazioni diverse in base alla circostanza, del tutto accidentale, di una pendenza della lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro. Più precisamente, la situazione sostanziale dei lavoratori sarebbe assoggettata ad un regime risarcitorio diverso, a seconda che i processi pendano nel merito oppure in cassazione. Discriminazione ritenuta illegittima dalla Corte cost. con sent. n. 214/2009, e tanto più grave quando si pensi che i lavoratori destinatari della nuova legge potrebbero dover restituire le retribuzioni percepite sulla base della sentenza di merito provvisoriamente eseguita, nella parte eccedente il massimo dell'indennità spettante.

Ciò comporta che la sentenza impugnata dovrebbe essere cassata con rinvio affinché il giudice di merito, esercitati i poteri istruttori di cui al comma 7, determini l'indennità spettante, certamente in misura inferiore a quella dovuta ai sensi della normativa previgente, ossia dal 26 settembre 2002 fino alla riammissione al lavoro, che nella specie non risulta essere avvenuta.

Appare pertanto rilevante la questione di legittimità costituzionale dei suddetti commi 5 e 6, in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 111 e 117 Cost., per le ragioni che di seguito si espongono. Al fine di accertare la non manifesta infondatezza delle questioni, sembra doversi anzitutto così ricostruire gli scopi perseguiti dal legislatore.

A) È orientamento consolidato nella giurisprudenza della Corte che, nel caso in cui il datore di lavoro si sia avvalso di un termine illegittimamente apposto al contratto ed abbia perciò allontanato il dipendente dal posto di lavoro, così rendendosi inadempiente agli obblighi assunti con lo stesso contratto, non si applica la tutela reale di cui alla legge n. 300/1970, art. 18. Il comportamento del datore non incide sulla continuità del rapporto, che rimane idoneo alla produzione dei propri effetti. Tuttavia, trattandosi di contratto a prestazioni corrispettive, ciò non comporta il diritto del lavoratore alla corresponsione delle retribuzioni che sarebbero maturate dall'inizio del periodo di inattività ma solo il diritto al risarcimento del danno, da determinarsi in base alle regole generali sull'inadempimento delle obbligazioni contrattuali, senza che sia necessaria una formale costituzione in mora del datore, occorrendo tuttavia e pur sempre che il lavoratore non abbia tenuto una condotta incompatibile con la volontà di proseguire il rapporto e abbia messo a disposizione della controparte le proprie prestazioni lavorative.

B) Quanto alla determinazione quantitativa del danno derivante dall'inadempimento di un contratto di durata, essa dipende da scelte discrezionali dei giudici di merito nell'applicazione degli artt. 1223, 1224, 1226 e 1227 c.c.

In particolare, nel contratto di lavoro subordinato, il danno sopportato dal lavoratore, che non ha percepito la retribuzione per essere stato illegittimamente privato dal datore



della possibilità di eseguire la prestazione lavorativa e non gode della tutela dell'art. 18 Statuto dei lavoratori, dev'essere liquidato: a) attenendosi ai criteri dell'art. 1223 cit., che prescrive di comprendere nel danno la perdita delle retribuzioni, sottraendo però quanto il lavoratore abbia frattanto ed eventualmente percepito per avere eseguito un altro lavoro, in posizione di subordinazione o di autonomia (c.d. *aliunde perceptum*). La prova dell'esecuzione di quest'altro lavoro è a carico del datore, tenuto al risarcimento; b) essendo il danno pari alle retribuzioni non percepite, per le parti di retribuzione legate a prestazioni effettive e meramente eventuali (ad es. per prestazioni saltuarie, per lavoro straordinario ecc.), il danno, solamente ipotetico, non può che essere limitato alla perdita della possibilità di guadagno (*per te de chance*), da liquidare con valutazione equitativa (art. 1226 cit.) e perciò variabile a seconda dei giudici; c) il danno è dovuto a partire dal momento in cui il lavoratore abbia posto a disposizione del datore le proprie energie lavorative ossia dal momento in cui abbia offerto formalmente la propria prestazione, potendo nascere incertezze interpretative in ordine alla concreta idoneità della forma; d) trattandosi di azione di nullità del termine apposto al contratto di lavoro e quindi di azione imprescrittibile, il lavoratore, prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 cit., comma 3, lett. d), poteva prolungare *sine die* il tempo dell'azione di nullità e per dieci anni (art. 2946 c.c.) quello dell'azione risarcitoria; dopo la entrata in vigore del comma 3 ora cit., entro il termine di decadenza ivi previsto. Egli può così aumentare la misura del danno, esponendosi bensì all'eccezione di concorso del creditore nel fatto colposo (art. 1227 cit.), il cui ammontare verrebbe però ad essere ridotto dal giudice secondo criteri discrezionali e perciò, ancora una volta, variabili. Tutto ciò può dar luogo, per l'impresa obbligata a centinaia di risarcimenti, ad esborsi di misura non prevedibile e perciò ad incertezza sui bilanci preventivi, che si traduce in un grave pregiudizio patrimoniale. A questa incertezza sembra aver voluto porre rimedio il legislatore del 2010, unificando il criterio di liquidazione del danno dovuto ai lavoratori. Ancora, la legge sembra destinata, come altre precedenti nella materia, ad arginare l'eccessivo ampliamento di organico delle imprese, dovuto alla conversione a tempo indeterminato di numerosi contratti di lavoro a termine.

Considerate queste *rationes legis*, non pare potersi seguire la tesi, proposta da una parte della dottrina, secondo cui l'indennità in questione non escluderebbe il risarcimento del danno, sopportato dal datore e da liquidare secondo le sopra dette regole di diritto comune. Anche l'espressione «onnicomprensiva», adoperata dal legislatore, acquista significato solo escludendo qualsiasi altro credito del lavoratore, indennitario o risarcitorio.

È ancora da premettere che la liquidazione di un'indennità contenuta in poche mensilità retributive non sembra contrastare con l'art. 3, comma 1, Cost. a causa del trattamento sfavorevole riservato al lavoratore precario, unico contraente spogliato della pienezza dei rimedi previsti dalla disciplina generale dei contratti. Le sopra dette ragioni dell'intervento legislativo in questione bastano a giustificare la diversità di trattamento ossia il sacrificio imposto alla parte del contratto a termine.

Il comma 5 in questione non contrasta neppure con l'art. 36 Cost., comma 1, poiché esso ha per oggetto un'indennità, sia pure misurata sull'ammontare della retribuzione, ma non una retribuzione da corrispondere per lavoro effettivamente prestato. Non è, per contro, manifestamente infondato il dubbio di contrasto fra i commi 5 e 6 della legge n. 183/2010, art. 32, e i principi di ragionevolezza nonché di effettività del rimedio giurisdizionale, espressi negli artt. 3, comma 2, 24 e 111 Cost. Le dette disposizioni della legge sembrano anche ledere il diritto al lavoro, riconosciuto a tutti i cittadini dall'art. 4 Cost.

Il danno sopportato dal prestatore di lavoro a causa dell'illegittima apposizione del termine al contratto è pari almeno alle retribuzioni perdute dal momento dell'inutile offerta delle proprie prestazioni e fino al momento dell'effettiva riammissione in servizio. Fino a questo momento, spesso futuro e incerto durante lo svolgimento del processo e non certo neppure quando viene emessa la sentenza di condanna, il danno aumenta con il decorso del tempo e appare di dimensioni anch'esse non esattamente prevedibili. Il rimedio apprestato dall'art. 32, commi 5 e 6, in questione non può essere assimilato all'indennità prevista dalla L. 15 luglio 1966, n. 604, art. 8, e alternativa all'obbligo di riassunzione. L'ipotesi dell'art. 8 non riguarda il ristoro di un danno derivante dalla non attuazione di un rapporto di durata, ossia di un danno di un ammontare che aumenta con il trascorrere del tempo, giacché il diritto all'indennità esclude il diritto al mantenimento del rapporto. La liquidazione di un'indennità eventualmente sproporzionata per difetto rispetto all'ammontare del danno può indurre il datore di lavoro a persistere nell'inadempimento, eventualmente tentando di prolungare il processo oppure sottraendosi all'esecuzione della sentenza di condanna, non suscettibile di realizzazione in forma specifica. Né verrebbe risarcito il danno derivante da una sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, causata dal rifiuto del datore.

Tutto ciò vanifica il diritto del cittadino al lavoro (art. 4 Cost.) e nuoce all'effettività della tutela giurisdizionale, con danno che aumenta con la durata del processo, in contrasto con il principio affermato da quasi secolare dottrina processualista, oggi espresso dagli artt. 24 e 111, comma 2, Cost. e che esige l'esatta, per quanto materialmente possibile, corrispondenza tra la perdita conseguita alla lesione del diritto soggettivo e il rimedio ottenibile in sede giudiziale. Sembra altresì sussistere un contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost. per violazione dell'obbligo internazionale assunto dall'Italia con la sottoscrizione e ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, il cui art. 6, comma 1, nel volere il diritto di ogni persona al giusto processo, impone al potere legislativo di non intromettersi nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influire sulla decisione di una singola controversia o su un gruppo di esse. La Corte costituzionale con sent. n. 311/2009 ha escluso che l'incidenza di una norma retroattiva su processi in corso si ponga automaticamente in contrasto con la Convenzione. Tuttavia nella medesima sentenza la Corte ha precisato, sulla base della giurisprudenza della Corte eur. dir. uomo, che detta incidenza può ritenersi giustificata solo da ragioni imperative di interesse generale. Ciò avviene quando il legislatore nazionale sia indotto all'emanazione di una norma di interpretazione autentica e perciò retroattiva, destinata ad operare anche nei processi pendenti e dettata dall'esigenza di accertare l'originaria intenzione del legislatore; oppure dalla necessità di ristabilire la parità di trattamento di situazioni analoghe nei rapporti di lavoro pubblico; o ancora, di rimediare ad un'imperfezione tecnica della legge interpretata.

Le disposizioni legislative ora impugnate possano bensì ritenersi dettate da motivi di opportunità economica, ma non da ragioni "imperative" di interesse generale. Né vi sono necessità parificatrici in rapporti di lavoro pubblico, giacché le disposizioni sono di applicazione generale in ambito privatistico. Non erano infine di dubbia interpretazione o tecnicamente imperfette le norme di diritto comune in tema di risarcimento del danno subito dal lavoratore, come costantemente interpretate dalla giurisprudenza lavoristica. È vero che alcune delle imprese private, come quella attualmente in causa, possono rendere un servizio di interesse generale, ma rimane dubbio che perdite economiche derivate da un comportamento illegittimo dell'imprenditore possano essere legittimamente concentrate sui lavoratori dipendenti.

Il contrasto delle disposizioni legislative in questione con il diritto del cittadino al lavoro, di cui all'art. 4 Cost., è reso

manifesto anche dalla non aderenza di esse alla giurisprudenza comunitaria. La sproporzione fra la tenue indennità ed il danno, che aumenta con la permanenza del comportamento illecito del datore di lavoro, sembra contravvenire all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Dir. 1999/70/CE, che impone agli Stati membri di «prevenire efficacemente l'utilizzazione abusiva di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato [...] ossia misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro». «Ne consegue che, qualora si sia verificato un ricorso abusivo a contratti di lavoro a tempo determinato successivi, si deve poter applicare una misura che presenti garanzie effettive ed equivalenti di tutela dei lavoratori al fine di sanzionare debitamente tale abuso ed eliminare le conseguenze della violazione del diritto comunitario».

A rafforzamento degli argomenti sopra svolti sembra opportuno ricordare che l'art. 614 *bis* c.p.c. — che sanziona la non attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare giudizialmente accertati attraverso una condanna al pagamento di una somma di denaro, dovuta per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento giudiziale — è stato assai severamente criticato dalla dottrina nella parte in cui esso è dichiarato espressamente non applicabile alle controversie di

lavoro, ed alle critiche si è potuto contrapporre da altra dottrina solamente il regime di tutela reale disposto dalla L. 20 maggio 1970, n. 300, art. 18, sufficiente a tutelare il lavoratore che abbia ottenuto una sentenza di condanna ad un fare infungibile, a carico del datore di lavoro. Ivi è infatti prevista, in conseguenza della dichiarazione di inefficacia o di nullità, oppure di annullamento, del licenziamento, la condanna del datore alla reintegrazione del lavoratore e al risarcimento del danno attraverso un'indennità commisurata alla retribuzione dal giorno del licenziamento fino «al momento dell'effettiva reintegrazione». Ebbene, i commi 5 e 6, escludono ogni tutela reale e lasciano così la possibile, grave sproporzione fra indennità e danno effettivo, connesso al perdurare dell'illecito.

Con riferimento alla controversia qui in esame, la limitazione dell'indennità a dodici mesi, o meno, non sembra trovare giustificazione nel fine, perseguito dal Legislatore, di evitare la perdita patrimoniale all'impresa dal risarcimento di danni di notevole entità a numerosi lavoratori. L'entità del danno dev'essere imputata alla stessa impresa, che avrebbe potuto attenuarlo attraverso l'esecuzione delle sentenze di condanna ai sensi dell'art. 431 c.p.c., e, nei casi in cui era possibile con la prova dell'*aliunde perceptum*. Nei casi, poi, in cui il lavoratore non abbia potuto trovare un'altra occupazione, ossia un'altra fonte di reddito, il danno personale e familiare, tanto più grave, non appare suscettibile di bilanciamento.

#### DANNI SUBITI DAL BENE CONCESSO IN *LEASING* — LEGITTIMAZIONE DELL'UTILIZZAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 12 gennaio 2011, n. 534 — PREDEN *Presidente* — FINOCCHIARO *Estensores* — SGROI *P.M.* (conf.) — Comune di Pozzuoli - Cart s.n.c.

**La questione:** nel caso di bene concesso in *leasing*, legittimato a far valere la responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c., nei confronti del danneggiante, è il proprietario del bene immobile danneggiato, ovvero chi lo detiene in forza di contratto di *leasing*, ove questi sia obbligato per contratto a eseguire le opere di manutenzione straordinaria, a corrispondere il canone per il godimento del cespite anche in caso di ridotto godimento del medesimo e, in ogni caso, a restituire il bene integro al proprietario, in caso di mancato esercizio del diritto di opzione?

1. Proprietari e conduttori di un immobile che confinava con la rampa di accesso allo stadio comunale e che, in corrispondenza del confine, si erano verificate sin dal 1996 infiltrazioni d'acqua che avevano causato danni all'immobile e al materiale ivi depositato, hanno convenuto in giudizio, innanzi al Tribunale di Napoli, il Comune di Pozzuoli chiedendone la condanna sia all'eliminazione della causa delle infiltrazioni sia al risarcimento dei danni patiti. Nella prima udienza è intervenuta in giudizio la s.r.l. Tutto Ufficio, cessionaria della azienda dichiarando di fare proprie tutte le domande delle attrici.

L'adito Tribunale ha rigettato la domanda della s.n.c. originaria proprietaria dell'immobile di risarcimento dei danni per difetto di legittimazione attiva e condannato il convenuto Comune alla eliminazione delle cause delle infiltrazioni e al pagamento in favore delle altre parti. La Corte di appello di Napoli, rigettato l'appello principale, ha parzialmente accolto gli appelli incidentali e, per l'effetto ha condannato il Comune di Pozzuoli ad ulteriori pagamenti.

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso il Comune di Pozzuoli, mentre resistono, con controricorso e ricorso incidentale le altre parti.

2. La soluzione: qualora sia danneggiato da terzi un bene mobile o immobile concesso in *leasing*, la legittimazione a chiedere il risarcimento dei danni subiti compete all'utilizzatore su cui di regola grava sia la manutenzione anche straordinaria del bene, sia il rischio di dover corrispondere il canone per il godimento del cespite anche in caso di ridotto godimento del medesimo e di dover, in ogni caso, restituire

il bene integro al proprietario, se non esercita il diritto di opzione.

Infatti, in caso di danneggiamento di una cosa (mobile o immobile) la giurisprudenza è ferma nel ritenere il proprietario legittimato a agire per il ristoro dei danni patiti, ma se, per circostanze contingenti, un terzo si trovi ad esercitare un potere soltanto materiale sulla cosa, costui può dal danneggiamento di questa risentire un danno al suo patrimonio, indipendentemente dal diritto, reale o personale, che egli abbia all'esercizio di quel potere e cioè senza che sia tenuto a dimostrare il titolo di proprietà.

Infatti, legittimato all'azione di risarcimento del danno ingiusto non è soltanto il proprietario del bene danneggiato, ma anche colui che al momento del verificarsi del fatto illecito ne abbia soltanto la materiale disponibilità e sia tenuto a riconsegnarlo integro al proprietario, non essendo necessaria l'identità tra titolo al risarcimento e titolo giuridico di proprietà. Con specifico riferimento all'eventualità che sia stata danneggiata una *res* concessa in *leasing* è assolutamente certo che la legittimazione ad agire nei confronti del danneggiante spetti all'utilizzatore e non alla società di *leasing*, proprietaria della cosa, specie nella eventualità — com'è pacifico nella specie — che l'utilizzatore sia tenuto alla manutenzione ordinaria e straordinaria della cosa stessa ed allo stesso al momento della conclusione del contratto e del trasferimento del possesso della *res* siano stati trasferiti tutti i rischi di questa.

Non essendosi i giudici del merito attenuti ai principi di cui sopra va cassata, in relazione al motivo accolto, la sentenza impugnata con rinvio della causa alla Corte di appello

di Napoli che si atterrà al seguente principio di diritto: «Qualora sia stata danneggiata una cosa (mobile o immobile) concessa in *leasing* la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni patiti compete all'utilizzatore, qualora lo

stesso sia tenuto alla manutenzione ordinaria e straordinaria della cosa stessa nonché allo stesso, al momento della conclusione del contratto e del trasferimento del possesso della *res*, siano stati trasferiti tutti i rischi di questa».

# Recentissime dalla Cassazione penale

a cura di GIACOMO FUMU

## ESECUZIONE

CASSAZIONE PENALE, I SEZIONE, 22 febbraio 2011 (ud. 18 gennaio 2011), n. 6559, Raffaelli ricorrente.

**La questione:** se al giudice dell'esecuzione sia consentito negare efficacia alla sentenza di legittimità che abbia violato le regole del contraddittorio diversamente qualificando i fatti senza interlocuzione difensiva sul punto.

1. Nella specie era stata emessa sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti con la quale l'originaria imputazione di associazione mafiosa e riciclaggio era stata derubricata in quella di favoreggiamento personale e reale. Tale pronuncia era stata quindi impugnata dall'imputato sul rilievo che, a seguito della statuita derubricazione, al momento della decisione i reati erano già estinti per prescrizione. La Corte di cassazione, valutata del tutto immotivata e priva di giustificazione alcuna la nuova e meno grave definizione giuridica delle condotte contestate, aveva riaffermato — ritenendo che ciò pienamente rientrasse nei poteri di cognizione del giudice di legittimità — l'originaria qualificazione dei fatti e, mantenendo ferma la pena inflitta in concreto per il divieto di *reformatio in pejus* in mancanza di impugnazione del pubblico ministero, aveva ribadito la configurabilità nella specie dei delitti di associazione di tipo mafioso e riciclaggio, rigettando il ricorso per non essere ancora maturati i termini di prescrizione.

L'imputato aveva allora proposto incidente di esecuzione, chiedendo che venisse dichiarata l'ineseguibilità della sentenza emessa nei suoi confronti, limitatamente alla qualificazione giuridica attribuita ai fatti in sede di legittimità.

Richiamava a proprio favore la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo 11 dicembre 2007, *Drassich* e quella della Corte di cassazione, Sez. VI, 12 novembre 2008, *Drassich*, di adeguamento ad essa, rilevando come la decisione del giudice di legittimità avesse operato la ridefinizione delle condotte ascritte all'imputato, ipotizzando reati più gravi di quelli ritenuti nella sentenza di merito, senza consentire alla difesa la possibilità di interloquire sul punto e di esperire le opportune difese.

Il giudice dell'esecuzione, evocando proprio Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, *Drassich*, aveva rigettato la domanda osservando come la questione dedotta si sarebbe dovuta proporre non con l'incidente, bensì con il ricorso straordinario per la correzione dell'errore di fatto.

Con il ricorso per cassazione proposto avverso tale statuizione l'interessato deduceva, da un lato, che secondo Cass., Sez. I, 25 gennaio 2007, *Dorigo*, è il giudice dell'esecuzione che deve paralizzare gli effetti di una sentenza definitiva di condanna pronunciata in contrasto con le censure della Corte europea e, da un altro, che la sentenza *Drassich* — con la quale la Corte di cassazione aveva ritenuto l'esperibilità della procedura straordinaria di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. al fine di

dare esecuzione ad una sentenza della Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo che abbia rilevato una violazione del diritto di difesa occorsa nel giudizio di legittimità — era stata emessa e depositata ben oltre il termine di 180 giorni entro il quale il ricorso straordinario si sarebbe dovuto proporre, sicché la lezione giurisprudenziale in essa contenuta non avrebbe avuto modo di essere utilmente applicata.

2. La soluzione: al giudice dell'esecuzione è inibito negare efficacia ad una sentenza della Corte di cassazione, pure assunta in violazione del contraddittorio, se tale violazione non sia stata accertata nel caso specifico dalla Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo.

La Corte ha ribadito, innanzi tutto, che se si consentisse in via generale al giudice dell'esecuzione di rendere inefficace una sentenza di legittimità in quanto viziata da violazione del contraddittorio si porrebbe ad una disarticolazione del sistema processuale penale delle impugnazioni e dei gradi del giudizio, nonché alla cancellazione, esiziale per la certezza dei rapporti giuridici, dell'istituto stesso del giudicato penale.

Ciò posto, ha rilevato come la sentenza *Dorigo* abbia affermato il principio secondo cui il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali abbia accertato che la condanna sia stata pronunciata in violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio; come è evidente, dunque, l'obbligo imposto al giudice dell'esecuzione non è affatto dedotto come tale nel sistema e ivi previsto in via generale ed astratta, ma è richiamato solo ed esclusivamente in relazione ad una intervenuta pronuncia della Corte europea nella vicenda processuale specifica e in riferimento alla parte che vittoriosamente ebbe ad adire quella istanza di giustizia: evenienza non verificatasi nella fattispecie in esame.

Né, ha rilevato altresì la Corte, poteva essere apprezzato l'argomento difensivo concernente l'epoca (successiva) in cui era stato giurisprudenzialmente affermato il principio del possibile ricorso allo strumento della correzione dell'errore di fatto (art. 625 *bis* c.p.p.) per rimediare ad una violazione del contraddittorio da parte del giudice di legittimità, atteso che, se è vero che la sentenza *Drassich* era intervenuta successivamente alla scadenza del termine per la proposizione

del ricorso straordinario avverso la decisione di cassazione assunta viziata, tuttavia individuare il rimedio al preteso *error in procedendo* era compito della difesa, che lo avrebbe potuto e dovuto ipotizzare anche in assenza del precedente

giurisprudenziale, il quale non ha introdotto un precetto normativo, legato per questo alle regole di efficacia nel tempo delle norme processuali, ma un principio ermeneutico che da tali regole prescinde.

## ESTRADIZIONE

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 14 febbraio 2011 (ud. 26 gennaio 2011), n. 5580, Stefanescu ricorrente.

**La questione:** se sia conforme ai principi costituzionali e comunitari l'art. 705 c.p.p. nella parte in cui non prevede che possa essere rifiutata ad uno Stato dell'Unione, ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, l'extradizione di un cittadino comunitario stabilmente inserito nel territorio nazionale.

1. Nella specie la Corte di appello aveva disposto la estradizione verso la Romania di un cittadino di quello Stato ricercato ai fini dell'esecuzione di una sentenza penale di condanna per omicidio colposo commesso nel 1999. Comparso all'udienza fissata dalla Corte di cassazione per la discussione del ricorso proposto avverso tale statuizione, l'estraddando aveva dichiarato di vivere da tempo in Italia con la famiglia, di esercitare regolare attività lavorativa in forza di contratto a tempo indeterminato, di essere integrato nel territorio e non avere collegamenti con lo Stato di origine; sulla effettiva sussistenza delle dedotte circostanze erano stati disposti accertamenti che le avevano confermate.

2. La soluzione: non è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 705 c.p.p. per violazione degli artt. 3, 27 e 117 Cost. nella parte in cui non prevede una riserva alla consegna analoga a quella contemplata dall'art. 18, lett. r), legge n. 69/2005, qualora la procedura di estradizione sia attivata tra Stati membri dell'Unione e riguardi l'extradizione di un cittadino europeo stabilmente inserito in Italia.

La Corte ha preso atto, innanzi tutto, che nei confronti del cittadino rumeno era stata attivata l'ordinaria procedura di estradizione in ragione dell'epoca del commesso reato in relazione alla quale, ai sensi del comma 2 dell'art. 40 legge n. 69/2005, era preclusa l'applicabilità della nuova disciplina sul mandato di arresto europeo e di conseguenza esclusa l'operatività del limite alla consegna previsto dall'art. 18, lett. r), della legge predetta, come risultante dalla sentenza additiva n. 227/2010 della Corte costituzionale: più in particolare del limite che, a presidio della garanzia per il condannato di poter scontare nel nostro paese la sanzione divenuta definitiva nello Stato UE richiedente, consente al giudice italiano di rifiutare la consegna (contestualmente disponendo l'esecuzione della pena in Italia) del cittadino italiano o comunitario che sia stabilmente residente e di cui sia dimostrata l'integrazione nel territorio nazionale.

Ha quindi osservato come, per effetto dell'individuazione del limite temporale di vigenza della normativa in tema di mandato di arresto europeo, si determinasse nella fattispecie in esame una violazione dei diritti fondamentali, tra cui il diritto di stabilimento, con realizzazione in concreto di una difformità di trattamento di situazioni analoghe priva di ragionevolezza, come peraltro reso evidente dalla considerazione che proprio il lungo periodo trascorso dal momento del fatto rendesse ancora più sicuro il radicamento dello straniero nel nostro paese e tuttavia non potesse farsi ricorso all'applicazione della norma più favorevole.

Né la disparità rilevata poteva essere superata sul piano interpretativo, dovendo il giudice attenersi, nella valutazione della richiesta di estradizione, alla specifica previsione dell'art. 705 c.p.p. che non contempla, tra i motivi di rifiuto della consegna, la considerazione dell'esigenza di reinserimento del condannato nel suo tessuto sociale e quindi la tutela dell'interesse di tutti gli Stati membri alla rieducazione del reo, cui è inscindibilmente connesso il diritto alla risocializzazione che la riserva di esecuzione della pena nello Stato richiesto tende a soddisfare. Tale esigenza, ha sottolineato la Corte, è posta a base oltre che dei valori di cui all'art. 27, comma 3, Cost., anche dei principi comunitari, e in particolare di quello di non discriminazione, di uniformità di trattamento dei cittadini europei, del diritto di stabilimento (artt. 12, 17 e 18 del Trattato), in relazione ai quali l'applicazione della disposizione di cui all'art. 705 c.p.p. alla fattispecie in esame realizza anche la violazione dell'art. 117, comma 1 della Carta, poiché determina la violazione dei vincoli imposti dall'ordinamento comunitario.

Ciò posto la Corte ha proposto d'ufficio la questione di legittimità dell'art. 705 c.p.p., ipotizzando la sua contrarietà agli artt. 3, 27 e 117 Cost. nella parte in cui non prevede una riserva alla consegna analoga a quella contemplata dall'art. 18, lett. r), legge n. 69/2005, qualora la procedura di estradizione sia attivata tra Stati membri dell'Unione e riguardi l'extradizione di un cittadino europeo stabilmente inserito in Italia.

## ORDINAMENTO PENITENZIARIO

CASSAZIONE PENALE, I SEZIONE, 8 febbraio 2011 (ud. 21 gennaio 2011), n. 4522, La Rosa ricorrente.

**La questione:** se, ai fini della concessione della misura alternativa della liberazione anticipata, l'attività lavorativa svolta in carcere possa essere considerata quale prova di partecipazione all'opera di rieducazione.

1. Nella specie il Tribunale di sorveglianza aveva negato l'ammissione del condannato alla liberazione anticipata sul rilievo che risultasse in suo favore esclusivamente una condotta scevra da infrazioni disciplinari, dunque formalmente corretta ma insufficiente per l'accesso al beneficio per il quale si rendeva necessaria una fattiva adesione alle proposte rieducative.

Con il ricorso per cassazione l'interessato denunciava l'omessa considerazione, da parte del Tribunale, del lavoro

svolto in carcere, comprovante un suo impegno di recupero umano e sociale.

2. La soluzione: ai fini della concessione della misura alternativa della liberazione anticipata il Tribunale di sorveglianza deve tenere conto dell'attività lavorativa svolta in carcere dal condannato, onde stabilire se dalla stessa sia positivamente deducibile l'inizio di un percorso di risocializzazione.

La Corte ha rilevato come il giudice di merito avesse rigettato la richiesta di liberazione anticipata sulla base della mera considerazione — peraltro in sé astrattamente corretta — dell'insufficienza, ai fini dell'ammissione al beneficio, della sola condotta inframuraria immune da censure disciplinari.

Il Tribunale dunque — ha osservato la Corte — ha ommesso di valutare la posizione del condannato con riferimento al lavoro da lui svolto in carcere, come risultante dalla docu-

mentazione versata in atti. Tale omessa valutazione, ad avviso della Corte, configura un vizio della motivazione, atteso che l'attività lavorativa prestata all'interno dell'istituto non può essere ignorata nella valutazione di meritevolezza, onde stabilire se dalla stessa — per qualità, durata, svolgimento d'iniziativa e quant'altro — sia positivamente desumibile, in una con ogni altro elemento di pertinente valutazione, l'inizio di un percorso partecipativo di risocializzazione meritevole di riscontro ai sensi dell'art. 54 dell'ordinamento penitenziario.

## DECRETO DI CITAZIONE

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 4 febbraio 2011 (ud. 25 gennaio 2011), n. 4415, X ricorrente.

**La questione:** quali siano le conseguenze processuali della mancanza, nel decreto di citazione a giudizio, dell'avvertimento che, non comparendo, l'imputato sarà giudicato in contumacia.

1. Probabilmente per una confusione nell'utilizzazione dei moduli, all'imputato era stato dato l'avviso che il suo atto di impugnazione sarebbe stato trattato in Camera di consiglio, quindi senza l'intervento necessario delle parti; avvedutosi dell'errore, il Collegio aveva disposto la trattazione in udienza pubblica, dichiarando la contumacia dell'imputato, non presentatosi in giudizio. Con il ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza della Corte di appello si denunciava la nullità del decreto di citazione per l'assenza, in esso, dell'avvertimento che, non comparendo, l'imputato sarebbe stato giudicato in contumacia.

2. La soluzione: l'omissione dell'avvertimento che, non comparendo, l'imputato sarà giudicato in contumacia (art. 429, comma 1, lett. f, c.p.p.) costituisce causa di nullità del decreto di citazione.

La Corte ha dichiarato la nullità dell'atto di citazione in giudizio in quanto sprovvisto dell'avvertimento all'imputato che, non comparendo, sarebbe stato giudicato in contumacia; la sanzione processuale, ha osservato, è infatti espressamente prevista dall'art. 429, commi 1, lett. f), e 2, richiamati dal successivo art. 601, comma 6, per il decreto di citazione nel giudizio di appello.

Nel pervenire a tale conclusione la sentenza in rassegna si è consapevolmente discostata da quanto affermato da Cass., Sez. V, 14 febbraio 2005, Arziliere, in *C.E.D. Cass.*, 231776, secondo cui l'avvertimento circa le conseguenze della mancata comparizione non costituirebbe elemento strutturale del decreto di citazione e pertanto non rientrerebbe nei requisiti di cui al comma 1, lett. f), dalla cui omessa indicazione il comma 2 fa discendere la nullità, trattandosi di un *quid* altro e diverso che si concreta in un ammonimento (o raccomandazione) estraneo alla comminatoria.

Tale disposizione viceversa, ha precisato la Corte, già lesicalmente non si presta a distinzione fra requisiti e raccomandazioni o ammonimenti ad essa estranei; essa infatti, con prescrizione unitaria, congloba nelle indicazioni del giorno e dell'ora dell'udienza l'avvertimento della possibilità di procedere in contumacia attraverso la preposizione congiuntiva "con", dimostrativa della necessaria complementarità di questo cenno, elemento parimenti strutturale dell'atto; ma, soprattutto, ha chiarito la Corte, operare simile distinzione appare in contrasto con la *ratio legis* in quanto l'avvertimento, diretto ad assicurare un contraddittorio effettivo, corrisponde ad un'esigenza di chiarezza del procedimento nella tutela dei valori di partecipazione e in definitiva di autodifesa, la cui rilevanza è primaria.

## PROVE

CASSAZIONE PENALE, II SEZIONE, 31 gennaio 2011 (ud. 26 novembre 2010), n. 3315, Scannicchio ricorrente.

**La questione:** se nel dibattimento possa essere data lettura ai sensi dell'art. 512 c.p.p. delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari da testimone che abbia successivamente perduto la memoria per un grave trauma commotivo sopravvenuto.

1. Nel caso di specie il giudice di merito aveva utilizzato per la decisione le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari dalla persona offesa dal reato ed acquisite, nel corso del dibattimento, ai sensi dell'art. 512 c.p.p. a seguito della dedotta perdita di memoria del teste derivata da un grave trauma commotivo sopravvenuto. Con il ricorso l'imputato denunciava la violazione di legge, contestando la ritenuta irripetibilità dell'atto attesa la presenza del dichiarante in udienza.

2. La soluzione: il concetto di impossibilità di ripetizione che abilita alla lettura dibattimentale dell'atto non è ristretto alla impraticabilità materiale della reiterazione ma a tutte le peculiari condizioni che la possono determinare, fra le quali rientra la perdita della memoria del teste.

La Corte ha disatteso le censure del ricorrente, affermando che, stante la documentata perdita di memoria del

teste-persona offesa a causa di un trauma subito a seguito di incidente stradale successivo all'assunzione delle sue dichiarazioni da parte della polizia giudiziaria, correttamente era stata fatta applicazione dell'art. 512 c.p.p., il quale consente la lettura degli atti compiuti nel corso delle indagini preliminari quando, per fatti o circostanze imprevedibili, ne è divenuta impossibile la ripetizione. Ad avviso della Corte, infatti, il concetto di impossibilità della ripetizione dell'atto, che la norma eleva a presupposto della lettura delle dichiarazioni precedentemente rese, non è ristretto alla mera impraticabilità materiale di reiterazione della dichiarazione medesima, come si verifica nel caso di morte o irripetibilità accertata, ma ricomprende tutte le ipotesi in cui una dichiarazione non può essere utilmente assunta per le peculiari condizioni del dichiarante, che lo rendano non più escutibile.

# Recentissime dal Consiglio di Stato

a cura di RAFFAELE GRECO

## CONTRATTI DELLA P.A.

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 22 febbraio 2011, n. 1090 — BACCARINI *Presidente* — SALTELLI *Estensore* — S.H.D. s.r.l. - Azienda ospedaliera Ospedali riuniti di Bergamo ed altri.

**La questione:** nel caso di procedura negoziata previa pubblicazione di un bando indetta a seguito dell'infruttuoso esperimento di una procedura di gara, quali sono i rapporti fra le due procedure di affidamento?

1. Un'azienda ospedaliera indice una gara mediante procedura ristretta per l'affidamento di forniture per un periodo di cinque anni; all'esito della gara, nessuna delle offerte pervenute viene giudicata ammissibile. Pertanto, ai sensi dell'art. 56 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, l'amministrazione decide di procedere con procedura negoziata previa pubblicazione di bando, alla quale sono invitate tutte le imprese che hanno partecipato alla gara precedente. Quest'ultima procedura si conclude con l'aggiudicazione in favore di un raggruppamento di imprese.

Insorge altra società di capitali, classificatasi seconda in graduatoria a sua volta in raggruppamento temporaneo di imprese con altra impresa, assumendo — oltre a una serie di rilievi per vizi propri della procedura negoziata — che il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe potuto essere invitato alla procedura ristretta che la ha preceduta, essendosi costituito in data successiva all'indizione della gara in violazione di quanto previsto dal bando di essa.

Il T.A.R. accoglie il ricorso, sulla base dell'assorbente considerazione della fondatezza della censura testé riassunta, osservando che nell'ipotesi di procedura negoziata indetta dopo che una precedente gara ha avuto esito infruttuoso, disciplinata dalla lett. a), comma 1, art. 56 D.Lgs. n. 163/2006, le due procedure che si susseguono sarebbero connesse a costituire una vera e propria fattispecie a formazione progressiva, di modo che i vizi della prima procedura sarebbero suscettibili di riverberarsi anche sulla seconda. Per tali motivi, viene anche disattesa l'eccezione di tardività della censura sollevata dal raggruppamento temporaneo di imprese controinteressato il quale, muovendo — al contrario — dall'assunto dell'autonomia delle due procedure di scelta del contraente, aveva sostenuto che i vizi della procedura ristretta avrebbero dovuto esser fatti valere mediante tempestiva impugnazione di essa, e comunque non erano idonei a viziare in via derivata anche il nuovo affidamento a trattativa privata.

Nel giudizio d'appello promosso dall'originaria aggiudicataria, la ricorrente vincitrice ripropone altresì gli ulteriori motivi di primo grado, rimasti assorbiti dalla sentenza di accoglimento.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha accolto l'appello. Con riguardo alla questione centrale del giudizio, è stata infatti respinta la costruzione del rapporto tra procedura di gara andata deserta e successiva procedura negoziata nell'ipotesi di cui all'art. 56, comma 1, lett. a), D.Lgs. n. 163/2006 come fattispecie a formazione progressiva, rilevandosi al contrario che le due procedure, pur indubbiamente fra loro collegate, mantengono la loro piena autonomia.

Ciò secondo il giudice d'appello si desume, innanzi tutto, dal fatto che la procedura negoziata ha un suo bando autonomo e distinto da quello della gara precedente, e che, se è vero che a norma del citato art. 56 alla procedura negoziata vanno invitate tutte le imprese che hanno formulato offerte nella gara infruttuosa (purché in possesso dei requisiti di cui agli artt. da 34 a 45, D.Lgs. n. 163/2006), è però innegabile che in presenza dei presupposti di cui al citato art. 56 l'amministrazione è solamente autorizzata a procedere all'indizione di una procedura negoziata, ma non vi è obbligata, restando nella sua discrezionalità la scelta eventualmente anche di espletare nuovamente una gara a procedura aperta o ristretta ovvero di provvedere diversamente all'acquisizione dei beni o servizi oggetto della gara ovvero di formulare diversamente lo stesso bando di gara per consentire un esito fruttuoso della gara.

Da quanto sopra discende — premesso che nella fattispecie non è contestata la sussistenza dei presupposti fattuali per l'indizione della procedura negoziata con pubblicazione di bando (e cioè l'inutile esperimento di una precedente gara) — che gli ipotetici vizi della prima procedura non hanno alcun effetto sulla seconda, in relazione alla quale solo va valutata la sussistenza in capo alle imprese concorrenti dei requisiti di partecipazione. Insomma, l'impresa aggiudicataria non avrebbe potuto giammai essere esclusa dalla procedura negoziata per la violazione di una clausola del bando della precedente procedura ristretta.

Di seguito, il Consiglio di Stato ha esaminato i motivi di ricorso rimasti assorbiti in primo grado, giudicandoli infondati e pertanto pervenendo a una decisione di accoglimento dell'appello, con la riforma della sentenza impugnata e la reiezione del ricorso originario.

## GIURISDIZIONE E COMPETENZA

CONSIGLIO DI STATO, IV SEZIONE, 16 febbraio 2011, n. 1014 — NUMERICO *Presidente* — REALFONZO *Estensore* — Comune di Capannori - B. s.r.l.

**La questione:** a quale giudice appartiene la giurisdizione sulla controversia avente a oggetto la pretesa di un Comune al pagamento di conguagli dovuti in esecuzione di una convenzione attuativa del Piano per gli insediamenti produttivi?

1. Un Comune ricorre al T.A.R. chiedendo la condanna di una società di capitali, subentrata ad altra a seguito di falli-

mento nella posizione di assegnataria di un suolo acquisito in attuazione di un Piano per gli insediamenti produttivi (Pip),

al pagamento di un conguaglio per maggiori oneri sostenuti per l'esproprio cui si era convenzionalmente impegnata l'originaria assegnataria.

Il T.A.R. adito, con la sentenza oggetto di gravame, dichiara il proprio difetto di giurisdizione, argomentando dalla natura meramente privatistica, e non di evidenza pubblica, dell'atto negoziale su cui si fonda il subentro della società convenuta nella posizione di assegnataria del suolo e dell'immobile su di esso realizzato.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, e conseguentemente ha annullato la sentenza di primo grado con rinvio al primo giudice ai sensi dell'art. 105 del codice del processo amministrativo.

Per motivare la sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo, la Sezione ha richiamato l'art. 34 D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 — vigente all'epoca di proposizione del ricorso di primo grado —, in virtù del quale sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo «le controversie aventi ad oggetto gli atti, i provvedimenti [...] e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti alle stesse equiparate in materia urbanistica ed edilizia». Tale disposizione, nell'interpretazione seguita dalla suprema Corte, va intesa nel senso di

ricomprendere tutti gli aspetti dell'uso del territorio, ivi compresa la gestione di esso, rispetto alla quale risulta neutra la natura pubblicistica o privatistica dello strumento prescelto (Cass., Sez. un., 11 febbraio 2003, n. 2061; Id., 29 gennaio 2001, n. 29).

Sotto diverso profilo, si è osservato che la convenzione stipulata fra Comune e soggetto privato in esecuzione del Pip rientra fra gli “accordi sostitutivi” di provvedimento di cui all'art. 11 L. 7 agosto 1990, n. 241, con la conseguenza che in questo caso rileva anche la giurisdizione esclusiva prevista dal comma 5 di detto articolo in materia — fra l'altro — di “esecuzione” dei predetti accordi (Cass., Sez. un., 17 aprile 2009, n. 9151).

Il Consiglio di Stato ha aggiunto anche che a nulla rileva, rispetto alla ravvisata giurisdizione esclusiva, la circostanza che nella specie si trattasse di controversia avviata dall'amministrazione nei confronti del privato, e non viceversa, in quanto l'ordinamento non conosce casi di materie a giurisdizione frazionata tra diversi giudici in relazione alla differente natura dei contendenti e laddove sia stabilita una giurisdizione esclusiva, questa si estende alla materia nella sua interezza, a prescindere dalla natura pubblica o privata della parte attrice.

## EDILIZIA E URBANISTICA

CONSIGLIO DI STATO, IV SEZIONE, 16 febbraio 2011, n. 1013 — NUMERICO *Presidente* — MIGLIOZZI *Estensore* — E.S. s.r.l. - Comune di Putignano.

**La questione:** è ammissibile dinanzi al giudice amministrativo l'azione di accertamento avente a oggetto gli obblighi patrimoniali relativi alla c.d. monetizzazione delle aree per urbanizzazione secondaria previsti dal permesso di costruire?

1. Una società di capitali ottiene da un Comune il permesso di costruire un edificio destinato in parte a civili abitazioni e in parte a negozi, previo pagamento del necessario contributo concessorio nonché dell'importo dovuto a titolo di “monetizzazione” delle aree per urbanizzazione secondaria (*standard*), come previsto dal piano regolatore generale comunale per le zone B in cui ricade l'intervento. In seguito, dopo aver corrisposto alcuni ratei di tale ultima somma, la detta società propone innanzi al T.A.R. un'azione di accertamento della non debenza del pagamento del controvalore delle aree da cedere per *standard*, assumendo che si tratterebbe di un'indebita duplicazione di quanto già pagato ai sensi degli artt. 3 e 5 L. 28 gennaio 1977, n. 10.

Il T.A.R. dichiara inammissibile il ricorso per omessa tempestiva impugnazione del provvedimento concessorio nella parte in cui imponeva al destinatario l'obbligo *de quo*. La sentenza è appellata dalla società istante, la quale assume che la propria domanda aveva a oggetto una situazione di diritto soggettivo di natura patrimoniale nell'ambito della giurisdizione esclusiva in materia, e pertanto era proponibile nel termine di prescrizione e non in quello di decadenza di cui all'art. 21 L. 6 dicembre 1971, n. 1034.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha respinto l'appello. In via preliminare, è stato richiamato il principio per cui, pur quando si versa in materia di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, non è indifferente accertare se la situazione giuridica azionata abbia consistenza di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo, in quanto da tale qualificazione discendono rilevanti conseguenze di ordine proces-

suale, *in primis* quanto alla necessità di rispettare il termine decadenziale di impugnazione dell'atto.

Ciò premesso, il giudice d'appello ha osservato che l'obbligazione pecuniaria avente a oggetto la c.d. monetizzazione delle aree a *standard* è ontologicamente diversa da quella relativa al pagamento degli oneri concessori: infatti, mentre quest'ultima consiste in un contributo per la realizzazione dell'opera, senza alcun vincolo di scopo in relazione all'area su cui essa è destinata a sorgere, al contrario la monetizzazione sostitutiva della cessione degli *standard* afferisce al reperimento delle aree necessarie alla realizzazione delle opere di urbanizzazione secondaria all'interno della specifica zona di intervento. Nella specie, era lo stesso piano regolatore generale comunale a prevedere, in armonia con la vigente legislazione nazionale e regionale, l'assoggettamento a tale obbligo pecuniario dei permessi di costruire rilasciati nelle zone B, di modo che da un lato non si tratta di una duplicazione degli oneri concessori, dall'altro tale obbligazione accede intimamente al rilasciato permesso di costruire, e pertanto che la sua contestazione avrebbe dovuto essere articolata attraverso la tempestiva impugnazione del permesso medesimo.

Sotto tale ultimo profilo, peraltro, poiché l'appellante con un'ulteriore doglianza censurava anche la legittimità della prescrizione urbanistica a monte, si è rilevato come ciò dimostri *a fortiori* l'inammissibilità del ricorso introduttivo, evidenziando che il ricorrente avrebbe dovuto tempestivamente impugnare, oltre al provvedimento concessorio, anche la norma del piano regolatore generale della quale questa costituiva esecuzione nella parte in cui imponeva la “monetizzazione”.

## PROCESSO AMMINISTRATIVO

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 16 febbraio 2011, n. 996 — MARUOTTI *Presidente* — DE NICTOLIS *Estensore* — C. - Ministero dello sviluppo economico ed altri.

**La questione:** è possibile la proposizione contestuale di un'azione avverso il silenzio-inadempimento e di un'azione di impugnazione? Qual è la natura, agli effetti dell'eventuale obbligo di riscontrare un'istanza di partecipazione procedimentale, dell'attività svolta dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe) ai fini dell'individuazione delle tecnologie nucleari da applicare in Italia ai sensi dell'art. 26, comma 1, L. 23 giugno 2009, n. 99?

1. Un'associazione di tutela dei consumatori propone ricorso, chiedendo l'annullamento del silenzio serbato dal Cipe sull'istanza con la quale essa aveva chiesto di partecipare alle riunioni volte all'individuazione delle tecnologie nucleari, di dare attuazione a obblighi internazionali in materia e di conoscere i progetti e la tecnologia che si intendeva adottare nella realizzazione degli impianti nucleari in comparazione con la migliore tecnologia attuale in esecuzione del principio comunitario di precauzione. Con il medesimo atto, l'associazione ricorrente impugna, ritenendolo viziato da incompetenza, il provvedimento con cui il Dipartimento per il coordinamento e la programmazione delle politiche economiche (Dipe) della Presidenza del Consiglio dei Ministri ha respinto la richiesta di partecipazione alle riunioni del Cipe.

Il T.A.R. adito dichiara il ricorso inammissibile, evidenziando: a) che sull'istanza di partecipazione non vi è stato silenzio, essendo stata la stessa riscontrata col citato atto negativo del Dipe; b) che sulle residue istanze non vi era alcun obbligo di provvedere dell'amministrazione; c) che l'azione di annullamento non poteva essere proposta congiuntamente a quella esercitata col rito speciale del silenzio.

Propone appello l'associazione ricorrente, lamentando in rito l'erroneità della declaratoria di inammissibilità dell'azione di impugnazione e nel merito assumendo la fondatezza di tutte le domande articolate. L'amministrazione appellata eccepisce la tardività dell'appello, non essendo stato rispettato il termine di 90 giorni di cui all'art. 21 *bis* L. 6 dicembre 1971, n. 1034 (la sentenza di primo grado è stata pubblicata prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo).

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha respinto l'appello, sia pure rivedendo parzialmente le affermazioni del primo giudice. Innanzi tutto, è stata respinta l'eccezione di inammissibilità dell'impugnazione sul presupposto che — contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice — era ben possibile la proposizione contestuale di un'azione avverso il silenzio-inadempimento e di un'azione di impugnazione: ciò che è oggi espressamente riconosciuto dall'art. 32, comma 1, codice del processo amministrativo, ma già nel sistema previgente era stato affermato dalla giurisprudenza (Cons. di Stato, Sez. IV, 27 giugno 2007, n. 3755). Ne consegue che, dovendo procedersi a conversione del rito con preferenza per il rito ordinario, anche ai fini dell'impugnazione deve farsi riferimento al termine ordinario.

Nel merito, il giudice d'appello ha però ritenuto infondate le domande di parte attrice. In particolare, ha affermato che non vi era alcun obbligo del Cipe di riscontrare l'istanza con la quale l'associazione di tutela dei consumatori aveva chiesto di partecipare alle riunioni per l'individuazione delle tecnologie nucleari di cui all'art. 26, comma 1, L. 23 giugno 2009, n. 99, in quanto, pur avendo tale attività natura amministrativa e non regolamentare come precisato dalla Corte costituzionale (sent. 22 luglio 2010, n. 278), essa è destinata a definire in via preliminare e astratta le tipologie degli impianti per la produzione di energia elettrica nucleare che possono essere realizzati nel territorio nazionale, e quindi a sfociare nell'adozione di atti amministrativi generali; pertanto, ad essa non sono applicabili le norme in materia di partecipazione di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241, in virtù dell'eccezione prevista dall'art. 13 della stessa legge. Correlativamente, è stata dichiarata inammissibile l'azione di annullamento proposta avverso il diniego espresso opposto alla richiesta dal Dipe della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in quanto anche l'eventuale annullamento di esso per incompetenza non avrebbe portato alcuna utilità all'associazione istante.

Per il resto, il Consiglio di Stato ha respinto anche le censure mosse alle residue statuizioni del T.A.R., rilevando che: a) quanto alla richiesta di informazioni, se è vero che a norma dell'art. 3, comma 1, D.Lgs. 19 agosto 2005, n. 195, l'accesso alle informazioni in materia ambientale può essere chiesto da chiunque senza necessità di dimostrare uno specifico interesse, nella specie l'istanza era eccessivamente generica — avendo a oggetto «i progetti e la tecnologia che si intende adottare nella realizzazione degli impianti nucleari» (e quindi anche atti non ancora emanati) — e quindi poteva essere respinta ai sensi dell'art. 5, comma 1, lett. c), del medesimo decreto; b) quanto alle ulteriori richieste, con esse l'associazione non si doleva della mancata conclusione di procedimenti amministrativi, ma ne contestava il *quomodo*, così entrando in contrasto con i principi che precludono al giudice amministrativo — salvi casi eccezionali e residuali — di sostituirsi alla P.A. in attività ad essa riservate (art. 31, comma 3, codice del processo amministrativo) o di pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati (art. 34, comma 2, codice del processo amministrativo).

## CONTRATTI DELLA P.A.

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 15 febbraio 2011, n. 962 — CIRILLO *Presidente* — QUADRI *Estensore* — C. - Comune di Oppido Mamertina.

**La questione:** quali effetti ha su una procedura di gara d'appalto la nuova normativa, sopravvenuta dopo la pubblicazione del bando ma prima della scadenza del termine di presentazione delle domande, la quale modifichi i requisiti soggettivi richiesti per l'espletamento del servizio oggetto dell'affidamento?

1. Una società partecipa a una gara indetta da un Comune per l'affidamento di servizi di gestione e riscossione delle proprie entrate, ma prima della sua conclusione la procedura

viene annullata in quanto nessuna delle imprese partecipanti risulta in possesso del requisito previsto dall'art. 7 *bis* del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, introdotto dalla legge di



conversione 28 gennaio 2009, n. 2, il quale ha stabilito l'obbligo per le imprese affidatarie di servizi di liquidazione, accertamento e riscossione di tributi e di altre entrate degli enti locali di possedere un capitale sociale minimo interamente versato pari a 10 milioni di euro e il divieto per le imprese non aventi tale requisito di partecipare a gare a tal fine indette.

L'impresa impugna l'annullamento affermando l'irrelevanza della predetta modifica normativa sulla gara indetta prima della sua entrata in vigore, oltre a lamentare la violazione dei principi in materia di autotutela per omessa comunicazione dell'avvio del procedimento e mancata indicazione delle ragioni dell'annullamento. Il T.A.R., con la sentenza poi appellata, afferma la legittimità dell'operato della stazione appaltante, in quanto lo *jus superveniens* era immediatamente efficace anche sulla gara in corso, trattandosi di norma imperativa destinata a integrare la disciplina della procedura selettiva.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha respinto l'appello. In particolare, muovendo dal principio per cui i requisiti di partecipazione a una gara devono essere posseduti dai con-

correnti al momento della presentazione della domanda ed è con riferimento a tale momento che va condotta la verifica (Cons. di Stato, Ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155), la Sezione ha rilevato che nella fattispecie, se il bando di gara era stato pubblicato prima dell'entrata in vigore della legge n. 2/2009 (di conversione, con modifiche e integrazioni, del D.L. n. 185/2008), tuttavia al momento della scadenza del termine di presentazione delle domande la nuova normativa era già vigente; di conseguenza, trattandosi di disposizione relativa a un requisito soggettivo per lo svolgimento dei servizi oggetto della procedura, costituiva fonte integrativa della disciplina dei requisiti di partecipazione (Cons. di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2007, n. 256).

Per il resto, sono state disattese anche le censure di carattere procedimentale, evidenziando che l'intervento in autotutela era stato dettato non già dalla sussistenza di vizi di legittimità della procedura, ma dalla accertata carenza del requisito in capo a tutte le imprese partecipanti, e che comunque i concorrenti erano stati messi a conoscenza della procedura di annullamento, dal momento che la Commissione aggiudicatrice aveva aggiornato i propri lavori proprio per esaminare gli effetti dello *jus superveniens* sulla gara in corso.

## ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 14 febbraio 2011, n. 942 — PISCITELLO *Presidente* — CHIEPPA *Estensore* — D.D.A. s.r.l. - Asl Provincia di Bari e altri.

**La questione:** può essere negato l'accesso ai documenti relativi a una gara d'appalto sulla base del rilievo che sarebbe ormai impossibile al richiedente utilizzarli per iniziative giudiziali?

1. Una società di capitali impugna il diniego opposto da una Asl a una richiesta di accesso ai documenti relativi a una procedura di gara, indetta dalla stessa amministrazione, alla quale essa aveva partecipato. Il T.A.R. respinge il ricorso ritenendo legittimo il diniego di accesso, sul rilievo che il ricorso giurisdizionale proposto dalla società istante avverso gli atti di gara era stato già dichiarato improcedibile.

Appella la società istante, insistendo per la sussistenza del proprio diritto all'accesso malgrado l'esito sopra indicato della propria azione giudiziale.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha accolto l'appello. Infatti, si è osservato che il diritto di accesso non è meramente strumentale alla proposizione di una azione giudiziale, ma assume un carattere autonomo rispetto ad essa e, pertanto, la speciale azione in materia deve ritenersi consentita anche se l'interessato non può più agire, o non può ancora agire, in sede giurisdizionale, in quanto l'autonomia

della domanda di accesso comporta che il giudice, chiamato a decidere su tale domanda, deve verificare solo i presupposti legittimanti la richiesta di accesso e non anche la possibilità di utilizzare gli atti richiesti in un giudizio. E invero, con l'introduzione dell'azione a tutela dell'accesso, il legislatore ha, infatti, inteso assicurare all'amministrato la trasparenza della P.A., elevando l'interesse alla conoscenza dei documenti amministrativi a bene della vita autonomo, meritevole di tutela separatamente dalle posizioni sulle quali abbia poi ad incidere l'attività amministrativa, eventualmente in modo lesivo. Ne consegue che è del tutto irrilevante quale sia stata la sorte del giudizio principale, avente ad oggetto la gara, da cui è derivata la richiesta di accesso.

Ciò premesso, e non essendo contestato che i documenti oggetto della richiesta di accesso non rientravano fra quelli sottratti all'accesso ai sensi dell'art. 13, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, è stato ritenuto pienamente sussistente il diritto di accesso della società appellante.

## PROCESSO AMMINISTRATIVO

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 11 febbraio 2011, n. 916 — SEVERINI *Presidente* — GAROFOLI *Estensore* — B. e B. - Ministero per i beni e le attività culturali ed altri.

**La questione:** in quali casi è ammissibile il ricorso collettivo, ossia l'impugnazione congiunta da parte di più soggetti di un provvedimento amministrativo?

1. Due candidate, le quali hanno partecipato con esito negativo a un concorso indetto dal Ministero per i beni e le attività culturali, impugnano con un unico ricorso gli atti della procedura, lamentando diversi profili di illegittimità nell'operato della Commissione esaminatrice.

Il T.A.R. adito dichiara inammissibile l'impugnazione ritenendo insussistenti i presupposti per la proposizione del

“ricorso collettivo” da parte delle ricorrenti: ciò perché, essendo il concorso per cui è causa finalizzato all'assegnazione di un unico posto di storico dell'arte, sussisterebbe un conflitto di interessi fra le interessate, le quali non potrebbero entrambe conseguire, in ipotesi di annullamento dell'atto impugnato, l'utilità costituita dall'essere dichiarate vincitrici del concorso stesso.

Le originarie ricorrenti propongono appello, lamentando l'erroneità della declaratoria di inammissibilità e conseguentemente reiterando le doglianze di merito non esaminate dal primo giudice.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha accolto l'appello, ritenendo innanzi tutto erronea la declaratoria di inammissibilità del "ricorso collettivo". Al riguardo, ha richiamato la giurisprudenza per cui l'impugnazione congiunta di un provvedimento da parte di più soggetti è eccezionalmente ammessa laddove gli interessi fatti valere dai ricorrenti non siano divergenti e contrastanti al momento dell'impugnativa, in modo che l'eventuale accoglimento non torni a vantaggio dell'uno e a danno dell'altro (Cons. di Stato, Sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6323; Id., 10 settembre 2009, n. 5425).

Ciò premesso, il giudice di appello ha escluso che nella fattispecie ricorresse un'ipotesi di conflitto di interessi del

tipo sopra indicato. Infatti, il ricorso era inteso a ottenere l'annullamento del segmento procedimentale costituito dalle prove orali, con vantaggio per entrambe le ricorrenti costituito dalla ripetizione di tale fase, solo all'esito della quale avrebbe potuto insorgere il contrasto di interessi fra le appellanti.

Una volta ritenuto ammissibile il ricorso, il Consiglio di Stato lo ha poi accolto nel merito, ritenendo fondata e assorbente la censura di violazione dell'art. 12 D.P.R. 9 maggio 1994, n. 487 (norma applicabile a tutti i concorsi a pubblici impieghi). Infatti, la Commissione esaminatrice ha omesso di sorteggiare le domande prima dell'espletamento delle prove orali, con ciò venendo meno a un dovere imposto a garanzia dell'imparzialità e della trasparenza delle operazioni concorsuali, e che è cogente indipendentemente da qualunque riscontro sulla correttezza delle intenzioni della commissione (Cons. di Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3882).

## CONTRATTI DELLA P.A.

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 8 febbraio 2011, n. 857 — TROVATO *Presidente* — LIPARI *Estensore* — R.G. s.p.a. - Fondazione Enpam ed altri.

**La questione:** quali soggetti sono tenuti a rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale per la partecipazione alle gare? È consentito a un raggruppamento d'impresе che partecipi ad una gara d'appalto soddisfare i requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando attraverso l'avvalimento di più di un'impresa ausiliaria?

1. Una società, classificatasi seconda in graduatoria all'esito di una gara indetta per l'affidamento di servizi di amministrazione, gestione e consulenza tecnica e professionale e manutenzione degli immobili a reddito di una fondazione, impugna l'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento temporaneo di imprese classificatosi primo, lamentando: a) che detto raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, avendo omesso di produrre la dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale dei soggetti indicati quali "institori" nella certificazione camerale; b) che esso avrebbe dovuto essere escluso anche per mancata produzione della dichiarazione *de qua* da parte degli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente e di amministratori in carica di imprese cedenti rami di azienda per la mandataria e per la mandante; c) che il raggruppamento temporaneo di imprese ha violato il divieto di avvalimento "plurimo", avendo dichiarato di avvalersi di due distinte imprese in relazione al mancato possesso dell'attestazione SOA nella categoria OS4 in capo sia alla mandante che alla mandataria.

Il T.A.R. del Lazio respinge il ricorso, ritenendo che i soggetti di cui *sub a*) non erano tenuti a rendere la dichiarazione *ex art. 38*, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, così come gli amministratori di imprese cedenti i rami d'azienda, che per gli amministratori cessati nel triennio era sufficiente la dichiarazione unica resa dall'amministratore in carica, e che l'art. 49 del medesimo D.Lgs. n. 163/2006 non preclude a più imprese di un raggruppamento temporaneo di imprese di avvalersi di diversi soggetti per un medesimo requisito di cui risultino sprovviste.

Appella la società originaria ricorrente, reiterando tutte le censure di primo grado.

2. La soluzione: il Consiglio di Stato ha respinto l'appello. Con riguardo al primo motivo, in particolare, il giudice di seconda istanza ha ritenuto che, poiché il bando di gara

richiedeva la dichiarazione sostitutiva sul possesso dei requisiti di moralità professionale agli «amministratori muniti del potere di rappresentanza», l'adempimento doveva intendersi riferito ai soli soggetti che rivestissero la carica sociale di amministratore, indipendentemente dall'ampiezza dei poteri rappresentativi conferiti ad altri soggetti (poteri che, comunque, gli institori indicati nel certificato camerale in concreto non avevano).

Inoltre, dalla formulazione letterale del bando emergeva chiaramente che era sufficiente un'unica dichiarazione, ancorché riferita a una pluralità di soggetti; per questo, doveva ritenersi sufficiente la dichiarazione resa dall'amministratore in carica anche in relazione al possesso dei requisiti *ex art. 38* da parte degli amministratori cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando. Quanto poi agli amministratori delle imprese cessionarie di rami d'azienda in favore della mandataria e della mandante del raggruppamento temporaneo di imprese, neanche per costoro la *lex specialis* imponeva la dichiarazione in questione.

Infine, per quanto concerne l'avvalimento la Sezione ha ritenuto di non condividere l'interpretazione restrittiva proposta dalla parte appellante del divieto di avvalimento plurimo di cui all'art. 49 D.Lgs. n. 163/2006: tale disposizione invero, laddove consente che il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti anche «avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto», non può essere intesa nel senso che il concorrente raggruppamento temporaneo di imprese debba avvalersi di una sola impresa, non potendosi escludere, in linea con la *ratio* dell'istituto di favorire la più ampia partecipazione delle imprese alla gara, che il raggruppamento, inteso non quale soggetto unitario ma quale unione di soggetti distinti, possa soddisfare i requisiti di capacità richiesti avvalendosi di più imprese ausiliarie quante sono le singole imprese che lo compongono.

# Recentissime dalle Corti europee

a cura di ANTONIO JANNARELLI e NICOLA SCANNICCHIO

## OBBLIGHI IMPOSTI ALLE IMPRESE DESIGNATE PER LA FORNITURA DEL SERVIZIO UNIVERSALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa C-16/10) — The Number Ltd, Conduit Enterprises Ltd - Office of Communications, British Telecommunications plc.

**La questione:** in conformità all'art. 8, n. 1, Dir. 2002/22/CE ("direttiva servizio universale") gli Stati membri, nel designare una o più imprese affinché garantiscano la fornitura del servizio universale in materia di telecomunicazioni, o di diversi elementi del servizio universale, possono imporre alle stesse unicamente obblighi specifici riguardanti la modalità con cui tali imprese forniscono il servizio universale agli utenti finali o hanno invece il diritto di imporre alle imprese designate gli obblighi che considerano più idonei allo scopo di garantire la fornitura del servizio medesimo?

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione delle Dir. 2002/20/CE (relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica), 2002/21/CE (che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica) e 2002/22/CE (relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica).

L'Ofcom, ora Ofcom, *Office of communications*, ovvero l'autorità nazionale di regolamentazione del Regno Unito in materia di telecomunicazioni, con la *Universal Service Condition 7*, obbliga la British Telecommunications Plc, fornitrice di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, a mettere a disposizione degli altri fornitori di servizi consultazione e di elenchi abbonati, a condizioni eque, oggettive, orientate ai costi e non discriminatorie e in una forma concordata, la propria banca dati completa relativa agli abbonati telefonici, denominata OSIS, che essa redige raccogliendo dati presso tutti gli operatori di un servizio di telefonia fissa. Poiché con sentenza 25 novembre 2004 (in causa C-109/03, KPN Telecom) la Corte ha stabilito che gli importi fatturati dagli operatori di servizi di telefonia fissa per la messa a disposizione di «informazioni utili» relative agli abbonati non devono includere i costi interni inerenti alla raccolta, all'aggiornamento e alla fornitura dei dati relativi agli abbonati dell'operatore, la The Number Ltd e la Conduit Enterprises Ltd hanno contestato gli importi loro fatturati dalla British Telecommunications Plc (BT) per l'utilizzo della banca dati OSIS, invocando tale sentenza a sostegno del loro ricorso.

L'Ofcom ha, dal canto suo, sostenuto che l'USC 7 è incompatibile con il diritto dell'Unione, in quanto non traspare correttamente le prescrizioni dell'art. 5 della Dir. 2002/22/CE ("direttiva servizio universale"). Così, ad avviso dell'Ofcom, la BT non è tenuta a fornire l'accesso alla banca dati OSIS a condizioni regolamentate, salvo il caso dei dati relativi ai propri abbonati. Con sentenza 24 novembre 2008 il *Competition Appeal Tribunal* ha accolto il ricorso proposto avverso la decisione dell'Ofcom, ritenendo che l'USC 7 attuasse correttamente le disposizioni rilevanti della "direttiva servizio universale".

La BT, sostenuta dall'OFCOM, ha interposto appello, e la *Civil Division* della *Court of Appeal* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale: se l'art. 8, n. 1, Dir. 2002/22/CE ("direttiva servizio universale") consenta agli Stati membri, nel designare una o più imprese, conformemente a tale disposizione, affinché garantiscano la fornitura del servizio universale, o di diversi elementi del servizio universale, come definito agli artt. 4-7 e 9, n. 2, di questa stessa direttiva, di imporre alle stesse unicamente obblighi specifici riguardanti la modalità con cui tali imprese forniscono il servizio univer-

sale agli utenti finali con riferimento ai quali esse sono state designate o se, invece, detti Stati abbiano il diritto di imporre alle imprese designate gli obblighi che considerano più idonei allo scopo di garantire la fornitura del servizio medesimo, a prescindere dal fatto che tali obblighi impongano o meno all'impresa designata di fornire essa stessa il servizio universale agli utenti finali.

2. La soluzione: la Corte preliminarmente rileva che gli Stati membri sono legittimati a prescrivere obblighi specifici a una o più imprese determinate unicamente nei limiti in cui tali obblighi sono riconducibili ai casi considerati dall'art. 6, n. 2, Dir. 2002/20/CE. Quest'ultima disposizione si riferisce, segnatamente, agli obblighi imposti alle imprese designate per la fornitura di un servizio universale ai sensi della "direttiva servizio universale". Tra tali obblighi vi è la fornitura dei servizi di consultazione e di elenchi completi di cui all'art. 5 della medesima. È l'art. 8, n. 1, di questa stessa direttiva a prevedere la designazione degli operatori incaricati di fornire il servizio universale o diversi elementi dello stesso.

La Corte ritiene che, «rappresentando un'eccezione al divieto di prescrivere obblighi specifici agli operatori in maniera individuale, gli obblighi che possono essere imposti ai sensi delle disposizioni della direttiva "servizio universale" alle imprese designate conformemente all'art. 8, n. 1 per la fornitura di un servizio universale, devono essere oggetto di interpretazione restrittiva» (punto 31).

In secondo luogo, «ai sensi dell'art. 11 della direttiva "servizio universale", le autorità nazionali di regolamentazione sono tenute a controllare la prestazione del servizio universale da parte delle imprese designate, e di imporre loro, se necessario, l'osservanza di taluni parametri specifici quanto alla qualità del servizio stesso. Tale disposizione muove quindi dalla premessa secondo cui le imprese designate dispongono di dati operativi riguardanti la fornitura del servizio universale e sono in grado di influire direttamente sulla modalità di fornitura dello stesso, il che presuppone che siano esse stesse a fornire tale servizio. È certo vero che spetta agli Stati membri, in conformità all'art. 3, n. 2, della "direttiva servizio universale", determinare "il metodo più efficace e adeguato per garantire l'attuazione del servizio universale". Tuttavia, il margine discrezionale che tale disposizione attribuisce agli Stati membri non può far sì che questi ultimi possano imporre, a talune imprese, obblighi specifici diversi da quelli riconducibili alle ipotesi considerate all'art. 6, n. 2, della direttiva "autorizzazioni"» (punti 37-38).

Per questi motivi, la Corte dichiara: che l'art. 8, n. 1, Dir. 2002/22/CE, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica ("direttiva servizio universale") autorizza gli Stati membri, quando decidono di designare una o più imprese confor-

*memente a tale disposizione perché garantiscano la fornitura del servizio universale, o di diversi elementi del servizio universale, come definito agli artt. 4-7 e 9, n. 2, di questa stessa direttiva, ad imporre alle stesse unicamente gli obblighi speci-*

*fici, previsti dalle disposizioni della direttiva stessa, che sono collegati alla fornitura di tale servizio, o di tali elementi dello stesso, agli utenti finali ad opera delle stesse imprese designate.* [LUCA GASSO].

## ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE NELLA FISSAZIONE DI TARIFFE PER PRESTAZIONI ADSL

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa C-52/09) — Konkurrensverket - TeliaSonera.

**La questione:** in riferimento all'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, quali sono i criteri per determinare se una pratica tariffaria caratterizzata dalla compressione dei margini tra prezzo e costo costituisce abuso di posizione dominante?

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale riguarda l'interpretazione dell'art. 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, in merito ai criteri in base ai quali deve ritenersi che una pratica tariffaria caratterizzata dalla compressione dei margini tra prezzo e costo costituisca abuso di posizione dominante.

Nel periodo del passaggio dalla connessione *Internet* analogica ai diversi tipi (più veloci) di connessione a banda larga, la TeliaSonera, un operatore storico svedese della rete di telefonia fissa, già titolare di diritti esclusivi, ha offerto ad altri operatori l'accesso al circuito locale, tramite l'accesso disaggregato (in conformità agli obblighi ad essa imposti dal Reg. CE del Parlamento europeo e del Consiglio 18 dicembre 2000, n. 2887) oppure tramite l'offerta agli altri operatori di un prodotto Adsl a prestazioni intermedie che permetteva loro di fornire i servizi di connessione a banda larga ai clienti finali. Allo stesso tempo, la TeliaSonera proponeva servizi di connessione a banda larga direttamente ai clienti finali.

Secondo il *Konkurrensverket* (l'autorità svedese in materia di concorrenza), tra l'aprile 2000 e il gennaio 2003, la TeliaSonera avrebbe abusato della propria posizione dominante, applicando una politica tariffaria mediante la quale il divario tra i prezzi di vendita dei prodotti Adsl destinati alle prestazioni intermedie e i prezzi di vendita dei servizi proposti agli utenti finali, risultava insufficiente a coprire i costi che la stessa TeliaSonera avrebbe dovuto sopportare per la distribuzione di tali servizi ai detti utenti finali.

Su questa base, il *Konkurrensverket* ha presentato una istanza dinanzi allo *Stockholms tingsrätt*, diretta ad ottenere la condanna della TeliaSonera al pagamento di un'ammenda amministrativa per violazione della normativa nazionale in materia di concorrenza, nonché dell'art. 82 CE.

Il Tribunale di primo grado di Stoccolma ha pertanto deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

— in presenza di quali condizioni sussista una violazione dell'art. 102 TFUE, derivante dalla differenza tra il prezzo che un'impresa verticalmente integrata pratica nella vendita di prodotti Adsl intermedi a concorrenti nel settore all'ingrosso e il prezzo che la stessa impresa pratica nel settore dei consumatori finali;

— quali elementi debbano essere presi in considerazione per risolvere la prima questione, con particolare riferimento ai prezzi praticati dalla impresa in posizione dominante, alla entità del potere di mercato detenuto dall'impresa in posizione dominante ed al relativo settore; alla circostanza che il comportamento abusivo dipenda da effetti restrittivi della concorrenza e come questi ultimi possano essere determinati; se, ancora il prodotto o il servizio offerto da detta impresa debba essere indispensabile; se sia pertinente la circostanza che si tratti di prestazioni fornite ad un cliente nuovo; se sia necessario che l'impresa in posizione dominante abbia la possibilità di recuperare le perdite provocate dalla pratica di cui trattasi, nonché se sia pertinente la circostanza che i mercati interessati si confrontano con una nuova tecnologia che necessita di investimenti assai ingenti.

2. La soluzione: la Corte osserva, preliminarmente, che l'art. 102 TFUE rientra nel novero delle regole volte ad evitare che la concorrenza sia alterata a danno dell'interesse pubblico, delle singole imprese e dei consumatori, contribuendo in tal modo a garantire il benessere economico all'interno dell'Unione, con riferimento all'art. 3, n. 3, Tratt. UE. Lo sfruttamento abusivo di posizione dominante, vietato dalla disposizione art. 102 TFUE, riconduce ad una nozione obiettiva riguardante i comportamenti di un'impresa in posizione dominante, i quali, su un mercato in cui, proprio in conseguenza della presenza dell'impresa in questione, il livello della concorrenza è già indebolito, abbiano l'effetto di impedire, mediante il ricorso a mezzi diversi da quelli che reggono una normale competizione fra i prodotti o i servizi in base alle prestazioni degli operatori economici, il mantenimento del livello di concorrenza ancora esistente sul mercato o lo sviluppo della medesima (sentenza *Deutsche Telekom c. Commissione*). Per determinare se l'impresa che occupa una posizione dominante abbia sfruttato in modo abusivo tale posizione per effetto dell'applicazione delle proprie pratiche tariffarie, occorre valutare tutte le circostanze ed esaminare se tale pratica sia volta a sopprimere o limitare la possibilità per l'acquirente di scegliere le proprie fonti di rifornimento, a chiudere l'accesso al mercato dei concorrenti, ad applicare a controparti commerciali condizioni dissimili per prestazioni equivalenti o a rafforzare la posizione dominante mediante una concorrenza falsata. La giurisprudenza ha, inoltre, precisato che l'effetto anticoncorrenziale deve potersi ricondurre agli eventuali ostacoli che siffatta pratica tariffaria può causare sullo sviluppo dell'offerta nel mercato al dettaglio delle prestazioni ai clienti finali e, quindi, sul livello di concorrenza esistente sul medesimo. Di conseguenza, la pratica di cui trattasi, adottata da un'impresa dominante, costituisce un abuso ai sensi dell'art. 102 TFUE, qualora, producendo effetti preclusivi per i concorrenti quantomeno altrettanto efficienti mediante una compressione dei loro margini, sia idonea a rendere più difficile, se non impossibile, l'accesso per tali concorrenti al mercato di cui trattasi. Per questi motivi, la Corte dichiara che *in assenza di qualsiasi giustificazione obiettiva può costituire un abuso, ai sensi dell'art. 102 TFUE, il fatto che un'impresa verticalmente integrata, che detiene una posizione dominante sul mercato all'ingrosso delle prestazioni Adsl (collegamento digitale asimmetrico) intermedie applichi una politica tariffaria tale che il divario tra i prezzi praticati su detto mercato e quelli applicati sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali non sia sufficiente a coprire i costi specifici che questa stessa impresa deve sopportare per poter accedere a quest'ultimo mercato. Nell'ambito della valutazione dell'abusività di siffatta pratica, occorre prendere in considerazione tutte le circostanze di ciascuna fattispecie. In particolare,*

*— occorre prendere in considerazione, in linea di principio e prioritariamente, i prezzi e i costi dell'impresa interessata sul mercato delle prestazioni al dettaglio. Soltanto qualora non sia*

possibile, tenuto conto delle circostanze, fare riferimento a tali prezzi e costi, occorre esaminare quelli dei concorrenti sullo stesso mercato, e

— è necessario dimostrare che, tenuto conto, in particolare, del carattere indispensabile del prodotto all'ingrosso, tale pratica produce un effetto anticoncorrenziale almeno potenziale sul mercato al dettaglio, senza che ciò sia in alcun modo giustificato economicamente.

Ai fini di tale valutazione, non rilevano, in linea di principio:

— l'assenza per l'impresa interessata di qualsiasi obbligo regolamentare di fornire le prestazioni Adsl intermedie sul mercato all'ingrosso su cui essa detiene una posizione dominante;

— il grado di dominio che tale impresa detiene su detto mercato;

— la circostanza che detta impresa non detenga una posizione dominante anche sul mercato al dettaglio delle prestazioni di connessione a banda larga ai clienti finali;

— la circostanza che i clienti ai quali siffatta pratica tariffaria si applica sono clienti nuovi o preesistenti dell'impresa interessata;

— l'impossibilità per l'impresa dominante di recuperare le perdite eventuali che l'attuazione di siffatta pratica tariffaria potrebbe provocarle, né

— il grado di evoluzione dei mercati interessati e la presenza su di essi di una nuova tecnologia che richiede investimenti assai ingenti. [DANIELA MAFFEI].

## TRASMISSIONI TELEVISIVE DI EVENTI SPORTIVI

TRIBUNALE DELL'UNIONE EUROPEA, 17 febbraio 2011 (in causa T-385/07) — Fédération internationale de football association (Fifa) - Commissione europea, Regno del Belgio, Repubblica federale di Germania, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord.

**La questione:** devono essere annullate le decisioni della Commissione 2007/479/CE e 2007/730/CE, con le quali sono state ritenute compatibili con il diritto comunitario le misure adottate rispettivamente dal Belgio e dal Regno Unito, a norma dell'art. 3 *bis*, n. 1, della direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive?

1. Il Tribunale di primo grado delle Comunità europee, considerata l'identità delle questioni sollevate dalle ricorrenze, ha riunito i tre procedimenti affinché fossero trattati congiuntamente nella fase orale. La Fifa, l'organo esecutivo mondiale del calcio, e la Uefa, l'organismo di direzione del calcio europeo, hanno impugnato dinanzi al Tribunale le decisioni 2007/479/CE e 2007/730/CE, con le quali la Commissione aveva giudicato compatibili con il diritto comunitario, le misure adottate, ai sensi dell'art. 3 *bis* della direttiva del Consiglio 3 ottobre 1989, 89/552/CEE, dal Regno del Belgio e dal Regno Unito. La norma in parola prevede infatti che ciascuno Stato membro possa adottare le misure compatibili con il diritto comunitario, volte ad assicurare che le emittenti televisive soggette alla sua giurisdizione non trasmettano in esclusiva eventi che esso considera di particolare rilevanza per la società, in modo da privare una parte importante del pubblico dello Stato membro della possibilità di seguire i suddetti eventi in diretta o in differita, su canali liberamente accessibili. A tale scopo, lo Stato membro interessato redige, in modo chiaro e trasparente, un elenco di eventi, nazionali e non, che considera di particolare rilevanza per la società, stabilendo, tra l'altro, se tali eventi debbano essere disponibili in diretta integrale o parziale o, laddove ciò risulti necessario o opportuno per ragioni obiettive nel pubblico interesse, in differita integrale o parziale. Lo Stato membro deve notificare immediatamente le misure che ha adottato o che intende adottare alla Commissione, la quale ne verifica entro tre mesi la compatibilità con il diritto comunitario, ne dà comunicazione agli altri Stati membri, ed infine le pubblica immediatamente nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea*. Nelle fattispecie in esame, il governo fiammingo e quello della comunità francese, per il Regno del Belgio, e il Ministro della cultura, dei mezzi d'informazione e dello sport, per il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in forza delle proprie legislazioni nazionali sulle trasmissioni televisive, avevano redatto un elenco di eventi considerati di particolare rilevanza per il pubblico, tra i quali la Coppa del mondo e le partite del campionato europeo di calcio, che, pertanto, non potevano essere trasmesse in esclusiva e quindi in modo da privare una parte consistente del pubblico della possibilità di seguirle sulla televisione non a pagamento. La Commissione delle Comunità europee, alla quale gli elenchi sono stati notificati, con le decisioni impu-

gnate, ha stabilito che le misure adottate dai due Stati membri erano compatibili con il diritto comunitario, in quanto gli eventi rispettavano almeno due dei criteri che seguono, ritenuti indicatori affidabili dell'importanza che gli eventi hanno per la società: a) una particolare rilevanza nello Stato membro interessato e non semplicemente un significato per coloro che seguono abitualmente lo sport o l'attività in questione; b) hanno una specifica importanza culturale, ampiamente riconosciuta dalla popolazione dello Stato membro e, in particolare, in quanto catalizzatore dell'identità culturale; c) vedono la partecipazione della squadra nazionale all'evento nell'ambito di una gara o di un torneo di importanza internazionale, e d) l'evento è tradizionalmente trasmesso dalla televisione gratuita e attira un grande numero di telespettatori. La Fifa e la Uefa hanno proposto i ricorsi, chiedendo l'annullamento delle decisioni della Commissione nella parte in cui dichiarano conforme al diritto comunitario l'iscrizione della Coppa del mondo e delle partite degli europei di calcio, negli elenchi degli eventi da trasmettere senza esclusiva, poiché la mancata vendita dei diritti di trasmissione di tali competizioni, determinata dal divieto di esclusiva, avrebbe procurato loro una grave perdita economica.

2. La soluzione: il Tribunale dopo aver risolto le questioni di irricevibilità dei ricorsi sollevate dalla Commissione e dagli Stati membri resistenti, affermando che tanto la Fifa quanto la Uefa sono direttamente e individualmente interessate alle decisioni impuginate, analizza i motivi dei ricorsi, così sintetizzabili: difetto di motivazione, violazione dell'art. 3 *bis*, nn. 1 e 2, Dir. 89/552/CEE, violazione delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza e alla libera prestazione di servizi, violazione del diritto di proprietà, violazione del principio di proporzionalità e di parità di trattamento. Con riferimento al primo motivo, Fifa e Uefa contestano la mancanza di motivazione delle decisioni impuginate sulla chiarezza e trasparenza delle procedure adottate dai due paesi membri, nonché sul rispetto del diritto alla libera prestazione di servizi e del diritto della concorrenza. Il Tribunale sul punto, considerando il contesto specifico delle competizioni sportive in questione, e la trasparenza delle procedure seguite dai due Stati membri, conclude affermando che le motivazioni illustrate nelle decisioni impuginate, consentono alle ricorrenti di identificare i motivi logici per cui la Commissione ha ritenuto che le partite della Coppa del mondo e del campionato eu-

ropeo potessero validamente essere inserite nell'elenco di eventi di particolare rilevanza per le società belga e inglese. Con riferimento invece alla violazione dell'art. 3 *bis* della Dir. 89/552/CEE, Fifa e Uefa sostengono che le partite della Coppa del mondo e del campionato europeo di calcio non soddisfino i criteri indicati dalla Commissione nelle impugnate decisioni, e pertanto non sia giustificata una deroga ai principi di libera prestazione dei servizi, di concorrenza e di parità di trattamento. Il Tribunale compie una attenta analisi delle argomentazioni delle ricorrenti, tese a dimostrare che non si può ritenere che tutte le partite delle menzionate competizioni sportive soddisfino i criteri stabiliti dalla Commissione. Tuttavia, il Tribunale respinge i motivi, affermando che l'art. 3 *bis* della Dir. 89/552/CEE, nel disporre che spetta agli Stati membri definire gli eventi di particolare rilevanza per la società, riconosce agli stessi un ampio potere discrezionale a tal riguardo, nel senso che ciascuno Stato non è obbligato a stilare l'elenco, né ad inserire determinati specifici eventi nello stesso. Inoltre, secondo il Tribunale, la Coppa del mondo e il campionato europeo possono ragionevolmente essere considerati come eventi unici, piuttosto che come un insieme di eventi individuali divisi in incontri «prime» e «non prime», pertanto la valutazione della rilevanza pubblica degli stessi deve riferirsi correttamente alla competizione nella sua interezza. Neanche i dati di ascolto delle partite, forniti dalle ricorrenti, sono sufficienti, per il Tribunale, a dimostrare che talune partite delle competizioni in questione, non richiamando numerosi telespettatori, non possono ritenersi eventi di particolare rilevanza per le società belga e inglese. Sulla questione quindi il Tribunale conclude affermando che la Commissione non ha violato la Dir. 89/552/CEE. Con altro motivo, Fifa e Uefa contestano inoltre che le misure adottate dal Regno belga e da quello inglese limiterebbero, in maniera sproporzionata ed ingiustificata, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi da parte delle emittenti stabilite in altri paesi membri, con violazione, tra l'altro, dei principi di concorrenza e parità di trattamento. In relazione a tale argomentazione, il Tribunale sostiene che queste restrizioni alla libertà di prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento possono essere giustificate, dal momento che mirano a tutelare il diritto all'informazione e ad assicurare un ampio accesso del pubblico alle trasmissioni televisive di eventi, nazionali o meno, di particolare rilevanza per la società, alle condizioni supplementari che esse siano idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo che esse perseguono e non vadano al di là di quanto è necessario per raggiungerlo. E ancora una volta il Tribunale ribadisce che le competizioni sportive in questione

devono essere considerate come eventi unici nel loro complesso, non potendosi fare una distinzione tra partite cui riconoscere rilevanza e altre no. Quindi anche questo motivo viene rigettato. Quanto al problema della compatibilità delle misure adottate dai due Stati membri con il loro diritto di proprietà, la Fifa e la Uefa sostengono che il divieto di cedere i diritti di trasmissione esclusivi di qualsiasi incontro nella Coppa del mondo o nel campionato europeo, ad emittenti che non soddisfano le condizioni previste (lingua di diffusione, accessibilità...), annienti il loro diritto di proprietà nella sua sostanza e, in ogni caso, lo restringa in maniera sproporzionata e ingiustificata. La possibilità di cedere tali diritti nell'ambito di un procedimento di gara a cui possono partecipare diversi operatori sarebbe il fattore più determinante del loro valore, da cui proverrebbe la maggior parte delle loro entrate. Il Tribunale, pur riconoscendo che il loro diritto di proprietà viene ad essere pregiudicato dalle decisioni impugnate, afferma però che il principio di tutela del diritto fondamentale di proprietà nell'ambito del diritto comunitario non si configura come una prerogativa assoluta, ma deve essere preso in considerazione in relazione alla sua funzione nella società. Conseguentemente, possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti garantiti. In tale contesto, il Tribunale afferma quindi che il carattere unitario delle competizioni sportive in esame comporta che la Commissione non ha commesso alcun errore ritenendo che l'inserimento della totalità degli incontri nell'elenco belga ed inglese sia una misura proporzionata. Anche il motivo fondato sulla violazione del principio di concorrenza viene respinto dal Tribunale, secondo il quale le decisioni impugnate non attribuiscono diritti speciali a talune emittenti televisive, a danno di altre, per cui non si concretizza alcuna situazione di violazione del suddetto principio. Da ultimo il Tribunale analizza il profilo della presunta assenza di chiarezza e trasparenza nella procedura di redazione dell'elenco degli eventi di particolare rilevanza per lo Stato, respingendo anche tale censura, considerata la regolarità del procedimento seguito dai due Stati membri. Per tutte le ragioni qui sintetizzate, il Tribunale decide in maniera analoga i tre procedimenti, respingendo integralmente i ricorsi e confermando così la validità delle decisioni della Commissione impugnate dalle due organizzazioni sportive. [VIVIANA MANCINELLI].

## RIDUZIONI DELLE ALIQUOTE SULLE SUCCESSIONI TRA ENTI SENZA SCOPO DI LUCRO RESIDENTI E NON

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, II SEZIONE, 10 febbraio 2011 (in causa C-25/10) — Missionswerk Werner Heukelbach eV - État belge.

**La questione:** uno Stato membro può riservare la possibilità di beneficiare dell'aliquota ridotta delle imposte di successione agli enti senza scopo di lucro che abbiano la sede operativa in tale Stato membro ovvero in quello nel quale il *de cuius* risiedeva o lavorava o aveva risieduto o lavorato?

1. Un'associazione religiosa con sede in Germania (la Missionswerk) è stata designata quale legataria universale dalla sig.ra Renardie, cittadina belga e ha depositato una dichiarazione di successione presso l'Ufficio del Registro di Malmédy (in Belgio) e pagato le relative imposte di successione. A seguito del rigetto della domanda di beneficiare dell'aliquota ridotta delle imposte di successione, l'associazione ha fatto ricorso al Tribunale di primo grado di Liegi, che ha deciso di sospendere il giudizio e porre alla Corte una questione pregiudiziale.

2. La soluzione: la questione pregiudiziale concerne i criteri di beneficio della riduzione sull'imposta di successione.

Secondo il rimettente, l'art. 63 del Trattato del funzionamento dell'Unione europea osta ad una normativa di uno Stato membro che riservi la possibilità di beneficiare della riduzione solo se gli enti beneficiari abbiano sede in tale Stato o nello Stato in cui il *de cuius* risiedeva o lavorava, o abbia risieduto o lavorato. La Corte rileva che, in effetti, l'art. 63, n. 1, Tratt. sul funzionamento UE vieta le misure che, in caso di successioni, abbiano l'effetto di diminuire il valore della successione di un residente in altro Stato membro, diverso da quello di ubicazione dei beni. La normativa del Belgio considerata, d'altro canto, comporta che una successione sia soggetta ad imposte più gravose quando sia disposta a favore di un ente senza scopo di lucro con sede

operativa in Stato membro diverso da quello di residenza o lavoro del *de cuius*. Tale sistema, peraltro, è idoneo a scaglionare i residenti belgi dal designare quali legatari soggetti stabiliti in Stati membri diversi (Corte giust. CE, 27 gennaio 2009, in causa C-318/07, Persche, in *Racc.*, I-359, punto 38). Per questi motivi, la Corte ritiene che l'art. 63 Tratt. sul

funzionamento UE osta ad una normativa di uno Stato membro che riservi la possibilità di beneficiare di un'aliquota ridotta delle imposte di successione agli enti senza scopo di lucro che abbiano sede operativa solo in tale Stato o nello Stato membro nel quale il *de cuius* risiedeva o lavorava. [ALESSANDRA ANGIULI].

## TUTELA DEI CREDITI DA LAVORO SUBORDINATO IN CASO DI INSOLVENZA DATORIALE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, II SEZIONE, 10 febbraio 2011 (in causa C-30/10) — Lotta Andersson - Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten.

**La questione:** un lavoratore subordinato, il quale sia stato, da solo o con parenti stretti, titolare di una parte essenziale dell'impresa e abbia esercitato una notevole influenza sulle sue attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento dell'impresa medesima, può essere escluso dal privilegio della garanzia di pagamento dei crediti insoluti da lavoro subordinato?

1. La decisione della Corte di giustizia interviene sull'interpretazione dell'art. 12, lett. c), Dir. 2008/94/CE — che codifica la Dir. 80/987/CEE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro — chiarendone la *ratio* giustificatrice.

L'occasione è offerta da una controversia insorta tra una lavoratrice svedese e lo *Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten* (autorità di vigilanza competente in materia di liquidazioni giudiziarie), in merito al diritto della prima ad ottenere il pagamento di un credito insoluto risultante da un rapporto di lavoro all'interno di un'impresa fallita.

Nello specifico, la signora aveva lavorato, a partire dalla metà degli anni Novanta, presso una società e nel 2006 aveva ricevuto in donazione dall'unico proprietario il 50% delle azioni della stessa, ottenendo anche il potere di firma disgiunta in nome della società fino al 20 novembre 2008, data in cui tale potere le era stato revocato. Circa un mese dopo, veniva dichiarato il fallimento della società e la lavoratrice, proposta relativa istanza, si vedeva negare dal curatore fallimentare il beneficio della garanzia dei crediti da lavoro (nel particolare la retribuzione del mese dicembre 2008 e di una parte del mese di gennaio 2009, l'indennità di preavviso e per le ferie non godute) proprio perché aveva detenuto una parte essenziale della società ed aveva esercitato un'influenza notevole sulla sua attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento della società medesima. Tale diniego trovava fondamento in quanto statuito dalla legge relativa alla garanzia della retribuzione (*lönegarantilagen* 1992:497, SFS 1992, n. 497) e dalla legge sui privilegi (*förm&aring;nsrättslagen* 970:979, SFS 1970, n. 979). Invero, l'art. 1, n. 1 della legge svedese relativa alla garanzia della retribuzione dispone che lo Stato è responsabile per il pagamento dei crediti da retribuzione vantati dai lavoratori subordinati nei confronti dei datori di lavoro dichiarati falliti in Svezia o in un altro paese scandinavo; tuttavia il successivo art. 7 *bis* esclude dall'ambito di estensione dell'obbligo di garanzia i lavoratori subordinati che si trovano nella situazione descritta dall'art. 12, comma 6, della legge sui privilegi, il quale dispone che se il debitore fallito è un commerciante, il lavoratore subordinato detentore, da solo o con parenti stretti, di una parte essenziale della società e che ha esercitato una notevole influenza sulle sue attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento non può godere di alcun privilegio con riguardo alla sua retribuzione e ai suoi diritti alla pensione.

Proposto ricorso dinanzi al *Linköpings tingsrätt*, la lavoratrice si difendeva sostenendo che, sebbene detenesse una parte essenziale della società, in realtà alla data dell'istanza di fallimento non esercitava alcuna influenza notevole sulla stessa e non possedeva più alcun potere direttivo.

Alla luce di tale situazione, la Corte svedese ha, in via pregiudiziale, interessato la Corte di giustizia chiedendo se

*una norma nazionale che escluda il lavoratore subordinato dal privilegio per essere stato, direttamente o tramite parenti stretti, titolare di una parte essenziale dell'impresa e per aver esercitato una notevole influenza sulle sue attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento sia compatibile con l'art. 10, lett. c), Dir. 80/987/CEE.*

2. La soluzione: preliminarmente, la Corte ridefinisce il parametro normativo della questione pregiudiziale rilevando come la normativa dell'Unione pertinente per l'esame della causa principale non può essere l'art. 10, lett. c), Dir. 80/97/CEE, ma, in considerazione della circostanza che la società di cui trattasi è stata dichiarata fallita il 23 dicembre 2008, essa è costituita dalla Dir. 2008/94/CE, entrata in vigore il 17 novembre 2008. Tale direttiva procede alla codificazione della Dir. 80/987/CEE conservando, in sostanza, le medesime disposizioni di quest'ultima. Così che il contenuto dell'art. 10, lett. c), Dir. 80/987/CEE è ora trasfuso nel l'art. 12, lett. c), Dir. 2008/94/CE.

Pertanto, la pregiudiziale interpretativa non può che riguardare l'art. 12, lett. c), Dir. 2008/94/CE, ovvero se tale norma debba essere interpretata nel senso che osti ad una disposizione del diritto nazionale che escluda un lavoratore subordinato dal beneficio della garanzia del pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati per aver detenuto, direttamente o tramite parenti stretti, una parte essenziale dell'impresa e aver esercitato una notevole influenza sulle sue attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento dell'impresa medesima.

Ciò precisato, la Corte osserva come l'obbligo di pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati (art. 3 Dir. 2008/94/CE), non pregiudica la facoltà per gli Stati membri — al fine di evitare usi distortivi — di limitare la responsabilità degli organi di garanzia preposti in taluni casi, compresi quelli previsti dall'art. 12, lett. c), della medesima direttiva in cui il lavoratore subordinato detenga, direttamente o tramite parenti stretti, una parte essenziale dell'impresa o dello stabilimento del datore di lavoro ed esercitando una notevole influenza sulle sue attività.

Tuttavia, l'art. 12, lett. c), non menziona alcun periodo durante il quale la detenzione di una parte essenziale dell'impresa in questione e la notevole influenza sulle sue attività debbano essere state effettive affinché tale obbligo di pagamento sia escluso o limitato. Pertanto, per stabilire se tale disposizione osti alla fissazione di un termine di sei mesi, come previsto dalla normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale, occorre esaminare l'economia di tale disposizione e gli obiettivi che essa persegue.

A tal proposito, la Corte rileva che la disposizione *de qua* si fonda, *inter alia*, su una presunzione implicita secondo cui un lavoratore subordinato che, contemporaneamente, detenga una parte essenziale dell'impresa ed eserciti una notevole influenza sulle attività di quest'ultima può, per ciò stes-

so, essere in parte responsabile dell'insolvenza dell'impresa medesima. Tuttavia, secondo la giurisprudenza della Corte, l'applicazione di una norma nazionale diretta ad evitare abusi non può comunque pregiudicare la piena efficacia e l'applicazione uniforme delle disposizioni dell'Unione negli Stati membri. Pertanto, tale facoltà deve essere valutata alla luce dell'obiettivo sociale della Dir. 2008/94/CE, che consiste nel garantire a tutti i lavoratori subordinati una tutela minima nell'Unione europea in caso di insolvenza del datore di lavoro mediante il pagamento dei crediti non pagati derivanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e vertenti sulla retribuzione relativa ad un periodo determinato (v., in tal senso, sent. 11 settembre 2003, in causa C-201/01, Walcher, in *Racc.*, I-8827, punto 38, e giurisprudenza ivi citata).

In tale ordine di idee, secondo il giudizio della Corte né l'obiettivo dell'art. 12, lett. c), Dir. 2008/94/CE, né l'obiettivo sociale della direttiva stessa risultano compromessi da una disposizione nazionale che, come avviene nella causa

principale, limiti la categoria dei lavoratori esclusi dal beneficio della garanzia del pagamento dei crediti insoluti a quella dei lavoratori detentori di una parte essenziale dell'impresa di cui trattasi e che abbiano esercitato una notevole influenza sulla sua attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento dell'impresa medesima. Infatti, in una situazione di tal genere, non può escludersi che il lavoratore, al quale viene negato il beneficio della garanzia, possa essere responsabile dell'insolvenza dell'impresa.

Alla luce delle suesposte considerazioni, la Corte ritiene di risolvere la questione pregiudiziale sottoposta dichiarando che *l'art. 12, lett. c), Dir. 2008/94/CE deve essere interpretato nel senso che non osta a una norma nazionale che escluda un lavoratore subordinato dal privilegio della garanzia di pagamento dei crediti insoluti dei lavoratori subordinati per essere questi stato, da solo o con parenti stretti, titolare di una parte essenziale dell'impresa e per aver esercitato una notevole influenza sulle sue attività nei sei mesi antecedenti l'istanza di fallimento dell'impresa medesima.* [MARIA PASTORE].

### SULL'APPLICAZIONE DEL DIRITTO D'AUTORE AI DISEGNI E MODELLI DIVENUTI DI PUBBLICO DOMINIO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, 27 gennaio 2011 (in causa C-168/09) — Flos s.p.a. - Semeraro Casa e Famiglia s.p.a.

**La questione:** l'art. 17 Dir. 98/71/CEE sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli deve essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che escluda dalla protezione del diritto di autore, vuoi per un periodo sostanziale di dieci anni vuoi totalmente, i disegni ed i modelli che, possedendo tutti i requisiti di proteggibilità, siano stati registrati e siano divenuti di pubblico dominio anteriormente alla data di entrata in vigore della detta normativa?

1. La *quaestio* di cui in epigrafe veniva sottoposta allo scrutinio decisorio della Corte di giustizia a mezzo di un'ordinanza incidentale del Tribunale di Milano, chiamato a pronunciarsi in un giudizio civile avente ad oggetto la tutela autoriale di un'opera di *design* industriale. In sintesi, una società commerciale operante nel settore dell'elettronica aveva citato in giudizio una sua concorrente accusandola di aver importato dalla Cina un particolare modello di lampada del tutto simile — sotto il profilo stilistico ed estetico — ad un prodotto industriale, costituente oggetto di diritti patrimoniali dell'attrice. Tale trovato intellettuale, divenuto di pubblico dominio anteriormente alla data del 2001, avrebbe beneficiato — a detta dell'istante — della protezione del diritto di autore sulle opere del *design* industriale, in forza della legge n. 633/1941 così come emendata dal D.Lgs. n. 95/2001. Nondimeno *ante causam* erano intervenute modifiche normative a seguito dell'adozione del codice della proprietà industriale (con l'introduzione *sub* art. 239 di una speciale moratoria decennale a favore dei terzi che avessero realizzato, prima del 2001, prodotti dell'ingegno in contrasto con i diritti riconosciuti sui disegni e i modelli registrati), per il che — secondo il parere del giudice *a quo* — si poneva la questione (pregiudiziale ai fini della risoluzione della controversia) della concreta conciliabilità delle due normative segnalate, alla luce dei principi di cui alla Dir. 98/71/CE e, in particolare, dell'art. 17 di tale fonte *legis*.

2. La soluzione: *in liminis* la Corte ricostruisce l'intero perimetro normativo entro cui s'inserisce il caso *de quo*, evidenziando le concrete finalità perseguite dal legislatore comunitario con l'introduzione del "principio della cumulabilità" delle forme di tutela autoriale e brevettuale in favore dei disegni e dei modelli registrati. Muovendo da questa esplicazione preliminare, il Collegio evidenzia come la Dir. 98/71/CEE non contenga alcuna esplicita disposizione di-

disciplinante l'applicabilità nel tempo del principio introdotto. Ne è conseguenza che i disegni e modelli caduti in pubblico dominio anteriormente all'entrata in vigore della direttiva *de qua* beneficerebbero *ex facto* della c.d. "rinascita della protezione del diritto di autore", indi di un'ultronea forma di tutela rispetto a quella precedentemente estintasi. Ciononostante, sottolinea la Corte, per il principio di tutela del legittimo affidamento dei terzi — che costituisce uno dei paradigmi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione — detta sopravvenienza non è suscettibile di incidere sulle situazioni esaurite e sui diritti acquisiti anteriormente all'introduzione della disciplina di cui alla Dir. 98/71/CEE. Ergo nessuna astratta ipotesi di moratoria — e men che meno quella decennale prevista *tout court* dal codice della proprietà industriale — risulterebbe conciliabile con la tutela dell'affidamento dei terzi. Invero, la rinascita della protezione del diritto d'autore non ha incidenza solo ed esclusivamente sugli atti di sfruttamento definitivamente compiuti dai terzi prima della data di adozione della direttiva citata: qualsivoglia misura che estenda ingiustificatamente una siffatta eccezione, quindi, si porrebbe in stridente contrasto con gli obiettivi perseguiti dalle regole *de quibus*, incidendo negativamente sul concreto bilanciamento dei diritti considerati.

Queste precisazioni consentono al Collegio di risolvere l'incidente sollevato dal giudice *a quo* dichiarando che «*l'art. 17 Dir. 98/71/CEE sulla protezione giuridica dei disegni e dei modelli deve essere interpretato nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che escluda dalla protezione del diritto di autore, vuoi per un periodo sostanziale di dieci anni vuoi totalmente, i disegni e i modelli che, possedendo tutti i requisiti di proteggibilità, siano stati registrati e siano divenuti di pubblico dominio anteriormente alla data di entrata in vigore della detta normativa.*» [MICHELE DELLA CHIESA].



# Diritto Costituzionale

a cura di FRANCO MODUGNO

con PAOLO CARNEVALE, ALFONSO CELOTTO, PASQUALE COSTANZO,  
FRANCESCO GABRIELE e MARCO RUOTOLO

## MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

CORTE COSTITUZIONALE, 24 giugno 2010, n. 227, pag. 531.

## MATRIMONIO OMOSESSUALE

CORTE COSTITUZIONALE, 15 aprile 2010, n. 138, pag. 537.

**La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso**, di PAOLO BIANCHI.



Per i testi dei provvedimenti della Corte costituzionale v. [www.giurcost.it](http://www.giurcost.it) oppure [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

## MANDATO DI ARRESTO EUROPEO

CORTE COSTITUZIONALE, 24 giugno 2010, n. 227 — AMIRANTE *Presidente* — TESAURO *Redattore* — M.K.P. (avv. Fiorella) - Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. Gen. Stato).

**Esecuzione penale — Mandato di arresto europeo per l'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale — Rifiuto, opposto dalla Corte di appello, di consegnare il cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno — Mancata previsione — Violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario — Irragionevole e sproporzionata discriminazione del cittadino di un altro Stato membro dell'Unione europea rispetto al cittadino italiano — Illegittimità costituzionale in parte qua — Assorbimento delle ulteriori questioni poste con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.** (Trattato CE, art. 18; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea art. 20; Cost. artt. 3, 11, 27, comma 3, 117, comma 1; L. 22 aprile 2005, n. 69, art. 18, comma 1).

*È costituzionalmente illegittimo l'art. 18, comma 1, lett. r), L. 22 aprile 2005, n. 69 ("Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri"), nella parte in cui non pre-*

*vede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'Unione europea, che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno (1).*



(1) Con quattro ordinanze di rimessione la Corte di cassazione ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), L. 22 aprile 2005, n. 69 ("Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri"), nella parte in cui stabilisce che, «se il mandato d'arresto europeo è stato emesso ai fini della esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà personale», la Corte di appello può rifiutare l'esecuzione del mandato d'arresto e disporre che la pena o la misura di sicurezza sia eseguita in Italia conformemente al diritto interno, soltanto «qualora la persona ricercata sia cittadino italiano». I giudizi sono riuniti e decisi con un'unica pronuncia<sup>1</sup>.

I rimettenti deducono, in primo luogo, la violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in quanto la norma dell'Unione europea che integra il parametro costituzionale<sup>2</sup> (art. 4, punto 6, della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002, n. 2002/584/GAI "Decisione quadro del Consiglio relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri") attribuisce al legislatore nazionale la facoltà di prevedere che l'autorità giudiziaria rifiuti la consegna del condannato ai fini dell'esecuzione della pena detentiva nello Stato emittente quando si tratti di un cit-

<sup>1</sup> Su cui v. CALVANO, *Una nuova (ed ottima) decisione in tema di mandato d'arresto europeo ed una vecchia obiezione*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 12 novembre 2010 e ARMONE, *Corte costituzionale e mandato d'arresto europeo: quel che resta dell'interpretazione conforme*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), 13 novembre 2010.

<sup>2</sup> Sulla nozione di "norma interposta" v., tra gli altri, CICONETTI, *Creazione indiretta del diritto e norme interposte*, in *Giur. Cost.*, 1, 2008, 56 e segg. V. anche SPADARO, *Dalla Costituzione*

*come "atto" (puntuale nel tempo) alla costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua evoluzione del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in *Quaderni costituzionali*, 1998, 343 e segg. Riguardo, in particolare, la portata della previsione di cui all'art. 117, comma 1, Cost. v., tra i tanti, FERRARI, *Il primo comma dell'art. 117 della Costituzione e la tutela internazionale dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2002, 1849 e segg.

tadino dello Stato dell'esecuzione, ovvero ivi risieda o vi abbia dimora, ma non consentirebbe di limitare il rifiuto al solo cittadino, come viceversa ha disposto la norma censurata della legge italiana di attuazione della decisione quadro<sup>3</sup>.

Inoltre la disposizione in esame, nel dare attuazione in modo non corretto alla disposizione corrispondente della decisione quadro, avrebbe violato anche il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (art. 12 del Trattato CE, nella versione in vigore fino al 30 novembre 2009, poi art. 18 TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea), in quanto ha negato in modo assoluto al cittadino di altro Stato membro dell'Unione la possibilità della detenzione in Italia, che ha invece consentito al cittadino italiano.

In linea subordinata, i rimettenti ritengono che la possibilità di espriare la pena nello Stato del quale il destinatario del mandato di arresto europeo (Mae) è cittadino o nel quale risiede o dimora è diretta a garantire la «risocializzazione del condannato», mediante la conservazione dei suoi legami familiari e sociali, allo scopo di facilitarne il corretto reinserimento al termine dell'esecuzione della pena, funzione, questa, che costituisce attuazione della finalità rieducativa della pena sancita dall'art. 27, comma 3, Cost.<sup>4</sup> Ne conseguirebbe la violazione anche di questo parametro costituzionale, che al riguardo non consentirebbe una discriminazione tra cittadino italiano e cittadino di altro Stato membro dell'Unione.

In linea subordinata, i rimettenti deducono che la citata disposizione contrasterebbe altresì con l'art. 3 Cost., poiché sarebbe priva di ragionevole giustificazione la diversità di disciplina stabilita dalla medesima rispetto all'art. 19, comma 1, lett. c), legge n. 69/2005. Quest'ultima norma riguarda l'ipotesi di Mae finalizzato allo svolgimento del processo penale e pone sullo stesso piano il cittadino e il residente nel subordinare la consegna a determinate condizioni.

Nel merito la Corte costituzionale ritiene fondata la questione relativa alla violazione dell'art. 117, comma 1, Cost.

La censura principale svolta nelle ordinanze di remissione denuncia un contrasto, insanabile in via interpretativa, tra una norma interna e la disposizione di un atto dell'Unione europea alla quale la prima ha dato attuazione.

L'atto dell'Unione che viene in rilievo è la decisione quadro n. 584/2002, relativa al Mae<sup>5</sup>. Con tale atto gli Stati membri hanno sostituito, nei loro rapporti reci-

proci, la procedura di estradizione prevista da più convenzioni internazionali con un sistema semplificato, diretto, per quanto qui interessa, alla consegna da uno Stato membro (di esecuzione) ad un altro (di emissione) di soggetti da sottoporre a giudizio penale ovvero già condannati e che devono espriare una pena detentiva<sup>6</sup>: la seconda ipotesi è quella di specie. Il quinto *considerando* della decisione quadro spiega che la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia impone la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Il decimo *considerando* indica che la decisione quadro si fonda su un «elevato grado di fiducia tra gli Stati membri», sul presupposto della omogeneità di sistemi giuridici e sulla garanzia equivalente dei diritti fondamentali.

L'introduzione del nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o imputate consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina dell'extradizione<sup>7</sup>. Al riguardo, la Corte costituzionale ha rilevato che «il mandato d'arresto europeo poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale. Tale istituto, infatti, a differenza dell'extradizione non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda sui rapporti diretti tra le varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate»<sup>8</sup>.

Il sistema del Mae dà quindi luogo ad un rapporto semplificato e diretto fra autorità giudiziarie, volto a consentire la circolazione delle decisioni giudiziarie aventi ad oggetto un mandato, in funzione di un processo penale ovvero dell'esecuzione di una pena detentiva. L'obiettivo è stato poi sancito anche nella successiva decisione quadro del Consiglio, 27 novembre 2008, n. 2008/909/GAI «relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea». Tale decisione è entrata in vigore il 5 dicembre 2008, mentre il termine di trasposizione per gli Stati membri è il 5 dicembre 2011.

La decisione quadro n. 584/2002 relativa al Mae è un atto posto in essere nel periodo nel quale, in forza dei Trattati di Maastricht e poi di Amsterdam, fu introdotto un ambito di competenze dell'Unione europea relative alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (c.d. «terzo pilastro»), esercitate con mo-

<sup>3</sup> Cfr. BARGIS, *Il mandato d'arresto europeo dalla decisione quadro alle prospettive di attuazione*, in *Politica del Diritto*, 1, 2004, 49 e segg.

<sup>4</sup> Cfr. D'AMICO, *Art. 27*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, *ad vocem*. Sulla finalità rieducativa della pena v. Corte cost., sentt. nn. 78/2007 e 422/1999.

<sup>5</sup> Cfr. *Il mandato di arresto europeo secondo la legge di attuazione italiana*, Commento delle Decisioni quadro europee 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo e 2005/214/GAI sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie, a cura di Balbo, Torino, 2005. V. altresì *Il mandato d'arresto europeo* a cura di Pansini, Scalfati, Napoli, 2005.

<sup>6</sup> Cfr. CALVANO, *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007. V. anche TIBERI, *Il mandato d'arresto*

*europeo*, Roma, 2006. Più in generale cfr. *Leggi di recepimento del mandato d'arresto europeo da parte dei 27 Paesi UE* a cura di Pecorella, De Matteis, Milano, 2008. Cfr. ancora CAPPUCCIO, *Mandato di arresto europeo, reinserimento sociale e processo in contumacia*, in *www.europeanrights.eu*, 3 gennaio 2011.

<sup>7</sup> In materia di estradizione v. Corte cost., sentt. nn. 253/2004, 58/1997, 223/1996, 128/1987, 280/1985 e 54/1979. In dottrina v. *Il mandato di arresto europeo e l'extradizione: profili costituzionali, penali, processuali ed internazionali* a cura di Roza Acuña, Padova, 2004, oltre a *Mandato d'arresto europeo: dall'extradizione alle procedure di consegna* a cura di Bargis, Selvaggi, Torino, 2005.

<sup>8</sup> Così Corte cost., sent. n. 143/2008 su cui v. le osservazioni di MARCHETTI, *Mandato d'arresto europeo: riaffermata l'equivalenza tra detenzione all'estero e custodia cautelare in Italia*, in *Giur. Cost.*, 3, 2008, 1758 e segg.

dalità (metodo intergovernativo) e strumenti normativi almeno formalmente diversi da quelli comunitari. In particolare, per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in questa materia, il Consiglio adottava, su iniziativa di uno o più Stati membri o della Commissione, una decisione quadro. L'atto vincolava gli Stati membri «quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali quanto alla forma e ai mezzi» (art. 34 Trattato UE), con una formula che ripeteva quella da sempre utilizzata per le direttive. Sul versante dell'Unione, la decisione quadro richiedeva l'unanimità del Consiglio, quindi degli Stati membri; sul versante interno, richiedeva, in quanto espressamente sprovvista della diretta applicabilità ed efficacia, gli adempimenti dovuti per la sua puntuale attuazione.

La Corte di giustizia delle Comunità europee (ora Corte di giustizia dell'Unione europea) ha chiarito gli effetti della decisione quadro.

In particolare, il giudice del Lussemburgo ha affermato, in primo luogo, l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla lettera e allo scopo della decisione quadro, muovendo dal riconoscimento del carattere vincolante dell'atto quanto al risultato, analogo a quello della direttiva, così realizzandone una parziale parificazione (sentenza 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino)<sup>9</sup>. In successive occasioni, lo stesso giudice, ha confermato la validità della decisione quadro sul Mae (sentenza 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*), e ha fornito, su rinvio pregiudiziale di giudici nazionali, la sua interpretazione della norma sul rifiuto di consegna e sulle nozioni di residenza e dimora, affermando che i soggetti esclusi dal beneficio del rifiuto della consegna ai fini dell'esecuzione della pena sono legittimati a far valere la lesione derivante dal contrasto di norme nazionali con le norme della decisione quadro (sentenze 6 ottobre 2009, C-123/08, *Wolzenburg*; 17 luglio 2008, C-66/08, *Kozlowsky*).

Con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre del 2009 e precedentemente oggetto della legge italiana di adattamento 2 agosto 2008, n. 130 («Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti con-

nessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007»), la cooperazione giudiziaria in materia penale non è più oggetto di un ambito di competenze esercitate con metodo intergovernativo, ma è disciplinata dal Capo 4, Titolo V, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (art. 82 e segg.), quindi oggetto di competenze esercitate con l'ordinario e diverso metodo comunitario; l'atto con il quale si interviene sulla disciplina della materia è la direttiva, adottata secondo la procedura legislativa ordinaria (art. 82 TFUE).

Alla decisione quadro sul Mae è stata data attuazione nel nostro ordinamento con la L. 22 aprile 2005, n. 69<sup>10</sup>.

L'art. 18 prevede una serie di motivi che rendono obbligatorio il rifiuto della consegna; il comma 1, lett. r), è la disposizione che ha inteso dare specifica attuazione all'art. 4, punto 6, della decisione quadro. Oggetto della presente questione di legittimità costituzionale è la limitazione del rifiuto al solo cittadino italiano.

I giudici rimettenti hanno evocato il parametro dell'art. 117, comma 1, Cost., facendo applicazione, peraltro, dei principi della giurisprudenza costituzionale in ordine al complessivo rapporto tra l'ordinamento giuridico italiano e il diritto dell'Unione europea affermati e ribaditi in forza dell'art. 11 Cost.<sup>11</sup>

La Corte costituzionale, fin dalle prime occasioni nelle quali è stata chiamata a definire il rapporto tra ordinamento nazionale e diritto comunitario, ne ha individuato il «sicuro fondamento» nell'art. 11 Cost.<sup>12</sup> È in forza di tale parametro, collocato non senza significato e conseguenze tra i principi fondamentali della Carta, che si è demandato alle Comunità europee, oggi Unione europea, di esercitare in luogo degli Stati membri competenze normative in determinate materie, nei limiti del principio di attribuzione. È sempre in forza dell'art. 11 Cost. che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto il potere-dovere del giudice comune, e prima ancora dell'amministrazione, di dare immediata applicazione alle norme comunitarie provviste di effetto diretto in luogo di norme nazionali che siano con esse in contrasto insanabile in via interpretativa<sup>13</sup>; ovvero di sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione di quel parametro costituzionale quando il contrasto fosse con norme comunitarie prive di effetto di-

<sup>9</sup> Cfr. LEBECK, *Sliding Towards Supranationalism? The Constitutional Status of EU Framework Decisions after Pupino*, in *German Law Journal*, 5, 2007, 501 e segg.

<sup>10</sup> Sulla decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione europea v. IUZZOLINO, *La decisione quadro come fonte di produzione del diritto dell'Unione europea nel settore della cooperazione giudiziaria penale. Il mutuo riconoscimento e i principi di legalità, eguaglianza e non discriminazione*, in *Foro It.*, 2007, IV, 438 e segg.; ARMONE, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea: quale futuro*, *ivi*, 2006, IV, 587 e segg.; MANES, *L'incidenza delle decisioni-quadro sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1150 e segg.

<sup>11</sup> Secondo costante giurisprudenza costituzionale, la questione di legittimità costituzionale va «scrutinata avendo riguardo anche ai parametri costituzionali non formalmente evocati [...], qualora tale atto faccia ad essi chiaro riferimento, sia pure implicito [...], mediante il richiamo dei principi da questi enunciati». Così *ex multis* Corte cost., sentt. nn. 170/2008, 26/2003, 69/1999 e 99/1997.

<sup>12</sup> Cfr. CARTABIA-CHIEFFO, *Art. 11*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, *ad vocem*. V. Corte cost., sentt. nn. 232/1975, 183/1973, 98/1965 e 14/1964.

<sup>13</sup> Sul contrasto tra norma interna e norma comunitaria prospettato nel giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, riguardo l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale nel caso di incompatibilità della norma interna con norme comunitarie provviste di effetto diretto ed effetto della «non applicazione» della norma interna da parte del giudice comune v. Corte cost., decisioni nn. 125/2009, 415 e 103/2008, 284/2007, 454/2006, 238 e 85/2002, 390/2001, 536 e 94/1995, 168/1991, 144/1990, 389/1989, 113/1985 e 170/1984. In generale cfr. CELOTTO-GROPPI, *Primauté e controlimiti nel progetto di trattato costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2004, 868 e segg. e *Id.*, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4, 2004, 1309 e segg.

retto<sup>14</sup>. È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che la Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sent. n. 126/1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sent. n. 170/1984)<sup>15</sup>.

Quanto all'art. 117, comma 1, Cost., nella formulazione novellata dalla riforma del Titolo V, seconda parte della Costituzione, la Corte ne ha precisato la portata, affermando che tale disposizione ha colmato la lacuna della mancata copertura costituzionale per le norme internazionali convenzionali, ivi compresa la Convenzione di Roma dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), escluse dalla previsione dell'art. 10, comma 1, Cost. (sentt. nn. 348 e 349/2007)<sup>16</sup>. L'art. 117, comma 1, Cost. ha dunque confermato espressamente, in parte, ciò che era stato già collegato all'art. 11 Cost., e cioè l'obbligo del legislatore, statale e regionale, di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Il limite all'esercizio della funzione legislativa imposto dall'art. 117, comma 1, Cost., è tuttavia solo uno degli elementi rilevanti del rapporto tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, rapporto che, complessivamente considerato e come disegnato dalla Corte costituzionale nel corso degli ultimi decenni, trova ancora "sicuro fondamento" nell'art. 11 Cost. Restano, infatti, ben fermi, anche suc-

cessivamente alla riforma, oltre al vincolo in capo al legislatore e alla relativa responsabilità internazionale dello Stato, tutte le conseguenze che derivano dalle limitazioni di sovranità che solo l'art. 11 Cost. consente, sul piano sostanziale e sul piano processuale, per l'amministrazione e i giudici. In particolare, quanto ad eventuali contrasti con la Costituzione, resta ferma la garanzia che, diversamente dalle norme internazionali convenzionali (compresa la Cedu), l'esercizio dei poteri normativi delegati all'Unione europea trova un limite esclusivamente nei principi fondamentali dell'assetto costituzionale e nella maggior tutela dei diritti inalienabili della persona<sup>17</sup>.

Nel caso in esame, i rimettenti hanno correttamente valutato, in primo luogo, l'esistenza del contrasto tra la norma impugnata e la decisione quadro, esplicitando le ragioni che precludono l'interpretazione conforme. La motivazione sul punto è plausibile, in quanto numerose decisioni della stessa Corte di cassazione configurano un "diritto vivente" in ordine all'applicabilità nella specie ed alla portata dell'art. 18, comma 1, lett. r), in particolare alla non riferibilità di questa norma allo straniero dimorante o residente in Italia<sup>18</sup>. Peraltro, tale interpretazione risulta suffragata sia dalla lettera della disposizione, che dai lavori preparatori, espressivi dell'intento specifico di escludere per il Mae *in executivis* il rifiuto di consegna dei cittadini di altri Paesi dell'Ue, esclusione oggetto di uno specifico emendamento.

<sup>14</sup> Sull'illegittimità costituzionale della norma interna che viola una norma comunitaria priva di effetto diretto v. Corte cost., decisioni nn. 28/2010, 284/2007, 317/1996 e 170/1984.

<sup>15</sup> Al riguardo, sull'ammissibilità della questione di legittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione di un trattato internazionale, in riferimento ai c.d. controlimiti, v. Corte cost., decisioni nn. 103/2008, 284/2007, 454/2006, 536 e 509/1995, 168/1991, 232/1989 e 170/1984.

<sup>16</sup> Su cui v. SORRENTINO, *Apologia delle "sentenze gemelle" (Brevi note a margine delle sentenze nn. 348 e 349/2007 della Corte costituzionale)*, in *Dir. e Società*, 2, 2009, 213 e segg.; TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 1, 2008, 133 e segg.; SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte costituzionale dopo le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 3-4, 2008, 747 e segg.

<sup>17</sup> Cfr. Corte cost., sentt. nn. 102/2008, 284/2007 e 169/2006.

<sup>18</sup> Tra i precedenti giurisprudenziali in tema di Mae il riferimento è a Corte cost., decisioni nn. 256/2009, 143/2008 («È costituzionalmente illegittimo l'art. 33 della L. 22 aprile 2005, n. 69, nella parte in cui non prevede che la custodia cautelare all'estero, in esecuzione del mandato d'arresto europeo, sia computata anche agli effetti della durata dei termini di fase previsti dall'art. 303, commi 1, 2 e 3, del codice di procedura penale. La condizione del destinatario del provvedimento restrittivo, a seguito di mandato d'arresto europeo, non può risultare — quanto a garanzie in ordine alla durata massima della privazione della libertà personale — deteriore né rispetto a quella dell'indagato destinatario di una misura cautelare in Italia, né, tanto meno, rispetto a quella dell'estraddando, non essendo dato rinvenire alcuna ragione giustificativa di un diverso e meno favorevole trattamento del soggetto in questione. La norma censurata viola, quindi, l'art. 3 della Costituzione. Il mandato d'arresto europeo poggia sul principio dell'immediato e reciproco riconoscimento del provvedimento giurisdizionale. Tale istituto, infatti — a differenza dell'estraddizione — non postula alcun rapporto intergovernativo, ma si fonda su rapporti diretti tra le

varie autorità giurisdizionali dei Paesi membri, con l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate. Ciò rende ancor meno tollerabile, sul piano costituzionale, uno squilibrio delle garanzie in tema di durata della carcerazione preventiva correlato al luogo — interno o esterno, rispetto ai confini nazionali — nel quale la carcerazione stessa è patita») e 109/2008 («È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. e), della L. 22 aprile 2005, n. 69, censurato, in riferimento agli artt. 3, 11 e 117, comma 1, Cost., nella parte in cui configura, come causa ostativa alla consegna del soggetto nei cui confronti sia stato emesso mandato di arresto europeo, la mancata previsione, nella legislazione dello Stato di emissione, di limiti massimi di carcerazione preventiva. Infatti il rimettente non si pronuncia sul problema — condizionante la fondatezza o meno della questione — se la regola della previsione di termini massimi di carcerazione preventiva, che la norma censurata muove dall'art. 13, ultimo comma, Cost., sia o meno "cedevole" di fronte all'obbligo di rispetto dei vincoli scaturenti dall'ordinamento comunitario e dalle convenzioni internazionali»). Nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee il riferimento è a grande Sezione, sent. 6 ottobre 2009, C-123/08, Wolzenburg; sent. 17 luglio 2008, n. 66/08, Kozłowski; sent. 1° dicembre 2008, C-388/08, Leimann e Pustovarov; sent. 3 maggio 2007, C-303/05, Leden van den Ministerraad. In dottrina v. BARGIS, *Riflessioni in tema di mandato di arresto europeo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 617 e segg.; DE AMICIS-IUZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, Milano, 2008; TIBERI, voce "Mandato di arresto europeo", in *Digesto Pen.*, III agg., Torino, 2005, 852 e segg. In particolare, sulla disciplina della consegna "esecutiva" v. CALVANESE-DE AMICIS, *Mandato d'arresto europeo e consegna "esecutiva" del cittadino nell'interpretazione della Corte di giustizia: verso la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18, lett. r), della legge n. 69/2005?* (Nota a Corte giust. CE, 6 ottobre 2009, C-123/08), in *Cass. Pen.*, 2010, 368 e segg.; SPAGNOLO, *La consegna esecutiva dello «straniero»: mera discrezione rispetto al mandato processuale o lesione del principio di uguaglianza?*, in *Giur. di Merito*, 2009, 449 e segg.

Ne consegue, anzitutto, che il contrasto tra la normativa di recepimento e la decisione quadro, insanabile in via interpretativa, non poteva trovare rimedio nella disapplicazione della norma nazionale da parte del giudice comune, trattandosi di norma dell'Unione europea priva di efficacia diretta, ma doveva essere sottoposto alla verifica di costituzionalità della Corte. In secondo luogo, gli atti nazionali che danno attuazione ad una decisione quadro con base giuridica nel Trattato UE, e in particolare nell'ex terzo pilastro relativo alla cooperazione giudiziaria in materia penale, non sono sottratti alla verifica di legittimità rispetto alle conferenti norme del Trattato CE, ora TFUE, che integrano a loro volta i parametri costituzionali — artt. 11 e 117, comma 1, Cost. — che a quelle norme fanno rinvio.

Nella specie rileva, infatti, oltre alla decisione quadro sul Mae, l'art. 12 del Trattato CE, oggi art. 18 TFUE, che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità nel campo di applicazione del Trattato. Anche sotto tale profilo è corretto il ricorso al giudice delle leggi, dal momento che il contrasto della norma con il principio di non discriminazione di cui all'art. 12 del Trattato CE, non è sempre di per sé sufficiente a consentire la “non applicazione” della confliggente norma interna da parte del giudice comune. Invero, il divieto in esame, come si evince anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, pur essendo in linea di principio di diretta applicazione ed efficacia, non è dotato di una portata assoluta tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasta. Al legislatore dello Stato membro, infatti, è consentito di prevedere una limitazione alla parità di trattamento tra il proprio cittadino e il cittadino di altro Stato membro, a condizione che sia proporzionata e adeguata, come, ad esempio, in una fattispecie quale quella che ci occupa, la previsione di un ragionevole limite temporale al requisito della residenza del cittadino di uno Stato membro diverso da quello di esecuzione (v. Corte di giustizia, sentenza *Wolzenburg*). Non solo, ma a precludere al giudice comune la disapplicazione della norma interna in ipotesi incompatibile, vale anche la circostanza che nella specie si verte in materia penale e che un provvedimento straniero che dispone la privazione della libertà personale a fini di esecuzione della pena nello Stato italiano non potrebbe essere eseguito in forza di una norma dell'Unione alla quale non corrisponda una valida norma interna di attuazione (sentenza n. 28/2010, punto 5).

L'ipotesi di illegittimità della norma nazionale per non corretta attuazione della decisione quadro è riconducibile, pertanto, ai casi nei quali, secondo la giurisprudenza costituzionale, non sussiste il potere del giudice comune di “non applicare” la prima, bensì il potere-dovere di sollevare questione di legittimità costituzionale, per violazione degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., integrati dalla norma conferente dell'Unione, laddove, come nella specie, sia impossibile escludere il detto contrasto con gli ordinari strumenti ermeneutici consentiti dall'ordinamento.

La questione di costituzionalità va dunque scrutinata alla luce dei principi sopra richiamati e della giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine all'interpretazione della decisione quadro<sup>19</sup>. Al riguardo, infatti, rileva che le sentenze della Corte di giustizia vincolano il giudice nazionale all'interpretazione da essa fornita, sia in sede di rinvio pregiudiziale che in sede di procedura d'infrazione<sup>20</sup>.

La Corte di giustizia ha affrontato il tema specifico del rifiuto di consegna oggetto dell'art. 4, punto 6, della decisione quadro nelle già citate sentenze *Wolzenburg*, di cui le ordinanze di rimessione della Corte di cassazione hanno esaminato le conclusioni dell'avvocato generale, e *Kozłowski*. La prima sottolinea che il motivo di rifiuto stabilito all'art. 4, punto 6, della decisione quadro, al pari dell'art. 5, punto 3, della stessa, mira a permettere di accordare una particolare importanza alla possibilità di accrescere le opportunità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena cui essa è stata condannata (punti 62 e 67)<sup>21</sup>; e con questo preciso intento lo Stato membro è legittimato a limitare il rifiuto alle «persone che abbiano dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società di detto Stato membro» (punto 67)<sup>22</sup>. D'altra parte, è questo uno degli obiettivi principali («favorire il reinserimento sociale della persona condannata») del sistema di cooperazione giudiziaria in materia penale, fondato sul reciproco riconoscimento enunciato dal Consiglio europeo di Tampere nel 1999, com'è ribadito anche all'art. 3 della decisione quadro n. 909/2008.

Se questa è la *ratio* della norma della decisione quadro così come interpretata dalla Corte di giustizia, è agevole dedurre che il criterio per individuare il contesto sociale, familiare, lavorativo e altro, nel quale si rivela più facile e naturale la risocializzazione del condannato, durante e dopo la detenzione, non è tanto e solo la cittadinanza, ma la residenza stabile, il luogo principale degli interessi, dei legami familiari, della for-

<sup>19</sup> Sui rapporti tra diritto comunitario e diritto dell'Unione europea in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale v. Corte giust. CE, sent. 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio e sent. 16 giugno 2005, C-105/03, Pupino.

<sup>20</sup> Sull'efficacia delle pronunce della Corte di giustizia nell'ordinamento interno v. Corte cost., decisioni nn. 268/2005, 241/2005, 125/2004, 62/2003, 255/1999, 249/1995, 168/1991, 132/1990 e 113/1985. Sull'onere di interpretare la norma nazionale in termini tali che essa non risulti in contrasto con la normativa comunitaria cfr., *ex plurimis*, Corte cost., sentt. nn. 28/2010 e 190/2000.

<sup>21</sup> Sul reinserimento sociale della persona come finalità del trattamento sanzionatorio (in riferimento al Mae) v. COLAIACOVO, *Il mandato di arresto europeo e il reinserimento del condan-*

*nato* (Nota a Cass., Sez. VI, 12 dicembre 2008), in *Cass. Pen.*, 2009, 2059 e segg.; PLASTINA, *Ancora una pronuncia della Corte di giustizia sull'interpretazione pregiudiziale della decisione quadro relativa al mandato di arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2009, 381 e segg.

<sup>22</sup> Sulla cittadinanza europea e sul diritto di circolazione e soggiorno dei cittadini di Paesi UE v. Corte giust. CE, 22 maggio 2008, C-499/06, Nerkowska; Id., 23 ottobre 2007, C-11/06 e 12/06, Morgan; Id., 26 ottobre 2006, C-192/05, K.Tas-Hagen; Id., 12 settembre 2006, n. 300/04, Eman; Id., 12 luglio 2005, C-403/03, Schempp; Id., 17 settembre 2002, n. 413/99, Baumbast. In dottrina, sulla cittadinanza dell'UE e il diritto di libera circolazione e soggiorno, v. LOGROSCINO, *La cittadinanza dell'Unione: la crisi dei concetti tradizionali*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2006, 407 e segg.

mazione dei figli e di quant'altro sia idoneo a rivelare la sussistenza di quel «radicamento reale e non estemporaneo dello straniero in Italia» che costituisce la premessa in fatto delle ordinanze di rimessione. Utilizzando il criterio esclusivo della cittadinanza, escludendo qualsiasi verifica in ordine alla sussistenza di un legame effettivo e stabile con lo Stato membro dell'esecuzione, la norma impugnata tradisce, in definitiva, non solo la lettera, ma anche e soprattutto la *ratio* della norma dell'Unione europea alla quale avrebbe dovuto dare corretta attuazione.

Gli Stati membri certamente avevano la facoltà di prevedere o di non prevedere il rifiuto di consegna (di «potere discrezionale certo» si legge al riguardo nella sentenza *Wolzenburg* della Corte di giustizia)<sup>23</sup>, non rientrando l'ipotesi di cui all'art. 4, punto 6, qui rilevante tra le ipotesi di rifiuto obbligatorio prefigurate dalla decisione quadro. Tuttavia, una volta operata la scelta di prevedere il rifiuto, andava rispettato il divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 12 del Trattato CE (art. 18 del TFUE a partire dall'entrata in vigore del Trattato di riforma di Lisbona), peraltro pienamente osservato dal citato art. 4, punto 6, della decisione quadro, che espressamente recita: «Se il mandato d'arresto europeo è stato rilasciato ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà, qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro di esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso tale pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno». Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità consente sì di differenziare la situazione del cittadino di uno Stato membro dell'Unione rispetto a quella del cittadino di un altro Stato membro, ma la differenza di trattamento deve avere una giustificazione legittima e ragionevole, sottoposta ad un rigoroso *test* di proporzionalità rispetto all'obiettivo perseguito<sup>24</sup>. La previsione, in particolare, di una residenza per la durata di 5 anni per il non cittadino è stata ritenuta dalla Corte di giustizia non andare oltre quanto è necessario per conseguire l'obiettivo volto a garantire il reinserimento nello Stato membro di esecuzione (sentenza *Wolzenburg*, punto 73). A differenza, tuttavia, della legge olandese di recepimento della decisione quadro sul Mae, oggetto del caso appena ricordato, la disposizione qui censurata non opera una limitazione alla parità di trattamento del cittadino di un altro Stato membro dell'Unione rispetto al cittadino italiano con riguardo, ad esempio, alla durata della residenza *aut similia*, ma esclude radicalmente l'ipotesi che il cittadino di altro Stato membro possa beneficiare del rifiuto di consegna e dunque dell'esecuzione della pena in Italia. Ciò si traduce in una discriminazione soggettiva, del cittadino di altro Paese

dell'Unione in quanto straniero, che, in difetto di una ragionevole giustificazione, non è proporzionata.

Va in proposito precisato, poi, che le nozioni di residenza e di dimora utilizzate dalla decisione quadro, nonché per altra ipotesi dalla legge italiana di recepimento, sono nozioni comunitarie, che richiedono una interpretazione autonoma e uniforme, a ragione della esigenza e della finalità di applicazione uniforme che è alla base della decisione quadro. Ebbene, la Corte di giustizia non ha mancato, nella ricordata sentenza *Kozłowski*, di fornire la sua interpretazione al giudice nazionale; e gli ha fornito indicazioni utili anche su un piano più generale. In particolare, ha identificato la nozione di «residenza» con una residenza effettiva nello Stato dell'esecuzione; e la nozione di «dimora» con un soggiorno stabile di una certa durata in quello Stato, che consenta di acquisire con tale Stato legami d'intensità pari «a quelli che si instaurano in caso di residenza» (punto 46)<sup>25</sup>. Ad esempio, e per quanto qui rileva, il giudice comunitario ha sottolineato l'esigenza che il giudice nazionale proceda ad una valutazione complessiva degli elementi oggettivi che caratterizzano la situazione del ricercato, come la durata, la natura e le modalità del suo soggiorno, nonché i legami familiari ed economici che ha stabilito nello Stato dell'esecuzione (punti 48 e 54). E ha sottolineato, nell'ipotesi che lo straniero risieda o abbia dimora nello Stato dell'esecuzione, l'esigenza che il giudice valuti anche l'esistenza di un interesse legittimo del condannato a che la pena sia scontata in quello Stato (punto 44). La Corte di giustizia ha, infine, precisato quali circostanze, pur non essendo di per sé decisive, possono essere valutate al giusto ai fini della decisione sulla consegna, ad esempio una dimora non ininterrotta ovvero il mancato rispetto delle norme in materia di ingresso e soggiorno nello Stato dell'esecuzione (punto 50).

Alla stregua dei rilievi svolti, è dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 1, lett. r), della legge di attuazione della decisione quadro sul Mae, limitatamente alla parte in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Paese membro dell'UE, che legittimamente ed effettivamente risieda o abbia dimora nel territorio italiano, ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno<sup>26</sup>.

All'autorità giudiziaria competente spetta, pertanto, accertare la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora, legittime ed effettive, all'esito di una valutazione complessiva degli elementi caratterizzanti la situazione della persona, quali, tra gli altri, la durata, la natura e le modalità della sua presenza in territorio italiano, nonché i legami familiari ed economici che intrattiene nel e con il nostro Paese, in armonia con l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia del-

<sup>23</sup> Tra i commenti alla sentenza della Corte di giustizia 6 ottobre 2009, n. 123/08 v. PLASTINA, *La consegna in executivis del residente nel mandato d'arresto europeo, tra diritto dell'Unione e diritto comunitario* (Nota a Corte giustizia, 6 ottobre 2009, n. 123/08, *Wolzenburg*), in *Foro It.*, 2010, IV, 15 e segg.

<sup>24</sup> Sul principio di non discriminazione v. Corte giust. CE, 1° ottobre 2009, C-103/08, *Gottwald*; Id., 3 maggio 2007, C-303/05, *Advocaten voor de Wereld VZW c. Leden van de Ministerraad*; Id., 24 novembre 1998, C-274/96, *Horst Otto Bickel e Ulrich Franz*.

<sup>25</sup> La nozione di residenza in Italia ai fini dell'applicabilità del regime di consegna condizionata dello straniero (art. 19, comma 1, lett. c), legge n. 69/2005) v. Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 2950; Id., Sez. VI, 12 febbraio 2009, n. 7108.

<sup>26</sup> Sull'inapplicabilità del rifiuto *ex art. 18, comma 1, lett. r)*, legge n. 69/2005 allo straniero dimorante o residente nel territorio italiano v. Cass., Sez. VI, 28 gennaio 2009, n. 4303; Id., Sez. VI, 12 dicembre 2008, n. 46299; Id., Sez. VI, 25 giugno 2008, n. 25879.

l'Unione europea. Resta riservata, poi, al legislatore la valutazione dell'opportunità di precisare le condizioni di applicabilità al non cittadino del rifiuto di consegna ai fini dell'esecuzione della pena in Italia, in conformità alle conferenti norme dell'Unione europea, così come interpretate dalla Corte di giustizia.

La pronuncia di illegittimità costituzionale con riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1, Cost., determina l'assorbimento delle questioni poste con riferimento agli artt. 3 e 27, comma 3, Cost.

## MATRIMONIO OMOSESSUALE

CORTE COSTITUZIONALE, 15 aprile 2010, n. 138 — AMIRANTE *Presidente* — CRISCUOLO *Redattore* — Associazione radicale Certi Diritti, M.G. ed altro (avv. Giadrossi) — Associazione radicale Certi Diritti, G.M. ed altro e C.M. ed altri (avv.ti Alesso e Clara) — Associazione radicale Certi Diritti, G.M. ed altro e E.O. ed altri (avv.ti Angiolini, Zeno-Zencovich e D'Amico) — Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv. Gen. Stato).

**Matrimonio e divorzio — Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica — Possibilità che persone di orientamento omosessuale contraggano matrimonio con persone dello stesso sesso — Mancata previsione — Ritenuta lesione del diritto di contrarre matrimonio quale diritto fondamentale e inviolabile della persona, nonché violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali — Richiesta di pronuncia additiva intesa a introdurre una disciplina non costituzionalmente obbligata in materia riservata alla discrezionalità del legislatore — Inammissibilità della questione** (Cedu artt. 8, 12, 14; Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea artt. 7, 9, 21; Cost. artt. 2, 117, comma 1; C.c. artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*).

**Matrimonio e divorzio — Eterosessualità dei coniugi quale connotazione dell'istituto matrimoniale delineato dalla disciplina codicistica — Possibilità che persone di orientamento omosessuale contraggano matrimonio con persone dello stesso sesso — Mancata previsione — Denunciata irragionevole disparità di trattamento, nonché violazione della tutela della famiglia quale "società naturale" — Esclusione —**

**Non fondatezza della questione** (Cost. artt. 3, 29; C.c. artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis*, 156 *bis*).

*È inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata, la questione di legittimità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., proposta in relazione agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost. (1).*

*È infondata la questione di legittimità degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., proposta in relazione agli artt. 3 e 29 Cost.: la normativa che contempla esclusivamente il matrimonio tra uomo e donna non può considerarsi illegittima sul piano costituzionale, sia perché trova fondamento nell'art. 29 Cost., sia perché non dà luogo ad una irragionevole discriminazione, in quanto le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee al matrimonio (2).*



### (1-2) La Corte chiude le porte al matrimonio tra persone dello stesso sesso\*

1. La sentenza che si commenta mette un primo punto fermo su una vicenda che ha suscitato ampio dibattito nell'opinione pubblica oltre che in dottrina<sup>1</sup>.

Le questioni sottoposte al giudizio della Corte vertevano intorno al nucleo comune della natura eterosessuale del matrimonio disciplinato dal codice civile. Entrambi i giudici remittenti dovevano infatti decidere su ricorsi contro il diniego di pubblicazioni matrimoniali opposto da ufficiali di stato civile a coppie di cittadini dello stesso sesso<sup>2</sup>. In entrambi i casi il diniego era stato motivato con riferimento alla necessaria diversità di sesso tra i coniugi, quale requisito indefettibile dell'istituto. L'assenza di tale elemento avrebbe dato luogo, in ipotesi, ad un atto nullo.

Posizioni, quelle delle amministrazioni coinvolte, assolutamente pacifiche fino a non molti anni fa, sostanzialmente confortate dalla dottrina largamente prevalente e dalla giurisprudenza ordinaria<sup>3</sup>.

Le ordinanze di rimessione, individuato un complesso di disposizioni del codice civile che regolano il matrimonio, la cui interpretazione consolidata è nel senso della necessaria diversità di sesso tra gli sposi, hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale in relazione sia all'art. 2 Cost., perché le norme censurate violerebbero il diritto fondamentale a sposarsi e formare una famiglia, sia all'art. 29 Cost., perché la tutela costituzionale riconosciuta alla famiglia legittima impedirebbe l'estensione di tale garanzia anche alle coppie

\* I giudizi di legittimità costituzionale degli artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 *bis* e 156 *bis* c.c. sono stati promossi dal Tribunale di Venezia con ordinanza del 3 aprile 2009 e dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 29 luglio 2009, iscritte ai nn. 177 e 248 del registro ordinanze 2009 e pubblicate in *Gazz. Uff.* nn. 26 e 41, *I Serie speciale*, dell'anno 2009. Le questioni sono sorte rispettivamente nel corso di un giudizio di opposizione, ai sensi dell'art. 98 c.c., avverso l'atto dell'ufficiale di stato civile che aveva rifiutato di procedere alla pubblicazione di matrimonio, e in sede di reclamo, ai sensi dell'art. 739 c.p.c., avverso un decreto che aveva respinto analoga opposizione.

<sup>1</sup> Per il vivace dibattito dottrinale che ha preceduto la decisione v. *La «società naturale» e i suoi «nemici»*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, Atti del Seminario di Ferrara, 26 febbraio 2010 a cura di Bin, Brunelli, Guazzarotti, Pugiotto, Veronesi, Torino, 2010.

<sup>2</sup> Un'ulteriore ordinanza di rimessione, che sollevava identica questione, è stata pronunciata dalla Corte d'appello di Firenze e decisa dalla Corte costituzionale, con ord. 22 luglio 2010, n. 276, in *Gazz. Uff.*, 1° s. sp. n. 30 del 28 luglio 2010, nel senso della manifesta inammissibilità e manifesta infondatezza.

<sup>3</sup> BARCELLONA, voce "Famiglia (dir. civ.)", in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967, 780 e segg.; FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, Milano, 2004, 28 e segg.; CAGGIA-ZOPPINI, *Art. 29*, in *Commentario alla Costituzione* a cura di Bifulco, Celotto, Olivetti, Torino, 2006, I, 605 e segg. Una dettagliata analisi delle principali posizioni dottrinali e della giurisprudenza sul tema si trova adesso in PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici»*. *Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., 1 e segg.

di persone dello stesso sesso, sia all'art. 3 Cost., perché il diritto vivente in materia risulterebbe discriminatorio nei confronti di tali coppie, imponendo un trattamento ingiustificatamente differenziato in base al sesso, sia, infine, in relazione all'art. 117, comma 1, Cost., perché la Cedu e la Carta di Nizza riconoscono il diritto di sposarsi e di formare una famiglia senza limitazioni connesse al sesso dei coniugi, imponendo un adeguamento in tal senso dell'ordinamento italiano.

Il Tribunale di Venezia (alla cui ordinanza fa ampiamente riferimento quella della Corte d'appello di Trento, sia ripercorrendone l'*iter* argomentativo, sia richiamando gli stessi dati normativi e giurisprudenziali) partiva da premesse difficilmente conciliabili tra loro. Il nostro ordinamento, infatti, non fornirebbe alcuna definizione dell'istituto matrimoniale, almeno in relazione al sesso dei coniugi; tale omessa valutazione non consentirebbe né vieterebbe espressamente il matrimonio tra persone dello stesso sesso. D'altronde la normativa civilistica conterrebbe impliciti riferimenti alla diversità di sesso dei coniugi, con la conseguenza ultima che un adeguamento interpretativo finalizzato ad estendere la nozione comunemente accolta sarebbe da considerarsi «una forzatura non consentita ai giudici (diversi da quello costituzionale), a fronte di una consolidata e ultramillenaria nozione di matrimonio come unione di un uomo e di una donna».

A fronte di un'interpretazione — per quanto fondata su dati normativi non incontrovertibili — consolidata e finora indiscussa, il Tribunale di Venezia proponeva la necessità di considerare «il rapido trasformarsi della società e dei costumi avvenuto negli ultimi decenni», il «superamento del monopolio detenuto dal modello di famiglia normale», il «sorgere spontaneo di forme diverse, seppur minoritarie, di convivenza, che chiedono protezione, si ispirano al modello tradizionale e come quello mirano ad essere considerate e disciplinate». In sostanza, ad avviso del rimettente, l'esigenza di tutela di formazioni sociali non riconducibili a quelle storicamente consolidate impone «un'attenta meditazione sulla persistente compatibilità dell'interpretazione tradizionale con i principi costituzionali».

In particolare, si individuava nella configurazione del matrimonio disciplinato dal codice una limitazione lesiva sia del principio di tutela dei diritti inviolabili dell'individuo sancito dall'art. 2 Cost., che del principio di eguaglianza formale di cui all'art. 3, comma 1, Cost. Con riferimento a quest'ultimo parametro, veniva in rilievo il divieto di discriminazioni, sia sotto il profilo del sesso che dell'orientamento sessuale: il Tribunale rimettente, premesso che «il diritto di contrarre matrimonio [è] un momento essenziale di espressione della dignità umana», afferma che «esso debba essere garantito a tutti».

Viene richiamata anche la sent. della Corte costituzionale n. 161/1985<sup>4</sup> che, nell'escludere l'illegittimità costituzionale della L. 14 aprile 1982, n. 164 («Norme

in materia di rettificazione di attribuzioni di sesso») avrebbe riconosciuto il rilievo dell'orientamento sessuale derivante da un contrasto tra il *soma* e la *psiche*, in tal modo aprendo la strada al riconoscimento della legittimità di unioni tra soggetti dello stesso sesso biologico. Il diverso trattamento dei transessuali rispetto agli omosessuali, in relazione al diritto a sposarsi, configurerebbe una irragionevole discriminazione.

Il rimettente proponeva poi una riflessione sull'evoluzione della nozione di famiglia e quella di matrimonio dall'entrata in vigore del codice civile ad oggi, evidenziando le progressive aperture che il legislatore e la giurisprudenza costituzionale hanno portato ad un istituto connotato originariamente dalla subordinazione della donna e dall'indissolubilità. Da ciò la necessità di interpretare la «naturalità» dell'istituto alla luce dei principi costituzionali, rifuggendo dalla sua cristallizzazione nell'accezione tradizionale.

Ulteriore parametro veniva poi individuato nell'art. 117, comma 1, Cost., poiché sia la Cedu che la Carta di Nizza tutelano la sfera intima dell'individuo, il diritto a formare una famiglia e vietano le discriminazioni. A sostegno delle argomentazioni sul punto si richiamava la sentenza *Goodwin*<sup>5</sup> della Corte europea dei diritti dell'uomo, in cui questa ha dichiarato in contrasto con la Convenzione il divieto di matrimonio opposto ad una persona che avesse cambiato sesso, per violazione del diritto a sposarsi.

Avendo premesso che era preclusa un'interpretazione adeguatrice delle norme censurate, entrambi i rimettenti giungevano alla conclusione della necessità di una pronuncia che dichiarasse l'illegittimità della disciplina codicistica del matrimonio nella parte in cui esclude la celebrazione tra persone dello stesso sesso<sup>6</sup>.

2. Sul piano processuale, a parte la scontata riunione dei giudizi, merita una segnalazione l'atto di intervento proposto sia dall'Associazione radicale Certi Diritti, sia da alcuni privati: mentre la prima ha sostenuto la propria legittimazione in termini di rappresentanza generale di interessi, giustificata dalle disposizioni statutarie, i secondi hanno affermato di condividere la posizione dei nubendi nei giudizi *a quibus*, dato che l'ufficiale di stato civile aveva loro rifiutato le pubblicazioni di matrimonio.

La Corte, confermando il proprio orientamento consolidato<sup>7</sup>, con ordinanza non numerata adottata nel corso dell'udienza pubblica, ha dichiarato inammissibili tutti gli interventi poiché nessuna delle situazioni dedotte in giudizio corrisponde a un «interesse qualificato, inerente in modo diretto ed immediato al rapporto sostanziale dedotto in giudizio e non semplicemente regolato, al pari di ogni altro, dalla norma o dalle norme oggetto di censura».

Cade in tal modo il primo aspetto del giudizio: la sua dimensione di iniziativa (anche) politica. Le questioni non sono arrivate infatti in modo casuale alla Corte, ma

<sup>4</sup> Corte cost., 24 maggio 1985, n. 161, in *Giur. It.*, 1987, 1, 236, con nota di DOGLIOTTI, *La Corte costituzionale riconosce il diritto all'identità sessuale*.

<sup>5</sup> Corte eur. dir. uomo, Christine Goodwin v. the United Kingdom [GC], no. 28957/95, ECHR 2002-VI, 11 luglio 2002, in *www.echr.coe.int*.

<sup>6</sup> Il Tribunale di Venezia prospettava inoltre l'eventualità che, in via consequenziale, dovessero essere dichiarate illegittime ulteriori disposizioni oltre quelle oggetto della questione.

<sup>7</sup> Cfr. ad es. Corte cost., 8 maggio 2009, n. 151, in *Giur. It.*, 2009, I, 1323.



in seguito alla campagna in tal senso promossa dall'associazione radicale Certi Diritti e sostenuta dall'Avvocatura rete Lenford<sup>8</sup>. È appena il caso di segnalare che soprattutto in casi come questo, in cui la dimensione individuale del diritto tutelato si incrocia con la rilevanza sociale del tema, appare asfittica la configurazione del giudizio incidentale nei termini ormai consolidati.

3. La prima questione affrontata è quella relativa alla violazione, da parte del complesso di norme del codice civile che regolano il matrimonio, dell'art. 2 Cost. La Corte in realtà premette all'esame del merito un sintetico richiamo alla nozione tradizionale di matrimonio quale unione che presuppone la diversità di sesso tra i coniugi, confermando il punto di vista fatto proprio dalle due ordinanze, che a loro volta avevano invocato a sostegno la giurisprudenza e la dottrina pressoché unanimi. Dunque, il diritto vivente è consolidato nel senso di precludere qualunque interpretazione adeguatrice, non solo da parte dei giudici remittenti, che infatti la escludono, ma anche da parte del giudice delle leggi, che nemmeno prende in considerazione l'ipotesi.

La soluzione non è priva di conseguenze, perché dall'accoglimento della ricostruzione del quadro normativo proposta dai remittenti come diritto vivente, si giunge ad escludere una soluzione giurisprudenziale del problema, definitivamente trasferendolo dal piano dell'interpretazione legislativa a quello della legittimità costituzionale<sup>9</sup>.

A questo punto, caduta l'eventualità di un salvataggio in via interpretativa delle norme censurate, si passa all'esame degli spazi di tutela riconosciuti dalla Costituzione alle coppie omosessuali<sup>10</sup>. Sulla scorta di alcune considerazioni sulla nozione di formazioni sociali recepita dal parametro costituzionale, la Corte afferma che di tale novero fa senz'altro parte l'unione omosessuale, alla quale appartiene il «diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia», nonché quello al «riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

Da ciò non deriva, però, l'illegittimità costituzionale della normativa censurata. Ad avviso della Corte, infatti, il riconoscimento delle unioni omosessuali non implica necessariamente la sua equiparazione al matrimonio eterosessuale, né può assumere una forma ed un contenuto ricavabili direttamente dal dettato costitu-

zionale. La questione è dunque inammissibile perché, pur riconoscendo il diritto delle coppie ad una tutela di rango legislativo, la modulazione della stessa è attribuita alla «piena discrezionalità» del legislatore.

La Corte, nel ritrarsi di fronte alla presenza di un ventaglio di possibilità tra le quali le è preclusa la scelta, puntualizza che vi è necessità di tutela (il legislatore dunque non avrebbe disponibilità dell'*an*), lasciando — apparentemente — libertà sia sul *quomodo* che sul quando. Ora, trattandosi, secondo le parole della sentenza, di un «diritto fondamentale», pare da escludere l'ammissibilità di un rinvio *sine die* della sua garanzia.

È fatta espressamente salva la possibilità che la Corte intervenga a tutela di specifiche situazioni che potrebbero richiedere «un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale», rispetto alle quali è evocato l'esempio della giurisprudenza in tema di unioni di fatto, ma non si può negare che la formula adottata lascia adito a dubbi. Innanzitutto perché il riferimento alle coppie di fatto come implicito *tertium comparationis* apre una problematica che i remittenti non avevano evocato: essi infatti chiedevano l'apertura dell'istituto matrimoniale alle coppie di persone dello stesso sesso, non l'estensione ad esse della tutela accordata a coppie non sposate. Da ciò uno slittamento della questione<sup>11</sup> che, invece di rispondere ad una precisa richiesta di garanzia (il libero accesso delle coppie omosessuali ad un istituto giuridico esistente, del quale si lamentava l'illegittima e discriminatoria chiusura nei confronti di tale categoria di soggetti), si sposta sul rinvio a futuri, eventuali seppur circostanziati interventi giurisprudenziali.

Al di là della dubbia conformità della risposta al *petitum*, si deve rilevare che gli interventi prefigurati dalla Corte pongono ulteriori problemi, ove si consideri che la sua giurisprudenza sul tema parte dalla considerazione della diversità ontologica tra unione di fatto e matrimonio: la prima è definita come «rifuggente da qualificazioni giuridiche di diritti ed obblighi reciproci»<sup>12</sup>, frutto di una scelta della coppia di non voler assumere i diritti nascenti dal matrimonio<sup>13</sup>, rapporto per definizione non assimilabile al secondo<sup>14</sup>. È singolare che la Corte lasci intravedere una possibile omogeneità di trattamento tra una formazione sociale derivante dalla scelta di evitare il matrimonio ed una che risulterebbe dall'esserne involontariamente esclusi.

<sup>8</sup> Una ricostruzione in FELICETTI, *Le coppie che ricorrono alla Corte sono la punta di un iceberg sommerso*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., 133 e segg.; PUGIOTTO, *Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Franco Modugno*, 2 e segg. del paper.

<sup>9</sup> ROMBOLI, *Il diritto «consentito» al matrimonio ed il diritto «garantito» alla vita familiare per le coppie omosessuali in una pronuncia in cui la Corte dice «troppo» e «troppo poco»*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; PUGIOTTO, *op. cit.*, 9, sottolinea l'opportunità di una scelta che ha risparmiato alle parti «un ottovolante giurisprudenziale» destinato ad esito negativo, insieme all'evidenza dell'opposizione al matrimonio omosessuale sul piano della politica del diritto.

<sup>10</sup> Nel contesto della decisione in commento le argomentazioni vertono intorno al carattere omosessuale dell'unione, mentre in realtà la questione dovrebbe ritenersi circoscritta —

non tanto all'orientamento sessuale quanto — alla necessaria diversità di sesso anagrafico dei soggetti che intendono sposarsi. Per un esame più approfondito del tema cfr. PEZZINI, *op. cit.*, 7.

<sup>11</sup> Argomenta diffusamente nel senso che la risposta della Corte sul punto costituisca un *extra petitum* TONDI DELLA MURA, *Le coppie omosessuali fra il vincolo (elastico?) delle parole e l'artificio della «libertà»*, in *www.federalismi.it*.

<sup>12</sup> Corte cost., 26 maggio 1989, n. 310, in *Giur. Cost.*, 1989, 1400.

<sup>13</sup> Corte cost., 18 gennaio 1996, n. 8, in *Giur. It.*, 1996, I, 281. D'altronde, anche la configurazione delle cc.dd. coppie di fatto quali risultanti della libera scelta di non contrarre matrimonio pare riduttiva, perché in concreto (e in percentuale significativa) queste sono composte anche da soggetti (ad es. in regime di separazione legale) che non ne hanno la possibilità.

<sup>14</sup> In tal senso, recentemente, Corte cost., 8 maggio 2009, n. 140, in *Giur. Cost.*, 2009, 1513.

Soprattutto, la giurisprudenza richiamata è netta nel riconoscere la tutela del singolo nella formazione sociale (nella specie, la coppia di fatto), mentre è molto meno chiaro come, da tali precedenti, possa ricavarsi una modalità di tutela della coppia. La precisazione potrebbe intendersi forse nel senso che al legislatore spetti la disciplina complessiva del rapporto, mentre la Corte interverrebbe a tutela del singolo allorché — dall'esame della futura ed eventuale disciplina legislativa o, più probabilmente, nel perdurare dell'omissione del legislatore — rilevi la lesione di diritti inviolabili.

Ma se questo dovesse essere il senso del monito, invero flebile<sup>15</sup>, resterebbe da chiedersi dov'è, in una simile prospettiva, il tema sollevato dai rimettenti, che ponevano una questione relativa alla disciplina della coppia e del rapporto, non un problema di garanzie dell'individuo<sup>16</sup>.

4. La questione posta in relazione agli artt. 3 e 29 Cost. è stata dichiarata infondata, seguendo un *iter* argomentativo che in realtà impiega l'interpretazione del secondo parametro invocato come strumento idoneo a precludere il sindacato alla luce del primo.

La Corte premette una considerazione sull'impossibilità di cristallizzare i concetti di famiglia e matrimonio, riferendoli all'epoca in cui la Costituzione entrò in vigore; procede affermando che questi, «dotati della duttilità propria dei principi costituzionali»<sup>17</sup>, richiedono un'interpretazione condizionata dalle trasformazioni dell'ordinamento ma anche dall'evoluzione sociale; conclude però, come vedremo, in direzione esattamente opposta, escludendo che l'interpretazione evolutiva possa spingersi fino ad «incidere sul nucleo della norma».

Si propone un'indagine sui lavori dell'Assemblea costituente, dai quali emerge che le unioni omosessuali non furono oggetto di dibattito. Al contrario, l'istituto matrimoniale che i Costituenti avevano ben presente era quello disciplinato dal codice civile.

Da quel silenzio — invero prevedibile — sulle unioni omosessuali la Corte desume un principio, implicito ma evidentemente radicato in profondità, di necessaria eterosessualità dell'istituto matrimoniale. Un principio che si fonda, pertanto, non sui lavori dell'Assemblea, né sul testo della Costituzione, bensì sul silenzio e l'omissione: si può in questo caso parlare di applicazione rigorosa dei canoni dell'interpretazione originalista, che impone la ricerca dell'intenzione del Costituente, anche (anzi, a maggior ragione) quando questa non sia espressa<sup>18</sup>.

Le conseguenze di tale approccio sono evidenti: si recepisce una tradizione profondamente radicata e inscritta nella disciplina codicistica, al tempo stesso caricandola della forza propria non solo dei principi costituzionali, ma di una (inespressa) scelta di valori del Costituente, irrigidendo il dettato costituzionale in una e una sola indicazione per l'interprete<sup>19</sup>.

Si dissente qui dall'opinione di chi ha ritenuto prevalente l'argomento tradizionalista o dell'impotenza del legislatore su quello originalista<sup>20</sup>, in quanto è precisamente l'aggancio alla volontà costituente a consentire l'eliminazione delle altre, possibili, opzioni per l'interprete. Se si fosse privilegiato l'argomento tradizionalista, si sarebbe dovuto riconoscere che non la Costituzione ma, appunto, un impianto legislativo che affonda le radici nella tradizione, giustificano la concezione finora prevalente: ciò non avrebbe affatto pregiudicato un mutamento, vuoi dell'interpretazione del dettato costituzionale (in chiave evolutiva), vuoi, in subordine, della disciplina di rango primario (per scelta del legislatore).

In altri termini, l'argomento originalista sostiene tutto il peso della preclusione — che la Corte vuole essere inscritta nella Costituzione — all'apertura dell'istituto. Una lettura più cauta del dato costituzionale, persino la recezione dell'argomento tradizionalista, non avrebbero condotto l'interprete oltre il rinvio alla discrezionalità del legislatore. Il riferimento alla volontà del Co-

<sup>15</sup> Parla di eccessiva cautela ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali, ma non possono accedere al matrimonio* (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138), in *Foro It.*, 2010, I, 1367; analogamente DAL CANTO, *La Corte costituzionale e il matrimonio omosessuale* (nota a Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138), *ibid.*, 1370; CROCE, *Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*, in *www.forumcostituzionale.it*; SILVIS, *Il matrimonio omosessuale fra il "non s'ha da fare" dell'art. 29 ed il "si può fare" dell'art. 2 della Costituzione*, *ibid.*; PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

<sup>16</sup> Al contrario, dalla formula impiegata nella sentenza CALZARETTI, *Coppie di persone dello stesso sesso: quali prospettive?*, in *www.forumcostituzionale.it*, ricava il superamento della prospettiva di tutela individuale dei componenti delle coppie omosessuali. Così anche MELANI, *Il matrimonio omosessuale dopo la pronuncia della Corte costituzionale: la questione resta aperta*, *ibid.*; per TONDI DELLA MURA, *op. cit.*, 6, il richiamo della Corte all'art. 2 è meramente evocativo, implicando un segnale politico e non un vincolo giuridico. In senso apertamente critico nei confronti della apertura prospettata nella sentenza SPINELLI, *Il matrimonio non è un'opinione*, in *www.forumcostituzionale.it*.

<sup>17</sup> In realtà qui non si tratterebbe di principi costituzionali,

bensì rispettivamente una formazione sociale e un istituto giuridico, entrambi oggetti di normazione a livello costituzionale, che avviene in questa sede prevalentemente sul piano dei principi.

<sup>18</sup> Cfr. i saggi raccolti in *Lavori preparatori ed original intent nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Atti del seminario svoltosi a Catania il 5 ottobre 2007* a cura di Giuffrè, Nicotra, Torino, 2008. Sulla debolezza dell'argomento originalista con specifico riferimento alla decisione in commento v. anche PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, 5; MELANI, *op. cit.*, 3 e segg.; PUGIOTTO, *op. cit.*, 7 e, volendo, BIANCHI, *Le trappole dell'originalismo*, in corso di stampa negli *Studi in onore di Franco Modugno*.

<sup>19</sup> BIN, *Per una lettura non svalutativa dell'art. 29*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., 41 e segg., dimostra come, seguendo un *iter* argomentativo rigorosamente originalista, sia possibile giungere a conclusioni non dissimili da chi opta per l'adeguamento del dettato costituzionale all'evoluzione sociale: con ciò, implicitamente, dimostrando anche la debolezza dell'approccio originalista.

<sup>20</sup> Così MASSA PINTO-TRIPODINA, *Ovvero tecniche argomentative impiegate per motivare la Sentenza 138/2010*, in *www.dircost.unito.it*. Difende l'argomento tradizionalista anche DAL CANTO, *Le coppie omosessuali davanti alla Corte costituzionale: dalla "aspirazione" al matrimonio al "diritto" alla convivenza*, in corso di pubblicazione in *Scritti in onore di Franco Modugno*.

stituyente è l'unico che permette di ritenere invalicabile la definizione del matrimonio, precludendo la sua configurazione quale *tertium comparationis* rispetto all'unione omosessuale<sup>21</sup>.

Decisamente impropria è l'ulteriore argomentazione portata a sostegno del già fragile impianto motivo costruito sull'art. 29 Cost.: essa fa leva sul coordinamento tra il parametro invocato e l'art. 30, dal quale si desume che il riferimento alla tutela dei figli, implicando la «(potenziale) finalità procreativa» dell'istituto, porterebbe necessariamente all'esclusione delle coppie formate da persone dello stesso sesso. È stato correttamente notato<sup>22</sup> come innanzitutto l'identità di sesso della coppia nulla dica sulla fertilità degli individui che la compongono, potendo questi ben procreare (in ipotesi) al di fuori del matrimonio; che la procreazione potrebbe dunque essere riferita a ciascun soggetto, non necessariamente come frutto del matrimonio; soprattutto, che le considerazioni sul potenziale procreativo siano necessariamente scisse da valutazioni sulla legittimità del matrimonio (a meno di non voler imporre *screening* prematrimoniali obbligatori, con effetti impeditivi per coloro di cui si accertasse in ipotesi la sterilità): in definitiva, considerando che la procreazione è un'eventualità del matrimonio, non la sua finalità, e che possono ben darsi matrimoni (eterosessuali) senza figli, senza che ciò incida sulla loro legittimità, dobbiamo concludere che questo, tra gli argomenti impiegati nella sentenza in esame, è il meno appropriato<sup>23</sup>.

Tornando allo schema seguito dalla Corte nel motivare la sua decisione, si osserva che l'aver ricostruito nei termini appena richiamati la nozione costituzionale di matrimonio ha precluso l'esame delle censure relative all'art. 3.

Il percorso, in sintesi, è il seguente: innanzitutto il matrimonio è necessariamente eterosessuale perché la Costituente non si è neppure posta il problema dell'omosessualità, recependo l'istituto tradizionale delineato dal codice civile. Si è osservato che, procedendo in tal modo, si instaura un processo circolare per cui il contenuto del precetto costituzionale è definito dalla fonte primaria che dovrebbe costituire l'oggetto del giudizio<sup>24</sup>.

In secondo luogo, una volta costituzionalizzata la definizione codicistica del matrimonio, non resta che

constatare come esso non sia concepibile quale unione tra persone dello stesso sesso, e ricavarne come necessaria conseguenza l'improponibilità di una discriminazione nei confronti degli omosessuali, trattandosi di un istituto che ad essi è precluso per definizione.

Da tali passaggi la Corte ricava che la violazione del principio d'eguaglianza non solo è esclusa, ma non è neppure correttamente invocata, stante la disomogeneità dei rapporti considerati. Il parametro rispetto al quale la censura era maggiormente stringente non viene, in tal modo, neppure sfiorato dalla sentenza.

Eppure, la Corte avrebbe potuto (a parere di chi scrive, avrebbe dovuto) impostare la decisione seguendo un diverso itinerario. La pretesa dell'individuo di accedere al matrimonio senza incontrare vincoli legati al sesso né all'orientamento sessuale<sup>25</sup> richiede di confrontarsi in primo luogo con i principi di eguaglianza e di rispetto della dignità personale, alla luce dei quali avrebbe dovuto essere letto l'istituto matrimoniale disciplinato dal codice civile del 1942<sup>26</sup>.

Non, dunque, l'art. 29 come preclusione al sindacato di legittimità alla luce dell'art. 3 Cost. ma, viceversa, il principio di eguaglianza come necessaria prospettiva dalla quale guardare alla configurazione del matrimonio. Simile impostazione avrebbe richiesto non la corretta ricostruzione del (non manifesto) intento del Costituente, bensì uno scrutinio rigoroso delle ragioni — di rilievo costituzionale — che imporrebbero un trattamento differenziato: *strict scrutiny* al quale la Corte si è sottratta.

Potremmo inoltre insinuare che, come spesso avviene allorché ci si lascia guidare dalla visione originalista, il problema diviene quello del livello di generalizzazione accolto: dobbiamo accertare la volontà del Costituente in ordine al matrimonio o, in termini più generali, dobbiamo verificare la sua intenzione con riferimento al dispiegarsi del principio di eguaglianza? Anche a voler ammettere la prevalenza, in nome della specialità, della differenziazione su base sessuale (non espressamente) sancita dall'art. 29, restano in ombra nella sentenza, così come nella dottrina che la commenta favorevolmente<sup>27</sup>, i valori meritevoli di tutela preferenziale che tale lettura garantirebbe.

<sup>21</sup> Nel senso dell'indebito irrigidimento del parametro ROMBOLI, *op. cit.*, 6; così anche PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, 10. In senso favorevole invece SPINELLI, *op. cit.*

<sup>22</sup> MELANI, *op. cit.*, 8.

<sup>23</sup> PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., 17; ID., *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 7; PUGIOTTO, *op. cit.*, 12. Più ampie considerazioni in MANETTI, *Matrimonio tra persone dello stesso sesso e filiazione*, in *La «società naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., 231 e segg.

<sup>24</sup> In senso critico PUGIOTTO, *op. cit.*, 14; PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 6. Anticipa le argomentazioni della Corte sulla connessione tra limiti lessicali dell'art. 29 Cost. e tradizione RUGGERI, *Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (in-naturale) pretesa a connotarsi come «famiglie»*, in *La «società*

*naturale» e i suoi «nemici». Sul paradigma eterosessuale del matrimonio*, cit., 307 e segg., spec. 310. In tal senso anche DAL CANTO, *op. cit.*, in part. 10 e segg. Non è però condivisibile il rilievo (11) per cui chi rinviene nell'interpretazione prevalente del dato codicistico una tradizione ostativa al matrimonio omosessuale non potrebbe poi negare od oscurare il richiamo alla tradizione nell'interpretazione del testo costituzionale. Si sottovaluta che dai remittenti la tradizione interpretativa del codice è evocata per definire l'oggetto del giudizio, mentre la Corte (e, con essa, Dal Canto) incorpora tale tradizione nell'art. 29 Cost., senza verificare se essa regge, non solo in sé (oppure specchiandosi nel codice dal quale è ricavata), ma ad es. nel contesto costituzionale, una volta che sia posta in relazione con i principi enunciati dagli artt. 2 e 3.

<sup>25</sup> Sull'irrelevanza, nell'ordinamento italiano, della distinzione si rinvia per brevità a PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., 17, nota 54.

<sup>26</sup> In tal senso PEZZINI, *Dentro il mestiere di vivere: uguali in natura o uguali in diritto?*, cit., 5; BIN, *op. cit.*, 43; PUGIOTTO, *op. cit.*, 4.

<sup>27</sup> Cfr. ad es. CAPOTOSTI, *Matrimonio tra persone dello stesso*

5. L'ultimo passaggio della motivazione riguarda il richiamo, contenuto nelle ordinanze di rimessione, alla sentenza *Goodwin*, oltre che alle disposizioni della Cedu e della Carta di Nizza in materia di diritto al matrimonio e alla tutela della vita privata e familiare. La Corte si sofferma sulla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo (che aveva ritenuto contrario alla convenzione il divieto di matrimonio con persona dello stesso sesso biologico che avesse cambiato sesso), per rilevare che la pretesa apertura alla tutela dell'orientamento sessuale è contraddetta dalla circostanza che vi fosse stato un cambiamento di sesso, non riconosciuto dal diritto inglese a differenza di quello italiano. Inoltre, si conferma la non comparabilità tra la situazione del transessuale e quella dell'omosessuale. È appena da notare che è omessa ogni valutazione sul punto chiave di *Goodwin*: la garanzia del diritto a sposarsi, non condizionato né dal sesso né dall'orientamento sessuale.

La Corte passa quindi alle invocate disposizioni dei trattati, ed osserva che esse rinviano alla disciplina statale per quanto concerne la disciplina del matrimonio<sup>28</sup>, concludendo che neppure qui si impone la piena equiparazione tra le due categorie di unione.

Sul punto, si osserva che il rinvio del giudice costituzionale alla legislazione nazionale è formulato contestualmente al riconoscimento di un diritto inviolabile. La Corte evita di pronunciarsi sul contenuto e i limiti di quel diritto ma, al pari di ciò che si è rilevato in relazione alla censura per violazione dell'art. 2 Cost., la questione non può ritenersi chiusa con la piena attribuzione della tutela alla discrezionalità legislativa.

Laddove le Carte richiamate riconoscono espressamente il diritto a sposarsi, questo non può essere vanificato dall'inerzia del legislatore, ma deve ottenere una garanzia effettiva almeno da parte degli organi giurisdizionali<sup>29</sup>: ancora una volta, il limite non dovrebbe porsi sull'*an*, ma — salvo controllo di ragionevolezza — solo sul *quomodo* e sul *quando*.

Dobbiamo però notare come, combinando gli argomenti della Corte relativi alla discrezionalità legislativa in tema di unioni omosessuali con la rigidità conferita alla nozione di matrimonio, sembra da escludersi che il legislatore disponga di una discrezionalità realmente «piena»<sup>30</sup>.

In definitiva, nella lettura del giudice costituzionale, mentre le Carte dei diritti invocate dal remittente non

impongono né vietano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Costituzione riserva il *nomen* “matrimonio” alle unioni legittime tra persone di sesso diverso (mentre ancora non è chiaro quale sia la sostanza che lo connota in via esclusiva).

Ne consegue non solo che il legislatore non è libero di conferire dignità di matrimonio alle unioni omosessuali, ma che un'evoluzione in tal senso del diritto sovranazionale non sarebbe suscettibile di imporsi nel nostro ordinamento, andando ad incontrare il contro limite della necessaria eterosessualità dell'istituto (che, come abbiamo visto, risulta capace di precludere persino il sindacato in termini di eguaglianza)<sup>31</sup>.

6. Possiamo, in conclusione, chiederci se i principi enunciati nella sentenza n. 138/2010 sono destinati a consolidare la situazione attuale o ad aprire la strada a interventi riformatori del legislatore statale.

Non si condivide l'idea che la decisione risenta della preoccupazione di non esporsi nell'arena politica: una Corte desiderosa di offrire un basso profilo avrebbe potuto optare, nel contesto di una pronuncia di inammissibilità, per una motivazione che si limitasse a riconoscere che l'art. 29 Cost. «non impone e non esclude», rinviando ogni soluzione al legislatore e lasciando impregiudicato l'esito di un successivo controllo.

La scelta è stata diversa. È una Corte né timorosa né debole quella che certifica la volontà del Costituente andando oltre gli atti normativi e i verbali dell'Assemblea; quella che enuncia l'eterosessualità quale limite invalicabile dal legislatore ordinario; quella che riconosce un diritto fondamentale “nuovissimo” per affidarne immediatamente la garanzia alla “piena discrezionalità” del Parlamento.

Una Corte risoluta ha concepito una sentenza fondata su argomentazioni che intendono durare nel tempo: da essa non si ricava solo una precisa concezione della famiglia e della morale sessuale, non si intende solo respingere possibili (anche se, ad oggi, quanto mai improbabili) deviazioni indotte da mutamenti del quadro politico o da suggestioni sovranazionali. Si propone, in definitiva, una visione della Costituzione che imbriglia le potenzialità eversive del principio di eguaglianza attraverso il richiamo alla tradizione.

PAOLO BIANCHI

sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n. 138 del 2010, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 361 e segg.; COSTANTINO, *Individui, gruppi e coppie (libertà illusioni passatempo)*, in *Foro It.*, 2010, I, 1701 e segg.; DAL CANTO, *op. cit.*

<sup>28</sup> Neppure l'esame delle scelte operate da diversi legislatori europei in materia è ritenuto dalla Corte significativo, anche se l'evoluzione legislativa e giurisprudenziale sul tema appare tumultuosa, in contrasto con l'inerzia del legislatore italiano. Cfr. PIGNATELLI, *I livelli europei di tutela delle coppie omosessuali tra “istituzione” matrimoniale e “funzione” familiare*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 2005, 243 e segg.; PASSAGLIA, *Matrimonio ed unioni omosessuali in Europa: una panoramica* (nota a *Tribunal Constitucional de Portugal* 8 aprile 2010, n. 121/2010), in *Foro It.*, 2010, IV, 273 e segg.; CRIVELLI, *Il matrimonio omosessuale e la ripartizione di competenze tra legislatore e organo di*

*giustizia costituzionale: spunti da una recente decisione del Tribunale costituzionale portoghese*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*.

<sup>29</sup> Sulla probabile inadempienza del legislatore e la carenza di rimedi in proposito, ROMBOLI, *op. cit.*, 11 e segg.

<sup>30</sup> Nel senso che il legislatore conservi comunque la facoltà di superare la preclusione esercitando la propria discrezionalità, PEZZINI, *Il matrimonio same sex si potrà fare. La qualificazione della discrezionalità del legislatore nella sentenza n. 138/2010 della Corte costituzionale*, cit., 8.

<sup>31</sup> Così CROCE, *op. cit.*; ANGELINI, *I “compromessi sposi”: la Corte costituzionale fa il punto su matrimoni e unioni fra omosessuali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; argomenta in tale senso anche D'ANGELO, *La Consulta al legislatore: questo matrimonio “nun s'ha da fare”*, in *www.forumcostituzionale.it*.

# Diritto Civile

a cura di PIETRO RESCIGNO

con RAFFAELE CATERINA, VINCENZO CUFFARO, PIETRO LAMBERTUCCI, PIER GIUSEPPE MONATERI,  
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, SALVATORE PATTI, MICHELE SESTA e GIOVANNA VISINTINI

## APPALTI PUBBLICI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZIONE, 30 settembre 2010 (in causa C-314/09), pag. 543.

## RETROATTIVITÀ DELLA PRESCRIZIONE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, IV SEZIONE, 15 aprile 2010 (in causa C-542/08), pag. 546.

**L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE**, di LORENZO BAIKATI.

## INDENNITÀ PER L'AVVIAMENTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 30 aprile 2010, n. 10615, pag. 550.

## PRELIMINARE "AD EFFETTI ANTICIPATI"

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 1° marzo 2010, n. 4863, pag. 552.

**Contratto preliminare "ad effetti anticipati" e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione**, di FRANCESCO LONGOBUCCO.

## CONTRATTO DI MUTUO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 16 febbraio 2010, n. 3589, pag. 556.

**Mutuo di scopo e credito al consumo**, di FILIPPO VITTORIO LONGO.

## PATTO SUCCESSORIO

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 12 febbraio 2010, n. 3345, pag. 559.

**Divieto di patti successori e clausole statutarie c.d. di consolidazione**, di VINCENZO CUFFARO.

## LASCITO DI USUFRUTTO UNIVERSALE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 26 gennaio 2010, n. 1557, pag. 562.

**Sulla discussa natura del lascito di usufrutto universale**, di CLARA SGOBBO.

## PERSONE FISICHE E GIURIDICHE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 21 gennaio 2010, n. 982, pag. 564.

## APPALTI PUBBLICI

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZIONE, 30 settembre 2010 (in causa C-314/09) — LENAERTS *Presidente e Relatore* — TRSTENJAK *Avvocato Generale* — Comune di Graz (avv. Kocher) - Società Strabag ed altri (avv. Mecenovic, Lerchbaumer). *Si pronuncia in via pregiudiziale sull'interpretazione degli artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, lett. c), e 7 Dir 89/665/CEE.*

**Contratti pubblici — Appalto — Risarcimento del danno — Colpa — Esclusione — Responsabilità oggettiva** (Dir. 89/665/CEE, artt. 1, n. 1, e 2, nn. 1, lett. c), e 7, come modificata dalla successiva Dir. 92/50/CEE).

*La Dir. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Dir. 92/50/CEE del 18 giugno 1992, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale, la quale subordini il diritto ad ottenere il risarcimento — derivante dalla violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice — al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui la normativa nazionale preveda una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione, o escluda la possibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (1).*



Per il testo della sentenza v. [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)



(1) La pronuncia della Corte di Lussemburgo nasce da un contenzioso austriaco concernente la presunta violazione delle regole sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione comunale per aver aggiudicato i lavori per la produzione e la fornitura di asfalto ad una impresa, che, sebbene munita dell'autorizzazione all'esercizio di detta attività al momento dell'apertura delle offerte, aveva potuto disporre del relativo impianto solo dopo l'inizio del periodo fissato per la fornitura della prestazione.

Secondo la ditta ricorrente, quella che avrebbe vinto l'appalto qualora non si fosse proceduto all'illegittima aggiudicazione, l'impresa aggiudicataria non avrebbe dovuto vincere la gara, in quanto l'impianto di miscelazione dell'asfalto sarebbe dovuto esistere già al momento dell'apertura delle offerte. Soccombente in primo grado, la ricorrente decide di rivolgersi ai giudici di seconde cure, riuscendo questa volta ad ottenere la condanna dell'amministrazione comunale al risarcimento del danno in suo favore in quanto quest'ultima avrebbe agito colpevolmente, astenendosi dal constatare l'incompatibilità dell'offerta dell'aggiudicataria con le clausole del bando di gara.

La suprema Corte, cui fa ricorso l'aggiudicataria soccombente in secondo grado, decide di adire in via pregiudiziale la Corte di giustizia, sottoponendole il quesito se debba ritenersi contrastante con la Dir. 89/665/CEE del 21 dicembre 1989 — che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla Dir. 92/50/CEE del 18 giugno 1992 — qualsiasi normativa nazionale che subordini il diritto dell'offerente al risarcimento del danno all'esistenza di una colpevolezza in capo all'amministrazione aggiudicatrice, e se siano compatibili con il diritto comunitario quelle disposizioni nazionali che stabiliscono presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione o che escludono la possibilità per quest'ultima di invocare la mancanza di proprie capacità individuali e dunque l'assenza di imputabilità soggettiva per la violazione lamentata.

Il filo rosso che guida il ragionamento dei giudici di Lussemburgo consiste nell'operazione di un difficile bilanciamento tra due esigenze opposte: da un lato, la necessità di una rapida ed efficace tutela in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti — la cui realizzazione è imposta agli Stati membri dall'art. 1, n. 1, Dir. 89/665/CE e dal suo terzo *considerando* — e dall'altro, il principio di colpevolezza — il cui rispetto sembrerebbe rientrare — come emerge da una prima lettura dell'art. 2, n. 1, lett. c), della stessa direttiva — nell'autonomia procedurale degli Stati membri, cioè nella loro libertà di stabilire i mezzi di ricorso idonei ad accordare il risarcimento ai soggetti lesi.

La normativa nazionale austriaca non passa il vaglio della conformità alla direttiva comunitaria, per un triplice ordine di considerazioni.

Innanzitutto, secondo la suprema Corte comunitaria, la subordinazione della concessione del risarcimento del danno — in caso di violazione delle norme comunitarie sugli appalti — al carattere colpevole della violazione commessa dall'amministrazione aggiudicatrice (prevista dalla normativa nazionale austriaca) contrasterebbe con il tenore letterale della direttiva. Al riguardo, vengono in rilievo l'art. 1, n. 1, e l'art. 2, nn. 1 lett. c), 5 e 6, nonché il sesto *considerando* della direttiva, i quali parlano esclusivamente di lesione derivante dalla violazione della normativa sugli appalti pubblici, e non indicano in alcun modo che la suddetta violazione, per far sorgere il diritto al risarcimento in favore del soggetto leso, debba presentare caratteristiche particolari, quale per esempio quella di essere connessa ad una colpa, comprovata o presunta, dell'amministrazione aggiudicatrice, oppure quella di non ricadere sotto alcuna causa di esonero di responsabilità.

In secondo luogo, il vaglio di compatibilità della normativa nazionale austriaca con la normativa comunitaria dà esito negativo anche con riferimento al contesto e all'obiettivo generale nei quali si iscrive il mezzo di ricorso volto al risarcimento del danno. Al riguardo, la finalità della direttiva viene enunciata all'art. 1, n. 1, ed al terzo *considerando*, e consiste nel garantire l'esistenza di mezzi di ricorso efficaci e quanto più rapidi possibile contro le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici in violazione della normativa sugli appalti pubblici, «considerando che l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione».

Tale assunto trova conferma nella costante giurisprudenza comunitaria<sup>1</sup>, che ha legittimato — in più occasioni — gli Stati membri a prevedere, per questo tipo di ricorsi, termini ragionevoli da osservarsi a pena di decadenza, in vista dell'obiettivo di celerità perseguito dalla Dir. 89/665/CE. Le istanze di celerità, di effettività della tutela e di certezza del diritto, quindi, secondo i giudici comunitari, devono prevalere sul principio di colpevolezza. Al contrario, qualora si opti per la necessità del requisito soggettivo, il danneggiato potrebbe ottenere il risarcimento del danno solo dopo l'accertamento positivo della sussistenza della colpa in capo all'amministrazione, e quindi — considerata la lunghezza dei tempi a tal uopo necessari — tardivamente.

In terzo luogo, si giunge alla conclusione che la responsabilità dell'amministrazione in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici debba essere oggettiva anche operando un'interpretazione sistematica delle disposizioni della direttiva relative al risarcimento del danno derivante dalla illegittima aggiudicazione di un appalto. Al riguardo l'art. 2, n. 1, va interpretato conformemente all'art. 2, n. 6, comma 2, della direttiva stessa, che riconosce agli Stati membri la facoltà di

<sup>1</sup> Corte giust. CE, 26 novembre 2002, n. 275, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2002, 2763; Id., 10 gennaio 2008, n. 70, Commissione c. Portogallo, *ivi*, 2008, 1, 1; Id., 27 febbraio 2003, n. 327, Santex, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2003, 888; Id., 19 giugno 2003, n. 315, GAT, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2003, 1793; Id., 12 dicembre

2002, n. 470, Universale-Bau e altro, in *Dir. economia*, 2003, 160; Id., 11 ottobre 2007, n. 241, Lämmerzahl, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2007, 10, 2693; Id., 28 gennaio 2010, n. 406, Uniplex (UK), in *Resp. Civ. e Prev.* 2010, 3, 669.

prevedere che, dopo la conclusione del contratto successiva all'aggiudicazione dell'appalto, i poteri dell'organo responsabile delle procedure di ricorso siano limitati alla concessione di un risarcimento.

In tale contesto, il rimedio risarcitorio previsto dall'art. 2, n. 1, lett. c), può costituire un'alternativa procedurale compatibile con il principio di effettività, sotteso all'obiettivo di efficacia dei ricorsi perseguito dalla citata direttiva, soltanto a condizione che la possibilità di riconoscere un risarcimento in caso di violazione delle norme sugli appalti pubblici non sia subordinata — così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dal citato art. 2, n. 1 — alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Infine, giova sottolineare che secondo la Corte di giustizia, non valgono a superare il vaglio di legittimità comunitaria nemmeno quelle norme del diritto nazionale che spostino l'onere della prova della colpa dal soggetto leso all'amministrazione aggiudicatrice, in quanto anche la presunzione di colpevolezza — al pari dell'affermazione della necessità di accertare l'elemento soggettivo — rischia di privare l'offerente, pregiudicato dall'aggiudicazione illegittima, del diritto ad ottenere il risarcimento, qualora l'amministrazione riesca a vincere la presunzione, invocando per esempio il carattere scusabile dell'errore di diritto da essa asseritamente commesso.

Alla luce del recente arresto comunitario, deve intendersi superata, quindi, la giurisprudenza nazionale italiana che ritiene necessaria la sussistenza dell'elemento soggettivo in capo all'amministrazione aggiudicatrice al fine di affermare la sua responsabilità per illegittima aggiudicazione di un appalto.

La questione si inquadra nella più ampia problematica relativa alla colpa quale elemento necessario della responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati nell'esercizio illegittimo della funzione amministrativa.

Al riguardo, la dottrina e la giurisprudenza nazionale hanno elaborato due teorie.

Secondo un primo orientamento<sup>2</sup>, l'illegittima aggiudicazione operata dalla stazione appaltante andrebbe ricondotta alla responsabilità da contatto sociale qualificato con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 1218 c.c., non sarebbe richiesta al danneggiato alcuna prova in ordine all'elemento soggettivo della colpa, la quale verrebbe presunta in via relativa in capo all'amministrazione.

Secondo un altro orientamento<sup>3</sup> la responsabilità dell'amministrazione per danni riconducibili all'illegittima conduzione delle gare di evidenza pubblica, an-

rebbe qualificata come responsabilità aquiliana, disciplinata dall'art. 2043 c.c., con la conseguente possibilità, per il danneggiato, di invocare l'illegittimità del provvedimento amministrativo come indice presuntivo della colpa, facendo ricorso alle regole di comune esperienza e alla presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c.

In favore dell'orientamento — per la verità minoritario — che riconduce la responsabilità della P.A. per attività provvedimentale nell'ambito della responsabilità contrattuale da contatto sociale, si invoca l'assunto per cui il contatto che si instaura fra privato e amministrazione nel procedimento amministrativo determinerebbe la nascita di un rapporto giuridico e comporterebbe in capo alla P.A. l'obbligo di protezione dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa. Infatti, secondo tale tesi, gli interessi procedurali preordinati alla soddisfazione dell'interesse legittimo al bene della vita finale si configurerebbero quali diritti di protezione in favore del privato, corrispondenti a precisi obblighi a carico della P.A., che, se non adempiuti, determinerebbero una sua responsabilità contrattuale.

A sostegno del secondo orientamento, che muove dalla nota sentenza delle Sezioni unite civili n. 500/1999<sup>4</sup> — che, affermando per la prima volta la risarcibilità degli interessi legittimi, ha qualificato come aquiliana la responsabilità dell'amministrazione per la lesione degli stessi — si rileva, in primo luogo, che nella fase di selezione del contraente ancora non si sarebbe instaurato un rapporto contrattuale, mentre, al contrario, predominerebbe l'interesse pubblico ad assicurare il rispetto delle disposizioni di legge e della *lex specialis* della gara e la *par condicio* dei concorrenti. Pertanto, l'eventuale danno cagionato dall'amministrazione nella fase dell'evidenza pubblica deriverebbe non già da attività costituenti inadempimento, bensì dalla semplice violazione delle norme suddette, il che sarebbe sufficiente a qualificare il pregiudizio in termini di danno ingiusto, ossia *contra ius*. Il vincolo contrattuale sorgerebbe soltanto con la stipula del contratto, momento discriminante che separa la fase procedimentale di scelta del contraente, di natura pubblicistica, da quella negoziale, in cui si formerebbe il consenso per la conclusione del contratto. Per quanto riguarda, poi, la prova della colpa della P.A., si è affermato che al privato non sarebbe chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrarla, potendo invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione semplice di essa o allegare circostanze ulteriori a tal fine, spettando poi all'amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile.

<sup>2</sup> Tale elaborazione giurisprudenziale risale a Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Dir. Formazione*, 2001, 873; Id., Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Giur. It.*, 2001, 2386; Id., Sez. V, 2 settembre 2005, n. 4461, in *Foro It.*, 2006, 9, 3, 457; Id., Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giur. It.*, 2001, 2163; cfr. anche Cass., Sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 394; e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 5 novembre 2007, n. 10852, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 11, 3463.

<sup>3</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, 27 aprile 2010, n. 2384, in *Urbanistica e appalti*, 2010, 8, 956; Id., Sez. IV, 7 agosto 2008, n. 3723, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, 7-8, 2054; Id., Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; Id., Sez. VI, 3 giugno 2006,

n. 3981, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2008, 1, 147; Id., Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, *ivi*, 2007, 3, 986; Id., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2007, 1, 99; Id., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012, in *Urbanistica e appalti*, 2004, 12, 1427; Id., Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500, in *Foro It.*, 2005, 3, 295.

<sup>4</sup> Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2261. Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. III, 21 ottobre 2005, n. 20358, in *Giur. It.*, 2007, 2, 355; Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, in *Dir. & Formazione*, 2001, 332; Id., Sez. VI, 12 marzo 2004, n. 1261, *ivi*, 2004, 692; Id., Sez. IV, 10 agosto 2004, n. 5500, in *Giur. It.*, 2004, 2409; Id., Sez. IV, 15 febbraio 2005, n. 478, in *Foro Amm. C.d.S.*, 2005, 2, 328.

A favore della necessità del requisito colposo, si è espressa anche la Consulta<sup>5</sup>, affermando che l'illegittimità provvedimento non può comportare l'automatica affermazione della responsabilità della pubblica amministrazione, senza cioè che il giudice abbia proceduto al previo accertamento della sussistenza dell'elemento soggettivo dell'illecito aquiliano. Detto accertamento, tra l'altro, risulterebbe agevole in quanto, pur non essendo configurabile, in mancanza di una espressa previsione normativa, una generalizzata presunzione relativa di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo, ben possono operare le regole di comune esperienza e la presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c., per cui le regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, rappresenterebbero il criterio guida per l'esercizio della funzione amministrativa e si porrebbero quale limite esterno alla discrezionalità amministrativa.

Ad ogni modo, a prescindere dall'adesione all'una piuttosto che all'altra teoria, alla luce del recente arresto del giudice comunitario, al giudice nazionale non sarebbe richiesto l'accertamento della colpa della P.A. al fine dell'affermazione della sua responsabilità per aver emanato un provvedimento illegittimo di aggiudicazione di un appalto.

L'orientamento del giudice comunitario è stato tra l'altro già recepito dai giudici amministrativi nazionali. In particolare, il Tribunale amministrativo della Lombardia, in una recente pronuncia<sup>6</sup>, ha espressamente affermato che il requisito della colpa della P.A. nella violazione della normativa sugli appalti pubblici, tradizionalmente ritenuto necessario per il risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi, ha perso consistenza alla luce del recente arresto comunitario.

## RETROATTIVITÀ DELLA PRESCRIZIONE

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, IV SEZIONE, 15 aprile 2010 (in causa C-542/08) — BONICHOT *Presidente* — TIMMERMANS *Relatore* — Friedrich G. Barth - Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung.

**Unione europea — Applicazione retroattiva del termine di prescrizione — Principio di effettività del diritto UE** (Trattato CE art. 10).

*L'applicazione retroattiva di un termine di prescrizione per l'esercizio di un diritto è configurabile come una modalità procedurale compatibile con il principio di ef-*

*feffività del diritto UE, anche nel caso in cui di fatto limiti gli effetti di una sentenza della Corte di giustizia avente ad oggetto l'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario* (1).



Per il testo della sentenza v. [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)



**(1) L'efficacia delle sentenze della Corte di giustizia e l'applicazione delle discipline nazionali relative ai termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti fondati sul diritto UE**

SOMMARIO: 1. Fatti di causa. — 2. Gli effetti temporali delle sentenze della Corte di giustizia e l'autonomia degli Stati membri nella disciplina dei termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti. — 3. Conclusioni.

### 1. Fatti di causa.

Il ricorrente è un cittadino tedesco che ha svolto l'incarico di professore universitario in Germania (presso l'Università di Francoforte sul Meno nel periodo dal 1° gennaio 1975 al 28 febbraio 1987) e in Austria (presso l'Università di Vienna a partire dal 1° marzo 1987). Si tratta di una situazione di fatto simile a quella di Gerhard Koebler, la cui controversia è stata oggetto di una delle più importanti decisioni della Corte di giustizia degli ultimi anni, relativa alla responsabilità patrimoniale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario imputabile alla funzione giurisdizionale<sup>1</sup>. Il prof. Barth ha lamentato il fatto che, ai fini della quantificazione dell'indennità speciale di anzianità di cui all'art. 50 *bis*, n. 1, del *GebG*<sup>2</sup>, non gli erano stati conteggiati gli anni di servizio nell'università tedesca. A seguito della modifica del *GebG*, finalizzata ad accogliere i rilievi mossi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Koebler*, il prof. Barth ha proposto ricorso amministrativo per ottenere tale adeguamento. L'Università di Vienna, a tal proposito, ha riconosciuto al ricorrente il diritto all'indennità speciale di anzianità per il periodo successivo al 1° gennaio 1994, ma ha al contempo affermato che alla relativa corresponsione fosse applicabile un termine di prescrizione triennale decorrente (retroattivamente) dalla data di emissione della sentenza *Koebler*, ovvero dal 30 settembre 2003.

La Corte di giustizia è stata interrogata circa la compatibilità della normativa interna sulla prescrizione rispetto all'art. 39 CE. In altri termini, il giudice comunitario è stato chiamato a pronunciarsi circa la conformità con i principi di equivalenza ed effettività del diritto UE di una normativa nazionale che imponga un termine di prescrizione triennale, prima della sentenza *Koebler*, in virtù di una normativa interna incompati-

<sup>5</sup> Corte cost., 3 aprile 2006 (ord.), n. 149, in *Giur. Cost.*, 2006, 2.

<sup>6</sup> T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552, in [www.dejure.it](http://www.dejure.it).

<sup>1</sup> Corte giust. CE, 30 settembre 2003 (in causa C-224/01), Gerhard Koebler c. Republik Österreich, in *Racc.*, 2003, I-10239. L'attore era un professore universitario che, prima di ottenere una cattedra presso l'Università di Innsbruck, aveva lavorato presso diverse università europee e a cui, al momento

di tornare a lavorare in Austria, era stata negata l'attribuzione dell'indennità speciale di anzianità di servizio prevista dall'art. 50 della legge austriaca sulle retribuzioni, poiché tale normativa prevedeva che il beneficio potesse essere conseguito unicamente a seguito di anzianità maturata presso università austriache.

<sup>2</sup> Si tratta della *Gehaltsgesetz*, legge sulla retribuzione del 1956, successivamente riformata con le leggi *BGBL.*, n. 318/1973, *BGBL.* I, n. 109/1997, e *BGBL.* I, n. 130/2003.



bile con il diritto comunitario<sup>3</sup>. A tal proposito la Corte afferma che il termine di prescrizione configura una modalità procedurale di un ricorso preordinato a garantire la tutela di un diritto conferito ai cittadini dal diritto UE, e che, nel silenzio del diritto UE, vige il principio dell'autonomia degli Stati membri nella regolazione di questo aspetto. Risolta pacificamente la questione del rispetto del principio di equivalenza<sup>4</sup>, rilievi di maggiore interesse riguardano la compatibilità della disciplina nazionale con il principio di effettività. La Corte afferma, a tal proposito, che risulta compatibile con il diritto dell'Unione un termine triennale, anche nel caso di retroazione degli effetti di una sentenza della stessa Corte al momento di entrata in vigore della disposizione interpretata: infatti, il termine di prescrizione costituisce una modalità procedurale per l'esercizio di un diritto, e non una limitazione degli effetti di una sentenza del giudice comunitario avente ad oggetto l'interpretazione di una disposizione di diritto comunitario. E a tal proposito risulta irrilevante che lo Stato membro in questione, mantenendo in vigore una normativa incompatibile con il diritto UE, abbia di fatto posto in essere un comportamento tale da dissuadere i soggetti cui in linea di principio spettava l'indennità, dal presentare in tempo utile la richiesta necessaria all'attuazione del predetto diritto. Questa constatazione deriva dal presupposto secondo cui era lo stesso rifiuto da parte dell'Università che configurava una restrizione alla libera circolazione dei lavoratori (art. 39 CE), e non l'applicazione del termine di prescrizione. Ne deriva che la disciplina nazionale relativa ai termini di prescrizione non è da considerarsi come un ostacolo alla retroazione delle sentenze della Corte di giustizia, ma come una modalità procedurale attinente alla tutela dei diritti dell'Unione. Per questo motivo il giudice comunitario afferma che il termine triennale risulta compatibile con il diritto comunitario (in particolare, con l'art. 39 CE) anche in caso di retroazione, il che permette di concludere agevolmente nel senso che la decisione dell'Università di Vienna di limitare l'adeguamento dell'anzianità al 1° ottobre 2000, ovvero a tre anni prima della sentenza *Koebler*, risulta del tutto conforme sia al principio di equivalenza sia al principio di effettività del diritto UE.

2. *Gli effetti temporali delle sentenze della Corte di giustizia e l'autonomia degli Stati membri nella disciplina dei termini di prescrizione per l'esercizio dei diritti.*

La soluzione proposta dalla Corte, pur risultando ineccepibile sotto il profilo del rapporto fra ordinamenti, solleva questioni di non poco conto sul piano della effettività sostanziale delle posizioni giuridiche comunitarie. Infatti, in questo caso, i principi di effettività, equivalenza, autonomia degli Stati membri e retroazione delle sentenze trovano un punto di equilibrio pacifico dal punto di vista ordinamentale, ma non certo favorevole ai diritti dei cittadini europei. A dimostrazione di tale affermazione, richiamiamo due fondamentali aspetti, relativi, rispettivamente, agli effetti delle sentenze del giudice comunitario e al principio di autonomia degli Stati membri. Ci riferiamo, in concreto, alla coesistenza di due elementi, che dovrebbero correre in parallelo, e invece sono destinati fisiologicamente a collidere. Si tratta dell'efficacia *ex tunc* delle sentenze della Corte di giustizia da un lato e, dall'altro, della disciplina dei termini di prescrizione, delegata agli ordinamenti nazionali<sup>5</sup>.

A proposito della prima questione, ricordiamo che le sentenze della Corte di giustizia, oltre a vincolare il giudice che ha promosso il rinvio pregiudiziale, proiettano i propri effetti *ex tunc*, dal momento dell'entrata in vigore della disposizione interpretata; in altri termini, hanno effetto retroattivo e si applicano anche a situazioni pregresse, sorte anteriormente alla sentenza purché non esaurite, nel rispetto del principio di certezza del diritto. Le sentenze interpretative, in particolare modo, chiariscono «il significato e la portata di una norma comunitaria quale deve o avrebbe dovuto essere intesa ed applicata da parte dei giudici interni fin dal momento della sua entrata in vigore, con riguardo, dunque, anche a rapporti giuridici sorti prima della sentenza e anche quando i giudici siano investiti di una questione sostanzialmente identica, pur conservando essi [...] la facoltà di adire nuovamente la Corte»<sup>6</sup>. Dunque, le sentenze pregiudiziali obbligano gli Stati in tutte le loro funzioni, così come le stesse istituzioni comunitarie e i singoli cittadini, e al contempo proiettano effetti *ex tunc*, salvo diversa indicazione della Corte di giustizia, in casi eccezionali in cui una soluzione

<sup>3</sup> Secondo un consolidato orientamento del giudice comunitario, le discipline processuali nazionali nel loro complesso (e quindi anche i termini previsti in seno ad esse) non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano azioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento (principio di effettività).

<sup>4</sup> A tal proposito, il giudice ricorda che va rammentato che, secondo una giurisprudenza costante, esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto dell'Unione e a quelli simili fondati sulla violazione del diritto interno. A tale riguardo, la Corte rileva che la norma sulla prescrizione come quella prevista dall'art. 13 *ter* del *GebG* si applica tanto ai ricorsi intesi a garantire nell'ordinamento interno la salvaguardia dei diritti che il diritto dell'Unione conferisce ai singoli quanto ai ricorsi di natura interna. Risulta pertanto che le norme sulla prescrizione applicabili a entrambi questi due tipi di ricorso sono identiche.

Dunque, afferma il rispetto del principio di equivalenza, anche in considerazione del fatto che «la necessità di presentare una domanda grava, in effetti, su tutti i professori che abbiano subito un'errata applicazione delle norme di diritto che disciplinano la concessione di detta indennità e che aspirino ad una rettifica dell'errore commesso, che si tratti di un errore commesso rispetto alle norme interne o rispetto alle norme del diritto dell'Unione, che le autorità nazionali competenti avrebbero dovuto applicare direttamente».

<sup>5</sup> In forza del principio di autonomia processuale, le modalità e i meccanismi di tutela delle posizioni giuridiche attribuite ai singoli dal diritto comunitario sono predisposti dagli ordinamenti interni. Per una approfondita analisi dei regimi di prescrizione dei diritti, v. ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge, 2002, 62-169.

<sup>6</sup> Cit. da STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2009, 412 e seg.

opposta violerebbe elementari esigenze di certezza del diritto e in considerazione dei gravi turbamenti derivanti in ordine ai rapporti giuridici instaurati in buona fede<sup>7</sup>.

Nel caso di specie, la sentenza che proietta effetti retroattivi è quella relativa al caso *Koebler*, in cui la Corte di giustizia ha risposto al quesito pregiudiziale circa l'interpretazione dell'art. 48 Trattato CE e degli artt. 1, 2, 3 del Reg. (CE) n. 1612/1968. La questione principale riguardava un'azione di responsabilità esercitata dal Sig. Koebler contro lo Stato austriaco per violazione del diritto comunitario da parte del *Verwaltungsgerichtshof* (giudice supremo austriaco in materia contenzioso-amministrativa)<sup>8</sup>. Nel caso in questione, come noto, la Corte riconobbe espressamente il principio secondo cui lo Stato, in quanto entità unitaria, è responsabile per la violazione degli impegni assunti, anche nell'ipotesi in cui tale violazione derivi dalla decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado<sup>9</sup>.

A seguito di questa sentenza, il legislatore austriaco era intervenuto aggiungendo una disposizione che equiparava gli incarichi svolti in Austria ad analoghe funzioni presso le università di altri Stati membri dello spazio economico europeo<sup>10</sup>; il *GebG*, nella versione applicabile al momento della nomina del sig. Barth,

imponendo un termine di tre anni<sup>11</sup>. A proposito di tale termine di prescrizione e della sua compatibilità con il diritto UE, ricordiamo che, secondo orientamento costante della Corte di giustizia, l'esercizio dei diritti fondati sul diritto comunitario è sottoposto alle discipline nazionali relative a decadenza e prescrizione. È quindi delegata agli ordinamenti nazionali sia la regolazione della decorrenza dei termini di prescrizione, sia l'individuazione del *dies a quo*, che incontrano l'unico limite nei principi di effettività del diritto comunitario e di equivalenza, il cui rispetto è oggetto di valutazione, di volta in volta, da parte della Corte di giustizia, interpellata ex art. 234 Trattato CE dai giudici nazionali. A tal proposito ricordiamo, inoltre, che la dottrina, negli ultimi anni, ha già avuto modo di sottolineare il rapporto problematico fra effettività del diritto comunitario e discipline nazionali relative ai termini di prescrizione, anche a seguito di percorsi giurisprudenziali tortuosi e disonomogenei<sup>12</sup>.

Il caso in questione, pur rientrando in questo filone, presenta un elemento di novità, costituito dal decorso a ritroso del termine di prescrizione<sup>13</sup>. Infatti, il *dies a quo* coincide con la sentenza *Koebler*, e il termine triennale decorre indietro nel tempo, fino al 1° ottobre 2000<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Corte giust. CE, 20 settembre 2001 (in causa C-184/99), Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, in *Racc.* 2001, I-06193; Id., 17 ottobre 1996 (nelle cause riunite C-283/94, C-291/94 e C-292/94), Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV e Voormeer BV c. Bundesamt für Finanzen, *ivi*, 1996, I-05063; Id., 8 aprile 1976 (in causa 43/75), Gabriëlle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, *ivi*, 1976, 455.

<sup>8</sup> Quindi, Koebler agì contro il Ministero federale della ricerca, contestando davanti al Tribunale amministrativo la conformità con il diritto comunitario della normativa austriaca, che appariva discriminatoria nel trattamento riservato ai cittadini austriaci rispetto agli altri cittadini comunitari. Il giudice di ultima istanza respinse le domande del professore, interpretando erroneamente le norme comunitarie e omettendo di promuovere domanda pregiudiziale, violando, in questo modo l'art. 234 del Trattato CE. V., fra i numerosi commenti disponibili, SIMON, *La responsabilité des États membres en cas de violation de droit communautaire par une juridiction suprême*, in *European Law Review*, 2003, 11, 3-6; MEHDI, *Primauté du droit communautaire*, in *Journal du droit international*, 2, 2004, 552-559; PIVA, *La tradizionale irresponsabilità del giudice davanti al diritto comunitario. Note a margine della "Koblerizzazione" del diritto comunitario e del diritto degli Stati membri*, in *Il Diritto della Regione*, 2004, 5-6, 809-840; ALPA, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Koebler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2005, 2, 1, 1-5; SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro It.*, 2006, 418-420; SCODITTI, *"Francovich presa sul serio": la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro It.*, 2004, IV, 4-7.

<sup>9</sup> Il fatto che si riferisca ad un organo giurisdizionale di ultimo grado dipende dal fatto che questo costituisce per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto comunitario. Par. 33: «In considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme comunitarie, la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una

decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro».

<sup>10</sup> Art. 50 *bis*, n. 4, *GebG*, aggiunto tramite legge pubblicata sul *BGBL* I, n. 130/2003.

<sup>11</sup> Art. 13 *ter*, n. 1, *GebG*, nella versione applicabile al momento della nomina del ricorrente nella causa principale (*BGBL* n. 318/1973).

<sup>12</sup> Corte giust. CE, 13 luglio 2006, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (in causa C-295/04), Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA (in causa C-296/04) e Nicolò Tricarico (in causa C-297/04) e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA (in causa C-298/04), in *Racc.*, 2006, I-6619; Id., 15 settembre 1998 (nelle cause riunite da C-279/96 a C-281/96), Ansaldo Energia e a., *ivi*, 1998, I-5025; Id., 2 dicembre 1997 (in causa C-188/95), Fantask A/S e a. c. Industriministeriet (Erhvervministeriet), *ivi*, 1997, I-06783; Id., 17 luglio 1997 (in causa C-90/94), Haahr Petroleum c. Ltd contro &Arling;ben&aring; Havn, &Arling;lborg Havn, Horsens Havn, Kastrup Havn NKE A/S, N&aelig;stved Havn, Odense Havn, Struer Havn e Vejle Havn, con l'intervento di Trafikministeriet, *ibid.*, I-4085; Id., 17 luglio 1997 (nelle cause riunite C-114/95 e C-115/95), Texaco c. Olie-selskabet Danmark, *ibid.*, I-4263; Id., 25 luglio 1991 (in causa C-208/90), Theresa Emmott c. Minister for Social Welfare e Attorney General, in *Racc.* 1991, I-04269.

<sup>13</sup> Corte giust. CE, 15 settembre 1998 (in causa C-231/96), Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis), in *Racc.*, 1998, I-04951. Caso diverso, perché riguarda ipotesi di restituzione di tributi indebitamente versati.

<sup>14</sup> In altri termini, nel caso di specie, il termine triennale si applica alla presentazione di domande dirette a far valere diritti risalenti al passato, sulla base di una normativa nazionale univoca contraria al diritto comunitario. È indubbio che il termine triennale sia di per sé compatibile con il diritto comunitario. A tal proposito ricordiamo che in passato la Corte di giustizia ha dichiarato ammissibile un termine di decadenza di un anno (Corte giust. CE, 10 luglio 1997, in causa C-261/95, Rosalba Palmisani c. Istituto nazionale della previdenza sociale, Inps, in *Racc.*, 1997, I-4025). In altre occasioni, peraltro, il giudice comunitario si è pronunciato in relazione alla compatibilità con il diritto comunitario di una disciplina nazionale che impone un termine di prescrizione pari a due, tre o cinque anni, quanto a ricorsi finalizzati al rimborso di importi pagati senza fondamento normativo. Il termine triennale è previsto, infine, in relazione

La soluzione cui aderisce la Corte di giustizia è condivisibile, se si pensa al ruolo “politico” di promotore dell’integrazione giuridica comunitaria, nel rispetto dell’autonomia degli Stati membri. Questa funzione, che impone alla Corte di mediare fra opposte istanze (centrifughe e centripete, appunto) è ben sintetizzata dall’affermazione secondo cui vanno tenuti ben distinti il principio di efficacia *ex tunc* delle sentenze comunitarie (salva espressa affermazione dello stesso giudice), e l’esercizio dei corrispondenti diritti da parte dei cittadini comunitari, il cui regime processuale è disciplinato dagli ordinamenti nazionali. Tuttavia, questo delicato equilibrio merita alcune ulteriori considerazioni, che verranno svolte in conclusione.

### 3. Conclusioni.

Con la sentenza in commento, la Corte ha ribadito che l’efficacia *ex tunc* delle sentenze della Corte di giustizia e i termini di prescrizione relativi all’esercizio dei diritti fondati sul diritto UE sono questioni che si pongono su piani distinti. Ciò detto, è inevitabile che tali elementi siano di fatto portati a sovrapporsi, il che solleva alcune questioni di rilievo che meritano un breve commento. Ci riferiamo alle conseguenze in tema di tutela delle posizioni giuridiche soggettive dell’affermazione della Corte secondo cui risulta conforme al principio di effettività del diritto UE l’applicazione di un termine di prescrizione triennale anche nel caso in cui la normativa nazionale attributiva di diritti fondati sul diritto comunitario sia stata approvata successivamente rispetto alla declaratoria di incompatibilità comunitaria del diritto interno. Nel caso in questione, al soggetto è stato accordato un adeguamento al rialzo dell’indennità a partire dal 1° ottobre 2000, a fronte di un diritto maturato precedentemente, in considerazione della retroazione degli effetti della sentenza *Koebler* al momento della approvazione della normativa interna incompatibile con il diritto comunitario. Questa soluzione è conseguenza del fatto che il prof. Barth ha proposto ricorso solo dopo aver atteso la risposta comunitaria all’azione esercitata da Koebler, ovvero solo in un momento successivo rispetto alla pronuncia della Corte di giustizia circa l’incompatibilità della normativa nazionale rispetto al diritto comunitario.

Del resto, tale soluzione appare non solo ineccepibile sotto un profilo ordinamentale, ma anche consigliabile rispetto alle dinamiche del sistema. Nell’ipotesi di inapplicabilità dei termini di prescrizione, sostanzialmente, i cittadini comunitari non avrebbero incentivo a promuovere cause, perché verrebbe privilegiata una strategia attendista rispetto ad una dichiarazione di incompatibilità della normativa nazionale attinente ad altre controversie. Il che condurrebbe ad una situazione di grave incertezza in relazione alla compatibilità o meno dei diritti nazionali rispetto al diritto UE, cui farebbe da contraltare una posizione altrettanto rischiosa per l’erario degli Stati membri, che potrebbero trovarsi da un momento all’altro a dover sborsare in-

genti somme, a titolo di indennizzo e risarcimento, senza nemmeno le limitazioni temporali costituite dall’applicazione dei termini nazionali di prescrizione<sup>15</sup>. La soluzione adottata, dunque, risulta opportuna, anche se solleva altre perplessità circa l’effettività delle posizioni giuridiche fondate sul diritto comunitario. Infatti, nel caso in questione, la Corte ha affermato, sostanzialmente, che il termine di prescrizione è applicabile in ragione del fatto che l’attore avrebbe dovuto avere la stessa perseveranza di Koebler, e quindi promuovere ricorso amministrativo prima della pronuncia della Corte di giustizia. In questo quadro, dunque, l’applicazione del termine triennale, decorrente a ritroso dalla sentenza che ha sancito l’incompatibilità del diritto nazionale rispetto al diritto UE, costituisce il “costo” che l’attore deve sopportare in conseguenza di tale attesa.

Tale soluzione, peraltro, implica altri rischi in ordine alla omogeneità della tutela delle posizioni giuridiche soggettive in tutto il territorio dell’Unione, a seconda dell’ordinamento nazionale considerato. L’applicazione del principio dell’autonomia degli Stati membri implica, infatti, che a posizioni giuridiche analoghe corrispondano, ad esempio, termini di prescrizione diversi. Inoltre, in questo caso, la soluzione in esame implica che il cittadino intraprenda le vie legali prima che la Corte di giustizia si sia pronunciata, il che determina un reale disagio per il singolo a causa del comportamento illecito del proprio Stato. Tale disagio, peraltro, sarà di diversa intensità a seconda dei rimedi nazionali applicabili, dell’efficienza, dei tempi e dei costi della giustizia in genere. In definitiva, non bisogna solo valutare il reale disagio del cittadino danneggiato, ma anche la mancata parità di trattamento fra cittadini di Stati diversi, derivante dalle difformità di disciplina e dalle sensibili discrepanze in ordine ai tempi e ai costi delle procedure nazionali.

A proposito del caso in questione, peraltro, bisogna infine ricordare che il prof. Barth potrebbe ottenere dallo Stato austriaco a titolo di risarcimento del danno la somma corrispondente al mancato adeguamento dell’indennità corrispondente al periodo precedente rispetto al 1° ottobre 2000, in applicazione della celebre “dottrina Francovich”. Tuttavia, non pare che il soggetto abbia proposto tale azione.

In conclusione, segnaliamo che, a nostro parere, la controversia in questione dimostra come termini di prescrizione ed efficacia *ex tunc* delle sentenze della Corte di giustizia europea, pur trovandosi su piani distinti sotto un profilo istituzionale, sono necessariamente destinati a sovrapporsi da un punto di vista sostanziale. Prova ne è che, nel caso in cui una sentenza della Corte di giustizia europea dichiari la violazione di una norma comunitaria attributiva di diritti da parte di una disposizione nazionale, sebbene non ne venga negata l’efficacia *ex tunc*, i diritti riconosciuti nella stessa saranno esercitati secondo il regime rimediabile nazionale, ivi compresi i termini di prescrizione. Ciò dimostra ancora una volta che il rapporto fra diritti nazionali e diritto

al periodo generale di prescrizione dei diritti nel progetto di Quadro comune di riferimento per il diritto privato europeo (DFCR III-7:201); v. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* a cura di Von Bar, Clive, Schulte, Nölke, Munich, 2008.

<sup>15</sup> In un caso di questo genere, le ragioni di compatibilità economica sembrano prevalere sulla constatazione che il legislatore nazionale, rimasto inerte di fronte al permanere di una legislazione incompatibile al diritto comunitario, ha al contempo violato il diritto comunitario e danneggiato un proprio cittadino.

comunitario non è regolato sulla base del riparto di competenze, e che vi può essere uno scarto importante fra effettività del diritto comunitario e tutela delle posizioni giuridiche sostanziali su esso fondate.

LORENZO BAIKATI


## INDENNITÀ PER L'AVVIAMENTO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 30 aprile 2010, n. 10615 — PREDEN *Presidente* — FRASCA *Relatore* — CENICCOLA *P.M.* (conf.) — Viaggi & Turismo Fortuna s.r.l. (avv.ti Medini, Plachesi) - Edilfabbricati s.r.l. (avv.ti Petronio, Pinza).

*Conferma App. Bologna, 19 luglio 2005.*

**Locazione di cose — Destinazione “uso ufficio” — Nozione — Indennità per l'avviamento commerciale — Requisiti** (C.c. art. 1362; L. 27 luglio 1978, n. 392, artt. 27, 34, 35).

*In tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, il conduttore che, in seguito alla cessazione del rapporto, chiede il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale non ha l'onere di provare che l'immobile, dato in locazione “uso ufficio”, era utilizzato per il contatto con il pubblico degli utenti e dei consumatori se questa circostanza derivi dalla stessa destinazione contrattuale dell'immobile. Ove invece la destinazione contrattuale non implichi il contatto diretto con il pubblico ma l'attività del conduttore possa in concreto implicare o non implicare tale evenienza, compete al conduttore provare che l'immobile sia stato effettivamente adibito ad attività comportante quei contatti (1).*

 *Omissis.* — 2. Il Tribunale rigettava la domanda con gravame delle spese osservando che per entrambi i locali il contratto indicava la destinazione ad uso ufficio, intendendosi per tale l'utilizzazione per attività di amministrazione, che la conduttrice deteneva, in forza di locazione stipulata con un terzo, altro immobile al civico n. 42 del Corso Garibaldi ed esso era adibito ai contatti diretti con il pubblico, e che il mutamento di destinazione operato dalla conduttrice avrebbe potuto comportare effetti ai fini della debenza dell'indennità solo dopo tre mesi dalla conoscenza avutane dalla locatrice, non spettando, invece, l'indennità a seguito di un mutamento unilaterale, mentre mancava sia la prova che vi fosse stato un accordo fra le parti sul mutamento stesso e si doveva presumere che solo all'atto del deposito della comparsa di risposta esso fosse stato conosciuto. — *Omissis.*

Il motivo è fondato, viceversa, quanto alla violazione dell'art. 1362 c.c., sia sotto il profilo dell'interpretazione lessicale, sia — parzialmente — sotto il profilo dell'indagine sulla comune intenzione delle parti.

Sotto il primo aspetto, la pattuizione della destinazione ad uso ufficio non può significare, come ritenuto dalla Corte territoriale, destinazione ad una “attività volta a finalità organizzative/contabili”: ciò contrasta con il comune modo di sentire l'espressione letterale “uso ufficio”, che è nel senso di comprendere il luogo in cui una persona fisica o un ente collettivo opera con il suo apparato organizzativo e si presta a comprendere sia la possibile articolazione di tale apparato che implichi, in relazione all'attività svolta dal soggetto di cui trattasi, la tenuta di un contatto diretto con il pubblico degli utenti e consumatori, sia quell'articolazione che svolga funzioni inerenti l'attività del soggetto che, essenziali per lo svolgimento della sua attività, quei contatti non comportino. In

sostanza, secondo il senso comune, l'implicazione necessaria della destinazione ad uso ufficio di un immobile da parte di un soggetto è che esso dev'essere adibito ad un'attività che sia espressione dell'operare professionale (in senso lato) del soggetto, ben potendo trattarsi sia di un'attività comportante i detti contatti, sia di un'attività che non li comporti.

La Corte felsinea ha, dunque, errato nell'applicazione del criterio di esegesi letterale.


Essa ha errato anche nell'applicazione del criterio di esegesi secondo la comune intenzione delle parti al di là della lettera dell'espressione, ma l'errore riguarda solo ed ancora una volta la ricostruzione della volontà delle parti di pattuire una destinazione nel senso di una “attività volta a finalità organizzative/contabili”. Posto che il contratto venne stipulato con la qui ricorrente per un uso diverso da quello abitativo e secondo il regime degli artt. 27 e ss. della l. n. 392 del 1978 e, quindi, nella contemplazione dell'attività esercitata dalla conduttrice, pacificamente di interesse turistico, l'esegesi della destinazione pattuita ad “uso ufficio” si prestava a dover essere intesa come correlata all'intero ambito della gestione e dell'organizzazione funzionale a detta attività e, quindi, sia ad attività comportante contatti che ad attività non comportante contatti diretti con il pubblico.

In sostanza, il criterio teleologico di esegesi suggeriva che la posizione delle parti fosse di un consenso all'uso dell'immobile con indifferenza rispetto all'uno e all'altro tipo di utilizzazione, cioè sia ad uffici non aventi contatti sia ad uffici aventi contatti. — *Omissis.*

In ogni caso, come s'è rilevato in chiusura dell'esame del motivo precedente non può ritenersi che una destinazione ad uso ufficio possa automaticamente intendersi come una destinazione ad un uso comportante il contatto diretto con il pubblico per il sol fatto che la conduttrice eserciti un'attività di agenzia di viaggi e turismo e che, quindi, di norma (non è da sottacere che oggigiorno ben sarebbe possibile un'attività di quella specie gestita con i clienti solo *on line*) implichi quei contatti: si è già detto che la genericità della destinazione suggerisce solo indifferenza del locatore per la destinazione nell'ambito dell'attività della conduttrice a quella parte comportante contatti o a quella che non li comporti. Sicché, agli effetti dell'art. 35 della l. n. 392 del 1978, la situazione emergente dal contratto non è quella di una destinazione ad attività comportante contatti con il pubblico, nel senso che non può ritenersi che le parti si siano rappresentate una simile destinazione come oggetto di accordo contrattuale. Onde, è il conduttore che deve provare in concreto l'adibizione a quella parte della sua attività che comporti contatti diretti con il pubblico e non ricorre la situazione per cui «In tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, il conduttore che, in seguito alla cessazione del rapporto, chiede il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale non ha l'onere di provare che l'immobile era utilizzato per il contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori se questa circostanza derivi dalla stessa destinazione contrattuale dell'immobile (nella specie, ristorante e locanda), gravando sul locatore che eccipisce la diversa destinazione effettiva l'onere di provare tale fatto impeditivo della pretesa del conduttore, ai sensi dell'art. 2697 c.c., comma 2» (Cass. n. 11405 del 1992). — *Omissis.*

Si deve, infatti, rilevare che «In tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, il conduttore che, in seguito alla cessazione del rapporto, chiede il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale non ha l'onere di provare che l'immobile era utilizzato per il contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori se questa circostanza derivi dalla stessa destinazione contrattuale dell'immobile (nella specie, ristorante e locanda), gravando sul locatore che eccipisce la diversa destinazione effettiva l'onere di provare tale fatto impeditivo della pretesa del conduttore, ai sensi dell'art. 2697, comma secondo, cod. civ.» (Cass. n. 11405 del 1992). *Ex adverso*, una volta che la destinazione contrattuale — cioè quella individuata dalle parti — non implichi il contatto diretto con il pubblico, bensì, nel quadro dell'attività della parte conduttrice od anche della stessa destinazione prevista dalle parti che — come nel caso di specie — possa in con-

creto implicare o non implicare quei contatti, compete al conduttore provare che, com'era lecito nell'economia del regolamento contrattuale, l'immobile è stato effettivamente adibito ad attività comportante quei contatti. — *Omissis*.

 (1) Il supremo Collegio è intervenuto a chiarire l'esatto significato da attribuire all'espressione "uso ufficio" con riferimento all'attività da esercitarsi negli immobili locati con destinazione diversa dall'abitazione e, in particolare, se detta generica locuzione si presti a comprendere anche attività comportanti contatti con il pubblico.

Nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno specificato che sarebbe limitativo nonché contrario al senso comune circoscrivere la pattuizione della destinazione "uso ufficio" unicamente ad un'impresa esercitante attività organizzativo-contabili; al contrario, con tale espressione si deve intendere il luogo in cui una persona fisica o ente collettivo agisce con il suo apparato organizzativo e le relative articolazioni e, a seconda dell'attività svolta dal soggetto in questione, può comprendere sia un contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori, sia attività che non implicano un tale contatto<sup>1</sup>.

Incidentalmente, occorre considerare, tra l'altro, che la clientela rappresenta anche un'importante componente dell'avviamento commerciale<sup>2</sup>, inteso come capacità dell'azienda (in quanto complesso organizzato di vari elementi) di conseguire un profitto maggiore di quello ritraibile dall'impiego dei singoli elementi del complesso isolatamente considerati<sup>3</sup>. Tale capacità di profitto, dunque, in quanto riferibile all'azienda e non all'impresa, permane, una volta sorta, anche in caso di mutamento dell'imprenditore, con conseguente riconoscimento all'azienda di un valore di mercato su-

periore al valore netto patrimoniale dei singoli elementi<sup>4</sup>.

La giurisprudenza ha individuato numerosi parametri per stabilire la sussistenza o meno di un contatto con la clientela: si è osservato che esso può ritenersi esistente qualora l'imprenditore offra i propri prodotti o servizi alla collettività in genere, indipendentemente dal motivo per il quale i clienti vi si rivolgono (*ratione loci* o per altre ragioni)<sup>5</sup>. Secondo alcuni è necessario che i contatti avvengano nel locale e attraverso modalità che coinvolgono direttamente il luogo di ubicazione dell'azienda (e non quindi tramite uso del telefono, della posta ecc.); per altri si deve trattare, inoltre, di contatti caratterizzati da una certa consistenza e frequenza<sup>6</sup>.

Ebbene, ad avviso della suprema Corte, la genericità dell'espressione "uso ufficio" sta a indicare soltanto un sentimento di indifferenza del locatore rispetto alla destinazione, nel quadro dell'attività della parte conduttrice, ad attività implicanti o meno contatti con il pubblico.

Al fine poi di individuare l'effettiva destinazione che le parti hanno inteso conferire all'immobile al di là del dato puramente letterale, soccorre il criterio teleologico di esegesi, che consente all'interprete di indagare la comune intenzione delle parti all'atto della sottoscrizione del contratto.

Ove non risulti con chiarezza che la comune intenzione delle parti fu diretta alla destinazione dell'immobile ad un'attività aperta al pubblico dei clienti e degli utenti, sarà il conduttore, al momento della cessazione della locazione, a dover dimostrare l'effettiva utilizzazione dell'immobile per il contatto diretto con il pubblico<sup>7</sup> qualora pretendesse di vedersi corrispondere dal locatore l'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Nel caso di specie, trattandosi di impresa esercente attività turistica, l'esegesi dell'espressione "uso ufficio" ben si prestava ad essere interpretata sia come attività implicante contatti diretti con il pubblico che come attività non comportante detti contatti. Tuttavia, dal contratto non emergeva la volontà delle parti di accordarsi per una destinazione ad attività aperta al pubblico.

<sup>2</sup> Essa rappresenta infatti il flusso di domanda di beni e servizi indirizzato stabilmente verso la sede di una determinata impresa. In tal senso, cfr. LAZZARO-PREDEN, *La tutela dell'avviamento commerciale*, in *Le locazioni per uso non abitativo*, Milano, 1998, 711 e segg.

<sup>3</sup> Cfr. AULETTA, voce "Avviamento", in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 631; BUCCI-MALPICA-REDIVO, *Manuale delle locazioni*, Padova, 1989, 481 e segg. La Corte costituzionale, con sentenza del 5 maggio 1983, n. 128, ha espressamente affermato che la finalità del legislatore del 1978 era quella di concedere una particolare tutela a quei conduttori che esercitano un'impresa comportante un contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori, in *Giur. Cost.*, 1983, I, 770.

<sup>4</sup> Secondo alcuni appare improprio ritenere che vi sia una necessaria coincidenza fra avviamento e clientela, poiché oltre a questa vi sono ulteriori cause e componenti, individuabili nella qualità dei beni prodotti e dei servizi forniti, nei rapporti con i fornitori e con i finanziatori istituzionali, nell'abilità dei collaboratori e nelle relazioni intrattenute con essi, nella disponibilità di brevetti e privative, oltre all'impiego di adeguate tecniche commerciali e pubblicitarie e utilizzazione di attrezzature e strumenti moderni ed efficienti. Cfr. MICANGELI, *Indennità per la perdita dell'avviamento: la presenza di professionisti non esclude la caratterizzazione come commerciale dell'attività svolta nell'immobile locato*, in *Giur. di Merito*, 1999, 3, 489.

<sup>5</sup> Pret. Milano, 9 maggio 1985, in *Arch. loc.*, 1985, 782.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., 27 aprile 1990, n. 3551, in *Arch. loc.*, 1990, 476; Trib. Roma, 21 luglio 1992, *ivi*, 1992, 593; Id. Milano, 6 dicembre 1984, *ivi*, 1985, 326.

<sup>7</sup> L'onere della prova in merito alla caratterizzazione come attività che effettivamente comporti contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, sarebbe dunque a carico del conduttore, ai fini della percezione dell'indennità, non avendo il giudice nessun dovere di promuovere d'ufficio tale accertamento. Cfr. Cass., 15 maggio 1997, n. 4273, in *Arch. loc.*, 1997, 619; Id., 5 marzo 1990, n. 1699, *ivi*, 1990, 499. In tal senso, v. la recentissima Cass., 19 maggio 2010, n. 12278, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 5: «Ai fini del riconoscimento del diritto del conduttore all'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale rileva che i locali locati siano effettivamente destinati ad attività che comporta il contatto con il pubblico e che, quindi, tali locali siano aperti alla frequentazione diretta ed indifferenziata dei clienti che abbiano necessità e interesse ad entrare in contatto con l'impresa; grava sul conduttore l'onere di fornire, con qualsiasi mezzo, la prova della relativa situazione di fatto, sempre che siffatta frequentazione non risulti implicitamente, in virtù del notorio, dalla destinazione dell'immobile ad attività che necessariamente la implichi, mentre nessun rilievo assume, a tal fine, la clausola contrattuale con la quale il conduttore dichiara unilateralmente che l'immobile verrà utilizzato per lo svolgimento di attività che hanno contatti diretti con il pubblico di utenti e consumatori». (Sulla base del suddetto principio la suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva negato l'indennità in relazione allo svolgimento nei locali locati dell'attività di amministratore di condomini).

<sup>8</sup> L'art. 34 legge n. 392/1978 prevede infatti la corresponsione dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale nel caso di cessazione del rapporto di locazione, relativamente agli

A tale ipotesi, evidenza infatti la Corte, mal si attaglierebbe l'orientamento, fatto proprio *ex multis* da Cass., 17 ottobre 1992, n. 11405<sup>9</sup>, in base al quale, nel caso in cui risulti dalla destinazione contrattuale l'utilizzazione del locale per il contatto diretto con il pubblico, incombe sul locatore che eccipisca la diversa concreta destinazione l'onere di provare tale fatto impeditivo della pretesa di controparte, non gravando dunque sul conduttore l'onere di provare l'adibizione dell'immobile ad attività aperta al pubblico.


### PRELIMINARE “AD EFFETTI ANTICIPATI”

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 1° marzo 2010, n. 4863 — PROTO *Presidente* — BERNABAI *Relatore* — APICE *P.M.* (conf.) — Alfa s.r.l. (avv. Di Biase) - Rapposelli (avv. Durante).

*Cassa con rinvio App. L'Aquila, 3 settembre 2004.*

**Contratti in genere — Promessa di vendita “ad effetti anticipati” — Possesso in materia civile — Trasferimento — Esclusione — Sussiste** (C.c. artt. 1141, 1158, 1351).

*Pur in presenza di un contratto preliminare ad effetti anticipati (nella specie, la consegna dell'immobile e il pagamento del prezzo erano già avvenuti), solo con il rogito si ha l'effetto traslativo; prima di tale momento il promissario acquirente resta un detentore, sia pure qualificato, e rispetto al bene non ha l'animus possidendi che vale ai fini dell'usucapione del bene* (1).

 *Omissis.* — Nella promessa di vendita, infatti, quando venga convenuta la consegna del bene prima del perfezionamento del contratto definitivo, non si verifica un'anticipazione degli effetti traslativi, in quanto la disponibilità in tal modo conseguita dal promissario acquirente ha mera natura di detenzione, sia pur qualificata, collegata ad un contratto con effetti obbligatori, costitutivo di reciproci diritti di credito ad un fare (prestazione del successivo consenso); e non di possesso utile *ad usucapionem*: salva la dimostrazione di una sopraggiunta *interservio possessionis* nei modi di cui all'art. 1141, comma 2, cod. civ. (Cass., Sez. Unite, 27 marzo 2008, n. 7930).

Solo il possessore, infatti, e non anche il detentore, può usucapire il bene (e godere delle azioni di manutenzione e di rinuncia: artt. 1170 e 1171 cod. civ.); mentre, al promissario acquirente va riconosciuta una detenzione qualificata, esercitata nel proprio interesse, ma *alieno nomine*; in assenza

dell'*animus possidendi*, escluso dalla consapevolezza che l'effetto traslativo non si è ancora prodotto.

In conclusione, anche in presenza del cd. preliminare ad effetti anticipati — che pure ha certo portata ben più pregnante del paradigmatico *pactum de contraendo* — è pur sempre il contratto definitivo, espressione di autonomia negoziale e non mero atto dovuto *solvendi causa*, a produrre l'effetto traslativo reale: restando esclusa la scissione tra *titulus* e *modus acquirendi* (eventualmente, anche mediante atto non negoziale), che era propria del diritto romano ed è tuttora vigente in taluni ordinamenti moderni, come quello tedesco.

Entro questa cornice concettuale, la consegna della cosa e l'anticipato pagamento del prezzo non sono incompatibili, in ultima analisi, con la figura del preliminare, né indice della natura definitiva della compravendita; quale che ne sia la giustificazione causale: se per clausola atipica, introduttiva di una obbligazione aggiuntiva, o per collegamento negoziale (preliminare di compravendita, comodato e mutuo gratuito: in questo senso, Cass., Sez. Un., 7930/2008, cit.).

In applicazione dei predetti principi, appare dunque erronea la decisione della Corte d'appello di L'Aquila nella parte in cui ha dichiarato l'acquisto per usucapione in forza della prolungata detenzione da parte della signora D.M. e dei suoi eredi. — *Omissis.*

### (1) Contratto preliminare “ad effetti anticipati” e accordo atipico di cessione del possesso: una questione di interpretazione

**SOMMARIO:** 1. Il contratto preliminare con clausole anticipatorie e la questione del trasferimento del possesso *ad usucapionem* ovvero della mera detenzione qualificata. — 2. Le posizioni a favore e contro la circolazione del possesso. Per un approccio casistico. — 3. Critica alla ricostruzione in termini di collegamento negoziale e superamento della logica del “tipo” e della sussunzione. — 4. Il preliminare “ad effetti anticipati” quale accordo atipico di cessione del possesso. Il ruolo del notaio.

#### 1. Il contratto preliminare con clausole anticipatorie e la questione del trasferimento del possesso ad usucapionem ovvero della mera detenzione qualificata.

Il caso deciso nella sentenza in epigrafe offre occasione all'interprete per verificare la compatibilità rispetto al nostro ordinamento del contratto preliminare con clausole c.d. anticipatorie. La questione risulta influenzata, in primo luogo, da un orientamento poco chiaro e schizofrenico della giurisprudenza che, come è noto, ha sancito nel 2008, mutando completamente rotta rispetto al passato, la non idoneità della figura in esame a trasferire in capo al promissario acquirente il possesso ai fini di usucapire il bene oggetto dell'accordo<sup>1</sup>.

immobili adibiti ad uso diverso dall'abitativo, purché non dovuta a risoluzione per inadempimento, o disdetta o recesso del conduttore, nonché ad una delle procedure previste dal R.D. 16 marzo 1942, n. 267. Il successivo art. 35 esclude dall'ambito di applicazione della norma, tra gli altri, i rapporti di locazione relativi ad immobili nei quali vengano svolte attività che non comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori o destinati all'esercizio di attività professionali. La *ratio* di tali norme è da ravvisarsi nella necessità di apprestare adeguata tutela all'imprenditore che, alla cessazione del rapporto di locazione, si trova a dover trasferire altrove l'attività imprenditoriale, con presupposta perdita dell'avviamento commerciale. La particolare ristrettezza e specificità della clientela non rilevarebbe ai fini della corresponsione dell'indennità, v. Cass., 11 gennaio 1988, n. 22, in *Arch. loc.*, 1988, 369 e ribadito in *Id.*, 15 marzo 1989, n. 1304, *ivi*, 1989, 475.

<sup>9</sup> In *Giust. Civ. Mass.*, 1992, X, ove si legge: «In tema di locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, il conduttore che, in seguito alla cessazione del rapporto, chiede il pagamento dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale, non ha l'onere di provare che l'immobile era utilizzato per il contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori se questa circostanza derivi dalla stessa destinazione contrattuale dell'immobile (nella specie, ristorante e locanda), gravando sul locatore che eccipisca la diversa destinazione effettiva l'onere di provare tale fatto impeditivo della pretesa del conduttore, ai sensi dell'art. 2697, comma 2 c.c.».

<sup>1</sup> In un primo momento la figura in esame è stata infatti ricondotta alla concessione precaria senza ulteriori specificazioni (Cass., 10 luglio 1929, in *Repertorio Foro It.*, 1929, voce “Vendita”, n. 69). Successivamente, la suprema Corte ha attribuito

La pronuncia in commento, infatti, si colloca all'interno di quest'ultimo indirizzo interpretativo. Il fatto è quello di una promessa di vendita di bene immobile alla quale era seguito l'anticipato pagamento del prezzo. La suprema Corte, uniformandosi all'opzione interpretativa oggi dominante, ha chiarito che — quale che sia la giustificazione causale (clausola atipica introduttiva di un'obbligazione aggiuntiva o collegamento negoziale) del ricorso a tale schema contrattuale — è sempre il contratto definitivo a produrre l'effetto traslativo reale; conseguentemente, la disponibilità del bene conseguita dal promissario acquirente, in quanto esercitata nel proprio interesse ma *alieno nomine*, in assenza dell'*animus possidendi*, ha natura di detenzione qualificata e non di possesso utile *ad usucapionem*, salvo, ovviamente, la dimostrazione di una sopraggiunta *interversio possessionis* nei modi previsti dall'art. 1141, comma 2, c.c. (contrariamente a quanto opinato dalla Corte di L'Aquila cassata).

Invero, tale opinione non convince soprattutto per i toni assertivi impiegati. È sempre vero, infatti, che l'inserzione nel regolamento negoziale di clausole anticipatorie sia esclusivamente idonea a costituire in capo al promissario acquirente una situazione di mera detenzione qualificata? O vi possono essere ipotesi a fronte delle quali le parti abbiano inteso effettivamente trasferire il possesso? In un'epoca storica, nella quale anche la Corte di cassazione mostra di possedere una certa dimestichezza con la nozione di causa in concreto identificata con gli interessi realmente perseguiti tra le parti<sup>2</sup>, la posizione sostenuta nella sentenza in commento appare allora quantomeno monolitica, specie in assenza di una reale indagine intorno alla volontà effettiva dei soggetti contraenti. Una siffatta posizione, ove generalizzata, potrebbe addirittura privare di meritevolezza l'intero affare<sup>3</sup>, per esempio quando il promissario acquirente si sia indotto a contrattare prevalentemente in vista della possibilità di compiere sul bene tutta quella attività economicamente produttiva che identifica il possesso *ex art. 1140 c.c.*

Corollario di quanto osservato è altresì che l'opinione espressa al giudice di legittimità sembra essere eccessivamente ancorata alla logica del sillogismo inter-

pretativo e al canone della interpretazione letterale. In altri termini, il trasferimento del possesso è fatto discendere esclusivamente dalla realizzazione del “tipo vendita” (definitiva); là dove, in assenza di un negozio sussumibile entro lo schema della compravendita definitiva, si discorre soltanto di detenzione qualificata.

Sotto altro aspetto, il ritorno della Cassazione al mero *pactum de contrahendo* costituisce un chiaro regresso rispetto alle posizioni di apertura della stessa giurisprudenza di legittimità in merito alla possibilità per il giudice di merito di controllare il preliminare (e il regolamento di interessi in esso divisato) attraverso lo strumento delle sopravvenienze, così garantendo una più ampia tutela, rispetto al passato, al promissario acquirente.

Con ciò non si intende certamente ammettere indiscriminatamente la figura del contratto preliminare traslativo del possesso, ma ci si pone semplicemente l'interrogativo, in una prospettiva eminentemente casistica, se il trasferimento anticipato del possesso possa rispondere a un interesse delle parti meritevole di tutela. Il ruolo dell'interprete e, segnatamente del notaio, ne esce così inevitabilmente responsabilizzato.

## 2. Le posizioni a favore e contro la circolazione del possesso. Per un approccio casistico.

Non può che ripercorrersi a grandi tappe la discussa vicenda della ammissibilità o meno della circolazione separata dello *ius possessionis* rispetto allo *ius possidendi*. Come è noto, la questione risulta intimamente connessa a quella della natura giuridica del possesso, ora ricondotto alla categoria dei meri fatti<sup>4</sup>, ora a quella del diritto soggettivo<sup>5</sup>, della aspettativa giuridica<sup>6</sup>, dei diritti affievoliti<sup>7</sup>, dell'interesse legittimo<sup>8</sup>, della autotutela processuale<sup>9</sup>. Va poi preliminarmente osservato che il problema in discorso coinvolge le sole fattispecie strumentali (*ius ad rem*) all'acquisto di un diritto (*ius in re*)<sup>10</sup>: si pensi alla vendita di cosa altrui, alla vendita con riserva di proprietà (sebbene si discuta del suo carattere di vendita obbligatoria), alla cessione in godimento di alloggi Erp (edilizia residenziale pubblica), allo stesso contratto preliminare “ad effetti anticipati”. Proprio la dinamica entro la quale si realizza la vendita

allo schema del preliminare con clausole accessorie l'idoneità a trasferire in capo al promissario acquirente direttamente lo *ius possessionis* (cfr., da ultimo, Id., 22 luglio 2003, n. 11415, in *Notariato*, 2005, 169 e segg.). Nel 2008, le Sezioni unite della Cassazione hanno mutato radicalmente indirizzo, imputando al preliminare “ad effetti anticipati” la costituzione di una mera situazione di detenzione qualificata *alieno nomine* (cfr. Id., Sez. un., 27 marzo 2008, n. 7930, in *Corriere Giur.*, 2008, 1085, con nota di PUCE, *Immissione del promissario acquirente nella disponibilità del bene: possesso o detenzione?*).

<sup>2</sup> Cfr., di recente, Cass., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Foro It.*, 2009, I, 214: posto che l'impossibilità dell'esecuzione nel contratto di viaggio «tutto compreso» è da valutarsi in relazione all'interesse da soddisfare del creditore turista, l'inutilizzabilità della prestazione estingue il rapporto obbligatorio per irrealizzabilità della causa concreta (nella specie, non era stato possibile garantire *relax* e svago al turista, per la presenza di un'epidemia nel luogo di destinazione del viaggio).

<sup>3</sup> In virtù di una simile impostazione la Cassazione ha, per esempio, escluso categoricamente l'utilità per le parti e la concreta meritevolezza dello schema del c.d. “preliminare del preliminare”, sancendone la nullità per difetto di causa (cfr.

Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, I, 998).

<sup>4</sup> WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, Torino, 1925, I, 2, 507; BARASSI, *Diritti reali e possesso*, II, *Il possesso*, Milano 1952, 485 e segg.

<sup>5</sup> NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, Milano, 1962, I, 49; CARIOTA FERRARA, *Il possesso come figura tipica di diritto soggettivo patrimoniale*, in *Dir. e Giur.*, 1966, 705 e segg.; MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano 1965, II, 245 e segg.

<sup>6</sup> NATOLI, *Il possesso*, Milano, 1992, 152.

<sup>7</sup> BRANCA, *Il possesso come diritto affievolito*, in *Scritti in onore di Carnelutti*, Padova, 1950, III, 383.

<sup>8</sup> ZANOBINI, *Interessi occasionalmente protetti nel diritto privato*, in *Studi in memoria di Fr. Ferrara*, Milano, 1943, II, 718; DENTI, *Studi sul processo possessorio*, in *Studi di scienze giuridiche sociali dell'Università di Pavia*, XXX, 1949, 182 e segg.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Roma, 1956, I, 202; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1923, rist. 1965, I, 51.

<sup>10</sup> PERLINGIERI, *I negozi su beni futuri*, I, *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, 1962, spec. 181 e segg.

di cosa altrui e con riserva di proprietà, nonché la cessione di alloggi Erp, possono suggerire una più corretta chiave di lettura del fenomeno in analisi. Infatti, mentre nel caso di vendita di cosa altrui, il trasferimento del possesso potrebbe ammettersi soltanto ove l'altruità del bene sia ignorata dal compratore, nel caso di vendita con riserva di proprietà, non pare del pari potersi ammettere il trasferimento dello *ius possessionis*, posto che la normativa codicistica (artt. 1523 e segg. c.c.) introduce una serie di garanzie in favore del venditore incompatibili con la suddetta cessione del possesso. Anche per la cessione in godimento di alloggi Erp, di là dalla questione della natura giuridica del procedimento pubblico-privato che essa comporta, sembra che il trasferimento del possesso sul bene incontri l'ostacolo (di liceità e di meritevolezza) dell'utilità sociale di tale operazione, giacché l'assegnazione dovrebbe avvenire non già in favore di un unico e definitivo possessore, bensì unicamente a vantaggio del soggetto più bisognoso in base ad una graduatoria pubblica<sup>11</sup>. Con tale situazione sarebbe incompatibile anche un eventuale intento speculativo del cessionario, invece ammesso in passato dalla Cassazione<sup>12</sup>. In definitiva, le considerazioni fin qui sviluppate mirano a sottolineare come il trasferimento anticipato del possesso non possa escludersi *a priori*, ma soltanto a seguito di un'attenta valutazione degli interessi (pubblici e privati) sottesi alla operazione di riferimento.

In questa sede si intende altresì proporre una possibile chiave di risoluzione del problema della circolazione del possesso, questa volta sganciata dalla tradizionale impostazione che fa leva sulla scissione tra situazione di fatto e situazione di diritto<sup>13</sup> o sul paradigma dell'attività<sup>14</sup> (dove la tesi della impossibilità o illiceità dell'oggetto dell'accordo traslativo del possesso<sup>15</sup>, ovvero della impossibilità di un acquisto a titolo derivativo dello *ius possessionis*)<sup>16</sup>. Piuttosto, l'ammissi-

sibilità del trasferimento del possesso andrebbe vagliata nel quadro funzionale degli interessi in gioco, prendendo atto dell'autonoma produttività del possesso in linea con gli artt. 41 e 42 Cost.<sup>17</sup>, come tale possibile oggetto di lesione fonte di danno risarcibile<sup>18</sup> (si pensi al tema correlato delle espropriazioni sanzionatorie, della prescrittibilità della proprietà e dell'usucapione premiale). A tale riguardo, non può escludersi che le parti, nel caso concreto, proprio tramite la cessione del possesso possano accollarsi il rischio dell'usucapione del bene da parte di un terzo rivendicante<sup>19</sup> o possano rinunciare all'apparato di tutele processuali apprestate in favore del possessore<sup>20</sup>. Si è in presenza, in tali situazioni, di specifiche ipotesi di accordi atipici di trasferimento del possesso oggi riconosciuti in dottrina<sup>21</sup>. Si tratta di accordi reali a causa variabile e a forma libera, sia leciti, poiché non contrari a norme imperative o inderogabili del sistema, sia meritevoli di tutela in ragione della stessa opportunità di non funzionalizzare in maniera assoluta l'istituto della proprietà.

### 3. Critica alla ricostruzione in termini di collegamento negoziale e superamento della logica del “tipo” e della sussunzione.

L'aspetto da ultimo richiamato pone in luce le evidenti aporie della costruzione adottata dalle Sezioni unite nel 2008. Se questa ha il pregio di assicurare una qualche certezza giuridica nell'approccio al fenomeno del preliminare “ad effetti anticipati”, quale strumento di scissione tra *modus* e *titulus acquirendi*, dall'altro lato, l'opzione — da alcuni definita come «un mitologico cerbero»<sup>22</sup> — per il collegamento negoziale tra un contratto di mutuo gratuito di denaro (dal lato del promissario acquirente) e un contratto di comodato del bene immobile (dal lato del promittente venditore), già proposta in dottrina<sup>23</sup>, non sembra cogliere le peculiarità degli intenti concreti. Difatti, nell'intenzione delle parti non vi

<sup>11</sup> Lo nota GRASSO, *La «trasferibilità» del possesso nei contratti obbligatori*, in *Contratto e Impresa*, 2002, 719, per il quale «l'attribuzione di una posizione di godimento quasi dominicale come il possesso, fin dal primo momento della assegnazione, contrasta con l'interesse collettivo a che il bene sia ceduto a colui che ne abbia bisogno».

<sup>12</sup> Cass., 2 settembre 1995, n. 9266, in *Giust. Civ.*, 1996, I, 3265 e segg.

<sup>13</sup> TROISI, *Circolazione del possesso e autonomia privata*, in TROISI-CICERO, *I possessi*, in *Trattato di diritto civile del CNN* a cura di Perlingieri, Napoli-Roma, 2005, 212.

<sup>14</sup> ALCARO, *Note in tema di trasferimento del possesso*, in *Vita Notar.*, 1999, 487 e segg.

<sup>15</sup> PADULA, *La «vendita del possesso»*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, 839.

<sup>16</sup> SACCO-CATERINA, *Il possesso*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2000, VII, 215.

<sup>17</sup> TROISI, *op. cit.*, 260 e seg.

<sup>18</sup> Per una disanima di tale profilo, tra «tutela aquiliana» e «tutela possessoria» del possesso, v. TENELLA SILLANI, *Il risarcimento del danno da lesione del possesso*, Milano, 1989, *passim*. Identifica la lesione del possesso quale fatto ingiusto *non iure ex art. 2043 c.c.*, TROISI, *op. cit.*, 311 e seg.

<sup>19</sup> MAISTO, *Le ragioni della validità degli accordi sulla cessione del godimento della cosa da parte del mero possessore*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2002, 764. L'autore ritiene che la circolazione volontaria del possesso sia equiparabile alla rinuncia ad esperire l'azione di spoglio entro il termine annuale di prescrizione. Inoltre, essa può formare oggetto di moduli circolatori diversi

dalla vendita, quali la donazione, ovvero assumere funzione estintiva dell'obbligazione (si pensi al caso di *datio in solutum* realizzata tramite la cessione del possesso in luogo dell'adempimento esatto).

<sup>20</sup> GRASSO, *op. cit.*, 707: «La rinuncia pattuita alla tutela possessoria è un contratto avente rilievo *inter partes*. Non può, quindi, essere opposto a terzi ma solo nei confronti del precedente possessore».

<sup>21</sup> GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli-Roma, 2007, *passim*. V., sul profilo in esame, TENELLA SILLANI, voce «Possesso e detenzione», in *Digesto Civ.*, XIV, Torino, 1996, 31: «Possessore deve essere altresì considerato il promissario compratore al quale sia stata consegnata la cosa in esecuzione di un preliminare di vendita cosiddetto ad effetti anticipati [...]. Nel contratto di compravendita il possesso si trasferisce all'acquirente solo quando l'alienante esegue l'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 1 c.c. [...] — ergo — la consegna della cosa nella disponibilità del promissario acquirente realizzando un'anticipazione degli effetti obbligatori del contratto traslativo della proprietà, è idonea ad attribuire a tale soggetto la qualifica di possessore (anche ai fini dell'usucapione): il suo potere di fatto non può invero che corrispondere all'esercizio del diritto reale, di cui è destinato a divenire titolare per effetto del definitivo o eventualmente, nei limiti in cui ciò sia possibile, della sentenza definitiva ai sensi dell'art. 2932 c.c.».

<sup>22</sup> PUCE, *op. cit.*, 1097.

<sup>23</sup> Cfr. GAZZONI, *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia consegnata la cosa è detentore o possessore?*, in *Riv. Notar.*, 2001,



è alcun intento restitutorio (effetto primario, invece, del mutuo e del comodato). Né può dirsi, analizzando propriamente il profilo della causa dell'accordo, che le parti abbiano inteso dar luogo a due contratti a titolo gratuito. Viceversa, i contraenti perseguono interessi prettamente economici e cercano, attraverso reciproci sacrifici, di bilanciare le loro ragioni<sup>24</sup>.

Richiamando dunque quanto già osservato, la migliore qualificazione del fenomeno potrebbe essere proprio nel senso di annoverare nel *genus* degli accordi atipici di cessione del possesso anche il preliminare con clausole anticipatorie. D'altronde, una tale qualificazione è stata sostenuta già da autorevole dottrina<sup>25</sup>, peraltro in un'epoca storica eminentemente protesa a sminuire la portata e l'autonomia del contratto preliminare rispetto a quello definitivo. Così, preso atto della distinzione — circolante in dottrina e giurisprudenza — tra preliminare puro e preliminare complesso e valorizzando l'attuale nozione di causa in concreto, andrebbero guardate quantomeno con diffidenza quelle opzioni che propugnano il ricorso a «categorie mentitorie»<sup>26</sup> legate ancora alla logica del “tipo” e della fattispecie astratta, nonché della sussunzione (si pensi alla qualificazione a titolo di vendita *sub condicione*)<sup>27</sup>, ovvero al concetto di «abuso del tipo negoziale»<sup>28</sup>. Per altro verso, il ricorso, pur proposto, alla categoria dei negozi misti o complessi non pare opportuno, almeno fino a quando l'utilizzo di tali paradigmi sia funzionalizzato — come ancora accade in giurisprudenza — all'applicazione della teoria dell'assorbimento o della combinazione, anziché all'individuazione della disciplina più adeguata a regolare il caso concreto<sup>29</sup>.

Viceversa, la stessa evoluzione della giurisprudenza, sempre più propensa a configurare il definitivo come mero atto solutorio<sup>30</sup>, nonché a considerare la causa del contratto preliminare autonoma rispetto a quella del definitivo<sup>31</sup>, ammettendo dunque la sanatoria di eventuali vizi del consenso scoperti nelle more della stipulazione del definitivo<sup>32</sup> e la proponibilità delle azioni edilizie da parte del promissario acquirente<sup>33</sup>, come pure a ricollegare al preliminare la genesi di obblighi di buona fede oggettiva a carico del promittente venditore<sup>34</sup>, dimostra la necessità di garantire al contratto preliminare un autonomo *ubi consistam* nel si-

stema, all'uopo qualificandolo, ove ne ricorrano gli estremi, come accordo atipico di cessione del possesso.

#### 4. Il preliminare “ad effetti anticipati” quale accordo atipico di cessione del possesso. Il ruolo del notaio.

L'ammissibilità di un tale accordo atipico di trasferimento dello *ius possessionis* andrà vagliata in concreto sia sul piano della liceità sia su quello della meritevolezza. Il compito non può che ricadere sul notaio richiesto della redazione dell'atto, il quale dovrà attentamente valutare le intenzioni reali delle parti. Una clausola anticipatoria, per esempio, potrà essere inserita nel regolamento tutte le volte che l'operatore ravvisi la meritevolezza della stessa: si pensi al caso in cui debba procedersi al frazionamento del bene, nonché alla ristrutturazione dello stesso, ovvero alla realizzazione di intenti speculativi mediante la cessione del contratto a terzi<sup>35</sup>; il tutto a fronte del pagamento di una somma cospicua quale acconto sul prezzo o dell'intero prezzo. Non può revocarsi in dubbio che, a fronte di tali ipotesi — le quali andrebbero analiticamente documentate nell'atto — il promissario acquirente assuma le vesti di «un proprietario *in pectore*»<sup>36</sup>, avendo peraltro già corrisposto l'intero prezzo del bene o quantomeno un acconto rilevante. Lo stesso sarà tenuto, in un'ottica di riequilibrio della fattispecie, a versare al promittente venditore gli interessi compensativi sul prezzo *ex art.* 1499 c.c.

Là dove invece il notaio rogante ravvisi l'immeritevolezza in concreto di una pattuizione anticipatoria, se non addirittura l'illiceità della stessa, egli dovrebbe espressamente astenersi dall'inserire la clausola anticipatoria nel regolamento. Si pensi al caso in cui l'effetto anticipatorio — in base alla teoria della simulazione già elaborata in tema di alienazioni a scopo di garanzia — risulti di fatto contrario al divieto del patto commissorio *ex art.* 2744 c.c., allorquando, cioè, le parti funzionalizzano la consegna del bene esclusivamente a mera garanzia del pagamento del prezzo-acconto<sup>37</sup>.

Quando infine gli stipulanti abbiano espressamente dichiarato al notaio di non voler realizzare alcun trasferimento del possesso a fronte della consegna del bene, allora sarebbe opportuno inserire nel regolamento un'apposita clausola che ponga a carico del promissario acquirente un mero dovere di custodia della cosa

723 e segg., in nota a Cass., 3 novembre 2000, n. 14358 e a Id., 28 giugno 2000, n. 8796.

<sup>24</sup> Già critica è l'impostazione di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2004, II, 88, secondo il quale «il giudice accorto rifiuta costantemente di ravvisare un contratto gratuito collegato ad un contratto oneroso. La presenza dell'altro contratto distrugge infatti la gratuità».

<sup>25</sup> PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento dei beni in proprietà*, in *Riv. Società*, 1970, 913 e segg.; MESSINEO, *Il contratto in generale*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1973, I, 577.

<sup>26</sup> La significativa espressione è di SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, cit., II, 43.

<sup>27</sup> Cass., 19 settembre 1978, n. 4194, in *Giust. Civ.*, 1978, I, 1959.

<sup>28</sup> V., infatti, CASTRONOVO, *La contrattazione immobiliare abitativa*, in *Jus*, 1986, 29 e segg., per la notazione che le prestazioni accessorie rispetto al contratto preliminare c.d. “puro” sono un abuso del tipo contrattuale.

<sup>29</sup> Propende per il superamento di siffatte teoriche, in quanto eccessivamente legate alla logica della sussunzione, PERLINGIE-

RI, *In tema di tipicità e atipicità nei contratti*, in ID., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, 408 e segg.

<sup>30</sup> Secondo l'autorevole prospettazione di GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 64, che l'autore riferisce specialmente ai contratti ad effetti reali.

<sup>31</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 13<sup>a</sup> ed., Napoli, 2007, 883.

<sup>32</sup> Cass., 28 aprile 1989, n. 1993, in *Not. giur. Lav.*, 1989, 382.

<sup>33</sup> Cass., 5 giugno 2000, n. 7471, in *Repertorio Foro It.*, 2000, voce “Contratto in genere”, n. 510.

<sup>34</sup> Cass., 18 ottobre 2004, n. 20399, in *Contratti*, 2005, 429 e segg., con nota di SELVINI, *Buona fede e preliminare di compravendita ad effetti anticipati*.

<sup>35</sup> TOSCHI VESPASIANI, *La situazione soggettiva del promittente nel «preliminare ad effetti anticipati»*, in *Contratti*, 2008, 190.

<sup>36</sup> TOSCHI VESPASIANI, *op. cit.*, 198.

<sup>37</sup> GIULIANO, *Il preliminare ad effetti anticipati: una collocazione problematica*, in *Notariato*, 2008, 399.

(con l'annessa responsabilità *ex recepto* in caso di inadempimento dello stesso)<sup>38</sup>.

Ne discende che il ruolo del notaio assume decisiva rilevanza nel procedimento finalizzato all'acquisto definitivo del diritto reale sul bene<sup>39</sup> (specie, come più di frequente accade, nelle compravendite immobiliari). Difatti, tanto più l'interpretazione della volontà delle parti sarà accurata e fedele *ex ante*, tanto meno potranno sorgere *ex post* future controversie interpretative portate alla cognizione del giudice.

In conclusione, la cessione del possesso assume i contorni — nel contratto preliminare con clausole anticipatorie — di un vero e proprio effetto primario o diretto del negozio, influenzandone la relativa funzione<sup>40</sup>. Rimane dunque rafforzata l'idea, ormai acquisita anche dalla migliore dottrina, che il fenomeno del contratto preliminare è ben suscettibile di scomporsi attraverso il prisma degli interessi delle parti in un coacervo variegato di diverse tipologie: non di preliminare si tratta, bensì di una pluralità di preliminari<sup>41</sup>.

FRANCESCO LONGOBUCCO

## CONTRATTO DI MUTUO

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 16 febbraio 2010, n. 3589 — TRIFONE *Presidente* — AMATUCCI *Relatore* — SGROI *P.M.* (conf.) — Findomestic Banca s.p.a. (avv. Manfredini) - Consoli, Fonte, Fiorentino, fallimento Autoetna di Patanè Salvatore.

<sup>38</sup> IACCARINO, *Clausole sul «possesso» nella prassi notarile*, in *Notariato*, 2002, 64 e segg. L'autore indaga le diverse modalità che può assumere la clausola di consegna della cosa al compratore. Nel testo si distingue chiaramente l'acquisto del diritto dall'acquisto del possesso e si conferma che il trasferimento del possesso è strettamente legato alla consegna e dipende non solo dalla volontà delle parti ma anche dall'adempimento delle obbligazioni descritte in clausola. Ciò presuppone, quindi, che all'atto pratico, nel ricevere il bene, il compratore intenda acquisirne il possesso esercitando il relativo potere. Significativo appare, inoltre, lo Studio n. 19-2007/C, su *La redazione del preliminare — Profili operativi*, Approvato dalla Commissione Studi Civilistici il 27 gennaio 2007, nel quale si legge che «nel redigere simili preliminari “ad effetti anticipati” bisogna prestare particolari attenzioni (specie se il preliminare viene utilizzato proprio in quelle situazioni nelle quali sarebbe vietato un atto di vendita ad effetti immediati). È sconsigliabile, ad esempio, prevedere contestualmente ed in via anticipata *tutti gli effetti tipici del definitivo* (per cui se può prevedersi, con tutte le cautele del caso, *la consegna anticipata del bene, magari evidenziandone le ragioni specifiche*, è sconsigliabile prevedere anche, nello stesso contratto, *l'integrale pagamento del prezzo*: i due effetti previsti, contestualmente, nello stesso contratto, potrebbero condurre l'interprete a ritenere il *consenso delle parti* volto a perseguire il trasferimento immediato del bene e non a sancire un reciproco impegno al trasferimento)».

<sup>39</sup> L'approccio procedimentale al fenomeno giuridico deve grande merito al pensiero di ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 80 e segg.

<sup>40</sup> PERLINGIERI-FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, con la collaborazione di Tullio, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 2004, 106 e segg. (e ivi il riferimento alla funzione del negozio come «sintesi dei suoi effetti essenziali»).

<sup>41</sup> Il che è ben evidenziato da PALERMO, *Contratto prelimi-*

**Mutuo — Mutuo di scopo — Collegamento negoziale con vendita di bene determinato — Risoluzione del contratto di compravendita — Sopravvenuta mancanza dello scopo — Effetti — Richiesta di restituzione della somma mutuata — Obbligo a carico del mutuatario — Esclusione — Obbligo a carico del venditore — Sussistenza** (C.c. art. 1813; D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

*Nel contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e quello di vendita, in virtù del quale il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita e il correlato venir meno dello scopo del contratto di mutuo, legittimano il mutuante a richiedere la restituzione dell'importo mutuato non al mutuatario ma direttamente ed esclusivamente al venditore (1).*



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2011, 2, 307, con nota di NIGRO.



### (1) Mutuo di scopo e credito al consumo

La decisione in esame pone la possibilità di svolgere una riflessione sul contratto di mutuo nella sua particolare forma del c.d. “mutuo di scopo”.

In merito alla vicenda di cui si tratta, la suprema Corte di cassazione, tenendo conto anche di precedenti giurisprudenziali negli stessi termini<sup>1</sup>, ha ritenuto corretto il principio secondo il quale, nell'ipotesi di

*nare*, Padova, 1991, 149 e segg.; DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati — Promesse di vendita, preliminari per persona da nominare e in favore di terzo*, Padova, 1991, 14 e segg., per la quale le ipotesi di accordo preliminare ad effetti anticipati rappresentano un insieme eterogeneo, sì che la disciplina applicabile andrà individuata di volta in volta, con riferimento all'operazione in concreto programmata. In linea di principio, peraltro, risulterà sempre applicabile, quale normativa di base, la disciplina predisposta in tema di vendita, in quanto le parti, mediante la sequenza procedimentale, intendono comunemente realizzare il trasferimento oneroso del diritto, ovvero sia la funzione tipica della compravendita.

<sup>1</sup> Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Giust. Civ. Mass.*, 1994, 49 (s.m.); in *Foro It.*, 1994, I, 3094, con nota di MACARIO; in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1480, con nota di MASUCCI; in *Soc. e Dir.*, 1994, 708, con nota di RODDI, per la quale: «Nell'ipotesi di contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra gli anzidetti contratti, per cui il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita del bene, che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo, legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore»; Id., 19 maggio 2003, n. 7773, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 5, secondo cui: «Il c.d. contratto di finanziamento, o mutuo di scopo, legale o convenzionale che sia, è una fattispecie negoziale consensuale, onerosa e atipica, che assolve essenzialmente funzione creditizia; in particolare, il finanziamento legale, in cui sono già individuati i soggetti erogatori e i soggetti che possono beneficiare del finanziamento — è un contratto obbligatorio e consensuale, all'interno del quale la con-

contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra gli anzidetti contratti, secondo cui il mutuatario sia obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che la somma mutuata beneficia il venditore del bene, e che, di conseguenza, la risoluzione della compravendita del bene, che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo, legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore.

Prima di esaminare la decisione in commento, giova analizzare in breve l'istituto del mutuo di scopo<sup>2</sup>.

Il mutuo di scopo o finanziamento finalizzato consiste nella erogazione del credito a medio o a lungo termine, in cui acquista rilievo, accanto alla causa generalmente creditizia, il motivo specifico per il quale il mutuo viene concesso.

Con il cosiddetto contratto di mutuo di scopo, il mutuante pone un vincolo alla utilizzazione delle somme concesse in mutuo.

Il medesimo schema contrattuale è integrato nel contratto di credito al consumo, disciplinato dagli artt. 121 e segg. D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia), nonché dagli artt. 40 e segg., D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (c.d. "Codice del consumo"), che è *species* del *genus* mutuo di scopo<sup>3</sup>.

La clausola di destinazione della somma mutuata, esistente nelle fattispecie sopra descritte, si inserisce nel contratto, in modo da conformarlo alle esigenze che si intendono raggiungere, ragion per cui, secondo la terminologia corrente, il contratto si "funzionalizza".

In altre parole, la destinazione da imprimersi alle somme dalla sfera dei motivi<sup>4</sup> si inserisce nel negozio,

fino a tradursi nella funzione. L'impiego del capitale, da motivo estraneo alla struttura, entra a far parte del regolamento contrattuale.

In virtù della clausola di reimpiego, il creditore acquista influenza per quanto attiene alla utilizzazione del capitale mutuato. A carico del mutuatario insorge una vera e propria obbligazione, consistente nella utilizzazione della somma nel modo previsto, secondo la diligenza richiesta nell'adempimento delle obbligazioni<sup>5</sup>.

Dunque, caratteristica peculiare del mutuo di scopo o di destinazione è che una somma di denaro viene consegnata al mutuatario esclusivamente per raggiungere un determinata finalità, espressamente inserita nel sinallagma contrattuale, per cui il mutuatario non solo si obbliga a restituire la somma mutuata, con la corresponsione dei relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto.

Fatto un breve cenno sulle caratteristiche del contratto in esame, è opportuno tenere conto che in ordine all'orientamento fatto proprio da questa recente pronuncia del supremo Consesso, lo scenario non è pacifico.

In giurisprudenza e in dottrina, infatti, non sono mancate pronunce le quali abbiano messo in evidenza l'irrilevanza dei motivi e, conseguentemente, l'autonomia giuridica<sup>6</sup> — formale e sostanziale — del contratto di finanziamento da quello di compravendita, e che abbiano statuito che i vizi genetici e funzionali dell'uno né influenzano, né si ripercuotono sull'altro; corollario di questa impostazione è l'efficacia del contratto di finanziamento anche nel caso di risoluzione del "parallelo" contratto di compravendita<sup>7</sup>.

In particolare, questo orientamento giurisprudenziale ha ritenuto decisivi, ai fini della soluzione adottata, due elementi su tutti: da una parte, ha sottolineato l'assenza di un legame contrattuale tra il venditore e il finanziatore; dall'altra ha riconosciuto valide, e piena-

segna della somma da corrispondere rappresenta non un elemento costitutivo del contratto, ma l'esecuzione dell'obbligazione a carico del finanziatore. Tuttavia, la proprietà della somma oggetto del finanziamento si trasferisce dal finanziatore al finanziato solo con la consegna della somma stessa, in quanto solo da quel momento egli può disporre da solo, senza l'intermediazione del mutuante o anche contro la volontà di questi; ne consegue che solo dal momento della consegna si trasferiscono sul mutuatario anche i rischi derivanti dall'acquisita proprietà del denaro, compreso quello conseguente alle oscillazioni del cambio».

<sup>2</sup> Per un primo approfondimento sul mutuo di scopo con particolare riferimento al contratto di credito al consumo, v. ALPA-BESSONE, *Funzione economica e modelli giuridici delle operazioni di credito al consumo*, in *Riv. Società*, 1975, 1359; PIEPOLI, *Il credito al consumo*, Napoli, 1976; SINESIO, *Il credito al consumo*, in *Studi senesi*, 1980, 345; ALPA, voce "Credito al consumo", in *Digesto Civ.*, V, Torino, 1989; FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, I, 591; GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; per un'accurata ricostruzione storica del fenomeno in esame, GELPI-JULIEN-LABRUYRE, *Storia del credito al consumo*, Bologna, 1994, 33 e segg.

<sup>3</sup> Il rapporto tra mutuo di scopo e credito al consumo sembra in linea di principio potersi ricondurre ad un rapporto di genere a specie; il *genus* è il mutuo di scopo, come operazione nella quale assumono particolare rilievo gli scopi (eventualmente di natura pubblicistica) e le finalità in vista delle quali è stato erogato il finanziamento; la *species* è invece il credito al consumo, particolare figura di concessione del credito disciplinata nel testo unico bancario e caratterizzata dall'erogazione di somme di

modeste entità, destinate ad essere impiegate per l'acquisto di beni di consumo. Per maggiori approfondimenti, CAPECCHI, *La natura giuridica del mutuo di scopo*, in *Contratto e Impresa*, 1997, 539; RISPOLI FARINA, voce "Mutuo di scopo", in *Digesto Civ.*, XI, Torino, 1995, 558; sulla natura, reale ovvero obbligatoria, del mutuo di scopo, v. Cass., 21 luglio 1998, n. 7116, in *Contratti*, 1999, 373, con osservazioni di GOLTARA.

<sup>4</sup> Sulla rilevanza dei motivi nelle operazioni di credito al consumo cfr. Trib. Milano, 7 marzo 1987, riportata integralmente in MANTOVANI, *Il credito al consumo*, Milano, 1992, 177: in questa circostanza, il Tribunale di Milano ha rilevato come lo scopo, «anche se non può considerarsi un elemento necessario per il perfezionamento del contratto [...] assume valore determinativo di un comportamento dovuto dai contraenti nell'ambito dell'assetto dato ai loro interessi e come tale fa sorgere a carico di ciascuna delle parti l'obbligo di compiere quanto è necessario per il conseguimento della finalità prevista e voluta».

<sup>5</sup> Così Cass., 20 gennaio 1994, n. 474, in *Giust. Civ. Mass.*, 1994, 49 (s.m.); in *Foro It.*, 1994, I, 3094, con nota di MACARIO; in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 1480, con nota di MASUCCI; in *Soc. e Dir.*, 1994, 708, con nota di RODDI.

<sup>6</sup> Sull'irrilevanza dei motivi nell'economia contrattuale cfr. Cass., 15 settembre 1999, n. 9840, in *Mass. Foro It.*, 1999; in dottrina, v. di recente, in luogo di molti altri, SCOGNAMIGLIO, voce "Motivi del negozio giuridico", in *Digesto Civ.*, IX, Torino, 1994, 466.

<sup>7</sup> Trib. Santa Maria Capua Vetere, 17 giugno 1989, in *Nuova Giur. Comm.*, 1990, I, 677, con osservazioni di FERRANDO; Id. Chiavari, 22 settembre 1998, n. 464, in *Dir. e Prat. Società*, 2000, n. 8, 74, con osservazioni di RODDI.

mente efficaci, le clausole del contratto di finanziamento che prevedevano l'inopponibilità al finanziatore delle eccezioni relative alla compravendita.

In altri termini, secondo l'impostazione ora richiamata, l'operazione di credito al consumo non sarebbe da valutare in maniera unitaria, ma andrebbe idealmente scomposta in due distinti negozi, autonomi l'uno dall'altro, senza che le vicende inerenti all'uno influiscano in alcun modo sull'altro<sup>8</sup>.

Questo orientamento considera che la nozione offerta dall'art. 121 T.U.B. abbia solo una valenza "descrittiva", e, di conseguenza, che l'eventuale inadempimento del venditore non spieghi alcuna efficacia sul parallelo contratto di mutuo tra il compratore e il finanziatore.

Nelle ipotesi di specie, seguendo la sopra descritta impostazione, risolto il contratto di compravendita, si sarebbe dovuto considerare comunque efficace il contratto di finanziamento, con l'obbligo quindi per il mutuatario di restituire al mutuante la somma, sebbene questa in realtà non fosse mai entrata nella sua diretta disponibilità.

Tale orientamento pare oggi essere superato e, pertanto, è opportuno capire i motivi della decisione oggi in esame.

Ciò posto, è necessario partire dal fulcro della questione tentando di affrontare la fattispecie con un approccio diverso da quello classico in tema di contratti<sup>9</sup>.

L'aspetto centrale della disciplina in tema di credito al consumo consiste nella definizione del rapporto che intercorre tra il negozio di compravendita e quello di mutuo-finanziamento, per verificare se effettivamente si tratti di due distinti contratti, o se, per converso, possa riscontrarsi la presenza di un *quid* che qualifichi l'operazione di credito al consumo in termini unitari dal punto di vista giuridico, stante il fatto che, questa unitarietà, è certamente riscontrabile sotto il profilo economico della operazione.

Si tratta, pertanto, di «verificare l'esistenza in concreto del nesso di collegamento sulla scorta di elementi oggettivi che consentano di affermare l'unità sostanziale dell'affare, la subordinazione dell'uno all'altro risultato economico perseguito. L'accertamento del collegamento si risolve perciò in un problema di interpretazione dei contratti, in quanto tale di competenza del giudice di merito»<sup>10</sup>.

Da tale assunto pare muovere la decisione in esame.

In vero, la suprema Corte di cassazione precisa che il collegamento tra più contratti tra loro interdipendenti per il raggiungimento di un fine ulteriore supera i singoli effetti tipici di ciascun atto collegato e dà luogo ad un unico regolamento di interessi, che assume una propria, diversa rilevanza causale in relazione alla sintesi degli interessi che si rinviene nella

c.d. "causa concreta" che lo stesso è concretamente diretto realizzare.

E, con riferimento al caso di specie, i giudici di legittimità evidenziano come già la Corte di appello abbia messo in evidenza lo stretto legame funzionale esistente fra il contratto di compravendita e quello di mutuo, sia in ragione della convenzione stipulata tra la mutuante e la venditrice e degli stringenti obblighi reciproci, sia in relazione alle previsioni del contratto di mutuo, prevedente tra l'altro la specifica destinazione del finanziamento all'acquisto di veicoli determinati.

La vicenda in esame è, sotto questo profilo, determinante per comprendere la particolarità del contratto in questione e lo stretto collegamento tra il contratto di compravendita e il contratto di finanziamento.

In proposito, occorre evidenziare come nel caso *de quo* non si abbia un contratto di finanziamento o di mutuo in senso classico, ma un contratto di credito al consumo, per il quale non solo l'acquirente del bene non entra mai in contatto diretto con il mutuante, limitandosi a rivolgere al venditore la richiesta di un finanziamento, ma non gli è consentito, se vuole ottenere un finanziamento, di avvalersi di un soggetto diverso da quello "suggeritogli" dal venditore<sup>11</sup>.

È, inoltre, lo stesso venditore ad istruire la pratica concernente la richiesta di finanziamento, in base ovviamente ad accordi pattuiti con il finanziatore, e ad informare il compratore sulle modalità di rimborso del medesimo.

Ancora, significativo è che nel contratto di finanziamento sia indicato il bene acquistato, e che la somma oggetto del finanziamento sia versata direttamente dal finanziatore al venditore.

Conseguentemente, per il consumatore-acquirente, l'operazione appare unitaria senza alcun dubbio, anzi può ben affermarsi che del carattere unitario dell'operazione sia ben consapevole anche il finanziatore, tanto da inserire in contratto delle clausole, nelle quali si specifica che non sono allo stesso opponibili le eccezioni relative al contratto di compravendita.

Perciò, è assai difficile sostenere la tesi dell'autonomia del contratto di mutuo-finanziamento e di quello di compravendita sul piano giuridico, in quanto l'unità dell'operazione risulta insita nella circostanza che il consumatore, se intende ottenere una forma di finanziamento, si trova di fatto a dovere aderire a quel tipo di finanziamento le cui modalità sono sostanzialmente predisposte dal finanziatore d'accordo con il venditore.

Stante quanto sopra evidenziato, a parere di chi scrive, la decisione in esame non può che ritenersi la logica applicazione dei dati di fatto.

Il supremo Consesso sviluppa la corrente, ormai attuale da anni, per cui il contratto deve essere interpre-

<sup>8</sup> V. Trib. Santa Maria Capua Vetere, cit. nella nota precedente, per cui «è sufficiente la lettura delle condizioni generali di finanziamento per rendersi conto che, secondo la regolamentazione data dalle parti ai loro rapporti, nessuna incidenza poteva avere sulla validità ed efficacia del contratto di mutuo l'eventuale inadempimento nei confronti dell'attore [*i.e.*: del compratore]: questi sarebbe stato in ogni caso tenuto ai singoli pagamenti mensili nei confronti della società finanziatrice, senza poter sollevare alcuna eccezione».

<sup>9</sup> FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, II, 605 e segg.

<sup>10</sup> FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1986, II, 256 (parte I e II), 432 (parte III e IV), 270; sottolinea accuratamente questo aspetto SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interesse dei contraenti*, Padova, 1992, 255 e segg.; per maggiori approfondimenti v. il volume *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza* a cura di Alpa, Fonsi, Resta, Milano, 2001, 2, spec. 33 e segg.; Cass., 16 giugno 1997, n. 5387, in *Contratti*, 1998, 337.

<sup>11</sup> FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1991, II, 605 e segg.

tato e valutato facendo riferimento alla causa concreta e con un approccio che assuma una visione di insieme tenendo presente la ratio dell'assetto di interessi voluta dal legislatore e dai singoli contraenti, tenendo conto dei motivi e dei ruoli assunti dalle controparti.

Pertanto, in tema di credito al consumo, con riferimento al caso di specie il venditore appare come una sorta di collaboratore del finanziatore, se non altro per il ruolo svolto nella conclusione del contratto di finanziamento<sup>12</sup>.

E, nel caso in cui il contratto di compravendita si risolva, come ha ritenuto la suprema Corte di cassazione, il finanziatore potrà richiedere la restituzione della somma mutuata solo al venditore, non anche all'acquirente.

Va infine ricordato che, anche secondo la giurisprudenza e la dottrina assolutamente prevalenti, un comportamento del finanziatore che trascuri completamente l'interesse del compratore, costituisce violazione del principio di buona fede, quanto meno in relazione a quello che la dottrina definisce come obbligo di salvaguardia, «che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere* [...] e di salvaguardare l'utilità dell'altro nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio»<sup>13</sup>.

FILIPPO VITTORIO LONGO


## PATTO SUCCESSORIO

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 12 febbraio 2010, n. 3345 — VITTORIA *Presidente* — RORDORF *Relatore* — Russo P.M. (diff.) — C.L. ed altri (avv. Vinti) - M.C. (avv.ti Romanelli, Tarozzi).

*Conferma App. Brescia, 13 febbraio 2004, n. 148.*

**Successione legittima e testamentaria — Società di capitali — Clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti la facoltà di acquistare la quota — Patto successorio — Esclusione (C.c. art. 458).**

*È valida la clausola dello statuto di una società a responsabilità limitata che in caso di morte del socio consente agli altri soci di rendersi acquirenti della quota del defunto dietro pagamento di un prezzo determinabile sulla base delle risultanze di bilancio (1).*

 *Omissis.* — Il tema prospettato dal ricorso — come s'è detto — è quello della validità di una clausola statutaria di società a responsabilità limitata che, in caso di morte di un socio, preveda il diritto degli altri soci di acquisire la quota del defunto versando agli eredi il relativo controvalore, da determinarsi secondo criteri stabiliti dalla stessa clausola. Il dubbio se una tal clausola sia o meno valida è sollevato con riferimento al divieto dei patti successori, posto

dall'art. 458 c.c., ipotizzandosi o che il descritto meccanismo di acquisto della quota ad opera dei soci superstiti direttamente violi siffatto divieto legale, o che realizzi una modalità fraudolenta di aggiramento del medesimo.

È opportuno prima d'ogni altra cosa sottolineare che la questione deve essere qui affrontata prescindendo dalle novità introdotte nell'ordinamento societario dal D.Lgs. n. 6 del 2006, e quindi dalla formulazione del vigente art. 2469 c.c., non applicabile *ratione temporis* alla presente causa (anche se — sia detto incidentalmente — non sembra che le conclusioni cui si perverrà potrebbero esser diverse neppure nel vigore della nuova normativa).

Ciò premesso, giova ricordare che in epoca ormai risalente questa corte ebbe ad occuparsi di un tema, per certi aspetti, contiguo, riguardante la validità della cosiddetta clausola di consolidazione della partecipazione sociale: per tale intendendosi quella in forza della quale la morte di un socio provoca senz'altro la cessazione del rapporto sociale a lui relativo e l'accrescimento proporzionale della partecipazione degli altri soci, con esclusione sin da principio di ogni eventualità di subentro in società degli eredi del defunto. E siffatta clausola fu ritenuta valida, ma solo a condizione che essa preveda l'attribuzione agli eredi di una somma pari al valore di liquidazione della quota (Cass., 16 aprile 1975, n. 1434).

Pur contenendo già in nuce alcuni spunti di rilievo, ai fini che qui interessano (nella misura in cui ammette la possibile validità di un meccanismo statutario comunque in grado di evitare il subentro degli eredi nella posizione societaria del defunto), tale pronuncia non costituisce un immediato precedente: non tanto perché in quel caso si trattava di una società di persone, e non di capitali, quanto per l'evidente differenza esistente tra la clausola di consolidazione e la clausola in esame nel presente caso. La quale — come già prima accennato e come puntualmente rilevato anche dalla sentenza impugnata — si distingue dall'altra per la decisiva ragione che non ricollega direttamente alla morte del socio l'attribuzione ai soci superstiti della quota di partecipazione del defunto, ma consente che questa entri inizialmente nel patrimonio degli eredi, pur se connotata da un limite di trasferibilità dipendente dalla facoltà degli altri soci di acquisirla, in seguito, esercitando il diritto di opzione loro concesso in tal caso dallo statuto sociale.

Assai più puntuale è il precedente costituito da Cass. 16 aprile 1994, n. 3609, che si riferisce ad una clausola molto simile a quella di cui qui si discute, inserita nello statuto di una società per azioni. In quel caso, si è espressamente affermato che la menzionata clausola non viola il divieto dei patti successori di cui all'art. 458 c.c., perché il vincolo che ne deriva a carico reciprocamente dei soci è destinato a produrre effetti solo dopo il verificarsi della vicenda successoria e dopo il trasferimento (per legge o per testamento) delle azioni agli eredi, con la conseguenza che la morte di uno dei soci costituisce soltanto il momento a decorrere dal quale può essere esercitata l'opzione per l'acquisto suddetto, senza che ne risulti incisa la disciplina legale della delazione ereditaria o che si configurino gli estremi di un patto di consolidazione delle azioni fra soci. La clausola, insomma, si caratterizza come atto *inter vivos*, in quanto tale consentita dalla disciplina legale delle società di capitali, nella misura in cui questa non impedisca di sottoporre a particolari condizioni l'alienazione di azioni o quote di partecipazione societaria.

Siffatto orientamento, al quale si è puntualmente attenuta l'impugnata sentenza della corte bresciana, merita di essere senz'altro confermato, non rinvenendosi nelle argomentazioni delle ricorrenti alcun valido argomento di segno contrario.

Patti successori infatti sono quelle convenzioni intese a costituire, modificare, estinguere o trasmettere diritti relativi

<sup>12</sup> STILO, *Mutuo di scopo e operazioni di finanziamento*, in <http://appinter.csm.it>.

<sup>13</sup> BIANCA-G. PATTI-S. PATTI, voce "Buona fede (in senso oggettivo)", in *Lessico di diritto civile*, Torino, 2001, 101 e seg.; v. anche PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della*

*buona fede contrattuale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, 639; in giurisprudenza, Cass., 24 marzo 1999, n. 2788, *ivi*, 2000, 642, con nota di DE SINNO, *Violazione della regola di buona fede ed effetti giuridici conseguenti*; Id., 5 novembre 1999, n. 12310, in *Mass. Foro It.*, 1999; Id., 18 maggio 2001, n. 6819, in *Contratti*, 2001, 1083, con osservazioni di MANENTI.

ad una successione futura. Il carattere che li distingue è quello di avere per oggetto l'eredità di una persona vivente; il loro divieto si fonda sulla lesione, che ne discende, della libertà del testatore e della revocabilità delle disposizioni testamentarie che deve permanere fino all'ultimo momento della vita del testatore. Ma, quando si sia fuori dallo schema tipico del patto successorio, il divieto posto dal citato art. 458 c.c. non opera, costituendo esso un'eccezione alla regola dell'autonomia negoziale, che non può essere estesa a rapporti che non integrano la fattispecie tipizzata in tutti i suoi elementi (si veda, in tal senso, anche Cass. 18 dicembre 1995, n. 12906, a proposito della cosiddetta clausola di continuazione automatica della società con gli eredi del socio defunto nello statuto di società di persone).

Non possono essere perciò in alcun modo assimilate ai patti successori quelle previsioni negoziali, inserite in contratti di durata connotati da un più o meno accentuato intuito personae, che, proprio al fine di garantire il carattere infungibile della persona del contraente, eventualmente contemporaneo e disciplinano lo scioglimento del rapporto in conseguenza della morte di una delle parti.

Lo stesso dicasi per clausole contenute in statuti di società di capitali, come quella qui in esame, che non sono volte a regolare la trasmissione ereditaria di beni o diritti, ma configurano il modo di essere dei rapporti tra i soci e, non diversamente da qualsiasi altra clausola che limiti la trasferibilità della partecipazione in pendenza di società, sono destinate ad accrescere il peso dell'elemento personale, rispetto a quello capitalistico, nella struttura dell'ente collettivo. Il che appunto spiega la ragione per la quale esse vengono inserite nello statuto e quindi contribuiscono a definire i lineamenti strutturali della società, avvicinandola sotto questo aspetto — ma non certo illegittimamente — ad una società di persone, nella quale è perfettamente normale che la morte del socio provochi lo scioglimento del rapporto sociale a lui facente capo (art. 2284 c.c.).

Dette clausole connotano sin da principio (o comunque sin da quando vengono a far parte dello statuto della società) la singola partecipazione societaria, il socio che ne è titolare ha nel proprio patrimonio una quota non liberamente trasferibile, la cui trasmissione mortis causa naturalmente risente degli effetti di tale limite di trasferibilità (non diversamente da quel che potrebbe accadere per un trasferimento inter vivos), non già in conseguenza di un patto volto a regolare il meccanismo ereditario, ma per le caratteristiche proprie del diritto che cade in successione: il diritto di partecipazione ad una società il cui statuto privilegia l'elemento personale, condizionando perciò la possibilità d'ingresso di nuovi soci alla volontà degli altri con lo strumento dell'opzione di acquisto concessa ai soci superstiti, secondo un meccanismo non dissimile, quanto agli effetti, dalle clausole di prelazione sovente previste negli statuti societari per il caso di trasferimento delle quote inter vivos; in termini, oltre tutto, che non privano la quota medesima di valore economico, giacché implicano la sua liquidazione in favore degli eredi del socio defunto in base a criteri predefiniti. Né occorre aggiungere che, anche prima dell'entrata in vigore della riforma del diritto societario cui dianzi s'è fatto cenno, non si sarebbe potuto seriamente dubitare della legittimità di clausole limitative della trasferibilità delle quote nello statuto di una società a responsabilità limitata, nella quale l'elemento personale ha sempre avuto un peso di una qualche rilevanza e che perciò ha sempre tollerato non solo clausole di prelazione, ma anche clausole di mero gradimento.

Considerazione, questa, che vale anche ad escludere la possibilità di configurare la clausola in discorso come in frode al divieto dei patti successori, quanto meno ove si pretenda di predicare tale configurazione in termini generali e senza riferimento ad eventuali particolarità del caso concreto: appunto perché la previsione di limitazioni alla trasferibilità delle quote di società, sia mortis causa che per atto inter vivos, naturalmente risponde alla suaccennata esigenza di privilegiare l'elemento personale nella struttura e nell'organizzazione dell'ente collettivo, e non può di per sé sola essere intesa come un mezzo per eludere il suindicato divieto legale.

Il primo motivo di ricorso non può, perciò, essere accolto. — *Omissis*.



### (1) Divieto di patti successori e clausole statutarie c.d. di consolidazione

1. Torna periodicamente all'attenzione della giurisprudenza di legittimità la valutazione di clausole statutarie che disciplinano la sorte della partecipazione sociale alla morte del socio.

L'argomento, da tempo ricondotto al fenomeno delle c.d. successioni anomale<sup>1</sup> e segnatamente esaminato nel rapporto con il dato normativo offerto dall'art. 458 c.c. recante il divieto di patti successori<sup>2</sup> è oggetto di non numerose decisioni delle Cassazione che si collocano in un arco temporale che copre la seconda metà del Novecento.

Cass., 17 marzo 1951, n. 685<sup>3</sup>, di fronte a una clausola statutaria che in caso di morte di uno dei soci prevedeva che «la società si consolidava nei soci superstiti che avrebbero liquidato agli eredi del defunto la quota di lui risultante dall'ultimo bilancio firmato», escluse la configurabilità di un patto successorio, rilevando come «il patto [...] può dirsi una clausola normale nei contratti di società; è uno dei modi con cui si evita lo scioglimento della società determinandosi consensualmente il sistema pratico di liquidazione della quota dovuta al socio cessato per morte e per lui ai suoi eredi. Il consolidarsi nei soci superstiti della quota del socio defunto non è a titolo successorio, né di liberalità, ma si verifica in virtù di convenzione sociale reciproca, le cui disposizioni rimangono sospese fino alla realizzazione di un evento incerto, quale è appunto la premorienza. Gli altri soci conseguono la cosa *tempore mortis*, ma non *causa mortis*».

L'espressione «consolidarsi nei soci superstiti della quota del socio defunto» presente nella decisione, è ripresa a distanza di tempo dalla sentenza Cass., 16 aprile 1975, n. 1434<sup>4</sup> che vede come autorevole estensore Giuseppe Mirabelli. La motivazione reca al riguardo una precisazione non secondaria per l'intelligenza della fattispecie: «La consolidazione tra i soci dà luogo, infatti, alla liquidazione dalla porzione spettante al defunto ed alla devoluzione di tale porzione secondo le regole della successione ereditaria; il patto non costituisce, quindi, limitazione alla libertà testamentaria. Il

<sup>1</sup> Cfr. PALAZZO, *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Napoli, 1983, 157 e segg.; IEVA, *I fenomeni c.d. parasuccessori*, in *Riv. Notar.*, 1988, 1139 e segg. e ora in *Trattato breve delle successioni e donazioni* a cura di Rescigno, Padova, 2010, I, 59 e segg.; ZOPPINI, *Contributo allo studio delle disposizioni testamentarie «in forma indiretta»*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, II, 919 e segg.; SCAGLIONE, *Successioni anomale e contratto di società*, Napoli, 1998, *passim*.

<sup>2</sup> V. DE GIORGI, *I patti sulle successioni future*, Napoli, 1976, 146 e segg.; RIVOLTA, *Clausole societarie e predisposizione successoria*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1995, 1197 e segg.; CALVOSA, *Clausola di riscatto di azioni e divieto di parti successori*, in *Banca Borsa*, 1992, I, 365 e segg.

<sup>3</sup> In *Foro It.*, 1951, I, 1579.

<sup>4</sup> In *Giur. It.*, 1976, I, 1, 59 e segg. con ampia nota di richiami.

patto, invece, con il quale si dispone che alla morte di uno dei soci le azioni o quote si trasferiscano agli altri, senza che sia prevista l'attribuzione di alcunché ai successori per legge o testamento, è patto che esclude del tutto la libertà testamentaria, ed è, quindi, patto nullo ai sensi della norma [dell'art. 458 c.c.] in esame».

Le due decisioni ora ricordate valgono così da sole a definire i termini del problema giacché insieme, al di là delle opzioni linguistiche, consentono di indicare che il punto focale sul quale si ferma l'analisi della giurisprudenza per svolgere lo scrutinio in termini di validità rispetto al divieto sancito dalla norma dell'art. 458 c.c. è costituito da un connotato specifico della clausola statutaria, a seconda che sia o meno previsto un corrispettivo a carico dei soci superstiti per il trasferimento della partecipazione sociale del *de cuius*.

E infatti, trascorsi altri venti anni, la sentenza di Cass., 16 aprile 1994, n. 3609<sup>5</sup>, nell'esaminare una fattispecie contigua, relativa alla clausola dello statuto di una nota società di armatori recante la previsione della facoltà degli altri soci di acquistare dagli eredi le azioni entro un anno dalla successione per il valore risultante dal bilancio approvato, maggiorato del 10%, conferma il giudizio di validità sul rilievo che «la struttura della clausola attribuisce al momento del suo inserimento del contratto sociale, a favore di ciascun socio, da parte di tutti gli altri (e l'uno a favore dell'altro) un diritto di opzione per l'acquisto delle rispettive azioni il cui esercizio, però, viene espressamente subordinato alla preminenza di uno di essi rispetto ad altri soci. Ecco allora che l'evento morte di uno dei soci viene a costituire solamente il momento a partire dal quale può essere esercitato il diritto di opzione da parte di tutti gli altri soci superstiti».

Rispetto all'itinerario giurisprudenziale ora brevemente tracciato, la motivazione della sentenza in rassegna, a firma di un accreditato studioso del diritto societario, ha cura innanzitutto di precisare che la questione viene affrontata prescindendo dalla nuova formulazione dell'art. 2469 c.c.<sup>6</sup>; richiama quindi la pronuncia di Cass., 16 aprile 1994, n. 3609; ribadisce che «la clausola si caratterizza come atto *inter vivos*, in quanto tale consentito dalla disciplina legale della società di capitali, nella misura in cui questa non impedisca di sottoporre a particolari condizioni l'alienazione di azioni o quote di partecipazione societarie» e infine soggiunge che «dette clausole connotano sin da principio la singola partecipazione societaria, il socio che ne è titolare ha nel proprio patrimonio una quota non liberamente trasferibile, la cui trasmissione *mortis causa* naturalmente risente degli effetti di tale limite di trasferibilità non già in conseguenza di un patto volto a regolare il meccanismo ereditario, ma per le caratteristiche proprie nel diritto che cade in successione».

2. La decisione, là dove esclude che possa essere qualificata come atto *mortis causa* la clausola statutaria che attribuisce ai soci superstiti il diritto di rendersi acquirenti della partecipazione della quale era titolare il *de cuius*, consente allora di ricordare che alle medesime conclusioni era già pervenuto un importante studio di poco successivo alla prima delle decisioni sopra riportate.

Nella monografia di Giorgio Giampiccolo, *Il contenuto atipico del testamento. Contributo allo studio dell'atto di ultima volontà*<sup>7</sup>, non viene usato il termine consolidazione, ma chiarito, in una pagina della quale va riportato il limpido argomentare<sup>8</sup>, che «non vi è attribuzione *mortis causa* nelle varie clausole con cui si può regolare la sorte della quota del socio di una società per il caso di scioglimento del rapporto a seguito della morte dell'uno o dell'altro socio» sembrando «evidente che qui ricorre o il regolamento convenzionale, già perfetto ed impegnativo per i contraenti, di un momento particolare dell'esecuzione del rapporto ovvero, nel più semplice dei casi, un trasferimento condizionato (a titolo oneroso) [...]. Dopo la morte del soggetto, in sede di consuntivo sulla sorte delle varie relazioni giuridiche che gli si riferivano, si dovrà certamente dire, ad es., che la quota sociale si spetta all'altro socio contro il corrispettivo di una somma determinata [...] ma queste sono situazioni *post mortem* dipendenti, non originarie, traducono un semplice effetto *post mortem* di atti che non hanno contenuto e struttura *mortis causa*».

Dall'apparato delle note al testo si traggono due interessanti indicazioni. Viene ricordata la decisione di Cass., n. 685/1951, così chiarendo che le fattispecie considerate erano quelle relative a clausole riguardanti la liquidazione a titolo oneroso della partecipazione sociale del socio defunto; viene inoltre precisato<sup>9</sup> che «non è naturalmente diverso il caso che al socio sopravvivate sia attribuito non il diritto, ma la semplice facoltà di rilevare per un determinato corrispettivo la quota del socio defunto entro un certo termine dalla morte», additando quindi la soluzione ora condivisa dalla sentenza in rassegna.

La conclusione che esclude dal novero degli atti *mortis causa* le clausole statutarie qual è quella esaminata nella recente decisione della Cassazione è, d'altra parte, confermata in un'altra, nota pagina della letteratura sull'argomento<sup>10</sup>, là dove, chiarito che «l'atto attributivo *mortis causa* è quell'atto che è destinato a regolare una situazione che trova la sua origine o autonoma qualificazione nel fatto della morte» viene precisato che quando si determina a priori quale sarà la sorte della quota del socio che muore «la morte rappresenta un criterio temporale o condizionante a cui è subordi-

<sup>5</sup> In *Giur. It.*, 1995, I, 1, 1334, con nota di REVIGLIONE. La decisione può leggersi altresì in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, II, 17 con nota di CIAFFI; in *Giur. Comm.*, 1996, II, 217, con nota di NERI; in *Banca Borsa*, 1996, II, 161 con nota di CALVOSA.

<sup>6</sup> Sul significato della disposizione v. REVIGLIONE, *Articolo 2469 c.c.*, in *Il nuovo diritto societario*, commentario a cura di Cottino, Bologna 2004; cfr. BUTTARO, *Sul 1° comma dell'art. 2479 c.c.*, in *Il contratto. Silloge in onore di Giorgio Oppo*, Padova, 1992, II, 643 e segg.

<sup>7</sup> Il volume, Milano, 1954 — e ora nella Collana Ristampe della Scuola di specializzazione di diritto civile dell'Università di

Camerino a cura di Perlingieri, Napoli, 2010 — segnò l'ingresso nel mondo accademico dell'autore il quale, dopo la libera docenza conseguita nel medesimo anno e la vincita del concorso a cattedra l'anno successivo — vicende sulle quali non è forse inutile riflettere nell'attuale temperie legislativa — l'avrebbe portato all'insegnamento nelle Facoltà di Giurisprudenza di Macerata, Pisa e quindi di Roma.

<sup>8</sup> GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 47.

<sup>9</sup> GIAMPICCOLO, *op. cit.*, 48, n. 36.

<sup>10</sup> NICOLÒ, *Attribuzioni patrimoniali post mortem e mortis causa*, in *Vita Notar.*, 1971, 147 e segg.

nata la produzione degli effetti» e tuttavia rimarcato che «nella singola fattispecie concreta possono avere funzione identica o assai vicina a quella dell'attribuzione *mortis causa*».

3. Tale autorevole richiamo alla concretezza è dunque idoneo a spiegare che l'esame delle clausole statutarie che disciplinano la sorte della partecipazione sociale alla morte del titolare non può essere svolto in astratto, bensì merita di essere condotto con specifico riferimento al contenuto della singola previsione statutaria e consente in tale prospettiva di chiarire che non sussiste una reale frattura nell'opinione della giurisprudenza.

Sembra invero evidente che rispetto all'univoco orientamento giurisprudenziale, del quale la decisione in rassegna costituisce la più recente espressione, volto ad escludere la qualificazione come atto *mortis causa* delle clausole statutarie, la decisione del 1975 prima riportata non costituisce un'eccezione, per ciò che in quella occasione la previsione statutaria esaminata prevedeva una effettiva consolidazione in favore dei soci superstiti, i quali vedevano automaticamente accresciuta e senza corrispettivo la propria partecipazione sociale.

Da ultimo, a testimonianza della non univocità degli itinerari dottrinali che conducono ad affermare la validità delle clausole in esame, non è inutile segnalare che da alcuni<sup>11</sup> viene posto l'accento sulla loro peculiare rilevanza causale, enfatizzandone la funzione in vista dell'esigenza di impedire l'introduzione nella compagine sociale di soggetti ad essa estranei; da altri viene esattamente rilevato che «non è sistematicamente giustificato, né assiologicamente opportuno, risolvere i problemi di tutela dei legittimari e/o dei creditori particolari del *de cuius* revocando in dubbio la validità delle previsioni societarie che disciplinano la morte del socio» e pertanto escluso che possa rivestire alcun significato successorio la clausola che fissa la liquidazione al valore effettivo<sup>12</sup>; mentre resta isolata l'opinione di che, nel più recente studio organico sul tema<sup>13</sup>, ritiene che alle clausole statutarie di opzione e consolidazione debba essere riservata la qualifica di negozi *mortis causa*, tuttavia validi.

VINCENZO CUFFARO

## LASCITO DI USUFRUTTO UNIVERSALE


CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 26 gennaio 2010, n. 1557 — SCHETTINI *Presidente* — MAZZACANE *Relatore* — CICCOLO P.M. (conf.) — M.A. (avv. Bongiorno Gallegra) - Mo.Al. ed altri (avv.ti Schiano, Zaccaria).

<sup>11</sup> V. REVIGLIONE, *Le clausole limitative della circolazione delle partecipazioni sociali tra principi successori e regole societarie*, in *Diritto privato*, 1998, IV, *Del rapporto successorio: aspetti*, Padova, 1999, 175 e segg.; cfr. ID., *Limitazioni convenzionali alla circolazione delle azioni e trasferimenti mortis causa*, in *Giur. It.*, 1993, I, 2, 447.

<sup>12</sup> Così ZOPPINI, *op. cit.*, 963 e segg.; all'esito dell'accurato saggio v. anche la suggestiva soluzione additata in relazione alla disciplina statutaria che esclude o limita il corrispettivo della partecipazione sociale, a seconda che «sia destinato ad appli-

## Successione — Lascito di usufrutto universale — Qualità di erede — Esclusione (C.c. artt. 981, 1010).

*Il lascito di usufrutto universale non fa succedere il beneficiario in universum ius del de cuius e, pertanto, non gli fa acquistare la qualità di erede (1).*

 *Omissis.* — *Svolgimento:* Nel febbraio del 1995 M.A. conveniva in giudizio dinanzi al Tribunale di Chiavari i suoi fratelli Mo.Al. e Mo.An. e, premesso che il loro padre M.P., deceduto il (*omissis*), aveva disposto delle sue sostanze con testamento (*omissis*) pubblicato in (*omissis*) istituendo eredi i suoi tre figli ed assegnando loro i suoi beni, chiedeva disporsi la divisione dei beni ancora in comunione con formazione dei lotti in ordine agli immobili siti in (*omissis*) costituenti il mappale (*omissis*), attribuito in comproprietà ai due figli Al. ed A., nonché in ordine ai mappali (*omissis*), attribuiti in comproprietà ai tre figli.

Costituitosi il contraddittorio i convenuti assumevano che con scrittura privata del (*omissis*) essi, assistiti dai rispettivi consulenti, avevano convenuto la sistemazione di tutte le questioni sorte dopo la morte del padre, ivi compresi gli abusi edilizi derivati dalla presa di possesso dei beni attribuiti; chiedevano pertanto riconoscersi l'operatività di detta scrittura privata ed in subordine il ripristino dello stato di fatto esistente all'apertura della successione ed il risarcimento dei danni.

Il Tribunale adito con sentenza del 31-1-2001 dichiarava l'esecutività e vincolatività tra le parti della menzionata scrittura privata disponendo la divisione secondo il progetto disposto dal C.T.U.

Proposto gravame da parte di M.A. cui resistevano Al. e Mo.An. la Corte di Appello di Genova con sentenza del 7-11-2003 ha rigettato l'impugnazione.

Avverso tale sentenza M.A. ha proposto un ricorso basato su due motivi cui Al. e Mo.An. hanno resistito con contro-ricorso; le parti hanno successivamente depositato delle memorie.

*Motivi:* Per ragioni di priorità logico-giuridiche occorre anzitutto esaminare il secondo motivo di ricorso con il quale M.A., deducendo violazione degli artt. 102, 713 e 784 c.p.c., premesso che in base al testamento pubblico di M.P. era stata istituita erede con l'attribuzione dell'usufrutto "uxorio" la vedova C.S., assume che quest'ultima, coerede e titolare del diritto di usufrutto sui beni ereditari, avrebbe dovuto partecipare al giudizio quale litisconsorte necessaria.

La censura è infondata.

Invero l'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede perché egli non succede in tal caso nell'"universum jus" del defunto (Cass. 15-2-1979 n. 986), cosicché non è necessaria la partecipazione al giudizio di divisione dell'usufruttuario che non rivesta altresì la qualità di erede (Cass. 8-6-2001 n. 7785), come appunto nella fattispecie. — *Omissis.*

## (1) Sulla discussa natura del lascito di usufrutto universale

La vicenda giunta al vaglio della suprema Corte, traendo origine da un problema di carattere più propriamente processuale — ovvero sia la sussistenza o

carsi tanto alla circolazione *inter vivos* quanto a quella *mortis causa* ovvero se regoli la sola trasmissione *post mortem*», proponendosi in un caso di verificare se ricorra un'ipotesi di donazione indiretta, nel secondo caso l'applicazione analogica della disciplina del legato.

<sup>13</sup> V. IEVA, *I fenomeni a rilevanza successoria*, Napoli, 2008, spec. 65 e segg. e 127 e segg.; cfr. ID., *Art. 458*, in *Comm. C.C.* diretto da E. Gabrielli, *Delle successioni artt. 456-564* a cura di Cuffaro, Delfini, Torino, 2010, 58 e segg.



meno di un litisconsorzio necessario, in sede di divisione giudiziale, nei confronti del soggetto cui era stato lasciato l'usufrutto generale sui beni ereditari —, conduce ad affermare come colui che è beneficiario di un lascito avente ad oggetto l'usufrutto universale<sup>1</sup> sui beni ereditari assuma la qualità di legatario; detta pronuncia si pone in aperto contrasto con l'ormai consolidato orientamento giurisprudenziale che interpretava il lascito di usufrutto generale quale istituzione di erede, ritornando così a dar adito a tutti quei dibattiti che, sebbene apparentemente quietati in giurisprudenza, sono più che mai vivi in dottrina.

Il dibattito inerente la natura del lascito di usufrutto generale ha "antiche" radici: difatti il problema era originariamente scaturito dalla necessità di inquadrare la natura giuridica del c.d. "usufrutto uxorio" — ovvero sia l'usufrutto generale su tutti i beni ereditari destinato dalla legge a favore del coniuge del defunto —; detto istituto, con la riforma del diritto di famiglia, è stato soppresso e il dibattito si è quindi concentrato e limitato sulla natura della disposizione testamentaria avente ad oggetto l'usufrutto universale<sup>2</sup>.

Al fine di meglio comprendere la portata del problema è bene indicare, anche solo sinteticamente, le conseguenze di ordine pratico/giuridico più rilevanti che comporta la qualificazione della disposizione testamentaria in termini di legato o, invece, d'istituzione d'erede.

Preliminarmente occorre notare come l'acquisto del diritto avvenga in maniera diversa: in ipotesi di legato il chiamato testamentario non necessita di alcuna manifestazione di volontà in ordine all'acquisto del diritto, mentre l'erede deve manifestare la propria volontà di accettare, eventualmente anche con beneficio d'inventario.

Proseguendo nell'analisi delle differenze:

— in primo luogo la sola qualità di erede determina la necessaria partecipazione — a pena di nullità — in sede di divisione ereditaria e, quindi, il litisconsorzio necessario in sede di divisione giudiziale;

— in secondo luogo sarà diversa l'individuazione del giudice competente ad autorizzare l'alienazione di tutto, o parte, dell'usufrutto nel caso in cui il soggetto sia incapace: nel caso in cui venga attribuita natura di

istituzione di erede, difatti, sarà competente il Tribunale del luogo in cui si è aperta la successione; nel caso in cui, invece, venga attribuita natura di legato sarà competente il giudice tutelare per i minori *in potestate*, oppure il Tribunale ordinario per i minori sotto tutela, gli interdetti e gli inabilitati<sup>3</sup>;

— in terzo — e ultimo — luogo muta radicalmente la disciplina dei debiti ereditari: il legatario, a norma dell'art. 756 c.c., non è tenuto al pagamento dei debiti ereditari; anche qualora tale obbligo gli sia imposto dal testatore (e pur sempre entro i limiti di quanto conseguito a titolo di legato), esso non subentrerà al *de cuius* nella posizione di debitore, rispondendo invece verso i terzi gli eredi i quali, di contro, venteranno un diritto di rivalsa nei confronti del legatario. L'erede, dal canto suo, dovrà rispondere direttamente e in proprio di tutti debiti dell'eredità, eventualmente anche con il proprio patrimonio, salvo beneficio d'inventario.

Come già in precedenza accennato, la giurisprudenza<sup>4</sup> negli ultimi anni si era orientata nel senso di intendere il lascito di usufrutto universale quale istituzione d'erede, comprendendo tale attribuzione l'universalità dei beni ai sensi dell'art. 588 c.c.<sup>5</sup>; in particolare la Corte di legittimità ha portato a sostegno di questa tesi l'art. 1010 c.c. il quale, prevedendo che il beneficiario della disposizione versi le annualità dei debiti e dei legati da cui l'eredità stessa è gravata, dimostrerebbe come lo stesso risponda dei debiti ereditari confermando con ciò la qualifica di erede.

Questa ricostruzione è stata, ed è tuttora, aspramente criticata da gran parte della dottrina<sup>6</sup>.

Partendo proprio dall'analisi dell'art. 1010 c.c. si afferma come, mentre l'erede risponde dei debiti dell'eredità in misura proporzionale alla quota ereditaria, una volta commisurata all'asse ereditario, il beneficiario di usufrutto universale, diversamente, non è innanzitutto tenuto al pagamento dei debiti bensì degli "interessi dei debiti", e secondariamente rimane obbligato in ragione di una responsabilità proporzionale alla quota di usufrutto, a nulla rilevando il rapporto, in termini di valore capitale, che sussiste tra l'usufrutto e il patrimonio ereditario<sup>7</sup>. In altre parole, la responsabilità determinata dall'art. 1010 c.c. deriva da un par-

<sup>1</sup> In termini generali cfr. a tal riguardo BONILINI, *Concetto e fondamento della successione mortis causa*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, I, *La successione ereditaria*, Milano, 2009, 3 e segg.; ID., *Il negozio testamentario*, *ibid.*, II, *La successione testamentaria*, 3 e segg.; IEVA, *Attribuzione al coniuge attributiva dell'usufrutto generale di tutti gli immobili compresi nel patrimonio: legato in sostituzione di legittima*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2009, 2, 143.

<sup>2</sup> Per completezza occorre precisare come la Cassazione abbia attribuito all'usufrutto uxorio la natura di legato, cfr. in tal senso Cass., 15 febbraio 1979, n. 986, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, 2.

<sup>3</sup> Cfr. in tal senso CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, I, 3<sup>a</sup> ed., 77.

<sup>4</sup> Cfr. in tal senso tra le altre Cass., 12 settembre 2002, n. 13310, in *Riv. Notar.*, 2003, II, 234; ID., 24 febbraio 2009, n. 4435, in *Nuova Giur. Comm.*, 2009, 9, 955 e segg. In dottrina cfr. anche CICU, *Successioni per causa di morte, Parte Generale. Delazione e acquisto dell'eredità. Divisione ereditaria*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu-Messineo, Milano, 1954, 26 e segg.; FERRI, *Disposizioni generali sulle successioni*, in *Comm. C.C.* a

cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1997, Sub *artt.* 456-511, 52 e segg.

<sup>5</sup> Per una esatta ricostruzione delle teorie che configurano l'*universitas* come caratteristica dell'oggetto dell'acquisto a titolo universale cfr. AMADIO, *Lecture sull'autonomia privata*, Torino, 2005, 131 e segg.; sul concetto di *universitas* in relazione alla determinazione dell'oggetto dell'usufrutto cfr. SANTORO-PASSARELLI, *Legato di usufrutto universale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1940, 201 e segg.; ID., *Vocazione legale e vocazione testamentaria*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1942, 193 e segg.; MENGONI, *La divisione testamentaria*, Milano, 1950; ID., *Successioni per causa di morte. Parte speciale: successione necessaria*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, XLIII, 2, 93 e segg.

<sup>6</sup> BONILINI, *Il lascito di usufrutto universale*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2010, IV, 245; UNGARI TRASATTI, in *Riv. Notar.*, 2003, II, 238 e segg.; PERECCA, *La tutela della legittima del coniuge usufruttuario generale dell'eredità: rapporti tra cautela sociniana e azione di riduzione*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 162 e segg.

<sup>7</sup> Cfr. in tal senso BARBERO, *L'usufrutto ed i diritti affini*, Milano, 1952, 402 e segg.

ticolare atteggiamento dell'usufrutto, e non già dall'asserita acquisizione della qualità di erede del beneficiario della disposizione<sup>8</sup>.

Da quanto detto fino ad ora consegue che la disposizione testamentaria avente ad oggetto l'usufrutto universale dovrebbe essere intesa quale legato: ad ulteriore conferma di ciò possono essere, tuttavia, portate anche altre circostanze, che qui di seguito vengono indicate.

Per cominciare, si riscontra come la successione non avvenga nella stessa posizione giuridica del defunto<sup>9</sup>: il beneficiario della disposizione, infatti, non subentra in rapporti qualitativamente uguali a quelli del *de cuius*, e la mancanza di identità di posizione giuridica non consente di parlare di vocazione ereditaria. Si tratta, quindi, di una posizione nuova rispetto a quella in cui si trovava il defunto, mancando, in senso tecnico, una vera successione e dandosi invece luogo alla realizzazione di un acquisto cosiddetto derivativo costitutivo<sup>10</sup>.

Inoltre, va ricordato come l'usufrutto sia un diritto, per sua stessa natura, temporaneo — in quanto al più legato alla vita del beneficiario dello stesso —, e in ciò si evidenzia un insanabile conflitto con la norma di cui all'art. 637 c.c., che considera come non apposto alla disposizione a titolo universale il termine dal quale l'effetto della stessa cominci o cessi. La dottrina<sup>11</sup> che individua nel lascito di usufrutto universale un'istituzione di erede obietta, nel caso specifico, come sia necessario distinguere l'irretrattabilità dell'accettazione e la tendenziale perpetuità della condizione di erede; difatti, se non si tenessero distinti questi due piani, si correrebbe il rischio di negare la qualità ereditaria non solo al beneficiario di usufrutto ma anche, ad esempio, a tutti i beneficiari di disposizioni testamentarie sottoposte a condizione risolutiva. Bisogna tuttavia considerare che, pur volendo negare che la perpetuità della qualità di erede sia una caratteristica essenziale e pur volendo ignorare il disposto di legge di cui all'art. 637 c.c., il parallelismo tra il lascito di usufrutto universale e le disposizioni testamentarie sottoposte a condizione sospensiva non è comunque convincente; il verificarsi dell'evento dedotto in condizione retroagisce all'apertura della successione, dal che consegue la rimozione dell'effetto della disposizione testamentaria, con la conseguente apertura della successione nei confronti di un nuovo soggetto<sup>12</sup>. Nell'usufrutto, con ogni evidenza, non si ha la produzione di alcun effetto retroattivo, ma, semplicemente, la morte del beneficiario o il decorso del termine originariamente previsto fanno cessare il diritto nei modi ordinari, operando il riconguimento alla nuda proprietà.

Da ultimo, sempre a sostegno della tesi che interpreta l'usufrutto universale quale legato, viene portata la circostanza che, in genere, il lascito di usufrutto universale ha lo scopo (quantomeno nelle intenzioni inesprese del

testatore) di assolvere una funzione in senso lato alimentare<sup>13</sup>, e comunque legata alla soddisfazione di esigenze di vita temporanee del beneficiario; questo porta, com'è evidente, ad escludere che il *de cuius* abbia considerato il lascito in relazione alla totalità del patrimonio e quale quota dello stesso, configurazione che, invece, si attaglia all'istituzione d'erede, rappresentabile come soggetto che succede all'avente causa in un rapporto di continuità rispetto al patrimonio di esso.


CLARA SGOBBO

## PERSONE FISICHE E GIURIDICHE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 21 gennaio 2010, n. 982 — MORELLI *Presidente* — LANZILLO *Relatore* — CENICCOLA *P.M.* (parz. conf.) — Cuojati (avv. Lo Reto) - Grosso (avv. Alessandrini) ed altri.

**Persone fisiche e giuridiche — Associazioni non riconosciute — Partiti politici — Responsabilità civile — Regime speciale — Fattispecie** (C.c. art. 38; L. 3 giugno 1999, n. 157, art. 6 *bis*).

*L'art. 6 bis della L. 3 giugno 1999, n. 157, nell'esonerare gli amministratori dei partiti e dei movimenti politici dalla responsabilità per le obbligazioni dei medesimi partiti e movimenti, se non limitatamente ai casi in cui abbiano agito con dolo o colpa grave, introduce una deroga eccezionale, e, in quanto tale, di stretta interpretazione, rispetto al generale regime di responsabilità solidale di cui all'art. 38 c.c. per le associazioni non riconosciute. (Nella specie, la Cassazione ha precisato che la limitazione della responsabilità in esame può operare solo con riferimento alle obbligazioni assunte, in nome e per conto del partito, da chi operi in una veste tale da poter essere considerato amministratore alla stregua dello statuto dell'ente, al contrario, per chiunque altro che non rivesta una tale carica e che assuma obbligazioni in nome e per conto del partito continuerà ad operare il regime generale di cui all'art. 38 c.c.) (1).*

 *Omissis.* — 1. È pregiudiziale l'esame del terzo motivo, con cui il ricorrente chiede che sia dichiarata cessata la materia del contendere, in applicazione dell'art. 6 *bis* legge 3 giugno 1999, n. 157, introdotto con d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, conv. in legge 23 febbraio 2006, n. 51, il quale dispone che i creditori dei partiti e dei movimenti politici non possono pretendere direttamente dagli amministratori l'adempimento delle obbligazioni del partito, salvo che questi abbiano agito con dolo o colpa grave; norma espressamente dichiarata applicabile ai giudizi ed ai procedimenti in corso.

2. Il motivo è fondato. L'art. 39 *quaterdecies*, 2° comma lett. d), d.l. n. 273/2005 cit. ha introdotto nel testo della

subingresso nella stessa posizione giuridica del defunto con una vocazione a titolo universale. Cfr. in tal senso BONILINI, *op. cit.*, 249.

<sup>8</sup> Cfr. in tal senso SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, 207.

<sup>9</sup> Discorso diverso andrebbe, invece, fatto per quel che riguarda l'ipotesi di lascito del diritto di nuda proprietà su tutti i beni ereditari, difatti, sebbene anche quest'ultimo differisca dal diritto di piena proprietà, è caratterizzata dalla c.d. "identità virtuale"; la costituzione dell'usufrutto infatti non determina altro che una limitazione così come costituiscono una limitazione, ad esempio, i legati disposti dal testatore o dalla legge. L'acquisto di siffatto diritto di nuda proprietà, quindi, non ha carattere costitutivo dato che detta attribuzione è atta a causare il

<sup>10</sup> Cfr. in tal senso CAPOZZI, *op. cit.*, 74 e segg.; CICU, *op. cit.*, 30 e segg.

<sup>11</sup> BONILINI, *Manuale di diritto ereditario e delle donazioni*, Torino, 2006, 4<sup>a</sup> ed., 230.

<sup>12</sup> Cfr. in tal senso PALERMO, *Usufrutto, uso ed abitazione*, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1966, 385.

<sup>8</sup> Cfr. in tal senso BONILINI, *op. cit.*, 257.

<sup>9</sup> Discorso diverso andrebbe, invece, fatto per quel che riguarda l'ipotesi di lascito del diritto di nuda proprietà su tutti i beni ereditari, difatti, sebbene anche quest'ultimo differisca dal diritto di piena proprietà, è caratterizzata dalla c.d. "identità virtuale"; la costituzione dell'usufrutto infatti non determina altro che una limitazione così come costituiscono una limitazione, ad esempio, i legati disposti dal testatore o dalla legge. L'acquisto di siffatto diritto di nuda proprietà, quindi, non ha carattere costitutivo dato che detta attribuzione è atta a causare il

preesistente legge n. 157/1999, concernente il rimborso delle spese elettorali ai partiti politici, l'art. 6 *bis*, il quale dispone al primo comma che i creditori dei partiti e dei movimenti politici non possono pretendere direttamente dagli amministratori dei medesimi l'adempimento delle obbligazioni del partito o movimento, se non quando questi ultimi abbiano agito con dolo o colpa grave.

Il secondo comma istituisce un fondo di garanzia per fare fronte alle obbligazioni sorte in precedenza, ed il comma 3 dispone che le suddette disposizioni si applicano anche ai giudizi e procedimenti in corso.

Il Cuojati rivestiva la carica di amministratore, ed in particolare quella di segretario amministrativo, del PSDI, alla data in cui ha assunto il debito di cui è stato condannato a rispondere, sicché l'applicabilità delle nuove disposizioni ai processi in corso comporta l'annullamento del capo della sentenza impugnata che ne ha sancito la condanna, con rinvio della causa alla Corte di appello, affinché accerti se sussistano o meno i presupposti per l'applicazione delle nuove disposizioni di cui all'art. 6 *bis*, 1° comma (in particolare, la circostanza che egli non ebbe ad agire con dolo o colpa grave).

In tal senso ha già deciso questa Corte, con sentenza 14 maggio-23 giugno 2009 n. 14612, emessa nella controversia promossa contro il ricorrente ed altri dalla s.p.a. Monte dei Paschi di Siena, anch'essa creditrice del partito e partecipante (con numerose altre banche) all'accordo del 28.11.1989.

La resistente IMI S. Paolo assume che le nuove disposizioni si applicherebbero solo ai creditori dei partiti "di cui alla presente legge", cioè solo a quelli futuri; quanto ai rapporti pregressi, i creditori potrebbero ancora perseguire gli amministratori e questi ultimi, non i creditori, sarebbero tenuti a rivalersi sul fondo di garanzia.

L'interpretazione non può essere condivisa.

L'applicabilità ai soli crediti futuri appare incompatibile con il tenore del terzo comma dell'art. 6 *bis*, secondo cui le nuove disposizioni si applicano ai processi in corso: norma che resterebbe priva di applicazione e di effetti, ove venisse seguita la proposta interpretazione.

Il testo letterale del 1° comma, seconda parte, dell'art. 6 *bis* è inequivocabile nel disporre che "I creditori dei partiti e movimenti politici di cui alla presente legge non possono pretendere direttamente dagli amministratori...", neppure nei processi in corso (3° comma), e rende impraticabile l'interpretazione della resistente, che nella sostanza attribuisce alla norma il significato opposto: cioè quello per cui anche i creditori pregressi possono agire contro gli amministratori, salvo il diritto di questi ultimi di rivalersi sul fondo.

L'interpretazione del ricorrente, del resto, è già stata adottata da questa Corte con la citata sentenza n. 14612/2009, che ne ha anche escluso ogni profilo di dubbia costituzionalità. — *Omissis*.

Fermo restando, in linea di principio, quanto si è detto a proposito dell'applicabilità immediata delle nuove disposizioni (*supra*, I, par. 1.2), l'esenzione dalla responsabilità di cui all'art. 38 cod. civ., introdotta dall'art. 6 *bis*, è da ritenere applicabile esclusivamente agli amministratori dei partiti e movimenti politici, secondo l'espressa dizione del testo normativo; non a coloro che, come il Caria, abbiano agito per il partito senza rivestire alcuna carica (cfr. Cass. civ., Sez. I, 14 maggio-23 giugno 2009 n. 14612 cit.).

Questa Corte ha già avuto occasione di pronunciarsi in materia, con la citata sentenza n. 14612/2009 della Prima Sezione, la quale ha escluso che la parola "amministratori", di cui all'art. 6 *bis*, sia volta ad indicare qualunque soggetto che abbia assunto obbligazioni verso i terzi in nome e per conto del partito; ma che anzi — considerato il carattere eccezionale delle innovazioni, che comportano notevoli limitazioni per i diritti dei creditori, derogando ai principi generali del codice civile — la norma deve essere interpretata in termini restrittivi e riferita solo a coloro che istituzionalmente, in forza dei poteri loro conferiti dall'atto costitutivo

o dallo statuto, siano investiti di compiti amministrativi all'interno del partito e come tali agiscano e si presentino all'esterno.


Ed invero, se lo scopo della legge è quello di non far gravare sull'operatività dei partiti le preoccupazioni di carattere personale che potrebbero condizionare i comportamenti di coloro che per essi agiscono, la limitazione di responsabilità si giustifica se riferita soltanto a coloro ai quali faccia stabilmente capo l'amministrazione del partito; mentre non appare necessaria né utile con riferimento a qualunque associato.

Non sembra infatti opportuno ammettere che qualunque iscritto al partito possa intromettersi nella relativa gestione ed assumere obbligazioni, venendo esonerato dalle conseguenti responsabilità, per effetto del suddetto regime di favore.

Non a caso l'art. 5 legge 2 maggio 1974, n. 195, imponeva ai partiti politici che intendessero beneficiare del finanziamento pubblico l'obbligo di indicare nei loro statuti e regolamenti i soggetti muniti di rappresentanza legale, abilitati alla riscossione, dimostrando così di non voler ritenere indiscriminatamente legittimato qualunque associato.

La disposizione non è ripetuta dalla legge n. 157 del 1999, ma risponde ai principi che richiedono il rispetto del rigore formale, nei rapporti con la P.A., ed in particolare in tema di finanziamenti pubblici.

L'eccezione di illegittimità costituzionale del nuovo art. 6 *bis*, ove si applichi ai soli amministratori, appare manifestamente infondata, sia per le ragioni ora esposte, sia in considerazione del fatto che i soggetti privi di cariche amministrative non hanno alcun obbligo di agire o di indebitarsi per fare fronte alle necessità gestionali del partito — compito che può invece gravare sugli amministratori — e che pertanto l'applicazione dei principi di diritto comune non comporta, nei loro confronti, alcuna inevitabile limitazione nell'esercizio delle libertà politiche; esercizio che peraltro non include necessariamente il diritto di agire a spese altrui, venendo esonerati dalle conseguenti responsabilità. — *Omissis*.

 (1) La Corte di cassazione si pronuncia nuovamente, a breve distanza di tempo da un caso del tutto analogo<sup>1</sup>, sul particolare regime di responsabilità disciplinato dall'art. 6 *bis* L. 3 giugno 1999, n. 157, aggiunto dal D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni nella L. 23 febbraio 2006, n. 51. Con la pronuncia in esame viene riconfermato il precedente orientamento per cui tale regime speciale, è di stretta applicazione e, pertanto, riguarda esclusivamente coloro che, alla stregua dello statuto sociale dell'ente, sono da considerarsi amministratori dell'ente stesso. Detto regime è stato ritenuto dalla medesima giurisprudenza di legittimità<sup>2</sup> costituzionalmente legittimo, in quanto strumento di tutela ed incentivo delle attività di partecipazione e sviluppo costituzionale realizzate attraverso i partiti politici.

Nel caso di specie, il Psdi, come tutti i partiti politici nel nostro ordinamento, riveste la forma giuridica dell'associazione non riconosciuta. In generale, per l'associazione non riconosciuta, opera, quale regime di responsabilità per le obbligazioni assunte in nome e per conto dell'associazione medesima, quello delineato dall'art. 38 c.c. Detta norma statuisce che i creditori dell'ente possono rivalersi non soltanto sul fondo comune dell'associazione medesima, ma anche nei confronti di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, i quali sono personalmente e solidalmente responsabili.

<sup>1</sup> Cass., Sez. I, 23 giugno 2009, n. 14612, in *Corriere Giur.*, 2009, 11, 1494, con nota di LANZANI.

<sup>2</sup> V. nota 1.

Sul fondamento dell'art. 38 c.c., nella parte in cui stabilisce la responsabilità personale e solidale di coloro che hanno agito in nome e per conto dell'ente, sono state elaborate diverse teorie in dottrina e in giurisprudenza<sup>3</sup>. Una prima impostazione<sup>4</sup> ritiene che la *ratio* della disposizione in esame sia da ravvisarsi nella tutela del credito, in ragione della mancanza di un adeguato sistema di pubblicità per le associazioni non riconosciute. Si sostiene, infatti, che, stante l'assenza di oneri pubblicitari analoghi a quelli prescritti per le associazioni riconosciute, i creditori non sarebbero in grado di avere un'effettiva conoscenza della reale consistenza patrimoniale dell'associazione. Conseguentemente, il legislatore li garantisce sottoponendo al loro soddisfacimento anche il patrimonio di coloro che, nei confronti dei terzi, agiscono in nome e per conto dell'ente.

Un secondo orientamento<sup>5</sup>, ad oggi minoritario, invece, ritiene che il fondamento del particolare regime di responsabilità di cui all'art. 38 c.c., seppur sempre nell'ottica della tutela dei creditori, sarebbe da ravvisarsi non tanto nella mancanza di un'adeguata pubblicità circa la consistenza del patrimonio dell'associazione, bensì nell'assenza di un controllo circa l'adeguatezza del patrimonio dell'associazione non riconosciuta rispetto al conseguimento dello scopo. Pertanto, laddove risultasse essere inadeguato, in ogni caso i creditori potrebbero fare affidamento anche sul patrimonio personale di coloro che abbiano agito, nei confronti dei terzi, in nome e per conto della società.

Quale che sia l'impostazione accolta, è innegabile che l'art. 38, seconda parte, c.c., si ponga a tutela dei creditori e, più in generale, dei terzi che si rapportano all'associazione non riconosciuta. Pertanto, il principio di base accolto dalla norma in esame è quello dell'apparenza, nel senso che non rileva, ai fini della responsabilità personale e solidale<sup>6</sup> di coloro che abbiano agito in nome e per conto dell'ente, la carica da questi ricoperta all'interno dell'organizzazione dell'ente medesimo, bensì esclusivamente l'attività negoziale posta

in essere con terzi in nome e per conto dell'associazione. In sostanza, non si crea una responsabilità "da posizione", bensì questa sussiste in capo a chiunque, di fatto, ponga in essere un'attività negoziale in nome e per conto dell'associazione non riconosciuta.

Il regime derogatorio al generale sistema di cui all'art. 38 c.c., introdotto con la novella del 2006, in modifica alla L. 3 giugno 1999, n. 157, per i partiti politici, introduce, al contrario, un'esenzione dalla responsabilità per le obbligazioni del partito (salvo il caso di dolo o colpa grave) "da posizione": questa, infatti, riguarda soltanto coloro che all'interno del partito o del movimento politico rivestano una carica riconducibile a quella degli amministratori. Così dispone, letteralmente, l'art. 6 *bis* della legge sopra citata, così come da ultimo modificata nel 2006. Inoltre, come i giudici hanno avuto modo di argomentare nella sentenza in epigrafe, il termine "amministratori", di cui al precedente art. 6 *bis*, è insuscettibile di un'interpretazione estensiva: la normativa che si esamina presenta un carattere eccezionale e, in quanto pregiudizievole per gli interessi dei creditori che si relazionano al partito o movimento politico, deve essere interpretata restrittivamente e riferita esclusivamente a coloro che, istituzionalmente, in forza dei poteri loro conferiti dall'atto costitutivo o dallo statuto, siano investiti di compiti amministrativi all'interno del partito e come tali agiscano e si presentino all'esterno. Del resto, il particolare *favor* che il legislatore ha accordato ai partiti politici in ragione della preoccupazione che motivazioni di carattere personale influenzassero l'operatività dei medesimi, ha motivo di sussistere solo con riferimento ai soggetti che effettivamente, stante la carica rivestita, sono in grado di indirizzare le scelte operative di tali organizzazioni. Al contrario, estendere questo regime particolarmente favorevole a qualsiasi associato risulterebbe del tutto incongruo, in quanto si applicherebbe un particolare regime derogatorio in assenza della *ratio* giustificatrice sottesa al medesimo.

<sup>3</sup> Per una panoramica sulle diverse tesi dottrinali e giurisprudenziali: D'AMELIO, *Sul fondamento dell'art. 38, seconda parte, cod. civ.*, in *Riv. Notar.*, 2, 2010.

<sup>4</sup> FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1956, II, 2, 429 e segg.; BASILE, *Gli enti "di fatto"*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, I, 2, *Personae e famiglia*, Torino, 1982, 392 e segg.; RUBINO, *Associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 255; BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica — I soggetti*, Milano, 1990, 360; PERSICO, voce "Associazione non riconosciuta", in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 891. *Ex multis*, Cass., 12 marzo 2007, n. 5746, in *Guida Dir.*, 2007, 19, 67; Id., 6 agosto 2002, n. 11759, in *Riv. Notar.*, 2003, 683, con nota di VOCATURO; Id., Sez. lav., 16 maggio 2000, n. 6350, in *Nuova Giur. Comm.*, 2001, I, 280, con nota di BASILE; Id., 18 gennaio 1978, n. 236, in *Giur. It.*, 1978, I, 1, 437 e segg.; Id., 25 ottobre 1969, n. 3502, in *ivi*, 1970, I, 1, 492.

<sup>5</sup> GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, *Le categorie generali, le persone, la proprietà*, Padova, 2004, 247; FERRARI JR., in nota a FERRARA SR., *Le persone giuridiche*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1956, II, 2, 437 e segg.

<sup>6</sup> L'orientamento prevalente in dottrina e in giurisprudenza riconduce la responsabilità personale di coloro che hanno agito

in nome e per conto dell'associazione ad una forma di garanzia fideiussoria *ex lege* per un debito altrui, configurando un'obbligazione solidale e d'accessoria rispetto a quella gravante il fondo comune: RUBINO, *Le associazioni non riconosciute*, Milano, 1952, 255; TAMBURRINO, *Personae giuridiche. Associazioni non riconosciute. Comitati*, in *Giust. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1980, 456; Trib. Napoli, 26 aprile 1977, n. 3262, in *Dir. e Giur.*, 1978, 4, 913, con nota di BOCCHINI, *Compiti e responsabilità del segretario politico e del segretario amministrativo per gli atti del partito*. Cass., 27 dicembre 1991, n. 13946, in *Giust. Civ. Mass.*, 1991; Id., 26 febbraio 1985, n. 1655, in *Foro It.*, I, 2672 e in *Giur. It.*, 1986, I, 1248, con nota critica di CENTOFANTI, *Una tutela da non vanificare (la responsabilità personale degli amministratori ex art. 38 c.c. nei confronti dei dipendenti delle associazioni non riconosciute)*; Id., 26 luglio 1983, n. 5137, in *Repertorio Foro It.*, 1983, 240, n. 15. *Contra* GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, sub artt. 36-42, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja Branca, Bologna-Roma, 1969, 245 e segg., che contesta la riconducibilità dell'obbligazione di chi ha agito in nome e per conto dell'associazione ad un vincolo fideiussorio con il *beneficium excussionis*, ritenendola, invece, legata all'attività di direzione dell'ente e configurando, quindi, un debito proprio dei soggetti agenti.

# Diritto Commerciale

a cura di GASTONE COTTINO

CON ORESTE CAGNASSO, MARCO RICOLFI, MARCELLA SARALE e ROBERTO WEIGMANN

## APERTURA DI CREDITO APPARENTE

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 11 novembre 2010, n. 22915, pag. 567.

**L'apertura di credito tra "apparenza" e realtà**, di MARINA SPIOTTA.

## AMMINISTRATORE UNICO DI S.R.L.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 4 ottobre 2010, n. 20597, pag. 570.

## ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 16 luglio 2010, n. 16758, pag. 571.

## SOSTITUZIONE DEL LIQUIDATORE

TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2011, pag. 573.

## FINANZIAMENTI DEI SOCI DI S.R.L.

TRIBUNALE MILANO, 10 gennaio 2011, pag. 574.

## DIMISSIONI DEL SINDACO — EFFICACIA

TRIBUNALE MILANO, VIII SEZIONE, 2 agosto 2010 (decreto), pag. 577.

**Cessazione di un sindaco e sua efficacia, tra "vecchio" e "nuovo" diritto**, di MAURIZIO CAVANNA.

## DIRITTO D'AUTORE E PUBBLICITÀ

TRIBUNALE TORINO, 28 luglio 2010, pag. 579.

**Nota in tema di slogan e di sua tutelabilità quale opera dell'ingegno**, di LAURA MILLANO.

## RESPONSABILITÀ E REVOCA AMMINISTRATORI

TRIBUNALE TORINO, I SEZIONE, 10 maggio 2010 (ordinanza), pag. 585.

## AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ

TRIBUNALE MILANO, 2 settembre 2010, pag. 587.

## APERTURA DI CREDITO APPARENTE

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 11 novembre 2010, n. 22915 — *PROTO Presidente* — *FIORETTI Estensore* — *RUSSO P.M. (conf.)* — Banca Monte dei Paschi di Siena s.p.a. (avv.ti Mannocchi, Nocchi) - Fallimento Centrotele s.r.l. (avv. Cipriani).

*Conferma App. Firenze, 30 agosto 2005.*

**Fallimento — Revocatoria fallimentare — Versamenti in conto corrente — Apertura di credito** (C.c. artt. 1325, 1842, 1843; R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 67).

*Il contratto di apertura di credito concluso da un imprenditore che si trovi in una situazione di difficoltà economica e che precluda il riutilizzo dei successivi ver-*

*samenti è soltanto apparente, atteso che, in tal modo, viene posta in essere un'attività negoziale cui non corrisponde il regolamento di interessi tipico di detto contratto. Lo scopo in questo caso non è più quello di conservare una determinata somma e per un dato periodo di tempo a disposizione del cliente, ma di consentire alla banca di recuperare i crediti nei confronti dell'imprenditore, senza che i versamenti effettuati nei limiti dell'apertura del credito possano essere ritenuti di natura solutoria e come tali fatti oggetto di azione revocatoria. Pertanto, in tal caso, deve considerarsi legittima la revocatoria fallimentare sulle somme versate dall'imprenditore per ripianare lo scoperto (1).*

(Massima non ufficiale)



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2010, 12, 2483.

## (1) L'apertura di credito tra "apparenza" e realtà

1. Spesso, per dirla come Francis Veber, «l'apparenza inganna» e proprio per questa ragione molti ordinamenti giuridici hanno elaborato la c.d. "teoria dell'apparenza"<sup>1</sup> che è ormai annoverata tra le fonti delle obbligazioni<sup>2</sup>. In Italia essa nasce e si sviluppa come costruzione della giurisprudenza la quale, traendo spunto da alcune norme del codice civile considerate espressione del principio stesso<sup>3</sup>, nega a chi ha creato un'apparenza ingannevole la possibilità di opporre al terzo che vi abbia confidato senza colpa lo stato di diritto non conforme.

La tutela dell'affidamento incolpevole, soprattutto nel diritto commerciale, ha sempre avuto un ruolo importante essendo strumentale alla salvaguardia della certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Si suol dire che, rispetto al diritto civile, il diritto privato dell'impresa si è sviluppato in modo più aperto e flessibile alle esigenze del traffico. Di qui la particolare attenzione prestata, da un lato, alla realtà delle cose e, quindi, al dato di fatto rispetto al dato formale<sup>4</sup>; dall'altro, all'apparenza in relazione alla tutela dell'affidamento del terzo<sup>5</sup>.

*Prima facie* sembrerebbe una contraddizione in termini; in realtà, se ben si riflette, esiste uno stretto collegamento, quasi un'interferenza<sup>6</sup>, tra la problematica dei rapporti di fatto e la teoria dell'apparenza giacché i rapporti di fatto, nel loro imitare rapporti di diritto corrispondenti, sono potenzialmente in grado di trarre in inganno il terzo e, quindi, idonei a costituire il pre-

supposto per l'applicazione del principio dell'apparenza<sup>7</sup>.

2. Ma non sempre l'apparenza inganna.

Nel caso di specie, infatti, la "finta" apertura di credito non ha "fuorviato" la I Sezione civile della Cassazione<sup>8</sup>, che ha rigettato il ricorso presentato da un Istituto di credito avverso la decisione con cui la Corte d'appello di Firenze aveva dichiarato inefficaci le rimesse affluite nel conto corrente di una società in difficoltà economica, condannando la banca al pagamento, a favore della curatela fallimentare, della somma ivi versata. In particolare, la Corte di legittimità, confermando gli assunti dei giudici di gravame, ha rilevato che tra la società cliente e la banca era stato stipulato un contratto di apertura di credito senza che i successivi versamenti potessero essere riutilizzati dalla cliente stessa; ne derivava che il contratto era soltanto apparente, atteso che, in tal modo, veniva posta in essere un'attività negoziale, «cui non corrisponde il regolamento di interessi tipico di detto contratto».

Ancora una volta i giudici hanno utilizzato il concetto di "causa" del contratto per dirimere delicate controversie fallimentari<sup>9</sup>: nel caso concreto, per "smascherare" quella che sembrerebbe una manovra della banca per sottrarsi all'azione revocatoria fallimentare facendo "apparire" come *rimesse ripristinatorie* (affluite su un *conto passivo*<sup>10</sup>, *non revocabili* poiché volte a ricostituire la provvista nella disponibilità del correntista) quelle che, in realtà, erano vere e proprie *rimesse solutorie* (affluite su un *conto scoperto*<sup>11</sup>, *revocabili* giacché destinate ad estinguere, anche solo parzialmente, il credito della banca).

<sup>1</sup> Sul tema v. RAJNERI, *Il principio dell'apparenza giuridica*, Trento, 2002.

<sup>2</sup> GALLO, *Trattato del contratto*, III, *I rimedi, la fiducia, l'apparenza*, Torino, 2010, 2489 e segg.

<sup>3</sup> V. gli artt.: 113 c.c. in tema di matrimonio celebrato davanti ad un apparente ufficiale dello stato civile; 534, comma 2, c.c. in tema di alienazione dell'eredità effettuata dall'erede apparente; 1189 c.c. in tema di pagamento al creditore apparente; 1415 c.c. sugli effetti della simulazione rispetto ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente; 1416 c.c. che, sempre in tema di simulazione, riguarda gli atti di esecuzione compiuti dai creditori del titolare apparente sui beni che furono oggetto del contratto simulato; 1153 c.c. sugli effetti degli acquisti *a non domino*.

<sup>4</sup> Basti pensare alla consolidata teoria in tema di amministratore di fatto (v. per tutti ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano, 1998) e al dibattito sulla società di fatto (da ultimo IRRERA, *La società di fatto tra società di capitali*, in *Giur. It.*, 2010, IV, 471).

<sup>5</sup> Ne sono un esempio le norme in tema di rappresentanza degli amministratori di s.p.a. (v., in particolare, l'art. 2384, comma 2, c.c.) e la creazione giurisprudenziale della c.d. società apparente che, pur non esistendo nei rapporti tra i presunti soci, deve tuttavia considerarsi esistente all'esterno quando due o più persone operino in modo tale da ingenerare nei terzi la ragionevole opinione che essi agiscano come soci.

<sup>6</sup> La correlazione era già stata evidenziata da FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984; ID., *In tema di società di fatto e di società apparente*, in *Giur. Comm.*, 1977, II, 164.

<sup>7</sup> L'amministratore di fatto può apparire al terzo come amministratore legalmente nominato (cfr. di recente Cass., 29 aprile 2010, n. 10297, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 635); la società di fatto come società regolarmente costituita e via dicendo. Natu-

ralmente il discorso non può essere generalizzato perché vi sono casi in cui la situazione di fatto si palesa al terzo nei suoi contorni definiti e reali e non come la corrispondente situazione di diritto (per esempio, nulla vieta all'amministratore di fatto di dichiarare di non essere stato legalmente nominato). In sintesi, perché si possa invocare il principio dell'apparenza riguardo al rapporto di fatto, occorre che il soggetto che lo pone (o concorre a porlo) in essere, lasci credere che la situazione sia di diritto (anziché di fatto).

<sup>8</sup> La sentenza è già stata pubblicata in *Guida Dir.*, 2010, 47, 46, con commento di SACCHETTINI, *Se il cliente non può riutilizzare le somme il contratto concluso è soltanto apparente*. V. inoltre *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di Carbone, in *Giur. It.*, 2010, 2483.

<sup>9</sup> Il riferimento è a Trib. Roma, 16 aprile 2008 (in *Giur. It.*, 2009, 1985, con nota critica di IOZZO; in *Banca Borsa*, 2009, II, 732, con commento adesivo di MACARIO; in *Dir. Fall.*, 2008, II, 551, con nota adesiva di PICCININI) che ha dichiarato inammissibile, «per mancanza di causa», la domanda di concordato preventivo con la quale il debitore aveva offerto ai creditori chirografari il pagamento di un importo corrispondente allo 0,03% dei crediti. Il concetto di "causa" è stato utilizzato anche da Cass., Sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538 (in *Giur. It.*, 2010, 2080, con nota di SPIOTTA) al fine di individuare la natura (onerosa o gratuita) del pagamento da parte del fallito di un debito altrui.

<sup>10</sup> Ossia su un conto con saldo debitore assistito da apertura di credito di cui non è stato superato il limite.

<sup>11</sup> È tale sia un conto non assistito da apertura di credito che presenti un saldo a debito del cliente, sia un conto assistito da apertura di credito con saldo debitore oltre i limiti di fido convenzionalmente accordato al correntista.

La sentenza s'inserisce nel solco di quella giurisprudenza<sup>12</sup> che, pur mantenendo ferma la suddetta distinzione, aveva precisato che anche le rimesse su conto passivo (ma non scoperto) o su conto con saldo attivo, dovevano considerarsi revocabili qualora fosse dimostrato che esse avevano concretamente contribuito a contenere il debito verso la banca, perché quest'ultima, pur in mancanza di un recesso formale, aveva bloccato l'utilizzo del conto (c.d. "conto congelato") o attuato quella particolare forma di compensazione tra saldi di conti differenti prevista dall'art. 1853 c.c. e comunemente definita *giroconto*.

3. A margine della sentenza si ricorda che la distinzione fra rimesse ripristinatorie e solutorie, pur essendo stata salutata come un «onorevole compromesso»<sup>13</sup>, lungi dal sedare il dibattito, ha aperto una stagione di analisi tecniche, sottili e complesse, dovute alla difficoltà di individuare l'esistenza di un contratto di apertura di credito in senso proprio, l'esposizione debitoria, il credito disponibile e le rimesse revocabili<sup>14</sup>. Si è giunti a considerare revocabili le rimesse infragiornaliere e ad ammettere la doppia revoca (dei rientri sul conto ordinario e sul conto anticipi)<sup>15</sup>. Per dare un'idea del clima di "malcontento" è sufficiente ricordare che un Tribunale<sup>16</sup> arrivò a sottoporre alla Corte costituzionale la «questione di legittimità costituzionale dell'art. 67, comma 2, L. Fall., nella parte in cui quest'ultima norma assoggetta a revocatoria atti doverosi come i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili effettuati dal fallito con mezzi normali nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento a favore dei creditori».

Da qui il tentativo del riformatore di razionalizzare il meccanismo revocatorio con l'introduzione dell'esenzione di cui all'art. 67, comma 3, lett. b), L. Fall.<sup>17</sup> e del

criterio del c.d. massimo scoperto (art. 70, comma 3, L. Fall.), norme che dovrebbero consentire di superare la distinzione fra conti passivi e conti scoperti<sup>18</sup> ma che, verosimilmente, non serviranno a porre un freno alla ricerca di *escamotages* per sottrarsi alla *par condicio creditorum*. Anzi, nel nuovo contesto normativo, la "tentazione" di far apparire come aperture di credito schemi contrattuali che non corrispondono alla nozione offerta dall'art. 1842 c.c.<sup>19</sup> (o di usare impropriamente questo contratto) potrebbe diventare ancora "più forte" stante l'introduzione del beneficio della prededuzione previsto dall'art. 182 *quater* L. Fall. anche per i c.d. "finanziamenti ponte" ossia — recita il comma 2 della norma — per i finanziamenti effettuati da banche o intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 T.U.B. «in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'art. 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il Tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato»<sup>20</sup>. «La conseguenza insita in una previsione siffatta è che, dal punto di vista operativo, le banche potrebbero essere indotte a "congelare" gli effetti dell'erogazione del finanziamento sin visto l'esito della domanda di omologazione dell'accordo» (o, *mutatis mutandis*, della domanda di ammissione al concordato preventivo)<sup>21</sup>. In altre parole, si teme che la banca aspetterà l'*imprimatur* del Tribunale prima di consentire all'imprenditore l'utilizzo di un'apertura di credito già concessa<sup>22</sup>. Se nella pratica dovesse avverarsi questa profezia, potrebbe essere compromesso il

<sup>12</sup> V. Cass., 26 febbraio 1999, n. 1672, in *Banca Borsa*, 2000, II, 264.

<sup>13</sup> BONELLI, *La revocatoria fallimentare delle rimesse in conto corrente bancario: la giurisprudenza della Cassazione a partire dal 1982*, in *Giur. Comm.*, 1987, I, 213.

<sup>14</sup> V., anche per i riferimenti bibliografici, JORIO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in AMBROSINI-CAVALLI-JORIO, *Il fallimento*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, XI, II, Padova, 2009, 428 e segg.

<sup>15</sup> Gli eccessi della giurisprudenza (sottolineati con enfasi da App. Firenze, 28 gennaio 2004, in *Foro It.*, 2004, I, 1714 e *ivi*, 2005, I, con nota critica di FABIANI e in *Giur. Comm.*, 2004, II, 406, con commento di CORSI) hanno avuto effetti negativi sull'efficienza del sistema creditizio e sul livello dei tassi, attesa la capacità delle banche di riallocare sui clienti (e sull'impresa) il costo della revocatoria: cfr. BORGIOLO, *La revocatoria: un autogol*, in *L'interprete e l'operatore dinanzi alla crisi dell'impresa* a cura di Pacchi Pesucci, Milano, 2001, 228; STANGHELLINI, *La struttura economica della revocatoria delle rimesse bancarie*, in *La revocatoria delle rimesse bancarie* a cura di Predieri, Torino, 1999, 75.

<sup>16</sup> Trib. Monza, 15 luglio 1999, in *Giur. It.*, 1999, 2328, con nota di BERTACCHINI, *L'"odiosa" revocatoria dei pagamenti: sospetti profili di incostituzionalità*.

<sup>17</sup> Per l'esame di questa discussa esenzione si rinvia, *ex multis*, all'attenta analisi di CAVALLI, *La revocatoria delle rimesse su conto corrente bancario*, in *La riforma della legge fallimentare* a cura di Ambrosini, Bologna, 2006, 157 e segg. e in *Banca Borsa*, 2006, I, 1 e segg.; *Id.*, *Sub art. 67, 3° co., lett. b)*, in *Il nuovo diritto fallimentare* a cura di Jorio, Fabiani, Bologna, 2006, I, 959 e segg.

<sup>18</sup> Per un quadro della giurisprudenza v. REBECCA-MARCHETTI, *Rilevanza o meno dell'affidamento nella «nuova» revocatoria fallimentare delle rimesse*, in *Dir. Fall.*, 2010, I, 788 e segg.

<sup>19</sup> CAVALLI-CALLEGARI, *Lezioni sui contratti bancari*, Bologna, 2008, 131; CALANDRA BUONAURA-PERASSI-SILVETTI, *La banca: l'impresa e i contratti*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, IV, Padova, 2001, 529; GIORGIANNI-TARDIVO, *Manuale di diritto bancario*, 2ª ed., Milano, 2009, 471.

<sup>20</sup> Quest'ultimo inciso — aggiunto dalla legge n. 122/2010 di conversione del D.L. n. 78/2010 — subordinando l'attribuzione del rango prededucibile ad un evento futuro ed incerto, rischia di rappresentare un deterrente proprio alla concessione di quella "finanza-ponte" che la legge mostrava di voler incentivare, tanto che in dottrina si è parlato di un «clamoroso caso di eterogenesi dei fini»: questa l'espressione utilizzata da AMBROSINI, *Appunti "flash" sull'art. 182 quater della legge fallimentare*, in *www.ilcaso.it*.

<sup>21</sup> Così AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Il nuovo diritto fallimentare: novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* a cura di Jorio, Fabiani, Bologna, 2010, 1173. Nello stesso senso v. LO CASCIO, *Finanziamenti alle imprese in crisi: nuove garanzie alle banche*, in *Corriere Giur.*, 2010, 1270: «È probabile che l'erogazione del finanziamento sia deliberato dalla banca, ma condizionato alla pronuncia giurisdizionale favorevole».

<sup>22</sup> Così, tra gli altri, FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 905. Sull'argomento v. anche STANGHELLINI, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, *ivi*, 2010, 1346; TARZIA, *La nuova tutela del debitore e dei finanziatori negli strumenti di prevenzione del fallimento*, in

tentativo del riformatore di agevolare l'erogazione della nuova finanza.

La fantasia degli uomini supera sempre quella del legislatore ed obbliga gli operatori del diritto a trovare nuovi rimedi: la legge n. 154/1992 e, successivamente, l'art. 117, comma 1, T.U.B., introducendo la forma scritta *ad substantiam*, ha precluso alle banche la possibilità di scongiurare la revocatoria fallimentare sostenendo l'esistenza di aperture di credito tacite o stipulate per *facta concludentia* e, nel contempo, ha spinto i giudici a fare ricorso alla figura del contratto apparente. Si è così passati dall'apertura di credito *tacita* (*id est* risultante dal comportamento delle parti) a quella *apparente* (stipulata in forma scritta ma non corrisponde alla nozione codicistica), il che dimostra la connessione (cui si è fatto cenno all'inizio di queste brevi note) tra la problematica dei rapporti di fatto e la teoria dell'apparenza.

La peculiarità è che in questo caso la locuzione "apparente" viene (anziché adoperata in relazione ad un rapporto di fatto e per tutelare i terzi di buona fede) accostata al termine che designa il contratto per far capire che esso, pur non essendo "simulato", non corrisponde al regolamento di interessi tipico della nozione codicistica.

MARINA SPIOTTA

#### AMMINISTRATORE UNICO DI S.R.L.

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 4 ottobre 2010, n. 20597 — TRIFONE *Presidente* — PETTI *Relatore* — PRATIS *P.M.* (conf.) — Alpe Invest s.r.l. (avv. Lillo) - Banca Intesa s.p.a. e Intesa Gestione crediti s.p.a. (avv. Gargani, Ricci).

*Cassa con rinvio App. Venezia, 17 ottobre 2005.*

**Società — Società a responsabilità limitata — Amministratore unico — Conflitto di interessi** (C.c. artt. 1394, 2391, 2487 *previgenti*).

**Società — Società a responsabilità limitata — Amministratore unico — Atto *ultra vires* — Preventiva autorizzazione assembleare** (Cost. art. 41; C.c. art. 2475, n. 3, *previgenti*).

*Il contratto con cui l'amministratore unico di una s.r.l. concede fidejussione a favore di altra società (nella fattispecie in stato di evidente decozione) di cui questi rivesta la stessa qualità di amministratore unico è an-*

*nullabile per conflitto di interessi ai sensi dell'art. 1394 c.c. (1).*

*L'atto *ultra vires* compiuto dall'amministratore unico nel previgente regime dell'art. 2394 bis c.c. costituisce violazione di disposizioni imperative, anche di rango costituzionale, derivandone in linea di principio la nullità dell'atto stesso e la conseguente irrilevanza della sua preventiva autorizzazione, anche se adottata all'unanimità dai soci (2).*

(Massime non ufficiali)



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2010, 11, 2241.



(1-2) La sentenza affronta una fattispecie regolata dal diritto societario vigente anteriormente alla riforma del 2003 e assoggettato per i profili da essa esaminati, in virtù delle norme di rinvio degli artt. 2486 e 2487, alla disciplina delle società per azioni. Conserva tuttavia interesse anche alla luce del diritto riformato in quanto "annunciatrice" di soluzioni e principi di cui pare utile verificare se e quanto conservino attualità.

Due sono le questioni emergenti dalle massime e dalla non sempre limpida motivazione: quale sia il regime del conflitto di interessi se la gestione sia affidata ad un amministratore unico e quale la sorte di eventuali atti *ultra vires*, nel caso di specie preventivamente autorizzati (all'unanimità) dall'assemblea dei soci.

Sulla prima questione la Cassazione si adegua all'orientamento prevalente *ante* riforma per tutte le società di capitali: un orientamento tuttora condiviso, per le s.p.a., dalle prevalenti giurisprudenza e dottrina<sup>1</sup> ed esplicitamente accolto, per le società a r.l., dall'art. 2475 *ter* c.c. Statuendo che «i contratti conclusi dagli amministratori che hanno la rappresentanza della società in conflitto di interessi, per conto proprio e di terzi, con la medesima possono essere annullati su domanda della società, se il conflitto era conosciuto o conoscibile dal terzo», la norma riproduce infatti, pressoché testualmente<sup>2</sup>, l'art. 1394.

Può pertanto valere anche per le s.r.l. il precedente, quasi esattamente *in terminis* (salvo che per il fatto che in esso la fidejussione non fosse prestata a una società decotta, sicché il conflitto non fosse così plateale), di Cass., 17 ottobre 2008, n. 25361 cui si richiama anche la sentenza che si commenta<sup>3</sup>.

Nella fattispecie vi era però una peculiarità, costituita come si è visto dall'autorizzazione preventiva e unanime dei soci al compimento dell'atto, di cui il supremo Collegio ha escluso (con riguardo sia al conflitto che

*Dir. Fall.*, 2010, I, 543. Al tema è stato dedicato il Convegno di Alba del 4 dicembre 2010.

<sup>1</sup> Cass., 26 settembre 2005, n. 18792, in *Guida Dir.*, 2005, 81; Id., 26 gennaio 2005, n. 1525, *ivi*, 1863. Da ultimo, *in terminis*, Id., 17 ottobre 2008, n. 25361. In dottrina, SPIOTTA, *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza 2003-2009* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 512. Sull'argomento, in conformità, ENRIQUES, *Il nuovo diritto della società* a cura di Maffei Alberti, Padova, 2005, I, 774 e segg. e, con uno spunto limitativo della legittimazione ad agire, MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gianfranco Campobasso*, Torino, 2006, II, 596 e segg.

<sup>2</sup> Così ZANARONE, nel suo poderoso recentissimo volume dedicato alla s.r.l. in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, 2010, II, 1022 e segg. e, per la citazione, 1031 e segg.

<sup>3</sup> Con la precisazione, *ivi* contenuta e peraltro ovvia, che l'esistenza del conflitto «non può essere fatta discendere da un'aprioristica considerazione della soggettiva coincidenza dei ruoli di amministratore delle due società, ma dev'essere accertata in concreto [e in concreto, nota del r., esso era macroscopicamente evidente] sulla base di una comprovata relazione antagonista d'incompatibilità degli interessi di cui siano portatori, rispettivamente, la società che ha prestato la garanzia e il suo amministratore, e della riconoscibilità della stessa da parte dell'altro contraente».



alla sua esorbitanza dall'oggetto sociale) qualsiasi efficacia "sanante".

La sanatoria di un atto inefficace e la convalida di uno annullabile sono in effetti per loro natura un *posterius* di quello che si dichiara di ratificare o convalidare. Né si ritiene applicabile alla s.r.l. quanto dispone per le s.p.a. l'art. 2391, comma 1, là dove statuisce che, in presenza di un amministratore unico, egli deve dar notizia del conflitto «anche alla prima assemblea utile» affinché questa possa valutare l'atto e trarne le sue determinazioni.

La collegialità delle delibere è infatti oggi facoltativa in questo tipo sociale e inoltre, si è osservato, l'assemblea non ha in esso poteri gestionali, sicché un obbligo preventivo di dar avviso «sarebbe un serio ostacolo all'efficienza gestionale»<sup>4</sup>.

È bensì vero che nel caso *sub judice* l'atto era stato autorizzato dallo stesso soggetto che sarebbe poi stato legittimato a valutarne portata e conseguenze e quindi, ricorrendo le condizioni dell'art. 2475 c.c., a impugnarlo. Senonché, come risulta dalla ricostruzione dei fatti, nella vicenda vi era stato qualcosa di più del semplice avallo preventivo di un'operazione di conflitto. Vi era stata, con la concessione della fideiussione a una società decotta, la decisione, così la definisce la sentenza, «di rovinare una società di capitali solvente». Una decisione di cui si potrebbe dire, traendo spunto da quanto osservato da Zanarone a proposito di un'operazione di acquisto di un bene della società di cui gli acquirenti erano soci, che era comunque impugnabile: non essendo «lecito ai soci perseguire, neppure all'unanimità, avvalendosi di strutture organizzative e patrimoniali della società di cui fanno parte, finalità estranee a quelle insite nella causa di quest'ultima»<sup>5</sup>.

Più marcata appare la differenza tra vecchio e nuovo diritto sulla seconda questione. Non solo infatti il comma 2 dell'art. 2475 *bis* stabilisce per la s.r.l., in esatta conformità al testo del precedente art. 2384 *bis*, che «le limitazioni ai poteri degli amministratori che risultano dall'atto costitutivo o dall'atto di nomina, anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società»: così unificando, in senso più garantistico per i creditori, le norme dei precedenti artt. 2384 e 2384 *bis*. Ma il n. 5 dell'art. 2479, anch'esso nuovo di zecca, attribuisce alla competenza dei soci «le decisioni di compiere operazioni che comportano una sostanziale modificazione dell'oggetto sociale determinato nell'atto costitutivo o una rilevante modificazione dei diritti dei soci». Consente cioè loro legittime "evasioni" *ultra vires*, e senza forse neppure quei paletti che la giurisprudenza ha ancora recentemente tentato di erigere (per le s.p.a.)<sup>6</sup> stabilendo che le deviazioni dal-

l'oggetto sociale in tanto sarebbero consentite in quanto occasionali.

Lodevolissimo in sé, pertanto, il richiamo all'art. 41 Cost. in tempi in cui la nostra Carta fondamentale è quotidiano obiettivo di attacchi e tentativi di scardinamento sia nella prassi di governo e imprenditoriale che nelle ricorrenti minacce di eliminarne le norme più significative e avanzate; e rammentare che il regime della società di capitali va pur sempre ricondotto a tale quadro e ai principi dell'"ordine pubblico economico". Ma probabilmente superato, dopo il 2003, nell'angolo visuale di elastica *deregulation*, elasticissima per le s.r.l., delineato dalla riforma, dal fatto che non sia stato lasciato spazio, su questo specifico tema, a correttivi esterni alla briglia sciolta dell'assemblea di tali società. E si sia privilegiata la libertà di azione e di decisione rispetto all'esigenza di garantire il corretto funzionamento della società: se mai, al limite, ponendo una, peraltro problematica, questione di costituzionalità della norma<sup>7</sup>.

G. C.


## ESTINZIONE DELLA SOCIETÀ

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 16 luglio 2010, n. 16758 — PROTO *Presidente* — RORDORF *Relatore* — Russo P.M. (conf.) — Bertero ed altri (avv.ti, Contaldi, Gaidano) - Picca ed altri (avv.ti Latini, Camisassi, Giovannetti, Weigmann).

*Conferma App. Torino, 12 agosto 2008.*

**Società — Società di persone registrate — Cancellazione dal registro delle imprese — Presunzione di estinzione della società — Effetti dell'estinzione — Rinuncia alle azioni giudiziarie esperibili** (C.c. artt. 2193, 2312, 2324, 2495).

*In caso di cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese, singoli soci non sono legittimati all'esercizio di azioni giudiziarie la cui titolarità sarebbe spettata alla società, ma che questa ha scelto di non esperire sciogliendosi e facendosi cancellare dal registro (1).*

 *Omissis.* — *Svolgimento:* Con atto notificato il 5 maggio 2005 i sigg.ri Margherita Bertero, Luigi, Andrea, Luisella e Marco Garello citarono in giudizio dinanzi al Tribunale di Saluzzo la società Co.Sal di Adriana Picca & C s.a.s. (in prosieguo indicata come Co.Sal.), nonché i sigg. Adriana Picca, Marco e Giorgio Caminassi. Gli attori, premesso di essere stati soci di un società denominata Central Park s.a.s., poi sciolta e cancellata dal registro delle imprese,

<sup>4</sup> VENTORUZZO, *Società a responsabilità limitata*, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2008, 474 e segg.

<sup>5</sup> ZANARONE, *op. cit.*, II, 1410, nota 45.

<sup>6</sup> Con soluzione salomonicamente "ecumenica" e giustamente criticata da ABBADESSA-MIRONE in *La nuova s.p.a.* a cura di Cagnasso, Panzani, Torino, 2010, I, 605 e seg. Sul tema anche MARASÀ, *Modifiche del contratto sociale e modifiche dell'atto costitutivo*, in *Tratt. SPA* a cura di Colombo, Portale, Torino, 1993, VI, 1, 44 e segg.

<sup>7</sup> Pare pertanto eccessivo l'allarmismo espresso, già nel titolo, da chi sul *Sole 24 Ore* ha dato notizia della sentenza: senza forse tener conto che la fattispecie era disciplinata dal diritto previgente e che in ogni caso non tanto la Cassazione avrebbe inteso "pubblicizzare" un atto privato quanto collocare l'esegesi della norma entro un corretto contesto e quadro di riferimento.

riferirono che quest'ultima aveva in precedenza stipulato con la Co.Sal un contratto preliminare di acquisto di un appezzamento di terreno, ma che dette società avevano poi redatto una scrittura in cui avevano dichiarato di voler consensualmente risolvere quel contratto. Si sarebbe però trattato di una risoluzione simulata, o altrimenti annullabile, ed in tal senso fu chiesto al tribunale di pronunciarsi per poi emettere una sentenza sostitutiva del contratto non concluso, con intestazione agli attori dei terreni promessi in vendita alla società ormai non più esistente. La domanda non fu accolta perché il tribunale ritenne che la società Central Park, pur se cancellata dal registro, fosse da considerarsi ancora esistente, a causa delle pendenze in atto, e che pertanto la legittimazione a far dichiarare simulato l'accordo risolutorio di cui sopra ed a pretendere l'esecuzione in forma specifica di contratti stipulati dalla medesima società competesse a quest'ultima, e non anche individualmente ai soci.

Investita del gravame proposto dai soccombenti, la Corte d'appello di Torino, con sentenza depositata il 12 agosto 2008, confermò integralmente la decisione del primo giudice. Avverso tale sentenza i sigg.ri Bertero e Garello hanno proposto ricorso per cassazione. Gli intimati hanno resistito con controricorso e successiva memoria.

*Motivi:* 1. I ricorrenti, lamentando la violazione degli artt. 2495 e 2312 c.c., censurano l'affermazione della corte d'appello che ha negato la loro legittimazione a far valere diritti originariamente spettanti ad una società cancellata dal registro delle imprese sul presupposto che la società possa, nondimeno, esser considerata esistente e che perciò solo ad essa competa l'esercizio di tali diritti. Dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 6 del 2003, una siffatta affermazione — secondo i ricorrenti — non avrebbe più fondamento, poiché le modifiche apportate dal legislatore al testo dell'art. 2495 c.c. renderebbero invece evidente che la cancellazione di una società di capitali dal registro delle imprese implica la definitiva estinzione dell'ente, e tale conclusione non potrebbe non essere sistematicamente estesa anche all'ipotesi di cancellazione dal registro di una società di persone. I ricorrenti, perciò, chiedono a questa corte di affermare che la cancellazione di una società in accomandita semplice dal registro delle imprese ha efficacia costitutiva e comporta l'immediata estinzione della medesima società, con la conseguenza che questa non può più essere considerata titolare dei diritti o degli obblighi che in precedenza facevano ad essa capo; e che siffatto principio è applicabile, a partire dal 1 gennaio 2004, data di entrata in vigore del citato d. lgs. n. 6 del 2003, anche con riguardo a cancellazioni intervenute in epoca anteriore.

2. Le sezioni unite di questa corte, con le recenti sentenze nn. 4060, 4061 e 4062 del 2010, hanno affermato: che l'art. 2495 c.c., comma 2, come modificato dall'art. 4 del d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, non è norma interpretativa, bensì innovativa ed ultrattiva; che, tuttavia, essa è volta a disciplinare anche gli effetti delle cancellazioni delle iscrizioni di società di capitali e cooperative intervenute precedentemente alla sua entrata in vigore (1 gennaio 2004), prevedendo la loro estinzione a partire da tale data in conseguenza dell'indicata pubblicità, diversamente da quanto opinava l'unanime pregresso orientamento della giurisprudenza di legittimità; che, per ragioni di ordine sistematico, dalla stessa data del 1 gennaio 2004 anche per le società di persone, pur restando esclusa l'efficacia costitutiva della cancellazione dal registro (impossibile in difetto di analogia efficacia della loro iscrizione), l'intervenuta cancellazione fa presumere il venir meno della capacità e della legittimazione dell'ente, pur se perdurino rapporti o azioni in cui esso era parte, stante l'esigenza di garantire la parità di trattamento dei terzi creditori di entrambi i tipi di società, onde occorre far leva sull'*analogia juris* ed utilizzare, anche per quelle di persone, regole corrispondenti alla nuova disciplina introdotta per definire gli effetti della cancellazione delle società di capitali.

2.1. Da tali principi non v'è ragione di discostarsi nel presente caso.

2.2. Si pone, però, un ulteriore problema, che le sezioni unite non hanno dovuto affrontare nelle sentenze sopra menzionate: se (ed eventualmente in qual misura) spetti ai singoli soci la legittimazione a far valere in giudizio diritti o azioni la cui titolarità competeva alla società prima della sua cancellazione.


All'indomani della riforma del diritto societario che ha condotto alla nuova formulazione dell'art. 2495 c.c., la dottrina ed, in taluni casi, anche la giurisprudenza di merito non hanno mancato d'interrogarsi sulla sorte delle sopravvenienze attive scoperte dopo la cancellazione della società dal registro o sulla sorte dei residui patrimoniali attivi non liquidati prima della cancellazione (così come sulla situazione dei processi di cui la società cancellata fosse parte). E diverse soluzioni sono state prospettate: da taluni ipotizzandosi la necessità della nomina di un curatore speciale, deputato al completamento delle attività non ultimate dal liquidatore prima della cancellazione; da altri invocandosi il potere del giudice del registro di cancellare d'ufficio le iscrizioni — in questo caso la pregressa cancellazione della società — effettuate in difetto delle condizioni richieste dalla legge (su cui si veda sez. un. n. 8426 del 2010); da altri ancora configurandosi un meccanismo successorio dal quale scaturirebbe una situazione di comunione tra gli ex soci, avente ad oggetto i beni non liquidati, o comunque una contitolarità in capo a costoro dei diritti spettanti alla società prima della cancellazione.

Non sembra, tuttavia, che sia necessario prendere posizione su tali opzioni ricostruttive nel presente giudizio, nel quale non di sopravvenienze o residui attivi deve parlarsi, bensì di una pretesa giudiziaria volta — come s'è accennato — a far accertare la simulazione di un negozio risolutivo di cui la società cancellata era parte e, conseguentemente, ad ottenere l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare che si assume solo simulatamente risolto. Non si tratta, quindi, di beni, di crediti o comunque di valori di sicura identificazione, dei quali si sarebbe potuto ipotizzare la liquidazione in favore dei soci, e la cui successiva scoperta consentirebbe perciò di dubitare che la cancellazione sia stata effettuata in presenza dei presupposti richiesti dalla legge (il che potrebbe anche, come detto, aprire la strada alla cancellazione d'ufficio da parte del giudice del registro della precedente cancellazione).

D'altronde, il carattere contenzioso della pretesa azionata in causa rende problematico anche costruire — secondo il suggerimento che s'è visto provenire da una parte della dottrina per le sopravvenienze attive — un meccanismo successorio dal quale scaturirebbe una situazione di comunione tra gli ex soci, o comunque una contitolarità in capo a loro di diritti prima spettanti alla società.

Prima ancora d'interrogarsi sulla possibilità che solo alcuni tra gli eventuali successori o contitolari siano legittimati all'esercizio di una simile pretesa, occorre considerare come sia assai dubbio che l'azione, ora esercitata solo da alcuni degli ex soci, corrisponda ad una posizione giuridica loro trasmessa dalla società estinta: perché, se è indiscutibile che la società medesima sarebbe stata legittimata all'esercizio di una simile azione, sta di fatto che non la ha esercitata e che, con la decisione di porsi in liquidazione e cancellarsi dal registro (decisione che i controricorrenti sottolineano essere stata presa a suo tempo da tutti i soci all'unanimità), ha evidentemente scelto di non farlo. Certamente un successore può esercitare un'azione spettante al suo dante causa, ma non in presenza di un pregresso comportamento di costui inequivocabilmente inteso a rinunciarvi, giacché in tal caso è venuto meno l'oggetto stesso dell'ipotizzata trasmissione successorica.

3. Ne consegue che, sia pur previa correzione della motivazione dell'impugnata sentenza, il ricorso deve esser rigettato con l'enunciazione del seguente principio di diritto: "In caso di cancellazione di una società di persone dal registro delle imprese, singoli soci non sono legittimati all'esercizio di azioni giudiziarie la cui titolarità sarebbe spettata alla società, ma che questa ha scelto di non esperire sciogliendosi e facendosi cancellare dal registro". — *Omissis*.

 (1) Nel fascicolo del mese di luglio<sup>1</sup> abbiamo pubblicato la pronuncia a Sezioni unite della Cassazione del 22 febbraio 2010, n. 4060, che ha assimilato gli effetti della cancellazione delle società di persone dal registro delle imprese a quelli statuiti per le società di capitali dall'art. 2495 c.c., come novellato dalla riforma del 2003. I giudici della suprema Corte hanno stabilito che anche le società di persone si considerano estinte con la cancellazione, ove questa sia avvenuta successivamente al 1° gennaio 2004, data di entrata in vigore della riforma, la quale ha innovato il diritto precedente ma solamente per il futuro. Quanto alle conseguenze della cancellazione, è noto che la legge disciplina esclusivamente la responsabilità per i debiti sociali che eventualmente ancora esistano o sopravvengano: è principio consacrato che resti ferma la responsabilità dei soci illimitatamente responsabili (art. 2312 c.c.), mentre a quelli che rispondono nei limiti del conferimento i creditori possono rivolgersi per il mancato pagamento del debito sociale limitatamente a quanto essi abbiano percepito in sede di liquidazione della società (artt. 2424, 2495, comma 2, c.c.). Rispetto a costoro, pertanto, la cancellazione della società avrebbe un valore estintivo dell'eventuale debito di conferimento sottoscritto ma non richiesto o comunque non versato alla società. È invece più dubbio che la cancellazione di un'accomandita per azioni estingua la responsabilità dei soci accomandatari, come la lettera dell'art. 2495 c.c. sembrerebbe far credere: basti pensare che entro un anno dalla cancellazione la società potrebbe essere dichiarata fallita e che con essa fallirebbero per estensione anche i soci illimitatamente responsabili (artt. 10, 147 L. Fall.). Pertanto, per i soci illimitatamente responsabili, verrebbe soltanto meno il beneficio di escussione, come è comprensibile, essendosi dissolto il patrimonio della società debitrice. È infine ricordata dagli artt. 2312 e 2495 c.c. la responsabilità dei liquidatori, che però sorge sulla base di un titolo diverso, cioè in quanto la loro negligente condotta abbia leso ingiustamente i diritti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti: è quindi verosimile che si tratti di un'applicazione specifica dell'art. 2043 c.c.

Nulla dice il codice, viceversa, per le eventuali sopravvivenze o sopravvenienze attive. In motivazione si rimembrano le indicazioni prospettate in dottrina. Chiedere al giudice del registro di cancellare la cancellazione effettuata in mancanza dei necessari presupposti (art. 2195 c.c.), come hanno ammesso le Sezioni unite nelle recenti sentenze del 9 aprile 2010, n. 8426 e 8427, sembra urtare contro il carattere costitutivo della pubblicità relativa alle vicende delle società di capitali e cooperative. Immaginarsi una successione dei soci nella contitolarità dei beni o dei diritti già spettanti alla società estinta era una strada più facilmente percorribile sotto i codici previgenti, che consideravano la società come una comunione volontaria qualificata da un regime particolare (art. 1697 c.c. abrogato): oggi, invece, è pacifico che tutte le società, anche quelle semplici o di fatto, siano soggetti distinti dai soci e che, come i conferimenti comportano un trasferimento del

denaro o dei beni al nuovo ente che si viene formando, così il riparto dell'eventuale residuo attivo al termine della liquidazione trasferisce il patrimonio restante dalla società ai soci, in proporzione delle rispettive quote. Ciò avviene dunque per atto fra vivi, non per successione.

Dal punto di vista logico si potrebbe pensare che la società, estinguendosi, abdicchi ai suoi diritti residui. La sentenza che qui si pubblica non arriva a proferire tanto: nel caso concreto si trattava della possibilità di iniziare un'azione giudiziaria per far dichiarare simulata la risoluzione di un preliminare di vendita immobiliare e, quindi, la posizione processuale, ancora puramente eventuale, non poteva assimilarsi a un bene, sicché nemmeno si sarebbe potuto giungere a parlare di *res litigiosa derelicta* da parte della società estinta. Ma il *dictum* della suprema Corte, che nella richiesta di cancellazione vede una tacita rinuncia della società ad esperire un possibile rimedio giudiziario, potrebbe svilupparsi in futuro, fino a ipotizzare un tacito abbandono di tutti gli eventuali residui attivi da parte della società che si estingue. Non è del resto la legge stessa che nella cancellazione individua una rinuncia della società ai suoi crediti verso i soci per i versamenti promessi ma non effettuati sui conferimenti sottoscritti?


Avendo intravisto nell'estinzione volontaria una rinuncia tacita all'azione giudiziaria esperibile da parte della società, la sentenza non ha nemmeno dovuto affrontare il problema, sollevato dalla difesa della parte convenuta, se ad agire surrogandosi ai diritti della società avrebbero dovuto essere tutti i soci della medesima ovvero bastasse l'iniziativa di taluni soltanto di essi.

## SOSTITUZIONE DEL LIQUIDATORE

TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2011 — RIVA CRUGNOLA *Presidente ed Estensore* — Quaranta, ricorrente.

**Società — Società a responsabilità limitata — Dimissioni liquidatore — Sostituzione — Impossibilità funzionamento assemblea** (C.c. art. 2487).


*Spetta al Tribunale, applicando estensivamente l'art. 2487 c.c., procedere alla sostituzione del liquidatore dimissionario allorché l'assemblea della società, convocata per deliberarla, non sia stata in grado di provvedervi, né sia stata successivamente intrapresa alcuna ulteriore iniziativa affinché questa vi provvedesse* (1).

 *Omissis.* — A scioglimento della riserva di cui all'udienza in camera di consiglio del 14.1.2011; visto il ricorso depositato il 23.6.2010 dal dr. Italo Quaranta, quale liquidatore dimissionario della srl Florida, per la nomina da parte del Tribunale, ex art. 2487 c.c., di altro liquidatore; ritenuto che il ricorso debba essere accolto, considerato: — che da un lato il ricorrente ha documentato l'impossibilità di funzionamento dell'assemblea dei soci convocata per provvedere alla sostituzione del liquidatore dimissionario (cfr. doc. 5 ricorrente);

<sup>1</sup> *Giur. It.*, 2010, VII, 1610.

— che, d'altro lato, la norma ex art. 2487 c.c. può trovare applicazione estensiva nell'ipotesi di mancata sostituzione assembleare del liquidatore dimissionario (ipotesi nella disciplina previgente espressamente regolata dall'ultimo comma dell'art. 2450 c.c. ma anche oggi) da ritenere richiedente disciplina omogenea rispetto all'ipotesi di mancata nomina assembleare del liquidatore, trattandosi di casi nei quali ricorre la medesima situazione di inerzia assembleare rispetto alla concreta esigenza di individuare il soggetto incaricato della gestione liquidatoria, né potendo ricavarsi dal vigente sistema normativo una sorta di indeterminata prorogabilità dell'incarico in capo al liquidatore dimissionario, prorogabilità di per sé non prevista da alcuna specifica disposizione normativa e del resto contrastante con i principi generali in tema di mandato e di incarichi gestori;

— che tali presupposti di accoglimento del ricorso non paiono smentiti dalle prospettazioni della socia Mythos Arkè spa in lca, la quale: pur lamentando nella propria comparsa la mancata convocazione del proprio Commissario liquidatore all'assemblea indetta per la sostituzione del liquidatore della srl Florida (assemblea in realtà tenutasi il 28.9.2009 e quindi prima del decreto ministeriale 19.7.2010 disponente la liquidazione coatta amministrativa della socia, cfr. doc. 5 ricorrente e doc. 1 allegato alla comparsa), non ha poi intrapreso alcuna iniziativa nel senso della sostituzione assembleare del liquidatore, disinteresse per altro verso ricavabile anche dall'assenza di ogni rilievo sul punto da parte dell'altra socia di Florida, la srl Forma, non comparsa avanti al Tribunale benché debitamente informata della pendenza del presente procedimento (cfr. la relata di notifica del ricorso e del decreto presidenziale di fissazione dell'udienza depositata dal ricorrente), e ha poi fatto mero riferimento a specifiche situazioni del "gruppo Mythos" che non paiono di per sé rilevanti ai fini del presente procedimento; ritenuto, quanto all'individuazione del liquidatore da nominarsi, che il dr. Roberto Tedeschi sia dotato di *curriculum* adeguato (per formazione, esperienze professionali e accademiche) a svolgere l'incarico di liquidatore delle varie società del gruppo cui appartiene la srl Florida, incarico che appare opportuno sia svolto da un unico soggetto. — *Omissis*.

 (1) L'art. 2487 c.c., nella sua nuova veste post-riforma, si occupa, tra l'altro, di nomina e revoca dei liquidatori di società di capitali specificatamente stabilendo, al n. 2, che «se gli amministratori omettono la convocazione di cui al comma precedente (*id est* dell'assemblea dei soci), il Tribunale vi provvede su istanza di singoli soci o amministratori, ovvero dei sindaci, e, nel caso in cui l'assemblea non si costituisca, o non deliberi, adotta con decreto le decisioni ivi previste».

Si occupa di due eventi, uno — la nomina dei liquidatori — successivo al verificarsi della causa di scioglimento e contestuale all'apertura del procedimento di liquidazione, l'altro — la loro revoca — legato all'eventualità che nel corso di esso venga meno (per qualsiasi motivo se a decidere sia l'assemblea) il rapporto fiduciario tra liquidatore nominato e soci (oltre che con i soggetti previsti dall'ultimo comma della norma): non invece di un terzo, più raro ma non per questo meno rilevante, quale la rinuncia all'incarico da parte dello stesso liquidatore. Tant'è che il dimissionario non figura tra i legittimati a chiedere, in assenza di un intervento assembleare, la propria sostituzione: e anche la dottrina sorvola in genere sul tema.

Il provvedimento che si pubblica colma la lacuna, applicando estensivamente la norma codicistica e nel contempo adattandone la disciplina alla diversa situazione giuridica in cui era maturata la necessità di prov-

vedere: quindi riconoscendo (implicitamente) al liquidatore dimissionario — in luogo degli amministratori (che a questo punto non ci sono più) — la legittimazione ad agire.

La soluzione adottata sembra ragionevole e opportuna sia che si ricorresse all'interpretazione estensiva che a quella analogica per giustificarla. Essa appare oltre tutto simmetrica a quanto si verificherebbe in seguito alla revoca del liquidatore e quindi all'esigenza di nominarne uno (o più) nuovi: anche se in questo caso parrebbe difficile ipotizzare, se non altro sotto il profilo dell'interesse ad agire, una legittimazione del revocato ad adire l'autorità giudiziaria.

Nella fattispecie, stando a quel che si legge nel decreto, vi sarebbe stata una documentata impossibilità di funzionamento dell'assemblea. In realtà, più che di vera e propria paralisi di questa, si era trattato di una mancata deliberazione da parte dell'organo convocato a tal fine e dalla susseguente inerzia dei soci: quanto bastava in ogni caso per realizzare gli estremi di applicabilità in via estensiva dell'art. 2487, n. 2.

## FINANZIAMENTI DEI SOCI DI S.R.L.

TRIBUNALE MILANO, 10 gennaio 2011 — RIVA CRUGNOLA *Presidente ed Estensore* — Inx s.r.l. (avv. Marino) - Stona (avv.ti Dina, Bottini).

**Società — Società a responsabilità limitata — Dimissioni liquidatore — Finanziamenti soci — Postergazione — Presupposti** (C.c. art. 2467).

*La condizione di inesigibilità del credito del socio finanziatore di s.r.l. e, quindi, la sua postergazione agli altri crediti verso la società, può essere eccepita dagli amministratori solo laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto in presenza di una situazione di specifica crisi della società* (1).

 *Omissis*. — Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

Come già esposto nel decreto di fissazione d'udienza, va considerato:

— che la società opponente ha domandato, con citazione a comparire avanti al Tribunale notificata alla controparte il 2.2.2009, che, previo accertamento di non esigibilità del credito ex art. 2467 c.c., venga revocato il decreto ingiuntivo opposto, emesso da questo Tribunale il 10.12.2008 su ricorso della socia Stona, affermatasi creditrice dell'importo di euro 68.810,00 a titolo di restituzione del residuo del "finanziamento infruttifero immediatamente esigibile" eseguito dalla stessa Stona per euro 100.000,00 in favore della srl Inx nel 2004,

— domanda formulata dall'opponente sul presupposto: dell'applicabilità nel caso di specie della postergazione prevista dall'art. 2467 c.c. (in particolare tenuto conto dei parametri oggettivi del finanziamento, infruttifero e prestato senza alcuna garanzia, nonché della "fragilità contingente della situazione economica di Inx srl") e della conseguente non esigibilità del credito vantato *ex adverso* in restituzione, credito in ogni caso da considerare conseguente a un "sostanziale conferimento";

— che la convenuta opposta in comparsa di costituzione e risposta ha chiesto il rigetto della opposizione, contestando la prospettazione avversaria,

sia quanto alla natura di "sostanziale conferimento" del proprio versamento, in realtà qualificato nei documenti con-

tabili e in sede assembleare quale finanziamento con diritto alla immediata restituzione; sia quanto alla ricorrenza dei presupposti di applicazione della postergazione individuati dall'art. 2467 c.c., in particolare:

al momento del versamento da parte di essa socia non sussistendo una situazione della società rilevante ai sensi del secondo comma dell'art. 2467 c.c., e, d'altra parte, la postergazione legale prevista dal primo comma dell'art. 2467 c.c. neppure potendo operare durante la vita della società, ma *“esclusivamente nell'ipotesi di concorso, in sede di procedura di insolvenza”*;

— che, convertita la causa nel rito societario, nelle successive memorie le parti hanno ribadito le contrapposte prospettazioni, senza svolgere alcuna istanza istruttoria.

Va poi rilevato, all'esito del contraddittorio anche conclusionale tra le parti:

1) che le vicende di fatto inerenti il versamento della socia sono pacifiche,

2) mentre risultano controverse, in ordine di pregiudizialità logica:

a) la natura o meno di conferimento in senso stretto di tale versamento, natura in particolare adombrata dalla società attrice (cfr. in particolare p. 6 atto di citazione) e negata dalla convenuta sulla scorta di risultanze documentali;

b) la questione di diritto in ordine all'ambito della postergazione prevista dal primo comma dell'art. 2467 c.c., postergazione secondo l'opponente destinata ad operare *“per tutta la durata della società”* e secondo l'opposta invece operante solo *“in ipotesi di liquidazione volontaria o concorsuale”* (cfr. le rispettive memorie conclusionali);

c) le questioni di fatto relative ai presupposti di postergazione rilevanti ex art. 2467 c.c.

Rispetto a tali questioni nodali il Tribunale ritiene:

— sub 2) a):

— che non pare fondata la prospettazione dell'attrice relativa alla natura di conferimento in conto capitale del versamento della socia convenuta (come tale non dante luogo ad alcun diritto alla restituzione durante la vita della società), trattandosi di prospettazione:

che da un lato è stata specificatamente smentita dalle risultanze documentali indicate dalla convenuta nella comparso di risposta (cfr. in particolare i bilanci e relative note integrative al 31.12.2004, al 31.12.2005, al 31.12.2006, sub docc. 3, 5, 6 del fascicolo monitorio, ove il versamento in questione viene ricompreso nella posta *“debiti”* e precisamente alla voce *“debiti verso soci per finanziamenti”* con la specificazione — in particolare nella nota integrativa al secondo e al terzo bilancio citato — che tale voce corrisponde a *“finanziamenti infruttiferi, immediatamente esigibili, erogati dai soci nel corso degli esercizi 2004 e 2005 per far fronte a temporanee esigenze finanziarie della società”*; cfr. ancora verbale di assemblea del 29.4.2005, sub doc. 4 del fascicolo monitorio, dal quale risulta il parziale utilizzo del *“finanziamento soci”* da parte della Stona per la copertura di perdite e per la sottoscrizione di aumento di capitale), risultanze tutte concordemente deponenti per la qualificazione del versamento come eseguito non a titolo di conferimento di capitale ma a titolo di mutuo con diritto alla restituzione,

e che, d'altro lato, neppure è stata ulteriormente illustrata dall'attrice nelle successive difese e in particolare nelle difese conclusionali, nelle quali tale parte non ha contestato le inequivoche risultanze contabili invocate *ex adverso*,

— cosicché deve concludersi che il diritto della socia Stona alla restituzione della somma mutuata alla società non possa esserle negato sulla scorta di una riqualficazione del versamento in contrasto con costanti ed univoche risultanze contabili;

— sub 2) b) e c):

— che la questione sub 2b) non risulta aver ancora trovato una soluzione consolidata né in giurisprudenza né in dottrina,

sotto il primo profilo risultando edite unicamente pronunce che hanno incidentalmente affermato l'area di operatività della postergazione ex art. 2467 c.c. solo nella fase di liqui-

dazione volontaria e/o concorsuale, senza peraltro fornire specifica motivazione di tale ricostruzione interpretativa [Cfr. in tal senso: Tribunale Milano 29.9.2005, in *Le Società* n. 9/2009, 1133; Tribunale Milano 24.4.2007, in *Giur. It.* n. 11/2007, 2500 e in *Banca borsa titoli di credito* n. 1/2008, 610];

sotto il secondo profilo fronteggiandosi sostanzialmente due opzioni di ricostruzione della (scarna) disciplina normativa, o la prima di tali opzioni facente leva:

sul tenore letterale della disposizione di cui al primo comma dell'art. 2467 c.c. [Il primo comma dell'art. 2467 c.c. dispone: *“Il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito”*] e in particolare sull'assenza — in tale disposizione a differenza che in analoghe norme di ordinamenti stranieri — di qualsiasi limitazione all'operatività della postergazione,

nonché sulla *ratio* della postergazione, volta a sanzionare i soci che hanno eluso il rischio del conferimento al capitale quando il soddisfacimento del loro credito vada ad alterare gli interessi degli altri creditori,

per trarne la conclusione che — in presenza dei presupposti di postergazione di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. [Il secondo comma dell'art. 2467 c.c. dispone: *“Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci a favore della società quelli, in qualsiasi forma effettuati, che sono stati concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*] sia al momento di esecuzione del finanziamento sia al momento della richiesta di rimborso da parte del socio finanziatore — gli amministratori siano tenuti ad eccipere la condizione di inesigibilità del credito derivante dalla postergazione al socio richiedente il rimborso del finanziamento laddove al momento del richiesto rimborso sussistano creditori *“ordinari”* (vale a dire creditori non soci) titolari di crediti scaduti e non soddisfatti ovvero non ancora scaduti;

e la seconda di tali opzioni, invece, facente leva:

sulla nozione stessa di postergazione quale nozione destinata ad operare in riferimento a un concorso tra creditori (e non quale condizione sospensiva della esigibilità del credito del socio finanziatore verso la società) e sulla specifica disciplina normativa dell'obbligo di restituzione da parte del finanziatore rimborsato solo ove il rimborso sia avvenuto *“nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento”*, per trarne la conclusione dell'operatività della postergazione solo nei rapporti tra il finanziatore socio e gli altri creditori sociali e, dunque, solo in sede di attuazione della garanzia patrimoniale nell'ambito di procedure esecutive individuali o concorsuali ovvero nell'ambito della liquidazione, con esclusione, quindi, di una più ampia rilevanza dell'istituto *durante societate*;

— che la dicotomia tra tali due posizioni interpretative pare al Tribunale possa essere superata ove si acceda ad un'interpretazione della disciplina dei presupposti di postergazione ex art. 2467 c.c. individuante nell'elencazione normativa di tali presupposti (*“eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio”*, *“situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento”*) l'esemplificazione di un'unitaria nozione definibile — come in particolare sostenuto dalla convenuta nella sua difesa conclusionale — quale *“rischio di insolvenza”* dante luogo a una sorta di *“concorso potenziale”* tra tutti i creditori della società,

— così che, in sostanza:

la condizione di inesigibilità del credito ex art. 2467 c.c. possa essere eccipita dagli amministratori nei confronti del socio finanziatore solo laddove il finanziamento sia stato disposto e il rimborso richiesto in presenza di una situazione di specifica crisi della società,

crisi di per sé comportante la conseguenza — in termini di posizione dei soci finanziatori — che la disciplina normativa pare mirata ad evitare, vale a dire la conseguenza che appunto i soci — non conferendo capitale ma assumendo la veste di creditori — vengano a traslare il rischio di impresa sugli altri creditori, così proseguendo l'attività sociale in danno di questi ultimi;

— che tale interpretazione dei presupposti di postergazione di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. pare in ogni caso quella preferibile, in particolare in quanto:


da un lato, assicura oggettività al primo parametro normativo ("eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio") altrimenti di opinabile lettura anche alla luce delle scienze economiche, come posto in evidenza da autorevole dottrina;

d'altro lato, chiarisce il significato sempre oggettivo del secondo parametro normativo, ove il riferimento a situazioni nelle quali "sarebbe stato ragionevole un conferimento", implica il rinvio a un comportamento "ragionevole" (vale a dire standardizzato, socialmente tipico) non tanto del socio quanto del terzo finanziatore, il quale, appunto in presenza di una crisi dell'impresa, non sarebbe "normalmente" disposto a finanziarla;

ed, infine, risulta conforme al precedente di cui a Cass. 24.7.2007 n. 16393, pronuncia secondo la quale con l'art. 2467 c.c. "è stato introdotto, per le imprese che siano entrate o stiano per entrare in una situazione di crisi, un principio di corretto finanziamento la cui violazione comporta una riqualificazione imperativa del 'prestito' in 'prestito postergato' (rispetto alla soddisfazione degli altri creditori [Nella motivazione della sentenza si precisa ancora che presupposto della postergazione ex art. 2467 c.c. è il ricorrere di "una fase in cui la società, in relazione all'attività in concreto esercitata, abbia la necessità delle risorse messe a disposizione dai soci (finanziatori) e non sia in grado di rimborsarli", id est presenti appunto un concreto rischio di insolvenza].

— che quindi, posti tali perimetri interpretativi dalla disciplina in esame, nel caso di specie la condizione di insorgibilità del credito della Stona opposta dalla società attrice non pare configurabile, in quanto:

nessuno degli elementi evidenziati dalla opponente (cfr. in particolare pagg. 7 e ss. atto di citazione) denota in via univoca la sussistenza di un concreto rischio di insolvenza della srl Inx in particolare al momento della concessione del finanziamento nel 2004 e, anzi, una situazione di specifica crisi della società è poi puntualmente smentita, come sottolineato dalla convenuta, dalla stipulazione da parte della società di un rilevante contratto di *leasing* mobiliare nel dicembre 2004 e dal successivo ampio ricorso al credito nel 2005 [Cfr. i dati del bilancio al 31.12.2004, non riportanti alcun debito verso banche, rapportati a quelli del bilancio al 31.12.2005, riportanti un debito verso il ceto bancario per euro 505.038,00], vale a dire da vicende tutte deponenti per la "normalità" — nel senso sopra precisato — di interventi di finanziatori terzi. — *Omissis*.

 (1) La sentenza del Tribunale di Milano si segnala sia per la sintetica chiarezza dell'esposizione, sia per essere una delle poche pronunce giurisprudenziali che, frammezzo a una nutrita elaborazione dottrinale<sup>1</sup>, hanno dato una lettura ermeneutica di una norma — l'art. 2467 c.c. — che, introdotta nel quadro della nuova e autonoma disciplina delle società a responsa-

bilità limitata, detta il regime dei finanziamenti dei soci. E, pur statuendone in via di principio la postergazione al soddisfacimento degli altri creditori (nonché, al comma 1, l'obbligazione di restituzione, se rimborsati entro l'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società), fissa alcune precise regole per la loro identificazione oggettiva e soggettiva, con la formula «finanziamenti dei soci a favore della società in qualunque forma effettuati, concessi in un momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società, risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole il conferimento».

La norma è stata oggetto, nel breve torno di anni che ci separano dalla riforma, di vivaci dispute interpretative. In particolare lo è stata quest'ultima formulazione, come ben pone in luce la sentenza: in un'oscillazione tra posizioni estreme che, pur accomunate dalla sottolineatura dell'"anomalia" della fattispecie posta a base della postergazione, oscillano tra l'ancoraggio di essa, e della sua operatività, all'esistenza di una procedura di liquidazione volontaria o concorsuale (come la sentenza dello stesso Tribunale di Milano, 24 aprile 2007<sup>2</sup>), e il riferimento, come ritiene pure il suo annotatore Cagnasso, ad una semplice situazione di pregiudizio per gli altri creditori, che basterebbe ad imporre agli amministratori di rifiutare il rimborso ai soci finanziatori.

Il Tribunale di Milano sceglie in certo senso una terza via facendo perno, come riassume la massima ed è più ampiamente esposto in motivazione, sulla nozione di "rischio di insolvenza", quindi di uno stato di crisi concretamente coinvolgente l'impresa societaria (anche se non formalmente tradotto o ancora tradotto in procedimenti liquidatori). Richiama quale precedente conforme la sentenza della Cass., 24 luglio 2007, n. 16393<sup>3</sup>, unica pronuncia a quel che risulta in argomento del supremo Collegio, e per giunta incidentale, non essendo quella fattispecie soggetta alla nuova norma, con valore quindi di *obiter dictum*. Lo fa riferendosi ad una frase della motivazione, sul punto ovviamente assai stringata e non ripresa dalla più anodina massima ufficiale, che inoltre non parrebbe combaciare, per quel che può valere, con le più drastiche statuizioni dei giudici milanesi: i quali, come si diceva, individuano il presupposto della postergazione nel *rischio di insolvenza*, denunciato a sua volta da una situazione di specifica crisi dell'impresa laddove per la Cassazione, «il principio di corretto finanziamento» entrerebbe in gioco «per le imprese che siano entrate o stiano per entrare (il corsivo è nostro) in una situazione di crisi». Forse la differenza è solo lessicale; ma dà la sensazione che, anche su tale non irrilevante terreno, il discorso, e la riflessione, rimangano aperti.

<sup>1</sup> È d'obbligo citare, tra gli autori più recenti, sia sull'intera non marginale problematica suscitata dalla norma che sulla specifica e cruciale questione decisa dal Tribunale di Milano, oltre all'ampissima trattazione di ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata, Il codice civile commentato* a cura di Busnelli, Milano, 2010, 439 e segg., 456 e segg.; DESANA, in *Le nuove s.r.l.* a cura di Sarale, Bologna, 2008, 177 e segg.; CAGNASSO, *La società a responsabilità limitata*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di

Cottino, Padova, 2007, V, 98 e segg. e *Prime prese di posizione giurisprudenziali in tema di finanziamenti dei soci di società a responsabilità limitata*, in *Giur. It.*, 2007, 2502, ove ampi richiami alla dottrina precedente, tra cui si segnalano gli apporti di PORTALE e TERRANOVA.

<sup>2</sup> In *Giur. It.*, 2007, 2500, con la già ricordata nota di CAGNASSO e ora ZANARONE.


<sup>3</sup> In *Società*, 2009, 453.

## DIMISSIONI DEL SINDACO

TRIBUNALE MILANO, VIII SEZIONE, 2 agosto 2010 (decreto) — RIVA CRUGNOLA *Giudice del registro delle imprese* — Gentile.

**Società per azioni — Rinuncia del sindaco — Efficacia** (C.c. artt. 2400, 2401).

*La cessazione di un sindaco che rinuncia all'incarico è immediatamente efficace e non ammette la prorogatio del rinunziante sino alla reintegrazione del collegio nel caso di impossibilità a sostituirlo, neppure ove manchino i supplenti* (1).

 *Omissis.* — A scioglimento della riserva di cui all'udienza del 13.7.2010; letti gli atti del procedimento sopra indicato; vista la richiesta depositata ai sensi dell'art. 2190 c.c. il 10.5.2010 dal Conservatore del Registro delle Imprese per l'iscrizione d'ufficio della cessazione del dr. Massimo Gentile dalla carica di Sindaco effettivo della srl Ticino Servizi a far tempo dal 10.7.2009; sentiti il Presidente del Cda della srl e il dr. Gentile (il quale ha aderito alla richiesta del Conservatore, del resto da lui stesso sollecitata) nonché il Conservatore (il quale ha ribadito la propria richiesta);

Considerato che:

— il dr. Gentile risulta aver comunicato le proprie dimissioni dalla carica di membro del Collegio sindacale della srl Ticino Servizi il 10.7.2009 con missiva indirizzata al Cda e al Presidente del collegio sindacale;

— la mancata iscrizione della cessazione del Gentile dalla carica è stata giustificata dal Presidente del Cda in ragione delle contemporanee dimissioni dell'altro sindaco effettivo Franco Rudoni e dei due sindaci supplenti Giorgio De Simone e Filippo Stanco, dimissioni le quali avrebbero quindi determinato la necessità di *prorogatio* del Gentile nella carica, altrimenti venendo a mancare la continuità dell'organo;

Ritenuto che la giustificazione addotta per la mancata iscrizione non appare fondata,

— sia per un profilo di fatto, in realtà non avendo il Cda neppure provveduto alla iscrizione della cessazione dalla carica degli ulteriori membri del Collegio sindacale, cosicché, in sostanza, della contemporaneità delle dimissioni di altri sindaci non vi è, allo stato, alcun riscontro univoco, tale non potendo essere considerata — come sottolineato dal difensore del Gentile — la produzione nel presente procedimento di copia di missive di dimissioni prive di data certa;

— sia per un profilo di diritto, non condividendo questo giudice l'orientamento interpretativo citato dal Presidente del Cda della Ticino Servizi.

Riguardo a tale ultimo aspetto va infatti ritenuto, ad avviso di questo giudice, che la rinuncia di un sindaco effettivo abbia effetto immediato, indipendentemente dalla sua accettazione da parte dell'assemblea, non solo quando sia possibile l'automatica sostituzione del dimissionario con un sindaco supplente (soluzione questa sulla quale si è formato un orientamento giurisprudenziale costante, cfr., ad es., Cass. 18.1.2005 n. 941) ma anche laddove tale sostituzione non sia possibile per la mancanza di sindaci supplenti. In tal senso, secondo l'orientamento che appare preferibile (cfr. Tribunale Napoli, 15.10.2009, in *Foro It.* 2010, I, 1965), va infatti letta la disciplina del novellato art. 2401 cc, la quale, per il caso di "morte, di rinuncia o di decadenza di un sindaco" continua a non richiamare — come nel testo previgente — l'istituto della *prorogatio* e si limita — ancora come nel testo previgente — a prevedere, nell'ultimo comma, che "se con i sindaci supplenti non si completa il collegio sindacale, deve essere convocata l'assemblea, perché provveda all'integrazione del collegio medesimo", così differenziandosi tale specifica disciplina da quella contenuta nel novellato art. 2400 cc, ove — con disposizione innovativa rispetto al testo pre-

vigente — si prevede invece esplicitamente la *prorogatio* dell'incarico dei sindaci per il diverso caso di cessazione degli stessi "per scadenza del termine".

Tale lettura della disciplina normativa,

— oltre che conforme al tenore letterale delle disposizioni significativamente non richiamanti la *prorogatio* nel caso di cessazione dei sindaci per loro rinuncia,

— appare del resto consonante rispetto alla complessiva evoluzione dell'ordinamento,

— in particolare nell'ambito pubblicistico del quale il meccanismo della *prorogatio* è oggi qualificabile come eccezionale, a seguito della pronuncia della Corte costituzionale 4.5.1992 n. 208 (che ha precisato come l'istituto in esame non risponda ad una esigenza generalizzata dell'ordinamento ma appunto costituisca una eccezione alle norme che fissano la durata in carica degli organi amministrativi, come tale applicabile solo ai casi espressamente previsti) e del successivo decreto legge 16.5.1994 n. 293, come convertito dalla legge 15.7.1994 n. 444, che ha positivamente confermato l'eccezionalità dell'istituto riducendone l'applicazione per gli organi amministrativi dal punto di vista soggettivo, oggettivo e temporale (cfr. quanto a tale rilievo sistematico in particolare Tribunale Monza, 26.4.2001, in *Le Società*, 2001, n. 10, 1229).

Ad avviso di questo giudice deve dunque ritenersi che nel caso di rinuncia del sindaco al proprio incarico, anche in mancanza di sindaci supplenti idonei a reintegrare il collegio, la rinuncia abbia effetto immediato, posto che la prorogabilità dell'incarico:

— da un lato non è prevista dalla specifica disciplina dell'art. 2401 cc e non è ricavabile da un principio generale dell'ordinamento,

— e, d'altro lato, non può essere ricostruita in via di applicazione analogica dell'art. 2400 cc, dettato per la ben diversa ipotesi della cessazione dell'incarico sindacale per scadenza del suo termine,


— ipotesi questa nella quale non ricorre alcuna espressa manifestazione di volontà del Sindaco di non voler proseguire nell'incarico.

Né a contrastare la ricostruzione fin qui prospettata può poi valere, ad avviso di questo giudice, il tradizionale rilievo della esigenza di continuità di funzionamento dell'organo di controllo che avrebbe valenza analoga a quella di continuità di funzionamento dell'organo amministrativo, per il quale l'art. 2385 cc (nel testo previgente così come in quello novellato) prevede la *prorogatio* degli amministratori cessati anche nel caso di rinuncia degli stessi. Tale rilievo è infatti ben superabile ove si osservi, su di un piano sistematico:

— che, da un lato, le esigenze di continuità dei due organi appaiono di per sé differenti, posto che "*se non è ipotizzabile una vacatio, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una vacatio dell'organo di controllo, che non è chiamato ad un impegno quotidiano e ad una costante presenza fisica, sino al momento dell'assemblea che provveda alla sostituzione*" (così Tribunale Napoli, cit.);

— e che poi, d'altro lato, in ogni caso nell'ipotesi di inerzia assembleare quanto alla integrazione del collegio sindacale si verrebbe comunque a verificare una ipotesi di mancato funzionamento della assemblea, mancato funzionamento rilevante quale causa di scioglimento della società, così dunque per altra via potendosi scongiurare la temuta situazione di sopravvivenza di una società priva di (alcuni o di tutti) i membri dell'organo di controllo obbligatorio.

Per quanto fin qui detto deve dunque disporsi l'iscrizione d'ufficio richiesta dal Conservatore. — *Omissis.*

 (1) **Cessazione di un sindaco e sua efficacia, tra "vecchio" e "nuovo" diritto**

Il giudice del registro delle imprese affronta il problema dell'efficacia della rinuncia all'ufficio di sindaco di s.p.a. escludendo l'applicazione della *prorogatio*

quand'anche il dimissionario, sindaco effettivo, non possa essere rimpiazzato da un supplente<sup>1</sup>.

La soluzione si pone in contrasto con l'orientamento formatosi anteriormente alla riforma del diritto societario<sup>2</sup>, in base al quale si affermava che il sindaco rinunziante mantiene l'incarico sino alla ricostituzione dell'organo ove manchi un supplente idoneo alla sua immediata sostituzione<sup>3</sup>. Tra i contrapposti interessi, a dismettere l'ufficio (e, si immagina, le connesse responsabilità) da un lato, e a conservare l'integrità del Collegio dall'altro, si riteneva cioè quest'ultimo prevalente, quindi meritevole di preferenza<sup>4</sup>. Il sindaco dimissionario avrebbe comunque potuto abbandonare la società, in ipotesi di inerzia degli amministratori, in via surrogatoria attivando la convocazione dell'assemblea<sup>5</sup> destinata a decidere della sua sostituzione. La tesi ha trovato accoglimento in una recente massima della Corte di cassazione<sup>6</sup>: anche se va detto a onor del vero che la suprema Corte nella specie fondava la propria decisione sull'assorbente rilievo fattuale che i sindaci dimissionari avevano poi continuato a svolgere il proprio incarico anche dopo la rinuncia, presenziando ad adunanze assembleari e presentando istanze nell'interesse della società. In altra occasione la giurisprudenza di merito<sup>7</sup> aveva affermato in modo più esplicito l'applicazione analogica del regime della *prorogatio*<sup>8</sup> ai sindaci dimissionari per fondare la loro legittimazione all'impugnativa di una delibera assembleare assunta nel frattempo.

Il provvedimento in commento riprende questi rilievi, che poi mette in discussione sulla base di una pluralità di argomenti. Anzitutto, esso trae spunto dal dato testuale. Mentre l'art. 2400 c.c., come novellato nel 2003, nel regolare la sostituzione dei sindaci a seguito della scadenza del loro incarico, ne prevede esplicita-

mente la *prorogatio*<sup>9</sup>, il "nuovo" art. 2401 c.c., dedicato alla rinuncia all'incarico, alla decadenza e alla morte del sindaco, continua a tacere sull'efficacia di queste ultime cause di cessazione. Tale silenzio, sostiene il giudice, verrebbe a segnare una chiara scelta legislativa a favore dell'istantanea caducazione dall'ufficio, soprattutto se raffrontato al contenuto della norma immediatamente precedente<sup>10</sup>, della quale poi contesta la valenza di principio generale e così la sua attitudine a essere estesa a fattispecie non tipizzate. Invero la portata di una disposizione dovrebbe principalmente desumersi dal sistema normativo in cui si colloca: poco convincente sembra allora il rinvio ai principi del diritto amministrativo proposto nella motivazione del decreto per negare la portata generale della *prorogatio*.

Più puntuale appare allora la riflessione sul funzionamento del collegio sindacale nelle società azionarie e sul criterio legale specificamente adottato per la sostituzione dei suoi membri. Il giudice nota come l'attività di controllo, diversamente da quella di amministrazione, non imporrebbe una necessaria continuità nel suo svolgimento, soprattutto ora che, a seguito della riforma del diritto societario, i sindaci vedono ridotto rispetto al passato l'ambito delle loro competenze, di regola circoscritte alla vigilanza sulla gestione e non più estese al controllo contabile fuori dei casi ammessi dall'art. 2409 *bis*, comma 3, c.c.<sup>11</sup> Il rilievo, non inedito<sup>12</sup>, non sembra per sé dirimente, almeno per chi ritiene che la continuità dell'organo cui è demandato il controllo interno debba essere garantita in modo altrettanto rigoroso che per l'organo di gestione.

Si potrebbe piuttosto capovolgere la prospettiva di indagine e ragionare sulle conseguenze derivanti dall'applicazione della regola di *prorogatio*.

<sup>1</sup> Nel nostro caso contestualmente alla rinuncia del primo, entrambi i supplenti, unitamente ad altro sindaco effettivo, avevano rassegnato le proprie dimissioni.

<sup>2</sup> V. Trib. Roma, 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, 1442, in *Riv. Notar.*, 1999, 767; sempre a favore dell'applicabilità ai sindaci della *prorogatio*, v. altresì Id. Verona, 25 maggio 1988, in *Società*, 1988, 1175; App. Milano, 26 novembre 1968, in *Giur. It.*, 1970, I, 2, 171. Di opposto avviso, invece, Trib. Monza, 26 aprile 2001, in *Società*, 2001, 10, 1229, con nota di BIANCHI; e v. anche gli Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari, massima H.E.1, pubblicata nel settembre del 2006, in base alla quale «[la] cessazione dei sindaci per scadenza del termine ha effetto dal momento in cui il collegio è stato ricostituito (art. 2400, comma 1, c.c.). In tutti gli altri casi: morte, rinuncia o decadenza, la cessazione ha effetto immediato, anche nell'ipotesi che con i sindaci supplenti non si completi il collegio sindacale».

<sup>3</sup> AIELLO, *Il collegio sindacale: struttura e funzioni, in Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009* a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2009, 583.

<sup>4</sup> AMBROSINI, *Artt. 2400-2402, in Il nuovo diritto societario, commentario a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso, Montalenti, Bologna, 2004, 1, 886 e seg.*; nello stesso senso MAGNANI, *Art. 2401, in Collegio sindacale, controllo contabile* a cura di Ghezzi, in *Commentario alla riforma delle società* a cura di Marchetti, Bianchi, Ghezzi, Notari, Milano, 2005, 147; anteriormente alla riforma CAVALLI, *I sindaci*, in *Tratt. SPA* a cura di Colombo, Portale, Torino, 1988, 5, 45; FERRI, *Dimissioni dei sindaci e iscrizione nel Registro delle imprese*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1984, II, 113.

<sup>5</sup> Sul punto v. MAGNANI, *op. cit.*, 148; CAVALLI, *op. cit.*, 69; anche TEDESCHI, *Il collegio sindacale*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 1992, 89.

<sup>6</sup> Cass., 18 gennaio 2005, n. 941, in *Giur. It.*, 2005, 971, e in *Società*, 2005, 595.

<sup>7</sup> Trib. Roma, 27 aprile 1998, in *Società*, 1998, 1442, con nota di AMBROSINI, e in *Riv. Notar.*, 1999, 767.

<sup>8</sup> All'epoca prevista unicamente dall'art. 2385 c.c. per gli amministratori: sul diverso tenore testuale delle attuali disposizioni in tema di collegio sindacale, v. subito *infra* nel testo.

<sup>9</sup> Con ciò innovando la previgente disposizione, già contenuta nel vecchio testo dello stesso art. 2400 c.c., che sul punto nulla diceva lasciando così spazio all'analogia con la disciplina degli amministratori.

<sup>10</sup> Che ammette in modo esplicito la *prorogatio*. Allo stesso modo valorizza l'argomento testuale anche Trib. Napoli, 15 ottobre 2009, in *Foro It.*, 2010, I, 1965, che tra l'altro rimarca le differenze sussistenti tra la disciplina della proroga in carica e il meccanismo sostitutivo dei sindaci supplenti.

<sup>11</sup> «[S]e non è ipotizzabile una *vacatio*, anche breve, dell'organo amministrativo, titolare dei poteri di gestione e quindi della vita operativa della società, è invece ammissibile una *vacatio* dell'organo di controllo, che non è chiamato ad un impegno quotidiano e ad una costante presenza fisica, sino al momento dell'assemblea che provveda alla sostituzione»: così la motivazione di Trib. Napoli, 15 ottobre 2009, cit., esplicitamente richiamata e condivisa dal giudice di Milano.

<sup>12</sup> Nello stesso senso già Trib. Monza, 26 aprile 2001, cit.



Nell'ottica del sindaco, ciò potrebbe anche tradursi nella sostanziale impossibilità di sciogliere il rapporto che lo lega alla società, con evidenti ripercussioni in ordine alla propria responsabilità. Certo in caso di inerzia degli amministratori il sindaco potrebbe stimolare l'attivazione sostitutiva del collegio cui partecipa, al fine di convocare l'assemblea poi chiamata a decidere sulla propria sostituzione<sup>13</sup>. Ma la sua permanenza in carica a ben poco varrebbe se poi i soci non assumessero la necessaria decisione — che poi è quanto sembra sia avvenuto nel caso sottoposto al giudice di Milano: la lettera di rinuncia era datata 10 luglio 2009 e il dimissionario, nell'inattività dell'assemblea, ottiene il provvedimento d'iscrizione al registro delle proprie dimissioni in data 2 agosto 2010. Non sarebbe d'aiuto neppure la messa in liquidazione della società — magari per impossibilità di funzionamento dell'assemblea che non delibera sulla sostituzione del sindaco — poiché tale situazione non viene a incidere sui sindaci, che conservano il proprio ufficio. Diverso è il trattamento riservato agli amministratori dimissionari prorogati, che, ove subentri la fase dissolutiva, cedono il testimone ai liquidatori e, almeno in quell'evenienza, non “subiscono” le conseguenze di una permanenza in carica indesiderata.

Del resto si potrebbe osservare che, nell'ipotesi, tutt'altro che remota nella prassi, di aperta conflittualità interna, la regola di *prorogatio* farebbe assumere alla “fuga” dei sindaci i connotati di una gara di velocità: i più lesti ad inviare la lettera di dimissioni, subito sostituiti dai supplenti, vedrebbero cessare il loro rapporto con effetto immediato, mentre tale opportunità sarebbe preclusa ai meno svelti e, di sicuro, ai supplenti, necessariamente destinati a conservare l'incarico<sup>14</sup>.

Nell'ottica della società, ci si può chiedere se tale tecnica di sostituzione possa garantire davvero la miglior efficienza dell'organo di controllo. Il sindaco dimissionario, che si ritrovi costretto a mantenere l'ufficio forzatamente, per un verso potrebbe non essere motivato a svolgere con rigore e obiettività la propria funzione, magari assumendo atteggiamenti ostruzionistici, o peggio disinteressandosi alle vicende della società, anche al fine di far scattare la propria decadenza. Così si potrebbe forse sostenere che l'immediata efficacia delle dimissioni, anche nel caso dell'assenza dei supplenti, potrebbe più efficacemente assicurare la continuità del controllo interno, poiché porrebbe la società di fronte all'esigenza di reintegrare al più presto il collegio incompleto ad evitare il proprio scioglimento quale conseguenza della mancata reintegrazione, e quindi del non funzionamento, di un proprio organo necessario<sup>15</sup>. In questa prospettiva si potrebbe allora

valorizzare la *ratio* dell'attuale, differente formulazione degli artt. 2400 e 2401 c.c. con riguardo all'efficacia della cessazione dei sindaci: sospesa in occasione del loro normale avvicendamento, immediata nel caso “patologico” di dimissioni.

MAURIZIO CAVANNA

## DIRITTO D'AUTORE E PUBBLICITÀ


TRIBUNALE TORINO, 28 luglio 2010 — SCOTTI *Presidente* — RATTI *Relatore* — Bertotti (avv.ti Badellino, Appendino) - 515 Creative Shop s.n.c. di Zolino Maddalena & C. (avv. Villani) ed altri.

**Diritti d'autore — Tutela creazioni pubblicitarie** (L. 22 aprile 1941, n. 633, art. 1).

**Diritti d'autore — Tutela dello slogan — Compiutezza espressiva** (L. 22 aprile 1941, n. 633, artt. 1, 2).

*Le creazioni pubblicitarie sono tutelabili quali opere dell'ingegno laddove posseggano i requisiti previsti dall'art. 1 legge n. 633/1941 e, più specificamente, i requisiti di creatività, originalità e compiutezza espressiva* (1).

*Uno slogan può dirsi dotato di compiutezza espressiva se esso possiede una forma espressiva non elementare, che rappresenti con bastevole organicità idee e sentimenti e risulti capace di veicolare un messaggio facilmente riconoscibile e immediatamente comprensibile — e quindi, ancorché sintetico, idoneo a catturare l'attenzione del consumatore e a rafforzare o modificare le sue opinioni — senza che venga fatto alcun utilizzo del nome del prodotto pubblicizzato o del suo produttore (Nel caso di specie, è stato ritenuto tutelabile quale opera dell'ingegno lo slogan “You are, We car” per pubblicizzare un'automobile)* (2).

 *Omissis.* — 1) Con atto di citazione 28.7.2008, ritualmente notificato, Bertotti Andrea ha convenuto in giudizio 515 Creative Shop s.n.c. di Zolino Maddalena & C. e Fiat Group Automobiles s.p.a. per sentir accogliere nei loro confronti le conclusioni riportate in epigrafe.

L'attore, che in passato aveva già esposto le proprie opere negli stand Fiat Auto nei Saloni di Ginevra e Parigi e al Motorshow di Bologna del 2004 grazie all'interessamento di Riccardo Pietrantonio, fondatore insieme agli altri attuali soci dell'agenzia 515 Creative Shop, prestazioni artistiche che gli erano state pagate direttamente da Fiat, ha fatto presente che: nel mese di aprile era stato contattato da 515 per il tramite di Riccardo Pietrantonio, il quale gli aveva chiesto di concorrere insieme a 515 ad una gara indetta da Fiat in occasione del lancio della nuova 500, per l'individuazione di

<sup>13</sup> Osserva SALAFIA, *Cessazione dei sindaci per rinuncia all'ufficio*, in *Società*, 2010, 1312 (nota favorevole al provvedimento qui commentato) che il sindaco dimissionario non potrebbe rimediare all'*impasse* direttamente sostituendosi agli amministratori nel far recepire al registro delle imprese le proprie dimissioni, perché solo ai primi l'art. 2400, comma 3, c.c. conferisce la legittimazione a svolgere la pratica ex artt. 11 e segg., D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (il regolamento di attuazione dell'art. 8, L. 29 dicembre 1993, n. 580 istitutiva del registro delle imprese). Proprio da questa impossibilità deriva nella specie l'iniziativa processuale del sindaco.

<sup>14</sup> TALICE, *Applicabilità della prorogatio ai sindaci rinunzian-*

*ti dopo la riforma del diritto societario*, in *Società*, 2008, 24 e segg. V. in argomento Trib. Bari, 1° agosto 1979, in *Vita Notar.*, 1980, 234, con nota di CAVALLI, ove alle dimissioni dei sindaci effettivi erano seguite, a distanza di pochi giorni, quelle dei supplenti e si era deciso per la *prorogatio* solo dei secondi.

<sup>15</sup> TEDESCHI, *op. cit.*, 89, configura tale esito in caso di protratta assenza o incompletezza del collegio; v. anche gli Orientamenti del Comitato Triveneto dei notai in materia di atti societari, massima H.E.1, cit. Più che “bloccare” la rinuncia del sindaco, si sostiene che la società potrebbe agire contro di lui per il risarcimento dei danni, ove emergessero i presupposti (SALAFIA, *op. cit.*, 1312 e seg.).

una *tag-line* (*playoff*) in lingua inglese, per identificare il *brand* Fiat in Italia e nel mondo; nell'occasione gli era stato inoltre comunicato che, per essere ammesse, le proposte dovevano pervenire entro pochi giorni e che tra i concorrenti vi erano alcune tra le migliori agenzie sul mercato globale; esso attore aveva accettato ed aveva cominciato ad inviare a 515 le sue proposte; 515 rispondeva mostrando le proposte inviate fino a quel momento; in data 21.4.2007 esso Bertotti aveva inviato a 515 un file contenente alcune *tag-line* tra cui quella "You are, We car"; 515 aveva commentato con molto favore il testo ed alcune settimane dopo esso attore era stato informato dal sig. Pietrantonio che lo spot prodotto aveva vinto la gara insieme alla *tag-line* "You are, We car"; il giorno immediatamente successivo alla presentazione ufficiale della nuova 500 svoltasi a Torino il 4.7.2007 e trasmessa da Canale 5, le formule "You are, We car" e "FIAT You are, We car" erano comparse con la massima evidenza sui principali quotidiani; subito dopo il lancio della 500 erano comparsi molti articoli nei quali veniva commentata l'adozione della *tag-line* da parte di Fiat, senza nessuna indicazione o riferimento che rimandasse alla persona di esso esponente; il 7.7.2007 esso attore aveva chiesto ed ottenuto di incontrare i soci di 515 i quali però avevano rifiutato di rilasciargli un documento in cui si certificasse la paternità della *tag-line*, contestandogli la mancanza di accordi economici con Fiat; esso attore aveva allora chiesto se e come si sarebbe discusso con Fiat i compensi dovuti per l'ideazione e l'utilizzo della *tag-line*, ma i soci di 515 — pur possibilisti — avevano risposto che non era ancora stata effettuata alcuna offerta da Fiat; in tale occasione, i soci di 515 non avevano voluto concordare con esso attore in che termini trattare la cessione dello sfruttamento economico della *tag-line*; solo successivamente, sul quotidiano "La Repubblica" del 24 luglio 2007, compariva un articolo a firma del giornalista Massimo Novelli in cui si dava atto del fatto che l'ideazione della *tag-line* era riconducibile a Andrea Bertotti; con lettera 30.7.2007 i legali di fiducia dell'attore chiedevano a 515 e a Fiat il riconoscimento formale della paternità della *tag-line* e un accordo sulle modalità di cessione del diritto di sfruttamento economico della medesima; Fiat non replicava in alcun modo, mentre il legale di 515 riscontrava la lettera asserendo che tra il signor Bertotti e 515 erano intercorsi accordi in forza dei quali il primo si era impegnato a realizzare alcune *tag-line* che sarebbero state inoltrate a Fiat e, qualora approvate da Fiat, avrebbero potuto essere da questa utilizzate; nella medesima lettera si dava atto del fatto che non era stato ancora raggiunto alcun accordo economico con Fiat e che la paternità della *tag-line* "You are, We car" era riconducibile all'odierno attore; nel mese di settembre 2007, i legali del sig. Bertotti chiedevano a 515 di esibire, in vista di una possibile transazione della vertenza, tutta la documentazione riguardante i rapporti intercorsi con Fiat; in un incontro intercorso tra i professionisti veniva confermato che non era stato ancora raggiunto alcun accordo con Fiat, la quale non si era ancora fatta promotrice di alcuna offerta economica; successivamente 515, per tramite del proprio legale, aveva confermato che era stato raggiunto un accordo con Fiat ma che non era stato ancora determinato il compenso; seguiva altro incontro tra le parti al fine di determinare amichevolmente la vertenza, ma senza esito; nel febbraio 2008 i legali di Bertotti inviavano un'ultima diffida a 515 e a FIAT; FIAT riscontrava la comunicazione dichiarando che non aveva mai preso visione della precedente diffida e che avrebbe effettuato le ricerche del caso; in data 15.7.2008, 515 aveva corrisposto ad esso Bertotti la somma di euro 15.000,00 accettata in conto del maggior dovuto.

Tanto esposto in fatto ed illustrate le ragioni di diritto sotto il profilo natura, tutela e protezione della *tag-line* e del diritto d'autore, l'attore ha chiesto al Tribunale di condannare le convenute al pagamento del compenso — da determinarsi previa istruttoria — e di accogliere le altre conclusioni meglio specificate in epigrafe.

2) 515 Creative Shop s.n.c. di Zolino Maddalena & C. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto delle domande.

In fatto la convenuta ha fatto presente che: nel marzo 2007 Fiat aveva proposto a 515 di partecipare ad una consultazione da essa promossa per a) l'individuazione della campagna pubblicitaria da utilizzare per il lancio della nuova 500 (c.d. campagna prodotto), nonché per b) l'individuazione di uno slogan pubblicitario finalizzato ad identificare il marchio Fiat; per precise strategie creative, ai fini dello svolgimento di determinati progetti di comunicazione, essa 515 si avvale (anche) della collaborazione di consulenti esterni; tali modalità erano state adottate anche nel caso di specie; per partecipare alla selezione essa convenuta aveva selezionato un gruppo di collaboratori esterni, tra cui anche il sig. Bertotti che, in passato, aveva già collaborato con 515; il signor Bertotti aveva accettato l'incarico lavorando in team con gli altri consulenti e con il personale di 515 all'ideazione della *tag-line* in relazione alla quale aveva presentato alcune proposte, tra le quali il menzionato *claim*; a titolo di compenso per il lavoro svolto, 515 aveva concordato con i suddetti collaboratori l'importo onnicomprensivo di euro 5.000,00; 515 si era aggiudicata la consultazione per la campagna prodotto con la creatività denominata "everyday masterpiece", ideata da Alessandro Quaregna socio fondatore di 515; era stato inoltre prescelto il *claim* e 515 si era aggiudicata anche la gara riguardante il *claim*; 515 aveva comunicato al signor Bertotti la notizia, informandolo contestualmente che aveva deciso di riconoscere un compenso premiale rispetto a quello inizialmente pattuito nella misura del 20% sul compenso che l'agenzia avrebbe percepito da Fiat in relazione al *claim*; a far data dal 5.7.2007 Fiat aveva utilizzato il *claim* in comunicazione, mentre la notizia era contestualmente comunicata alla stampa; dopo pochi giorni il signor Bertotti aveva contattato 515 avanzando generiche ulteriori pretese economiche in relazione all'attività svolta, sottolineando la paternità del *claim* e domandando alla convenuta di sottoscrivere una dichiarazione in tal senso; in data 30.7.2007 il signor Bertotti, con l'assistenza dei suoi legali, aveva inviato a 515 e a Fiat una comunicazione nella quale, fra l'altro, rivendicava pretese economiche; 515, rilevata l'infondatezza delle rivendicazioni dell'attore e sottolineato l'imbarazzo relativo al coinvolgimento della Fiat, si era dichiarata disponibile ad un incontro con l'attore per definire la questione in via non conflittuale; nella scambio di corrispondenza che era seguito con i legali, 515 aveva comunicato che il compenso pagato da Fiat per l'ideazione del *claim* era pari ad euro 30.000,00 e aveva proposto al signor Bertotti la somma di euro 15.000,00 per chiudere la questione; l'attore aveva accettato tale somma, pur dichiarando che era da intendersi a titolo di acconto, per poi restituirla poco prima dell'instaurazione del giudizio.

In diritto, la convenuta ha dedotto che il *claim* non può essere ritenuto opera dell'ingegno protetta dalla legge 1941/633 e comunque ha sottolineato che l'attività del Bertotti si è svolta nell'ambito di un rapporto contrattuale.

3) Anche Fiat Group Automobiles s.p.a. si è costituita in giudizio chiedendo il rigetto delle domande. In fatto, la convenuta ha dichiarato che: nella primavera 2007 aveva indetto una consultazione per la realizzazione della campagna pubblicitaria relativa al lancio della nuova 500 (c.d. campagna prodotto) e per individuare una *tag-line* volta ad identificare il marchio Fiat; tale consultazione, cui hanno partecipato diverse agenzie di comunicazione, era stata vinta da 515 e, successivamente, Fiat ha utilizzato la *tag-line* in comunicazione; non aveva avuto mai contatti con l'attore e, dopo le diffide di quest'ultimo, aveva appreso da 515 che era un consulente *free lance* che era stato incaricato da tale agenzia di collaborare unitamente ad un team di consulenti esterni, alla realizzazione della creatività presentata in gara e che, in particolare, il sig. Bertotti aveva partecipato alla realizzazione della *tag-line*.

In diritto, la convenuta ha ribadito che la *tag-line* è priva di compiutezza espressiva e di valore letterario autonomo e quindi non ricade nell'ambito di tutela di cui alla legge sul diritto d'autore e comunque l'estraneità di Fiat alla vicenda

atteso che la stessa deve essere risolta sulla base dei rapporti contrattuali in essere tra l'attore e 515.

4) La causa è stata istruita a mezzo di prove testimoniali e mandata a decisione sulle conclusioni riportate in epigrafe.

5) È provato e pacifico in atti che l'ideatore della *tag-line* "You are, We car" è l'odierno attore Andrea Bertotti ed è altresì pacifico e documentato che Fiat ha utilizzato tale slogan per pubblicizzare non solo la "500" ma anche altre differenti autovetture prodotte dal Gruppo.

Ciò posto in fatto, ritiene il Collegio che la difesa delle convenute — che sostengono che, nel caso di specie, non sia applicabile la tutela dettata dalla legge n. 633/1941 sul diritto di autore — sia infondata.

L'art. 1 della LDA dispone infatti che «sono protette ai sensi di questa legge le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla letteratura, alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro e alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione» e l'art. 2 della stessa legge — con la dizione "In particolare" — fornisce un elenco chiaramente solo esemplificativo delle opere tutelate. Sebbene la pubblicità non sia compresa nell'elencazione di cui all'art. 2, è dunque assolutamente pacifico in dottrina ed in giurisprudenza che anche le creazioni pubblicitarie godano della tutela del diritto di autore laddove posseggano i requisiti previsti dall'art. 1 della LDA e, più specificamente, posseggano i requisiti di creatività, originalità e compiutezza espressiva. Ora, che lo slogan in discorso non sia creativo ed originale, neppure le parti convenute lo sostengono.

Quanto alla compiutezza espressiva, con tale definizione si sintetizza la necessità che, per poter parlare di "opera" dell'ingegno, ci si deve trovare di fronte ad una forma espressiva non elementare che rappresenti con bastevole organicità idee e sentimenti. Applicata al settore pubblicitario la compiutezza espressiva si concretizza nella capacità dell'opera di veicolare un messaggio facilmente riconoscibile ed immediatamente comprensibile — e quindi, ancorché sintetico, idoneo a catturare l'attenzione del consumatore e a rafforzare o modificare le sue opinioni — senza che venga fatto alcun utilizzo del nome del prodotto pubblicizzato o del suo produttore. Nel caso di specie, si deve escludere che la *tag-line* "You are, We car" sia privo di una organica forma rappresentativa e di autonomia letteraria come sostengono Fiat e 515 Creative.

Si tratta infatti di un'opera che, attraverso un sapiente accostamento di parole inglesi — circostanza che la rende adatta ad essere utilizzata in tutto il mondo — e con una duplice affermazione (tu esisti/tu sei, noi siamo l'auto), stimola effetti evocativi ed associativi nei confronti dei destinatari diversi da quelli trasmessi dalla sola semantica delle parole e crea un collegamento con l'azienda produttrice senza nominare il marchio Fiat o una specifica autovettura. Inoltre, la *tag-line* contiene una evidente e suggestiva assonanza con lo slogan politico ideologico che aveva goduto di grande popolarità sia negli Stati Uniti sia in Italia "we care..." (Noi ci preoccupiamo per te, abbiamo cura di te), con implicita enfasi sull'attenzione protettiva rivolta al cliente consumatore. Si deve quindi concludere dichiarando che la *tag-line* "You are, We car" creata da Andrea Bertotti è opera dell'ingegno protetta dalla legge n. 633/1941 sul diritto di autore.

6) Anche l'ulteriore difesa delle convenute, basata su accordi economici asseritamente intervenuti tra 515 e l'attore, è infondata. Ed infatti, anche se è pacifico che il Bertotti è stato contattato dalla società 515 per partecipare alla gara indetta da Fiat per l'individuazione di una *tag-line* per il lancio della nuova "500", la società 515, sulla quale incom-

beva il relativo onere probatorio, non ha fornito alcuna prova né dell'esistenza di un contratto con il Bertotti, né della cessione — da parte dell'attore — dei diritti di sfruttamento di detta opera dell'ingegno.

Sul punto, peraltro, le difese della convenuta sono contraddittorie ed inconferenti. 515 sostiene infatti che avrebbe concordato con Fiat un compenso di euro 30.000,00 per l'ideazione della *tag-line* ed, al tempo stesso, sostiene di avere concordato con i collaboratori esterni, tra i quali l'attore, un compenso di euro 5.000,00 ciascuno a prescindere dall'esito della gara. Tale difesa — tenuto conto che i collaboratori indicati dalla convenuta da remunerare con euro 5.000,00 ciascuno erano 6 e che avrebbero pertanto assorbito tutto il compenso dichiarato della società 515 — risulta del tutto implausibile, e lo diventa ancora di più ove si consideri che 515 ha successivamente offerto all'attore, come "premio", l'importo di euro 15.000,00 (importo prima accettato dall'attore in conto del maggior dovuto e poi restituito). D'altra parte, se è risultato in giudizio che con alcuni collaboratori la società 515 aveva concordato un compenso di euro 5.000,00 a prescindere dall'esito della gara (cfr. teste Maggio, *designer* e occasionale collaboratore di 515), è anche vero che la teste Orlandoni ha riferito che l'accordo prevedeva che «a seconda degli esiti del concorso ci sarebbe stato un compenso» e che «l'importo di euro 5.000,00 non è stato concordato fin dall'inizio». Ciò dimostra che, con i vari collaboratori, 515 ha raggiunto accordi diversi in tempi diversi e tale circostanza corrobora la tesi dell'attore che nega di avere preventivamente concordato con la convenuta un compenso per la creazione della *tag-line*: d'altra parte, la società 515 — la quale, come si è detto, aveva l'onere di fornire la relativa prova — non ha provato né di avere stipulato uno specifico accordo preventivo con il Bertotti né che questi le abbia ceduto i diritti di sfruttamento della *tag-line*.

7) Atteso quanto esposto ai precedenti punti 5) e 6) e come richiesto dall'attore, deve essere inibito a Fiat Group Automobiles s.p.a., in persona del rappresentante *pro tempore*, l'utilizzo in qualsiasi forma e modo della *tag-line* "You are, We car".

8) La causa deve inoltre essere rimessa sul ruolo, con separata ordinanza, per l'istruttoria necessaria ai fini delle richieste economiche formulate da Andrea Bertotti. Sul punto va solo rilevato che la mancanza di un accordo economico tra l'attore e 515 Creative Shop s.n.c. non esonera Fiat dall'obbligo di risarcire il Bertotti per l'avvenuto abusivo utilizzo dell'opera del suo ingegno.

9) Come richiesto dall'attore, infine, e in considerazione del fatto che alcune testate giornalistiche non hanno riportato che la *tag-line* "You are, We car" era stata creata da Andrea Bertotti (doc. n. 16 di parte attrice) o hanno riportato che è stata creata dai «pubblicitari di 515 Creative Shop» senza ulteriori specificazioni (doc. n. 17 attoreo) deve essere disposta anche la pubblicazione della presente sentenza con le modalità che verranno indicate in dispositivo. — *Omissis*.

## (1-2) Nota in tema di *slogan* e di sua tutelabilità quale opera dell'ingegno

1. Il Tribunale di Torino è stato chiamato a stabilire se lo *slogan*<sup>1</sup> "You are, We car", diffuso nel 2007 dalla nota azienda automobilistica Fiat per promuovere il lancio della nuova "500", fosse dotato o meno dei requisiti sufficienti per assurgere alla categoria di «opera

<sup>1</sup> Nella sentenza i termini *tag-line*, *slogan* e *claim* vengono per lo più utilizzati come sinonimi. Chi scrive farà altrettanto utilizzando quindi tali espressioni in maniera atecnica, consapevole, tuttavia, del fatto che tra chi si occupa di pubblicità vi è chi ritiene che le espressioni *tag-line* e *slogan* abbiano una diversa connotazione. La parola *tag-line* pare infatti talvolta usata per

indicare un messaggio pubblicitario legato più al produttore che al prodotto, spesso scelto per contraddistinguere il medesimo anche negli anni a venire (es. "Just do it" di Nike o "Think different" di Apple); mentre il termine *slogan* sembrerebbe più appropriato per indicare un messaggio volto a pubblicizzare un prodotto ben specifico e per un limitato periodo di tempo.

dell'ingegno di carattere creativo» e, in quanto tale, fosse quindi tutelabile ai sensi della legge sul diritto d'autore.

La sentenza che si annota va ad aggiungersi a un numero piuttosto esiguo di decisioni in materia e, in particolare, avendo riconosciuto tutelabile lo *slogan* sottoposto al suo esame, la sentenza va a collocarsi tra le fila dell'orientamento minoritario<sup>2</sup>.

2. Prima di esaminare in dettaglio i criteri che, ad avviso del Tribunale, se soddisfatti, consentirebbero ad una creazione pubblicitaria (e, nello specifico, ad uno *slogan*) di essere protetto quale opera dell'ingegno, pare opportuno un breve richiamo alla normativa rilevante e, più precisamente, agli artt. 1 e 2 della L. 22 aprile 1941, n. 633.

Il comma 1 dell'art. 1 stabilisce che, ad essere protette, sono «le opere dell'ingegno di carattere creativo che appartengono alla musica, alle arti figurative, all'architettura, al teatro ed alla cinematografia, qualunque ne sia il modo o la forma di espressione». Con il comma 2, il legislatore ha esteso la proteggibilità anche ai programmi per elaboratore e alle banche dati.

L'art. 2, prevede, inoltre, un elenco dettagliato delle opere comprese nella protezione. Scorrendo tale elenco, si nota immediatamente l'assenza del "genere" d'interesse ("creazioni pubblicitarie"). Tuttavia, tale assenza non è determinante poiché, come ripetutamente affermato in dottrina e giurisprudenza, l'elenco è da intendersi come meramente esemplificativo<sup>3</sup>. Ciò significa che, per quanto qui d'interesse, l'assenza del "genere" "creazione pubblicitaria" dall'elenco di cui all'art. 2 non preclude di per sé l'accesso di queste opere alla tutela prevista dalla legge sul diritto d'auto-

re. Come infatti enunciato dalla massima in epigrafe, una creazione pubblicitaria (e, quindi, in linea di principio, anche uno *slogan*) può essere tutelata quale opera dell'ingegno purché creativa, originale e dotata di compiutezza espressiva<sup>4</sup>.

È tuttavia necessario precisare che l'opera non compresa dell'elenco di cui all'art. 2 dovrà in ogni caso rientrare in una delle "categorie" elencate nell'art. 1<sup>5</sup>. In altre parole, affinché essa possa godere di protezione, dovrà, in primo luogo, essere suscettibile di essere classificata quale opera «letteraria», «musicale», «figurativa», «architettónica», «teatrale» o «cinematografica»; e, in secondo luogo, dovrà soddisfare i requisiti di creatività, originalità e compiutezza espressiva sopra richiamati.

Ora, poiché uno *slogan* pubblicitario si traduce essenzialmente in un messaggio trasmesso attraverso l'espressione lessicale e poiché ogni «manifestazione del pensiero con lo strumento della parola può appartenere alla nozione di "letteratura"»<sup>6</sup>, è chiaro che esso può esservi potenzialmente incluso. Né tale accostamento implica giudizi di meritevolezza. Come infatti osservato in giurisprudenza, «il concetto di opera letteraria comprende non solo opere letterarie in senso stretto, ma anche quei casi in cui la parola venga usata per esprimere dati informativi di vario genere, allorché siano elaborati ed organizzati in modo personale e autonomo dall'autore»<sup>7</sup>.

Esigenze di completezza impongono tuttavia di dar conto anche di quegli orientamenti che, invece, ritengono che un'opera possa essere protetta dalla legge sul diritto d'autore solo nel caso in cui l'opera si riveli idonea a soddisfare un'apprezzabile esigenza di ordine culturale<sup>8</sup> o, ancora, con riferimento alle opere della

<sup>2</sup> In giurisprudenza, è stato ritenuto tutelabile lo slogan "Cacao meraviglioso" (Pret. Roma, 10 gennaio 1990, in *Dir. Informazione e informatica*, 1990, 582, con nota di PETTITI). È tuttavia da precisare che lo *slogan* riguardava in realtà il prodotto immaginario "pubblicizzato" all'interno di un famoso programma televisivo e che tale espressione è stata ritenuta «tutelabile in quanto sintesi e simbolo di un'idea realizzata in una trasmissione televisiva molto complessa e ricca di sfaccettature». In senso negativo, v. da ultimo: Trib. Bologna, 23 gennaio 2009, in *Banca Dati Pluris Cedam on line*, con riferimento ad un gruppo di *slogan* elaborati per una (eventuale) campagna pubblicitaria volta a promuovere il marchio automobilistico "Volvo" (gli *slogan* in questione erano: "Evoluzione Volvo, evolvo anch'io"; "Evoluzione Volvo, evolvi anche tu"; "Volvo evolve, evolvo anch'io"; "Volvo evolve, evolvi anche tu"; "Evoluzione Volvo"). Cfr. App. Milano, 18 ottobre 1974, *ivi*, 1975, 358 relativamente allo *slogan* "È già domani" e Trib. Milano, 11 giugno 1968, in *Dir. Autore*, 1969, 46, riguardo a "Splügen Brau è il nome della birra". In dottrina, a favore della proteggibilità dello *slogan* v. ad esempio ROSSOTTO, *Sulla proteggibilità dell'idea pubblicitaria*, in *Dir. Ind.*, 1999, 74, il quale riconosce che lo *slogan* possa godere della protezione prevista dalla legge sul diritto d'autore purché «non sia costituito da semplici espressioni del linguaggio comune o non si limiti a banali descrizioni del prodotto o ancora non abbia un ancorché minimo livello di autonomia concettuale rispetto allo scopo pubblicitario per il quale è stato creato». Escludono invece la tutelabilità dello *slogan*, ad esempio COSTANZA, *Pubblicità: violazione dei diritti d'autore e concorrenza*, in *Annali del diritto d'autore*, 1994, 89; FUSI, *I contratti della pubblicità*, Torino, 1999, 107.

<sup>3</sup> In giurisprudenza, v. ad esempio, App. Roma, 2 marzo 2009, massima redazionale, in *Banca Dati Pluris Cedam on line*;

Cass., 19 luglio 1990, n. 7397, in *Mass.*, 1990. In dottrina, di recente, v. AUTERI, in AA.VV., *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, 2009, 530; SIROTTI GAUDENZI, *Opere dell'ingegno e diritti di proprietà industriale*, in *Trattato breve di proprietà intellettuale e diritto della concorrenza* a cura di Sirotti Gaudenzi, Torino, 2008, 63; RICOLFI, *Il diritto d'autore*, in *Tratt. Dir. Comm.* a cura di Cottino, Padova, 2001, 360; UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, in *Annali del diritto d'autore*, 1994, 63; GRECO-VERCELLONE, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1974, 40.

<sup>4</sup> Cfr. App. Milano, 18 ottobre 1974, cit., in cui i giudici hanno ritenuto che lo *slogan* "è già domani" fosse privo di compiutezza espressiva da ritenersi, questa, «essenziale al fine della individuazione dell'opera dell'ingegno o della parte di essa che può formare oggetto di tutela sotto il profilo del diritto d'autore».

<sup>5</sup> La contrapposizione "genere"/"categoria" è tratta da RICOLFI, *op. cit.*, 360.

<sup>6</sup> Trib. Bologna, 23 gennaio 2009, cit.

<sup>7</sup> Cass., 2 dicembre 1993, n. 11953, in *Riv. Dir. Ind.*, 1994, II, 157 con nota di FRASSI e in *Dir. Autore*, 1994, 593 con nota di FABIANI.

<sup>8</sup> In giurisprudenza, v. App. Bologna, 3 novembre 1965, in *Dir. Autore*, 1966, 358; Trib. Torino, 18 aprile 1994, in *Annali del diritto d'autore*, 1994, 576; Id. Roma, 4 ottobre 1993, in *Dir. Ind.*, 1994, 401. In dottrina, v. BERTI, *La tutela della ideazione pubblicitaria nella giurisprudenza civile e autodisciplinare*, in *Dir. informazione e informatica*, 1992, 588; ARE, *Oggetto del diritto d'autore*, Milano, 1961, 185; PIOLA CASELLI, *Codice del diritto d'autore: commentario della nuova legge 22 aprile 1941, n. 633*, Torino, 1943, 180. La tesi di chi ritiene che la tutela del diritto d'autore possa essere estesa solo a quei messaggi pubblicitari

letteratura, nel caso in cui l'opera presenti un certo grado di «complessità espressiva»<sup>9</sup>.

3. Un'opera per poter essere tutelata dalla legge sul diritto d'autore dovrà essere creativa e originale.

Quanto alla "creatività" (di cui ogni opera deve godere per poter essere protetta dalla L. 22 aprile 1941, n. 633), è pacifico orientamento dottrinale e giurisprudenziale che essa debba essere intesa nel senso che ad essere protette non siano le *idee* (per quanto innovative), ma la *forma* in cui le stesse idee vengono espresse dall'autore. Inoltre, è da notare come il dettato normativo non preveda una "soglia" minima di creatività che l'opera deve soddisfare per potersi definire, a pieno titolo, "creativa". Tuttavia, secondo l'orientamento maggioritario anche un livello di creatività piuttosto basso è da considerarsi sufficiente<sup>10</sup>.

Quanto, invece, all'"originalità", la tesi prevalente<sup>11</sup> ritiene che essa coincida con la nozione di "novità oggettiva". Ne consegue che, un'opera, per essere considerata "originale", dovrà potersi distinguere rispetto alle opere preesistenti (salvo poi discutere su quali siano quelle anteriori effettivamente opponibili).

I due criteri cui si è fatto cenno nei paragrafi precedenti ("creatività" e "originalità") hanno valenza generale. In altre parole, essi devono essere presenti, ai fini previsti dalla legge sul diritto d'autore, in qualsiasi opera (letteraria, musicale, figurativa ecc.). Il riferimento al concetto della "compiutezza espressiva" è invece, per così dire, "occasionale", nel senso che giurisprudenza e dottrina vi hanno per lo più fatto riferimento in quei casi in cui si sono trovate a valutare la tutelabilità di opere *sui generis* (es. creazioni pubblicitarie, *format* televisivi ecc.)<sup>12</sup>. In questo senso, la sen-

tenza che si annota si propone come tentativo diretto a individuare una serie di elementi ben specifici che, se sussistenti, consentirebbero di considerare uno *slogan* come "compiutamente espresso" e, quindi, in grado di venir promosso dalla categoria delle comunicazioni pubblicitarie "semplici", a quella delle opere dell'ingegno protette dal diritto d'autore.

4. La seconda massima delinea il concetto di "compiutezza espressiva"; anzi, più precisamente, contempla un elenco di caratteristiche che, se soddisfatte, consentirebbero ad uno *slogan* di acquisirla.

Prima di esaminare in dettaglio tale elenco, è però necessario premettere che tale concetto in una qualche misura si sovrappone a quello di creatività. Esso è stato infatti descritto come il requisito «imposto dal principio secondo cui il diritto d'autore non protegge le idee (anche se originali e innovative) e pertanto nemmeno le opere in cui la forma si identifichi completamente con esse»<sup>13</sup>.

Dalla sentenza che si annota sembra peraltro emergere il tentativo di portare il concetto di "compiutezza espressiva" ad un livello superiore a quello che si ricava dalla definizione sopra riportata. Pare infatti a chi scrive che, nel tratteggiarne i requisiti, il Tribunale di Torino abbia inteso proporre un'idea più elaborata di creatività (quasi una forma di "creatività qualificata"?)<sup>14</sup> rispetto a quella sopra descritto, come a tracciare una linea di demarcazione tra gli *slogan* "semplici" e quelli proteggibili dalla legge sul diritto d'autore. Vediamo perché.

Se ci atteniamo all'orientamento maggioritario, secondo il quale il livello di creatività che un'opera deve soddisfare per essere tutelata dalla legge sul diritto

idonei a soddisfare interessi intellettuali capaci di sopravvivere alla funzione prevalentemente commerciale dell'opera è tuttavia stata criticata da chi ritiene che, in questo modo si introdurrebbe un requisito di protezione che non si riscontra per la protezione accordata ad altre creazioni utilitarie (*software* e banche dati) e che non dovrebbe quindi essere richiesta nemmeno per le creazioni pubblicitarie. Sul punto v. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2007, 1503.

<sup>9</sup> GRECO-VERCELLONE, *op. cit.*, 45 e segg.; RICOLFI, *Il contratto di merchandising nel diritto: segni distintivi*, Milano, 118; RICOLFI, *Il diritto d'autore*, cit., 365; App. Milano 22 settembre 2004, in *Annali del diritto d'autore*, 2005, 1047; Id., Milano, 18 ottobre 1974, in *Dir. Autore*, 75, 358. Sono tuttavia state tutelate come opere dell'ingegno: pochi secondi di un ritornello musicale (App. Milano, 28 maggio 1999, in *Annali del diritto d'autore*, 1999, 643; il nome "James Bond agente 007" (Trib. Milano, 23 marzo 1968, in *Dir. Autore*, 1969, 418); e, come sopra ricordato, lo *slogan* "Cacao meraviglia" (Pret. Roma, 10 gennaio 1990, cit.).

<sup>10</sup> In giurisprudenza, v. di recente App. Firenze, 11 giugno 2009, massima redazionale, in *Banca Dati Pluris Cedam on line*; Trib. Bologna, 23 gennaio 2009, cit.; Cass., 12 gennaio 2007, n. 581, in *Dir. Ind.*, 2007, n. 489, con nota di PALOMBELLA; Id., 12 marzo 2004, n. 5089, in *Foro It.*, 2004, I, 2441 e in *Dir. Ind.*, 2005, 237, con nota di BONELLI; Id., 13 dicembre 1999, n. 13937, in *Giust. Civ.*, 2000, I, 1029 e in *Riv. Dir. Ind.*, 2001, II, 15, con nota di PACCOIA; Cass., 23 gennaio 1969, n. 175, in *Giust. Civ.*, 1969, I, 603 (quest'ultima espressamente analizzata da ROSSOTTO, *op. cit.*, 74). In dottrina, a titolo di esempio, PIOLA CASELLI, *op. cit.*, 179; RICOLFI, *op. cit.*, 365. Per completezza è tuttavia necessario dar conto anche di un orientamen-

to minoritario che sembra propendere per una soglia più alta o che, più precisamente, richiede che la creatività sia "qualificata", nel senso che l'opera deve in qualche modo riflettere la personalità del suo autore. In giurisprudenza, a titolo esemplificativo, Trib. Catania, 11 settembre 2001, in *Annali del diritto d'autore*, 2002, 856; Id., Milano 9 novembre 2000, *ibid.*, 832. In dottrina, AUTERI, *op. cit.*, 537, osserva che «l'opera deve avere carattere creativo, non solo nel senso che deve essere il risultato dell'attività dell'autore, ma anche nel senso che deve riflettere il suo modo personale di esprimere fatti, idee e sentimenti»; DELL'ARTE, *Fotografia e diritto*, Forlì, 2004, 53; DE SANCTIS, *Il carattere creativo delle opere dell'ingegno*, Milano, 1971, 38. Per ulteriori approfondimenti in merito ad entrambi gli orientamenti, si rimanda ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali citati in UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1492 e segg.

<sup>11</sup> Come sottolineato da AUTERI, *op. cit.*, 537.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, è stato fatto cenno a tale concetto in App. Roma, 2 marzo 2009, massima redazionale, in *Banca Dati Pluris Cedam on line*; Cass., 23 novembre 2005, n. 24594, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006, II, 1146 con nota di DE ANGELIS. In dottrina, per alcuni esempi, v. GARACI, *Tutela del format televisivo e prospettive di regolamentazione giuridica*, in *La responsabilità civile*, 2009, 196; DE ANGELIS, *Opera musicale e plagio parziale*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2006, 1146; FUSI-TESTA, *Diritto e pubblicità*, Milano, 2006, 236; SARTI, in *Annali diritto d'autore*, 1996, 520.

<sup>13</sup> UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1552.

<sup>14</sup> Per alcuni riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in tema di "creatività qualificata", v. *supra* nota 10.

d'autore è piuttosto basso, potrebbe risultare difficile non accordare tutela a molti *slogan* in circolazione. In fondo, gran parte di questi *slogan*, *tag-lines* o *claims* che dir si voglia sono il frutto di una vera e propria ricerca espressiva. Inoltre, una volta elaborati — e avendo quindi acquisito una forma — essi non sono più mere idee (non proteggibili). E se scartiamo quelli del tutto banali (es: “la scarpa più comoda che c'è”) che, se tutelati, potrebbero determinare una situazione di monopolio sul linguaggio, allora si dovrebbero ritenere proteggibili, ai sensi della legge sul diritto d'autore, molti degli *slogan* oggi utilizzati.

Tuttavia, in questo approccio c'è qualcosa che disturba e che rende difficile accettare tale conclusione; i criteri proposti dal Tribunale di Torino per stabilire quando uno *slogan* possa dirsi “compiutamente espresso” paiono quasi, infatti, il frutto di un tentativo diretto a eliminare quella sensazione di disagio che gli operatori del diritto spesso provano nell'accordare la tutela del diritto d'autore alle creazioni pubblicitarie quali *slogan*, *tag-lines*, *claims*, *pay-offs* o simili. In altre parole, sembra che il Tribunale, proponendo la definizione di “compiutezza espressiva” qui analizzata, abbia voluto dire che, per stabilire se uno *slogan* sia effettivamente “creativo” — nell'accezione attribuita a questo termine nella legge sul diritto d'autore e nelle sue interpretazioni — esso dovrà non solo non essere costituito da una forma che si identifichi semplicemente con l'idea che è chiamato ad esprimere, ma dovrà altresì soddisfare alcuni requisiti ben determinati<sup>15</sup>.

Come si ricava dalla seconda massima, il messaggio dovrà essere:

- a) facilmente riconoscibile;
- b) immediatamente comprensibile (ancorché sintetico);
- c) idoneo a catturare l'attenzione del consumatore;
- d) idoneo a rafforzare o modificare le opinioni del consumatore;
- e) non fare alcun utilizzo del nome del prodotto pubblicizzato o del suo produttore.

Ora lo sforzo del Tribunale nel proporre, attraverso il concetto di “compiutezza espressiva”, una lista di requisiti qualificanti da utilizzare come linee guida per stabilire se uno *slogan* possa accedere o meno alla tutela prevista dalla legge sul diritto d'autore è indubbiamente apprezzabile. Tuttavia, lascia perplessi la mancanza in sentenza di spunti sufficienti per stabilire come i singoli requisiti debbano essere interpretati e quale peso si debba attribuire a ciascuno di essi per determinare se il messaggio sia o meno dotato di “compiutezza espressiva”.

Innanzitutto, i requisiti a)<sup>16</sup>, c) e d) sembrano per lo più indicare quelle caratteristiche che uno *slogan* dovrebbe avere per risultare particolarmente efficace (e, quindi, vincente) come strumento di *marketing*, volto cioè a incidere sulle abitudini dei consumatori: non rivestire quindi un ruolo determinante per stabilire se il messaggio sia o non dotato di “compiutezza espressiva”, visto che, a ben vedere, si tratta di parametri che potrebbero essere valutati solo *ex post*, ovvero, solo dopo che lo *slogan* sia stato effettivamente utilizzato in pubblicità, e la cui sussistenza può dipendere da fattori del tutto indipendenti dalla sua portata creativa<sup>17</sup>.

Condivisibile appare sicuramente, in linea di principio, il requisito b). Vi è tuttavia da chiedersi se il Tribunale abbia voluto dire che il messaggio deve essere chiaro anche *al di fuori* del contesto pubblicitario in cui è inserito (e quindi comprensibile per il pubblico in generale e non solamente dai consumatori ai quali è diretto) o se, al contrario, sia sufficiente che esso risulti chiaro una volta inserito *all'interno* del contesto pubblicitario per cui è stato ideato (e quindi comprensibile per i soli consumatori, ma non necessariamente per il pubblico in generale). Su questo punto si tornerà più avanti affrontando il tema della “scorporabilità” dell'opera letteraria dal messaggio pubblicitario.

Più convincente pare in ogni caso il requisito di cui alla lett. e) che sembra essere stato in realtà uno dei motivi determinanti<sup>18</sup> ad aver indotto il Tribunale a concludere per la tutelabilità, ai sensi della L. 22 aprile 1941, n. 633 dello *slogan* “*You are, We car*”. Più convincente, si diceva, per due ragioni: innanzitutto perché suscettibile di immediata verificabilità e, secondariamente — ma non per questo meno importante — perché strettamente legato ad una valutazione che attiene al messaggio inteso come espressione del linguaggio (ciò che dovrebbe costituire l'unico metro da utilizzare per misurare la compiutezza espressiva) e non, invece, in quanto strumento di *marketing*.

In ogni caso, ritenendo soddisfatti i requisiti qualificanti sopra elencati, il Tribunale è giunto alla conclusione che la *tag-line* “*You are, We car*” fosse dotata di «organica forma rappresentativa e autonomia letteraria».

5. A fronte di tale conclusione, si è indotti ad interrogarsi sul concetto di “autonomia letteraria”. Ora, pur riconoscendo che la sentenza ha utilizzato questa espressione essenzialmente per replicare alla tesi difensiva della convenuta, pare a chi scrive che, comunque, nell'escludere che il messaggio fosse privo di “autonomia letteraria”, essa abbia indirettamente fatto eco alla

<sup>15</sup> Che poi i requisiti proposti dal Tribunale siano pienamente convincenti è, come si cercherà di spiegare più avanti, tutt'altra questione.

<sup>16</sup> La sentenza non offre purtroppo alcuno spunto che aiuti a comprendere che cosa debba intendersi per messaggio “facilmente riconoscibile” (riconoscibile come messaggio pubblicitario? Oppure, come opera letteraria? O, cos'altro?). È tuttavia plausibile che il giudicante abbia in realtà voluto solo ulteriormente precisare il requisito espresso nella lett. b).

<sup>17</sup> Per esempio, con riferimento al requisito di cui alla lett. d), bisognerà anche tener conto del fatto che a «rafforzare e

modificare le opinioni dei consumatori» contribuiscono un insieme di fattori (per esempio i fattori moda e costume) che nulla hanno a che fare con la portata creativa del messaggio (l'efficacia e l'incisività di un messaggio d'altronde dipende spesso anche — e soprattutto — dalla portata degli investimenti economici volti a garantire una intensa e capillare diffusione del messaggio).

<sup>18</sup> È infatti piuttosto evidente, in sentenza, l'enfasi con cui è stata sottolineata l'assenza nella *tag-line* di espliciti riferimenti al marchio (nel presente caso, “Fiat”) o al prodotto pubblicizzato (l'autovettura “500”).

tesi della “scindibilità” o “scorporabilità” sostenuta da parte della dottrina e giurisprudenza<sup>19</sup>. Secondo questo orientamento, un’opera pubblicitaria, per essere protetta, deve non solo soddisfare i requisiti di creatività e originalità, ma deve essere altresì scindibile dalla concreta applicazione pubblicitaria. L’opera potrà quindi dirsi “scorporabile” «laddove nella rappresentazione esteriore sia agevolmente separabile (senza pregiudizio dell’opera) la comunicazione pubblicitaria dalla modalità espressiva, il significato promozionale dal segno che lo veicola»<sup>20</sup>. In altre parole, secondo questa tesi, uno *slogan*, per poter assurgere alla dignità di opera letteraria ai sensi dell’art. 1 L. 23 aprile 1941, n. 633 deve poter vivere, per così dire, di una vita propria rispetto al prodotto o produttore pubblicizzato per suo tramite<sup>21</sup>.

È interessante notare che, ragionando in termini di “scorporabilità” il requisito di cui alla lett. e) acquisirebbe ulteriore valore e peso. Appare infatti difficile (per non dire impossibile) immaginare come l’opera possa essere “scorporata” nel caso in cui lo *slogan* contenga espliciti riferimenti al marchio, al prodotto o al suo produttore. Essi, infatti, le impedirebbero di venir percepita dal pubblico quale entità autonoma dal prodotto che lo *slogan*, per sua natura, è chiamato a promuovere.

Sicché, supponendo che nel riconoscere — almeno implicitamente — che la *tag-line* fosse dotata di “autonomia letteraria”, il Tribunale abbia tratto ispirazione da tale tesi, risulterebbe piuttosto problematico

concludere per la “scorporabilità” dell’opera dalla campagna pubblicitaria per la quale è stata creata. Infatti, l’espressione “*You are, We car*”, se decontestualizzata, è del tutto priva di significato. Questo perché, la *tag-line*, se tradotta letteralmente in lingua italiana, si leggerebbe “tu sei, io macchina” e, pertanto, non avrebbe alcun senso (così come non l’ha nemmeno in lingua inglese).

Bisogna, tuttavia, ammettere che la *tag-line* “*You are, We car*”, ha il pregio, sotto il profilo puramente pubblicitario, di essere innovativa, curiosa (anche grazie all’assonanza creata dalla combinazione dei suoni “*are*” e “*car*”)<sup>22</sup> e accattivante<sup>23</sup>. In questo senso, pare quindi condivisibile la sentenza quando definisce la *tag-line* frutto di «sapiente accostamento di parole inglesi capace di stimolare effetti evocativi ed associativi nei confronti dei destinatari diversi da quelli trasmessi dalla sola semantica delle parole»: essendo stata forse proprio per questa ragione spinta a “premiare” in qualche misura l’autore dello *slogan*.

Laura Millano

#### RESPONSABILITÀ E REVOCA AMMINISTRATORI

TRIBUNALE TORINO, I SEZIONE, 10 maggio 2010 (ordinanza) — LIBERATI Giudice — Milanese (avv. Isnardi) - Torrente (avv. Bella) ed altri.

<sup>19</sup> Come osservato in Trib. Bologna, 23 gennaio, 2009, cit., «la soglia della scindibilità potrebbe dirsi raggiunta qualora lo slogan risultasse dotato di quel livello strutturale sufficiente e di connotati tecnico/elaborativi tali da dimostrare in modo positivo l’impegno e l’apporto intellettuale comunque richiesti dall’ordinamento». Si precisa che, nella sentenza citata, il giudice ha espresso pieno favore verso le tesi della difesa di parte convenuta i cui passaggi argomentativi sono stati quindi riportati in motivazione per respingere le tesi attoree. In questo senso, anche Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Annali del diritto d’autore*, 2001, 562; Id. Milano, 12 aprile 2005, *ivi*, 2006, 463; App. Milano, 18 ottobre 1974, cit., in cui i giudici hanno ritenuto che nel caso in cui «si volesse riconoscere alla espressione in questione un sia pur valore autonomo, esso è talmente modesto e comunque sempre in correlazione al contesto in cui è usato; che, al di fuori di questo, in un diverso contesto, viene meno e muta quel valore che, per assurdo si volesse attribuirgli». In dottrina, si sono recentemente espresse a favore del concetto di scorporabilità MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *Marketing e diritto*, Milano, 2009, 95 e segg. in cui si legge che l’opera pubblicitaria, per essere protetta dalla legge sul diritto d’autore deve godere di “valore artistico” (inteso come modesta originalità e creatività), nonché essere «scindibile, in quanto dotata di tale valore artistico, dalla concreta applicazione pubblicitaria, così come richiesto dal successivo art. 2, n. 10 l.d.a. per i disegni industriali». Sull’accostamento delle opere di *design* alle opere pubblicitarie, v. anche ROSSOTTO, *op. cit.*, 74; *contra* FUSI, *op. cit.*, 106; UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi sulla proprietà intellettuale e concorrenza*, cit., 1503.

<sup>20</sup> MAGGIOLINO-MONTAGNANI, *op. cit.*, 97. Per spiegare il concetto di scorporabilità, la dottrina spesso porta ad esempio la cartellonistica di Toulouse Lautrec degli anni Venti (UBERTAZZI, *Le utilizzazioni libere della pubblicità*, cit., 63, nota 2) o le fotografie utilizzate all’interno di una campagna pubblicitaria in cui sia possibile scomporre l’opera dal prodotto pubblicizzato. In questo senso, vengono in mente, ad esempio, le foto scattate

dal celebre fotografo Oliviero Toscani per promuovere i capi di abbigliamento Benetton.

<sup>21</sup> Cfr. Trib. Bologna 23 gennaio 2009, cit., con cui è stata negata la tutelabilità dei cinque *slogan* elaborati per un eventuale spot pubblicitario destinato al marchio automobilistico “Volvo”. La sentenza a sua volta richiama Cass., 7 marzo 2003, n. 3390, in *Giur. It.*, 2003, 1857 e Trib. Bari, 14 settembre 1999, in *Foro It.*, 2000, I, 3018 in cui si è osservato che l’opera pubblicitaria — anche in forma letteraria — deve presentare un contenuto semantico complesso, nel senso che occorre stabilire se essa sia “fruibile” in modo indipendente da tale specifica funzione, potendo ancora assumere valore autonomo rispetto ai terzi, una volta che il suo significato promozionale venga separato dal segno che lo “veicola” nei loro confronti.

<sup>22</sup> Il Tribunale ha anche sottolineato l’assonanza con il famoso *slogan* politico ideologico statunitense “*We care.*”. Vien però da chiedersi se, nelle intenzioni del giudicante, non vi fosse per la verità quella di riferirsi allo *slogan* (che i più ricordano) “*Yes, we can*” utilizzato durante la campagna elettorale dall’attuale presidente degli Stati Uniti Barack Obama.

<sup>23</sup> Ci si potrebbe domandare se, invece di cercare di trovare (forse anche un po’ forzatamente) nella legge sul diritto d’autore gli appigli per tutelare gli *slogan*, non fosse opportuno considerare di introdurre una tutela *ad hoc*. Per alcuni spunti sul tema v. GAMBARDILLA, *Alcuni spunti di riflessione sulla tutela dell’idea pubblicitaria*, in *Archivio Online Ceradi Luiss Guido Carli*, in *www.archivioceradi.luiss.it*. Esigenze di completezza impongono di dar atto anche dell’esistenza dell’art. 13 del Codice di autodisciplina pubblicitaria che impone di evitare qualsiasi imitazione pubblicitaria servile. In tale divieto rientrano certamente anche le imitazioni degli *slogan* altrui. In dottrina, ROSSOTTO, *op. cit.*, 76; SORDELLI, “voce Pubblicità”, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991; BERTI, *op. cit.*, 587; JARACH, *Manuale diritto d’autore*, Milano, 1991.

**Società — Società a r.l. — Responsabilità e revoca amministratori — Legittimazione azione — Azzeramento capitale — Sottoscrizione aumento senza contestuale versamento** (C.c. artt. 2476, n. 3, 2481 *bis*, nn. 2, 4).

*Non è legittimato a proporre azione di responsabilità contro gli amministratori di una s.r.l. e a chiederne la revoca chi, socio ab origine della stessa, tale qualità abbia perduto per non aver ritualmente sottoscritto (con cioè contestuale versamento di almeno il 25%) l'aumento di ricostituzione del capitale azzerato per perdite (1).*



*Omissis.* — Il Giudice istruttore

Sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 27.4.2010.

Letto il ricorso depositato in corso di causa di Mario Milanese, diretto ad ottenere, ai sensi dell'art. 2476 c.c., la revoca di Giacomo Torrente, Massimo Ippolito e Guido Ferretti dalle cariche amministrative dagli stessi rivestite nella S.r.l. Kite Gen Research-KGR.

Esaminate le compare di costituzione dei convenuti, che si sono opposti all'accoglimento di tale istanza, e quella della società, in persona del curatore speciale nominato ai sensi dell'art. 78 c.p.c., che non si è opposta.

Sentite le parti alle udienze del 31.3.2010, 13.4.2010 e 27.4.2010.

Osserva:

Il ricorrente ha agito prospettando gravi responsabilità dei convenuti Torrente, Ippolito e Ferretti, rispettivamente presidente e componenti del consiglio di amministrazione della S.r.l. KGR, e domandandone la revoca da tali cariche e la condanna a risarcire i danni arrecati alla società; in corso di causa ha proposto in via d'urgenza istanza di revoca dei medesimi amministratori, per l'aggravamento della situazione della società conseguente alle loro condotte, volte ad estrometterlo dalla compagine sociale ed incuranti delle gravi perdite della società, di quasi trenta volta superiori al capitale sociale, che avevano determinato la necessità di ricostituire il capitale sociale, ricostituzione deliberata nella assemblea dei soci del 18.2.2010; in tale occasione, inoltre, gli amministratori, nonostante la proposta di aumento di capitale di oltre un milione di euro, non avevano sottoposto alla assemblea un valido piano industriale né un adeguato business plan, manifestando nuovamente la volontà di non informare i soci di minoranza (tra cui il ricorrente) sulle prospettive della società, allo scopo di escluderli dalla stessa; inoltre gli amministratori avevano indebitamente favorito una società concorrente della KGR, la S.r.l. Sequoia Automation, controllata dal Torrente.

L'Ippolito ha resistito a tali istanze, contestando gli assunti del Milanese, di cui ha eccepito preliminarmente il sopravvenuto venir meno della legittimazione e dell'interesse all'esercizio della azione sociale di responsabilità, per essere venuta meno la sua qualità di socio che gli aveva consentito l'esercizio delibazione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori, di cui comunque ha contestato l'esistenza dei presupposti. Anche il Ferretti ha resistito all'istanza del Milanese, di cui ha contestato la sussistenza dei presupposti, facendo rilevare, quanto alla sua posizione, di essere privo di deleghe e di non avere il potere di compiere atti per conto della società, con la conseguente insussistenza di ragioni che possano giustificare la sua revoca dalla carica sociale. Anche il presidente del consiglio di amministrazione Giacomo Torrente ha eccepito la carenza di legittimazione ad agire del ricorrente, per la mancanza della necessaria qualità di socio in capo allo stesso a causa del mancato versamento delle somme corrispondenti alla quota dell'aumento di capitale che aveva dichiarato di voler sottoscrivere; nel merito ha contestato

sia di aver commesso gravi irregolarità sia di aver arrecato danni alla società. La KGR, infine, ha contestato la fondatezza dell'eccezione preliminare di carenza di legittimazione ed interesse del ricorrente a causa del mancato versamento di quanto dovuto, in relazione alla sottoscrizione dell'aumento di capitale, avendo tale negozio natura consensuale e perfezionandosi, di conseguenza, con il consenso e non con i versamenti, costituenti adempimento di un obbligo già sorto; nel merito ha dichiarato di rimettersi alla decisione del Tribunale, avendo rilevato condotte irregolari degli amministratori.

L'eccezione preliminare di sopravvenuta carenza di legittimazione ed interesse, per il venir meno della qualità di socio in capo al ricorrente, appare, sia pure entro il limite della cognizione necessariamente sommaria propria di questa fase, fondata. Come risulta dal verbale del consiglio di amministrazione della S.r.l. KGR del 6.4.2010 (doc. 1 del convenuto Ippolito e doc. 4 del convenuto Torrente), il ricorrente, pur avendo manifestato la volontà di sottoscrivere l'aumento di capitale deliberato nell'assemblea del 18.2.2010 entro il termine del 1.4.2010 a tale scopo stabilito, non ha provveduto a versare entro il medesimo termine la somma corrispondente alla quota di tale aumento che aveva inteso sottoscrivere, neppure nella misura del 25 per cento richiesta dal quarto comma dell'art. 2481 *bis* c.c., in tal guisa perdendo la qualità di socio. Nell'assemblea dei soci del 18.2.2010 era, infatti, stato deliberato l'azzeramento del capitale sociale per perdite ed il suo aumento, in relazione al quale i soci potevano esercitare il diritto di opzione entro trenta giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese (cfr. la copia del verbale di tale assemblea dei soci del 18.2.2010 prodotta dal ricorrente quale doc. 35); tale verbale, presentato al registro delle imprese il 19.2.2010, venne iscritto il 2.3.2010 (come si ricava dalla certificazione prodotta dal convenuto Torrente quale doc. 1), con la conseguenza che il suddetto termine di 30 giorni per esercitare il diritto di opzione riservato ai soci scadeva il 1.4.2010; tuttavia entro tale termine il Milanese si è limitato a comunicare al presidente del consiglio di amministrazione di voler sottoscrivere l'aumento di capitale di euro 1.257.875,31 nella misura di euro 3.000 (come si ricava dalla lettera del ricorrente del 29.3.2010 prodotta dal Torrente quale doc. 3), senza però provvedere a corrispondere tale somma alla società, neppure nella misura ridotta del 25 per cento, cui ha provveduto solo il successivo 19.4.2010, allorché tale termine era scaduto, tanto che il presidente del consiglio di amministrazione ha rifiutato il versamento tale somma.


Secondo quanto stabilito dal quarto comma dell'art. 2481 *bis* c.c., in ordine alla sottoscrizione dell'aumento di capitale mediante nuovi conferimenti, "Salvo quanto previsto dal secondo periodo del quarto comma e dal sesto comma dell'articolo 2464, i sottoscrittori dell'aumento di capitale devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento della parte di capitale sottoscritta e, se previsto, l'intero soprapprezzo. Per i conferimenti di beni in natura o di crediti si applica quanto disposto dal quinto comma dell'articolo 2464". L'univoco tenore di tale disposizione, introdotta nell'ordinamento dalla riforma del diritto societario, d.lgs 6/2003, con la conseguente irrilevanza della giurisprudenza formatasi nel vigore della disciplina anteriore menzionata dal ricorrente e dalla società, sembra imporre, come sostenuto dai convenuti, il versamento almeno del 25 per cento della parte di capitale sottoscritta all'atto della sottoscrizione, evidentemente a pena di inefficacia della sottoscrizione, come si ricava dall'uso del verbo "devono", con la conseguente irrilevanza, ai fini della validità e dell'efficacia della sottoscrizione, dei versamenti effettuati oltre il termine stabilito per la sottoscrizione.

In questo stesso senso si è espresso il Tribunale di Busto Arsizio nell'unico precedente edito, affermando che "Un



socio che, nel caso di azzeramento del capitale sociale e contestuale delibera di aumento, non sia in grado di provvedere alla sottoscrizione, perde la propria qualità, di socio. La mancata partecipazione del socio al ripianamento delle perdite determina la sua estromissione dalla società". (Tribunale Busto Arsizio, 25 gennaio 2005, n. 98, Caio c. Soc. Mevia, in Vita not., 2006, 2, 823). Tale conclusione pare condivisibile, in quanto la ricostituzione del capitale sociale a seguito del suo azzeramento è imposta dall'art. 2447 c.c. e, secondo quanto ora stabilito dal quarto comma dell'art. 2481 bis citato, la sottoscrizione dell'aumento di capitale richiede necessariamente anche il contestuale versamento quanto meno del 25 per cento della parte di capitale sottoscritta. Ne consegue, non avendovi il Milanese provveduto tempestivamente, la perdita della sua qualità di socio, che pare dunque correttamente ravvisata nella suddetta delibera del consiglio di amministrazione del 6.4.2010, che ha individuato nei soli sottoscrittori Ferretti ed Ippolito (che hanno anche provveduto ad effettuare i versamenti) gli unici soci della società.

La perdita della qualità di socio preclude, poi, l'eseribilità della azione sociale di responsabilità, non avendo il Milanese agito quale creditore sociale ma dolendosi del pregiudizio arrecato alla società dalle condotte degli amministratori, con la conseguenza che l'istanza di revoca dallo stesso proposta deve essere respinta. — *Omissis*.

 (1) L'ordinanza del Tribunale si segnala per la chiarezza espositiva; presenta l'inconveniente di porsi in contrasto con gli orientamenti prevalenti, pur tra oscillazioni, in dottrina e in giurisprudenza: che già prima della riforma del 2003, e forse anche più accentuatamente dopo di essa, hanno accolto la tesi "consensualistica", secondo cui — sono parole del più autorevole commentatore della nuova disciplina — «la norma sugli adempimenti del sottoscrittore non prescriverebbe affatto una modalità costitutiva»<sup>1</sup> del contratto di sottoscrizione. Il quale pertanto — sono ancora puntualizzazioni dell'autore ora citato — mentre, «in base alla concezione che attribuisce ad esso carattere "reale" dovrebbe considerarsi inesistente (per essersi collocato oltre il termine ultimo un elemento costitutivo della relativa fattispecie quale versamento del 25% dei centesimi), secondo la concezione consensualistica qui accolta, invece, dovrebbe considerarsi pienamente perfezionato in quanto si è prodotto tempestivamente lo scambio dei consensi, essendo intempestiva la sola esecuzione» (e sorgendo pertanto se mai un problema di inadempimento)<sup>2</sup>. L'ordinanza richiama un precedente a suo dire conforme. Senonché questo non riguarda la questione della natura e delle modalità della sottoscrizione — del come essa deve perfezionarsi — bensì quella delle conseguenze dell'essere essa mancata in presenza di un azzeramento del capitale, sicché ne derivi, sul punto non vi è dissenso, l'estromissione del socio dalla società. Laddove la giurisprudenza *in terminis* risulta essere di senso precisamente opposto<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Di ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, Milano, 2010, II, 1549 e segg., e per la citazione, 1563.

<sup>2</sup> ZANARONE, *op. cit.*, 1554.

<sup>3</sup> E cioè favorevole alla tesi consensualistica. V. l'ampia motivazione di Cass., 26 gennaio 1996, n. 611, in *Riv. Dir. Comm.*, 1997, II, 457 (ove nota, con presupposti ricostruttivi critici di


## Sentenza in breve

### AZIONE SOCIALE DI RESPONSABILITÀ

TRIBUNALE MILANO, 2 settembre 2010 — PEROZZIELLO *Presidente e Relatore* — Miani s.r.l. in liquidazione (avv.ti Banti, Lombardi) ed altri - D'Anzuoni (avv.ti Lanza, Mariconda) ed altri.

**Società — Società a responsabilità limitata — Azione sociale di responsabilità — Legittimazione** (C.c. art. 2476).

*La società è legittimata, oltre al singolo socio, all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nei confronti degli amministratori di società a responsabilità limitata* (1).

 (1) Il Tribunale di Milano, andando di contrario avviso rispetto ad alcune pronunce del passato, come esplicitamente sottolineato nella motivazione della sentenza, ritiene che, oltre ai singoli soci, sia legittimata la società a responsabilità limitata ad esperire l'azione sociale di responsabilità contro gli amministratori e ciò essenzialmente sul fondamento di due rilievi: «deve innanzitutto reputarsi — così si legge nella motivazione — assolutamente pacifico che l'interesse protetto dalla menzionata azione è indiscutibilmente quello della società»; «data tale premessa, la legittimazione [della società] discende immediatamente (e insuperabilmente per il legislatore ordinario) dall'art. 24 Cost.».

D'altra parte la mancanza nell'ambito della disciplina delle s.r.l. di un espresso riferimento alla legittimazione della società «pare trovare adeguate e coerenti spiegazioni nella volontà espressa, in materia di s.r.l., di concedere ampia autonomia statutaria riguardo alle strutture organizzative, ai procedimenti decisionali della società ed agli strumenti di tutela degli interessi dei soci, con particolare riferimento alle azioni di responsabilità». «In tal senso deve ragionevolmente reputarsi che l'espresso disposto di cui all'art. 2476 cc. risulti propriamente finalizzato solo alla fissazione di limiti minimi di disciplina e di tutela ritenuti dal legislatore comunque inderogabili».

Occorre ancora aggiungere «come una tale lettura possa rivendicare significativo elemento di riscontro logico nella formale disciplina del potere di rinuncia o transazione dell'azione da parte appunto della società».

Come si è già ricordato, in alcune pronunce il Tribunale di Milano aveva espresso contrario avviso, sul fondamento appunto del dato testuale costituito dalla

entrambe le tesi ma conclusioni conformi, di FARENGA, *Sulla natura giuridica della sottoscrizione del capitale sociale*, nonché le citazioni di dottrina e giurisprudenza di ZANARONE, *op. cit.*, 1553, note 50, 51).

mancata previsione della competenza della società a proporre l'azione e di quello sistematico, relativo all'affinità della s.r.l., così come ora modellata dalla riforma, con le società di persone<sup>1</sup>.

L'opinione pressoché unanime della dottrina, ampiamente condivisa dalla giurisprudenza, è nel senso ora accolto dal Tribunale di Milano, argomentando in

particolare dalla circostanza che titolare del diritto al risarcimento del danno è appunto la società<sup>2</sup>.

Ulteriore problema, che vede opinioni divise, è quello relativo all'organo competente a deliberare l'azione, individuato, da alcuni, nella collettività dei soci, così come previsto per la società per azioni, da altri, nello stesso organo amministrativo<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> V. Trib. Milano, 12 aprile 2006, in *Giur. It.*, 2006, 2096, con nota critica di CAGNASSO, *Azione di responsabilità e s.r.l.: a legittimazione (anch'essa) limitata?*; ID., 2 novembre 2006, *ivi*, 2007, 655, con nota di richiami.

<sup>2</sup> Cfr., da ultimo, ZANARONE, *Della società a responsabilità limitata*, 2, in *Comm. C.C.* fondato da P. Schlesinger e diretto da F. Busnelli, Milano, 2010, 1064 e segg. e ampie indicazioni in nota 59. In giurisprudenza ammettono la legittimazione della

società Trib. Marsala, 1° aprile 2005, in *Società*, 2006, 733; Trib. Treviso, 16 gennaio 2006, in *Giur. It.*, 2006, 1878; Trib. Roma, 22 maggio 2007, in *Foro It.*, 2008, I, 307.

<sup>3</sup> Su tale problema v. ancora, da ultimo, ZANARONE, *op. cit.*, 1067 e segg. Occorre aggiungere, come sottolinea tale Autore, che sussiste inoltre la legittimazione del collegio sindacale, ove presente obbligatoriamente, applicandosi in tal caso la disciplina propria delle società per azioni.

# Diritto del Lavoro

a cura di MATTIA PERSIANI

con EMILIO BALLETTI, MARINA BROLLO, FRANCO CARINCI,  
SANDRO MAINARDI, MICHEL MARTONE e ROBERTO PESSI

## TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 18 maggio 2010, n. 12097, pag. 589.

**Trasferimento del lavoratore: requisiti topografici e profili di legittimità**, di IRENE DI SPILIMBERGO.

## LAVORO GIORNALISTICO

APPELLO ROMA, SEZIONE LAVORO, 17 luglio 2010, n. 2694, pag. 593.

**Ancora sulla nozione di lavoro giornalistico**, di MATTIA PERSIANI.

## MOBBING

APPELLO BOLOGNA, SEZIONE LAVORO, 8 giugno 2010, pag. 599.


**Sulla definizione del mobbing e sua distinzione dalla discriminazione per motivi sindacali**  
di FILIPPO OLIVELLI.

## TRASFERIMENTO DEL LAVORATORE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 18 maggio 2010, n. 12097 — VIDIRI *Presidente* — DI NUBILA *Relatore* — SEPE *P.M.* (conf.) — Poste italiane s.p.a. (avv. Ursino) - Sorcinelli (avv. Sante Assennato).

**Lavoro (Rapporto di) — Categoria, qualifica, mansioni del lavoratore — Trasferimento — Presupposti — Limiti — Trasferimento presso sede lavorativa situata in altro Comune — Illegittimità — Configurabilità** (C.c. art. 2103, comma 1, ultima parte).

*Il trasferimento del lavoratore comporta un mutamento, da un punto di vista geografico, del luogo della prestazione, a meno che lo spostamento avvenga entro i limiti della medesima unità produttiva, salvo i casi in cui l'unità produttiva comprenda uffici notevolmente distanti tra loro. Il trasferimento da un'unità produttiva ad un'altra è legittimo solo in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive, ai sensi dell'art. 2103, comma, ultima parte, c.c. (1).*

 *Omissis.* — *Motivi:* 5. Il ricorso principale ed il ricorso incidentale, essendo stati proposti contro la medesima sentenza, vanno riuniti. Con il primo e secondo motivo del ricorso, la ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 2103 c.c. e omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione in fatto circa un punto decisivo della controversia, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 5: la Corte di Appello non ha ravvisato nella condotta della Sorcinelli la lesione del vincolo fiduciario idoneo a far ritenere esistenti le ragioni tecniche, organizzative e produttive le quali legittimano l'applicazione ad un diverso ufficio. Evidenziate le violazioni delle norme e procedure interne nel caso di specie, parte ricorrente sottolinea il comportamento non collaborativo della Sorcinelli, la quale ometteva di avvertire il responsabile del servizio di prevenzione e protezione prima che gli ispettori della ASL iniziassero le verifiche. Il

trasferimento della lavoratrice si è comunque verificato per una soggettiva situazione di incompatibilità tra la stessa ed altro personale. Le scelte organizzative dell'imprenditore non sono sindacabili.

6.1 due motivi sono infondati. La questione circa la natura ontologicamente disciplinare del trasferimento è stata superata dalla Corte di Appello ritenendo la stessa di qualificare il provvedimento come non disciplinare, ma organizzativo. E peraltro, dopo una puntuale e dettagliata ricostruzione della vicenda, il giudice di merito ritiene che il provvedimento non sia assistito da ragioni oggettive di natura organizzativa e pertanto ugualmente lo dichiara illegittimo. Il provvedimento presuppone la lesione del vincolo fiduciario non già per l'adozione di una sanzione disciplinare tipica ma, sussistono ragioni oggettive, per giustificare il trasferimento ad altro ufficio della dipendente. La Corte di Appello accerta che nessuna oggettiva situazione di incompatibilità si è però verificata e nessun addebito può essere mosso alla Sorcinelli, onde il trasferimento è ingiustificato.

Trattasi di apprezzamento in fatto, risolto dalla Corte di Appello con motivazione adeguata, tale che si sottrae a censura in sede di legittimità.

7. Con i motivi terzo, quarto e quinto, parte ricorrente deduce violazione e falsa applicazione, a sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3, dell'art. 1963 c.c. in relazione agli artt. 37 e 74 del CCNL di categoria, nonché ulteriore difetto di motivazione, per non avere la Corte di Appello tenuto presente che i due uffici di (*omissis*) fanno parte della stessa unità produttiva (Filiale di *omissis*) onde non è possibile parlare di trasferimento. La distanza tra i due Comuni si aggira intorno ai trenta chilometri che è appunto il limite oltre il quale, a sensi del citato CCNL, è a parlarsi di trasferimento.

8. I detti motivi sono infondati. L'argomento secondo il quale non può mai parlarsi di trasferimento quando viene mutata la sede di lavoro nell'ambito della stessa unità produttiva non è applicabile quando l'unità produttiva comprende uffici locali anche distanti notevolmente tra loro, come risulta nella specie, e situati in Comuni diversi. Differente è il caso di un lavoratore il quale venga spostato da una ad altra agenzia della stessa città a pochi isolati di distanza, rispetto al caso della lavoratrice in questione la quale, previa revoca delle mansioni di responsabile, è stata trasferita da

uno ad altro ufficio, essendo le due sedi poste in Comuni diversi e distanti tra loro circa trenta chilometri. Orbene, le censure della società ricorrente non possono trovare accoglimento in quanto — a fronte di una precisa lettura della normativa contrattuale data dal giudice di appello — esse finiscono per patrocinarne dei suddetti artt. 37 e 74 del contratto di categoria una diversa interpretazione, inammissibile in questa sede di legittimità. Né sotto altro versante può tralasciarsi di considerare che la sentenza impugnata ha con una motivazione congrua e corretta sul piano logico-giuridico e, pertanto, non assoggettabile ad alcuna critica — puntualmente rilevato che la società non ha fornito la prova che l'ufficio postale di (*omissis*) e quello di (*omissis*) costituissero sede di un'unica unità produttiva, né ha documentato né provato l'esistenza di una fonte normativa e/o contrattuale capace di derogare a quanto disposto a garanzia del lavoratore dall'art. 2103 c.c.

9. Con il ricorso incidentale, la Sorcinelli ripropone la questione del trasferimento di natura ontologicamente disciplinare affermata dal primo giudice e disattesa dalla Corte di Appello. Viene sottolineato come la società abbia addebitato ad essa attrice ripetute violazioni di norme regolamentari interne ed il trasferimento sia stato motivato con la lesione del vincolo fiduciario.

10. Il motivo può considerarsi assorbito dal rigetto del ricorso principale. Le spese del grado seguono la soccombenza e vengono liquidate nel dispositivo. Va disposta la distrazione delle spese in favore del difensore, il quale ha reso le prescritte dichiarazioni.

P. Q. M.

La Corte suprema di cassazione riunisce i ricorsi; rigetta il ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale. Condanna Poste Italiane spa a rifondere a Sorcinelli M.I. le spese del grado, che liquida in Euro 32,00 — oltre Euro duemila/00 per onorari, oltre spese generali, Iva e Cpa nelle misure di legge. Autorizza la distrazione di dette spese in favore del difensore anticipatorio avv. Sante Assennato. — *Omissis*.

### (1) Trasferimento del lavoratore: requisiti topografici e profili di legittimità

1. La sentenza della Cassazione, oggetto della presente nota, affronta l'interessante tematica del trasferimento del prestatore di lavoro da una sede lavorativa ad un'altra, tematica disciplinata nell'ultima parte del comma 1 dell'art. 2103 c.c.

La suprema Corte risolve la questione con il rigetto del ricorso principale, proposto da Poste italiane contro la persona della lavoratrice trasferita: il motivo del contendere, tuttavia, ha origine da presupposti parzialmente diversi.

La controversia, infatti, prende avvio dal ricorso, proposto da una lavoratrice, la quale denuncia che il suo trasferimento è stato disposto senza l'osservanza degli adempimenti previsti dalla legge, e, anzi, sarebbe da considerare provvedimento disciplinare illegittimo, poiché non disposto nel rispetto delle garanzie previste dall'art. 7 della L. 20 maggio 1970, n. 300, e senza il presupposto delle «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive», richiesto per un legittimo esercizio dello *ius variandi*.

In primo grado, il Tribunale accoglie tale impostazione, puntando sulla sproporzionalità del provvedimento di trasferimento rispetto ai fatti avvenuti, ed in ogni caso rilevando la mancanza delle garanzie procedurali imposte dall'art. 7 dello Statuto per l'esercizio del potere disciplinare da parte del datore di lavoro.

2. La Corte d'appello di Cagliari conferma la sentenza di primo grado, quanto alla sussistenza di un provvedimento illegittimo nei confronti della lavoratrice, ma puntualizza che non di provvedimento disciplinare si sarebbe trattato, e, cioè, di uno spostamento di luogo di lavoro nell'ambito della stessa unità produttiva, avvenuto con finalità "punitiva" in seguito a un comportamento lesivo degli interessi dell'azienda, ma di un trasferimento vero e proprio.

Il cambiamento della motivazione della sentenza d'appello non è di poco conto.

L'attenzione del giudice si sposta, infatti, in un campo sostanzialmente diverso e coinvolge ambiti normativi differenti: non più l'esercizio del potere disciplinare in capo al datore di lavoro, nei limiti imposti dalla tutela della legge n. 300/1970, ma il trasferimento del prestatore di lavoro entro i limiti imposti nell'esercizio dello *ius variandi*.

Alla base del trasferimento, nel caso in esame, si ravvisa indubbiamente una situazione di incompatibilità tra la lavoratrice ed i suoi colleghi, onde il datore di lavoro ha provveduto allo spostamento, non tanto però per motivi disciplinari, quanto per finalità organizzative.

Tuttavia, le stesse finalità organizzative non sono state individuate concretamente né dal datore di lavoro, né dal giudice, e pertanto il provvedimento risulterebbe privo di giustificazioni oggettive di natura organizzativa e quindi illegittimo.

Oltretutto, non c'è dubbio che si tratta di un trasferimento, e non di un semplice spostamento, poiché la nuova sede si trova geograficamente distante da quella originaria; e, sebbene il contratto collettivo nazionale di lavoro applicabile e applicato preveda il limite di trenta chilometri quale distanza tra un ufficio e l'altro per potersi configurare un trasferimento e non un semplice spostamento, c'è da rilevare che, nel caso di specie, *in primis*, la distanza tra le due sedi di lavoro si aggira appunto intorno ai trenta chilometri, e che, *in secundis*, gli uffici si trovano in Comuni diversi.

Peraltro, il datore di lavoro non ha fornito prova che i due uffici avessero costituito un'unica unità produttiva.

Infine, alla lavoratrice erano state revocate le mansioni di responsabile e il datore di lavoro, nuovamente, non aveva fornito prova dell'esistenza di una normativa, o di un contratto, applicabili in deroga all'art. 2103 c.c.

3. Il ricorso principale in Cassazione viene proposto dal datore di lavoro, avverso la decisione della Corte d'appello, mentre la lavoratrice propone ricorso incidentale, denunciando che ben può parlarsi di un trasferimento disciplinare nei suoi confronti, disposto quindi con finalità "punitiva", così come era stato individuato dai giudici di primo grado, e non di trasferimento per motivi organizzativi, ancorché illegittimo, secondo l'interpretazione dei giudici d'appello.

Orbene, la controversia sulla quale è chiamata a pronunciarsi la suprema Corte appare complessa.

Con il primo e il secondo motivo del ricorso, si denunciano violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 c.c., ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. (impugnabilità delle sentenze in Cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti o accordi

collettivi nazionali di lavoro), nonché omessa, insufficiente o contrastante motivazione della sentenza circa un fatto controverso e decisivo per il giudizio, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

La Corte d'appello aveva riscontrato un comportamento non collaborativo della lavoratrice, incentrando però l'attenzione, più che sull'aspetto punitivo, e quindi sulla qualificazione del provvedimento come disciplinare, su una necessità organizzativa dell'azienda.

D'altra parte, tuttavia, risultando da una dettagliata ricostruzione della vicenda una situazione di incompatibilità tra la lavoratrice e altro personale dell'azienda, il datore di lavoro aveva ordinato il trasferimento: a questo punto, il giudice di merito, sulla base dell'art. 2103 c.c., ravvisava l'illegittimità del trasferimento, poiché non assistito da ragioni oggettive di natura organizzativa.

La Cassazione ritiene la decisione della Corte d'appello adeguata ed i primi due motivi del ricorso infondati.

Con il terzo, il quarto e il quinto motivo del ricorso, si denunciano violazione e falsa applicazione degli artt. 37 e 74 Ccnl, ai sensi del già citato art. 360, n. 3, c.p.c.

Si denuncia, altresì, difetto di motivazione della sentenza d'appello, dal momento che, ad avviso del datore di lavoro, i due uffici in questione (di origine e di nuova destinazione della lavoratrice) fanno parte della stessa unità produttiva, trovandosi a distanza di "circa" 30 km l'uno dall'altro, limite massimo contenuto nelle disposizioni del contratto collettivo di riferimento, onde non può parlarsi di trasferimento.

La suprema Corte ritiene infondati anche questi motivi.

Si conferma la presenza di un trasferimento, poiché i due uffici sono posti in Comuni diversi e distanti tra loro "circa" 30 km, limite entro il quale non può configurarsi ipotesi di trasferimento, e il datore di lavoro non ha dato prova che si tratti della medesima unità produttiva, requisito discriminante fondamentale ai fini della configurazione di un trasferimento.

Si conferma anche la violazione delle disposizioni contrattuali richiamate, le quali prevedono una «provvisoria applicazione in servizio» del lavoratore, con indicazione del termine finale del provvedimento (art. 37 Ccnl Poste italiane dell'11 gennaio 2001), e l'ulteriore conferma della natura di trasferimento del provvedimento impugnato, definito dalla norma contrattuale come «lo spostamento definitivo e senza limiti di durata del lavoratore ad altro luogo di lavoro» (art. 74 Ccnl Poste italiane dell'11 gennaio 2001).

Manca, infine, la "prova" di esistenza di una fonte normativa o contrattuale, che possa derogare l'art. 2103 c.c.

Il ricorso principale viene pertanto rigettato, assorbito quello incidentale<sup>1</sup>.

4. Com'è noto, secondo i principi generali, in sede di stipulazione del contratto individuale di lavoro, viene definito il luogo in cui deve essere prestata l'attività lavorativa<sup>2</sup>.

Solitamente, la prestazione è eseguita nella sede dell'impresa titolare del rapporto, tranne in casi eccezionali, come quello del lavoro a domicilio, in cui la sede della prestazione è costituita dai locali di pertinenza del lavoratore, e nel telelavoro.

La determinazione iniziale del luogo di lavoro non pone particolari problemi interpretativi, risultando da un esplicito accordo tra le parti, raggiunto al momento dell'assunzione o da un comportamento concludente, concretizzato nell'esecuzione dell'attività lavorativa in un preciso contesto ambientale<sup>3</sup>.

Questioni più interessanti e complesse si pongono, invece, nel caso di cambiamento della sede di lavoro originariamente pattuita, durante lo svolgimento del rapporto: si tratta delle ipotesi di trasferimento, trasferta e distacco del lavoratore.

Posto che, in estrema sintesi, l'ipotesi del distacco presuppone lo spostamento del lavoratore in un'impresa diversa da quella dell'appartenenza originaria, e che la trasferta si ha quando si verifica un mutamento solo provvisorio e temporaneo del luogo di lavoro, è invece opportuno soffermarsi più specificamente sull'ipotesi del trasferimento, oggetto della sentenza in commento.

Inquadrare la nozione di trasferimento implica il riferimento a due requisiti caratterizzanti:

1) l'elemento spaziale, cioè uno spostamento da un'unità produttiva ad un'altra, con uno spostamento geografico significativo;

2) l'elemento temporale, cioè il carattere definitivo dello spostamento, ove la definitività va intesa nel senso di un non rientro nell'unità produttiva di originaria appartenenza, non invece nell'impossibilità assoluta di un ulteriore spostamento<sup>4</sup>.

Pertanto, può accadere che il datore di lavoro decida di trasferire il lavoratore da una sede di lavoro ad un'altra, anche al fine di soddisfare temporanee esigenze produttive dell'impresa, nell'esercizio del potere direttivo e in modo unilaterale.

Affinché si possa parlare di trasferimento, occorre, invece, che il datore di lavoro collochi stabilmente il lavoratore in un'altra unità produttiva: quest'ultima va intesa come ogni articolazione dell'impresa, avente, sotto il profilo funzionale, idoneità ad espletare, in tutto o in parte, l'attività di produzione dei beni o servizi dell'impresa della quale costituisce elemento organizzativo.

La giurisprudenza accoglie come legittima esplicitazione di questa nozione anche discipline collettive, per esempio del settore del credito, o, come nella sentenza della Cassazione in commento, del settore postale, che hanno individuato l'unità produttiva nel complesso

<sup>1</sup> Cfr. per orientamento conforme, Cass., 1° luglio 2010, n. 15652, in *www.gadit.it*.

<sup>2</sup> Il legislatore stabilisce che il datore di lavoro, pubblico e privato, in fase di assunzione, è tenuto a fornire al dipendente alcune informazioni inerenti al rapporto di lavoro, tra cui quella relativa al luogo di esecuzione della prestazione lavorativa (art. 1 D.Lgs. n. 152/1997).

<sup>3</sup> Cfr. PERSIANI-PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, 92.

<sup>4</sup> Cfr. GALANTINO, *Diritto del lavoro, editio minor*, Torino, 2010, 263.

delle dipendenze comunque denominate (sede, filiale, succursale, agenzia, ufficio) operanti nell'ambito dello stesso Comune o in un contesto territoriale di distanza definito (nel caso in esame entro trenta chilometri dall'altra sede)<sup>5</sup>.

5. Il potere datoriale di trasferimento è stabilito, in via generale, dal comma 1 dell'art. 2103, ultima parte, c.c., così come modificato dall'art. 13 della legge n. 300/1970, ove è previsto che il lavoratore «non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» con la precisazione che «ogni patto contrario è nullo».

Da ciò deriva che il trasferimento disposto entro la stessa unità produttiva, in un ambito territoriale limitato, rientra nel legittimo esercizio della libertà di iniziativa economica del datore di lavoro, in base all'art. 41 Cost., ed è insindacabile da parte del giudice l'opportunità del trasferimento stesso, salva l'applicazione dei principi generali di correttezza e buona fede<sup>6</sup>.

Invece, il controllo giudiziale sulla legittimità del trasferimento si limita all'accertamento della sussistenza delle comprovate ragioni tecniche ed organizzative che devono giustificarlo a norma di legge, dovendosi accertare la corrispondenza tra il provvedimento adottato e le finalità tipiche dell'impresa, e che devono altresì essere dimostrate dal datore di lavoro: se il provvedimento non è adeguatamente giustificato, si determina la nullità dello stesso, con conseguente condizione di inadempimento parziale del contratto; in questa situazione, se il lavoratore rifiuta di ottemperare al provvedimento di trasferimento, tale comportamento si configura e si giustifica come un'eccezione di inadempimento: in ogni caso, trattandosi di un atto nullo, è *tamquam non esset*, improduttivo di effetti<sup>7</sup>.

6. Peraltro, la correlazione tra il trasferimento del lavoratore e le esigenze aziendali, che deve sussistere al momento del trasferimento, non rileva per il tempo successivo, per cui il venir meno di tali esigenze non comporta il diritto al rientro del dipendente nella sede originaria, anche perché, in tal caso, parrebbe più giusto parlarsi di trasferta e non di trasferimento.

In effetti, il trasferimento costituisce un mutamento, quantomeno geografico, dell'ambiente abituale del lavoratore e della sua famiglia, onde, a tutela degli stessi, la legge impone i limiti poc'anzi ricordati.

Le motivazioni devono altresì essere «comprovate», cioè indicate come obiettive, provate e comunicate dal datore di lavoro al lavoratore, qualora ne venga fatta esplicita richiesta<sup>8</sup>, analogamente per quanto avviene

in materia di licenziamenti, per la previsione dell'art. 2 legge n. 604/1966.

D'altra parte, l'eventuale rifiuto del lavoratore di un trasferimento legittimo può ben diventare presupposto per un licenziamento per giustificato motivo soggettivo.

L'obiettività delle esigenze del trasferimento può, inoltre, riguardare sia l'unità produttiva di provenienza, come nel caso di un ridimensionamento, sia quella di destinazione, come la necessità di sostituire un lavoratore, unitamente ad un nesso di causalità tra le esigenze stesse e il provvedimento adottato<sup>9</sup>.

La questione della motivazione obiettiva del trasferimento assume una configurazione autonoma rispetto ai limiti dettati dall'art. 2103 c.c. prima parte, in tema di *ius variandi*; infatti, essa riguarda, più specificamente, il potere di mutare il luogo «geografico» di adempimento della prestazione lavorativa, disponendo, per il lavoratore, la garanzia di non sopportazione di un disagio derivante dal cambiamento del luogo di lavoro, anche se compreso in limiti distanziali non particolarmente eccessivi.

La conferma più completa di questa tutela è contenuta nel D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, il T.U. delle disposizioni in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, ove, all'art. 56, comma 1, si prevede, per le lavoratrici al rientro dal congedo di maternità e fino al compimento di un anno di età del bambino, il diritto di rientrare nella stessa unità produttiva nella quale erano occupate all'inizio del periodo di gravidanza, o in altra ubicata nello stesso Comune, vietando, dunque, al datore di lavoro, la possibilità di un trasferimento.

Come da orientamento consolidato, la Cassazione non dubita che la nozione di trasferimento riguardi il mutamento del luogo geografico di esecuzione della prestazione, sempre, però, facendo ricorso alla nozione di unità produttiva<sup>10</sup>.

7. Il requisito dell'oggettività delle esigenze giustificatrici del trasferimento, di cui all'art. 2103 c.c., pone anche la questione dell'esistenza di limiti all'ammissibilità del trasferimento disciplinare, o, volendo usare un'espressione di maggiore impatto, «punitivo», a cui si fa riferimento anche nella sentenza in esame, quale motivo di ricorso da parte della lavoratrice trasferita.

Il trasferimento disciplinare va inteso come una sanzione irrogata in seguito ad una valutazione tipicamente soggettiva nei confronti del lavoratore, in quanto comprendente sia la sussistenza sia l'entità dell'infrazione (indipendentemente dalle sue conseguenze sull'impresa), oltre che la proporzionalità della sanzione

<sup>5</sup> Cass., 14 giugno 1999, n. 5892, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2000, II, 702, con nota di LASSANDARI, e in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1029, e in *Mass. Giur. Lav.*, 1999, con nota di PELAGGI; Id., 7 luglio 1987, n. 5920, in *Mass. Giur. It.*, 1987; Id., 7 febbraio 1987, n. 1315, in *Giur. It.*, 1987, I, 1, 1755, con nota di IOELE.

<sup>6</sup> Cass., 12 dicembre 2002, n. 17786, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, 173; Id., 2 agosto 2002, n. 11624, in *Mass. Giur. It.*, 2002 e in *Dir. e Giust.*, 2002, 35; Id., 2 gennaio 2001, n. 27, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

<sup>7</sup> Cass., 25 luglio 2006, n. 16907, in *Mass. Giur. It.*, 2006; Id.,

9 marzo 2004, n. 4771, in *Rep. Giur. It.*, 2004, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1688.

<sup>8</sup> Cass., 23 febbraio 1998, n. 1912, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1012; Id., 18 febbraio 1994, n. 1563, *ivi*, 1994, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1298.

<sup>9</sup> Così PERSIANI-PROIA, *op. cit.*, 93.

<sup>10</sup> Cass., 15 maggio 2006, n. 11103, in *Foro It.*, 2007, 2, 1, 531 e in *Lav. nella Giur.*, 2006, 10, 1022 e in *Rep. Giur. It.*, 2006, voce «Lavoro (rapporto)», n. 117; Id., 14 giugno 1999, *cit.*; Id., 26 maggio 1999, n. 5153, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce «Lavoro (rapporto)», n. 1030.

stessa rispetto all'infrazione (indipendentemente dalla sua capacità di evitare conseguenze disfunzionali dell'organizzazione).

Sebbene si possano riscontrare pronunce favorevoli all'ammissibilità di tale fattispecie<sup>11</sup>, non va dimenticato che l'ulteriore ostacolo del carattere definitivo, che caratterizza il trasferimento, deve confrontarsi con l'art. 7 della legge n. 300/1970, per il quale «non possono essere disposte sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro», principi non derogabili neanche dalla contrattazione collettiva, che rendano facoltativo il trasferimento disciplinare, poiché l'art. 2103 c.c. prevede la nullità dei patti, anche collettivi, contrari<sup>12</sup>.

In realtà, può osservarsi che *ubi lex voluit, dixit*: quando il legislatore ha voluto, ha limitato il potere di trasferimento in capo al datore di lavoro, per particolari circostanze soggettive del lavoratore, come nel caso dei dirigenti sindacali e dei lavoratori portatori di *handicap* o loro familiari.

In particolare, per quanto riguarda i dirigenti sindacali, essi possono essere trasferiti soltanto con il preventivo nulla osta delle organizzazioni sindacali.

Il precetto, contenuto nell'art. 22 dello Statuto dei lavoratori, ha, evidentemente, lo scopo di evitare che il datore di lavoro possa porre in essere discriminazioni nei confronti di quei soggetti che ricoprono un ruolo sindacale particolarmente attivo all'interno dell'impresa<sup>13</sup>.

La norma in questione è direttamente collegata a quella successiva, l'art. 23, che individua i dirigenti titolari del diritto a fruire dei permessi retribuiti per l'espletamento del loro mandato: il ruolo di responsabilità nella conduzione della rappresentanza sindacale dei lavoratori espone questi soggetti alla speciale tutela in tema di trasferimento.

La norma ha carattere eccezionale, non è dunque suscettibile di applicazione analogica; pertanto, la tutela prevista non è applicabile al membro del consiglio di fabbrica, né al rappresentante per la sicurezza, in quanto si tratta di soggetti sindacali diversi dalle Rappresentanze sindacali aziendali (Rsa)<sup>14</sup>.

Legittimata ad agire in caso di impugnazione del trasferimento disposto in violazione dell'art. 22 dello Statuto è l'associazione sindacale di appartenenza del lavoratore, poiché si ravvisa una plurioffensività del comportamento datoriale, sia nei confronti del singolo lavoratore "colpito" dal provvedimento, sia nei confronti dell'associazione sindacale di cui è contemporaneamente rappresentante e rappresentato.

La disposizione è dettata, quindi, a tutela dell'interesse collettivo all'effettività di un'azione sindacale radicata nell'organizzazione dell'impresa, e la sua viola-

zione costituisce comportamento antisindacale, ai sensi dell'art. 28 dello Statuto.

In via generale, poi, sono assolutamente vietati i trasferimenti attuati allo scopo di discriminare il lavoratore, a causa della sua adesione ad attività sindacali ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero, oppure per ragioni politiche, religiose, razziali, di lingua o di sesso: in tali casi, il trasferimento attuato dal datore risulterà illecito e pertanto nullo e privo di effetto.

Certo è che molto labile appare, allo stato attuale, il confine tra la fattispecie di trasferimento "punitivo" e trasferimento "per incompatibilità ambientale", di cui si è discusso e si discute<sup>15</sup>, con il tentativo, quanto meno, di chiarire la duplice valenza del comportamento del dipendente, atto ad integrare, in certi casi, sia un fatto rilevante sotto il profilo disciplinare, sia una delle ragioni tecniche, organizzative e produttive che consentono il trasferimento.

In entrambi i casi, è implicato l'esercizio di un potere datoriale, cioè il potere di trasferimento, a fronte di un comportamento del lavoratore: i limiti imposti dalla legge si giustificano allora come deputati a realizzare il contemperamento tra l'interesse all'efficienza produttiva dell'impresa e i valori della persona che lavora.

IRENE DI SPILIMBERGO

## LAVORO GIORNALISTICO

APPELLO ROMA, SEZIONE LAVORO, 17 luglio 2010, n. 2694 — GALLO *Presidente* — PALLADINI *Relatore* — RAI (avv.ti Scognamiglio) - Pulcrano (avv.ti d'Amati).

**Radiocomunicazioni e televisione — Programmi radiotelevisivi di intrattenimento e programmi televisivi giornalistici — Presupposti della esistenza di un lavoro giornalistico con conseguente applicabilità della specifica disciplina** (C.c. art. 2070; L. 3 febbraio 1963, n. 69, artt. 2, 34, 69; L. 22 aprile 1941, n. 633, artt. 38 e segg.; D.L. 6 dicembre 1984, n. 807, art. 9, conv. in L. 4 febbraio 1985, n. 10).

*Lo svolgimento delle mansioni proprie del profilo professionale del programmatore regista della RAI, quando non sono svolte all'interno di programmi radiofonici e televisivi che siano "culturali e di spettacolo" ma in programmi che possono essere definiti giornalistici, comportano l'applicazione della disciplina propria del lavoro giornalistico. Possono essere definiti giornalistici i programmi delle emittenti radio televisive che sono desti-*

<sup>11</sup> Cass., 27 giugno 1998, n. 6383, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce "Lavoro (rapporto)", n. 1027; Id., 21 novembre 1990, n. 11233, *ivi*, 1991, voce "Lavoro (rapporto)", n. 1270.

<sup>12</sup> Cfr. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, Milano, 1997, 550, ma anche PROIA, *Qual è il trasferimento disciplinare?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 577, secondo il quale l'art. 2103 c.c. non consente di operare distinzioni tra le cause, oggettive e soggettive, che hanno determinato le esigenze tecniche, organizzative e produttive del trasferimento.


<sup>13</sup> In dottrina, cfr. BASENGHI, *Il trasferimento dei dirigenti di r.s.a.*, in *Le fonti. Il diritto sindacale* a cura di Zoli, in *Diritto del lavoro*, commentario a cura di Carinci, Torino, 1998, 127 e segg.;

MAGRINI, *Sub art. 22*, in *Commentario allo Statuto dei lavoratori* a cura di Prosperetti, Milano, 1975, 738 e segg. In giurisprudenza, v. Cons. di Stato, 15 ottobre 2003, n. 6314, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 2975; Id., 5 febbraio 2003, n. 1684, in *Lav. nella Giur.*, 2003, 948, con nota di GIRARDI e in *Rep. Giur. It.*, 2003, voce "Lavoro (rapporto)", n. 1352.

<sup>14</sup> Cass., 24 marzo 2004, n. 5429, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 657, con nota di CASCIANO.

<sup>15</sup> Cfr. VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, I, 87; ANGIELLO, *Il trasferimento dei lavoratori*, Padova, 1986, 107.

nati all'informazione e che si avvalgono di un'organizzazione che riproduca la struttura propria di una redazione giornalistica (1).

 *Omissis.* — La Rai ribadisce ancora, nell'atto di gravame, che le mansioni svolte dalla sig.ra Pulcrano corrisponderebbero perfettamente alla sua qualifica di inquadramento, ma l'assunto non può essere condiviso per le ragioni convincentemente esposte e argomentate dal Tribunale. Ed infatti le mansioni ascritte al profilo professionale del programmatista regista ("idea, propone, imposta, prepara" ed ancora "redige o concorre alla redazione di testi, soggetti, scalette, trattamenti e sceneggiature", nonché si dedica alla realizzazione di programmi con direzione di ripresa e montaggio) sono riferite dal CCNL esclusivamente a programmi radiofonici e televisivi "culturali e di spettacolo", cioè a trasmissioni finalizzate al mero intrattenimento del pubblico, quali i programmi "Mi manda Raitre" e "Porta a Porta" non possono certo essere definiti.

"Mi Manda Raitre" è un "talk da studio" (teste Restivo), un programma che si occupa delle inefficienze e difficoltà incontrate dal cittadino nella vita quotidiana (come ammesso nella memoria di costituzione della società già convenuta in primo grado) e più precisamente, per come è noto e trasparente dalla produzione documentale, si occupa di affrontare settimanalmente piccole e grandi "truffe" a danno di consumatori, ritardi e problematiche di vari utenti dei servizi di luce, gas, telefonia, denunce di cittadini al fisco, prendendo spunto da denunce dei telespettatori o da notizie di agenzie di stampa e quotidiani, trattando le stesse mediante servizi, interviste nel contraddittorio con le persone ed i diversi soggetti pubblici e privati interessati al tema trattato, pareri tecnici di consulenti giuridici ed esponenti delle associazioni a tutela dei consumatori.

La realizzazione di tale programma è affidata ad una struttura molto rigida, composta da "direttore di rete, responsabile della struttura, autori, conduttore, programmisti registi e assistenti al programma. Gli autori individuano gli argomenti e l'intelaiatura del programma stabilendo la realizzazione di servizi, collegamenti, interventi di ospiti in studio e poi affidano ai programmisti registi o la realizzazione di un servizio o di un collegamento" (teste Restivo).

Tale organizzazione di fatto riproduce quella propria di una redazione, come emerge chiaramente dalle dichiarazioni della teste Veneto (ad es. "... gli autori del programma che si occupavano della verifica del lavoro dei redattori e questi che realizzavano i pezzi e le inchieste").

Molti lavoratori addetti a tale struttura erano giornalisti professionisti (compresa la teste Veneto), malgrado nessuno fosse stato assunto con il relativo contratto, bensì con contratti a termine e qualifica di programmatista regista oppure con contratti di collaborazione (cfr. teste Veneto).

"Porta a Porta" è un programma di informazione (teste Vespa), una "trasmissione tra l'informazione e l'intrattenimento poiché tratta sia problemi legati alla cronaca giornalistica e alla politica che quelli di costume e arte" (teste Donat-Cattin) ed è notorio il diffuso e preminente rilievo assegnato ai temi non solo della cronaca, ma anche della politica, tant'è che in periodo di campagna elettorale la trasmissione "viene posta sotto la responsabilità del direttore di testata", "direttore del TG1 per quanto attiene alle disposizioni in materia di par condicio" (testi Vespa e Donat Cattin).

Per quanto attiene alla struttura organizzativa il teste Vespa ha dichiarato: "... esisteva ed esiste tuttora una redazione in cui le mansioni giornalistiche venivano svolte da diverse figure in prevalenza consulenti e programmisti registi...". L'attività ed i rapporti che intercorrevano tra il direttore del telegiornale e i redattori è sostanzialmente equivalente a quella svolta nella redazione di Porta a Porta già descritta. Nella sostanza io potrei trasmettere un servizio del telegior-

nale così come il telegiornale avrebbe potuto trasmettere un servizio della Pulcrano ovvero di un altro elemento della redazione che realizza servizi".

In detta organizzazione è certo che operassero numerosi giornalisti professionisti, quantunque con contratti diversi da quelli di lavoro giornalistico.

Appurati il contenuto, l'organizzazione e l'articolazione operativa dei succitati programmi, va ricordato che per consolidata giurisprudenza il giornalista è colui che presta un lavoro intellettuale, diretto alla raccolta, alla personale ed originale elaborazione od al commento di un fatto destinato a formare oggetto di comunicazione interpersonale attraverso gli organi di informazione. Il carattere fondamentale di questa attività è definibile in tal modo come il personale contribuito che il giornalista conferisce al nudo fatto, prima di offrirlo al destinatario: questo contributo è costituito dal pensiero, quale patrimonio di idee, cultura e sensibilità con cui egli percepisce ed interpreta il fatto stesso. Con questo contributo, la sua attività, quale mediazione tra il fatto e la relativa diffusione, diventa un'interpretazione del fatto (cfr., ex multis, Cass. 5162/04, Cass. 5370/98).

Ai fini della attività giornalistica assumono, inoltre, eminente importanza la continuità o la periodicità del servizio, del programma o della testata, nel cui ambito il lavoro è stato utilizzato, nonché l'attualità delle notizie trasmesse, in ordine alle quali si rinnova quotidianamente l'interesse della generalità dei lettori, differenziandosi la professione giornalistica da altre professioni intellettuali proprio in ragione di una tempestività di informazione diretta a sollecitare i cittadini a prendere conoscenza e coscienza di tematiche meritevoli, per la loro "novità", della dovuta attenzione e considerazione (Cass. 1827/95).

Appare evidente, sulla base delle evidenze istruttorie sopra riportate, che la prestazione resa dalla originaria ricorrente in base ai contratti a termine stipulati per "Mi Manda Raitre" e "Porta a Porta" deve essere qualificata come attività giornalistica, tenuto conto sia della natura dei compiti assolti e dei programmi di destinazione, sia dell'intelaiatura dell'organizzazione di riferimento, per come sopra descritte.

Nondimeno sotto l'aspetto della collocazione delle trasmissioni su riferite, nonostante la RAI abbia specificamente obiettato che i programmi in questione fossero tutti "di rete" e non "di testata" (ciò che precluderebbe a norma di legge la qualificazione in termini giornalistici della prestazione della sig.ra Pulcrano, in quanto posta al di fuori dell'organizzazione dei servizi giornalistici dell'ente), "Mi Manda Raitre" si è confermato un programma che affronta temi segnalati direttamente dai cittadini o da associazioni di consumatori, raccoglie notizie e fornisce approfondimenti, sì da risultare necessariamente legato a fatti dell'ultima ora (v. teste Restivo).

Soccorrono, inoltre, le schede di produzione allegate alla memoria di costituzione della Rai in primo grado [cfr. docc. all. sub nn. 27)-29)], laddove "Mi Manda Raitre" figura contrassegnato dalla sintomatica dicitura di "Genere: inchiesta".

Dal canto suo, "Porta a Porta" "è un programma di informazione", sennonché alla struttura di esso "non è riconosciuto il carattere giornalistico sebbene sia equivalente alla struttura che aveva Santoro [cui]...tale natura è stata riconosciuta, ... nonostante si faccia tutti lo stesso lavoro. ..." (così il teste Vespa), ovvero una trasmissione, a cavallo tra l'informazione e l'intrattenimento, di cronaca commentata, quindi un modo diverso di affrontare gli argomenti con i talk-show (teste Donat-Cattin).

A tale proposito, non può essere ignorato che, secondo l'insegnamento della Suprema Corte (cfr. Cass. n. 1372/2002), soltanto l'esistenza di spazi informativi di entità marginale all'interno di un programma di rete è tale da escluderne la natura bensì intrinsecamente giornalistica, così da impedire a chiunque vi partecipi il riconoscimento di tale qualità anche ai fini dell'applicazione del CNLG, mentre tale



trattamento spetta sicuramente a coloro che sono impiegati nell'ambito dei radio o telegiornali o nelle testate tipicamente giornalistiche o di informazione.

Il problema si pone quanto all'individuazione di tali tipi di trasmissioni in aree contigue rispetto ad altri programmi o rubriche. Ed infatti "Secondo la giurisprudenza di legittimità, per attività giornalistica deve intendersi quella contraddistinta dall'elemento della creatività di colui che con opera tipicamente — anche se non esclusivamente — intellettuale, provvede alla raccolta, all'elaborazione o al commento delle notizie destinate a formare oggetto di comunicazione interpersonale attraverso gli organi di informazione, mediando tra il fatto di cui acquisisce conoscenza e la diffusione di esso attraverso un messaggio (scritto, verbale, grafico o visivo) necessariamente influenzato dalla personale sensibilità e dalla particolare formazione culturale e ideologica (Cass. 19 maggio 1990, n. 4547; 23 gennaio 1998, n. 552; 23 novembre 1983, n. 7007; 12 dicembre 1981, n. 6574). Peraltro, in ambito radiofonico e televisivo, la giurisprudenza di questa Corte ha dato rilievo, per escludere il carattere giornalistico dell'attività, alla circostanza che il dipendente non abbia svolto la propria attività nell'ambito dei servizi di telegiornale, di radiogiornale e dei relativi e connessi servizi speciali, cioè dei servizi qualificati giornalistici in senso proprio, istituzionalmente preposti a fornire giornalmente o periodicamente, e con continuità, notizie e commenti su fatti di attualità (Cass. 23 gennaio 1988, n. 552 che cita anche Cass. 2 febbraio 1982, n. 625 la quale aveva escluso l'applicabilità del contratto nazionale di lavoro giornalistico allorché l'attività del dipendente della RAI, ancorché iscritto all'albo dei giornalisti, sia stata svolta al di fuori dell'organizzazione dei servizi giornalistici del predetto Ente, di guisa che il prodotto di tale attività non sia stato posto in essere per il suo inserimento, né sia stato inserito, nei giornali radiofonici o televisivi o nei servizi speciali propri di questi). Con la citata sentenza n. 552/1988 questa Corte ha anche precisato, riportandosi ai precedenti propri, che la nozione di attività giornalistica, in mancanza di un'esplicita definizione da parte della legge professionale 3 febbraio 1963, n. 69 o della disciplina collettiva, non possa che trarsi dalla comune esperienza, presupposta tanto dalla legge quanto dalle fonti collettive. Rileva il Collegio, nell'aderire a tale indirizzo — anche se può apparire eccessivamente restrittivo inscrivere l'attività giornalistica radio-televisiva soltanto nell'ambito dei radio o telegiornali o nelle testate tipicamente giornalistiche e di informazione, ponendosi comunque il problema di individuare tali tipi di trasmissioni, in aree liminali rispetto ad altri programmi o rubriche — che la determinazione dei confini nei quali l'attività può qualificarsi giornalistica tanto più si impone in un ambito che, a differenze dei giornali stampati il cui contenuto informativo è assolutamente prevalente e quasi esclusivo, riserva spazi amplissimi allo spettacolo o, più in generale, all'intrattenimento o allo svago. In tali spazi, ben può entrare, ancora, un contenuto informativo — del resto pressoché ineliminabile all'interno di una più vasta attività volta comunque a comunicare o a relazionarsi con un pubblico certamente vasto, anche se, per particolari programmi, più definito e connotabile — ma, al di fuori dei programmi che la giurisprudenza di questa Corte ha considerato come specificamente giornalistici o di programmi ad essi comunque sicuramente comparabili, ciò avviene di norma in via sporadica od occasionale, di talché la stessa Corte di cassazione non ha ritenuto spettare la qualifica di giornalista a chi in tal guisa comunichi all'interno di essi." (così testualmente, in motivazione, Cass. n. 1372/2002).

Secondo l'insegnamento della Suprema Corte, quindi, neppure la incompatibilità della finalità di intrattenimento con quella informativa può affermarsi in assoluto, ma ai fini della qualificazione come giornalistica della prestazione opportunamente si richiede l'inequivoca prevalenza ed immediatezza (se non addirittura l'esclusività) del contenuto e dell'intento informativo della trasmissione in oggetto, re-

spingendo come giornalistica la sola attività di raccolta ed elaborazione di notizie operata nel quadro di trasmissioni preminentemente d'intrattenimento, indipendentemente dall'elevato livello (qualificato) degli ascoltatori (nella specie, si trattava di un'attività di critica musicale in cui era stata rilevata la marginalità dell'informazione musicale, così come concretamente realizzata nell'ambito di programmi di intrattenimento).

Alla luce di tali criteri, presentando entrambe le trasmissioni esaminate un contenuto obiettivamente giornalistico assorbente e caratterizzante, le mansioni della sig.ra Pulcrano non potevano non assumere valenza altrettanto giornalistica, indipendentemente dalla catalogazione formale del prodotto come programma di rete.

Non occorre — si ripete — pervenire in questa sede alla conclusione estrema (giustamente rifiutata dal Supremo Collegio) che basti un qualsivoglia apporto informativo a trasformare un programma di rete (o per meglio dire di intrattenimento) in un prodotto giornalistico (ossia di schietta e genuina vocazione informativa), perché l'oggetto dei programmi in esame ricalca la nozione di attività giornalistica enucleata dal Supremo Collegio in via primaria (per la rilevanza pubblicistica di essa, con i riflessi costituzionali di cui all'art. 21 Cost.) dalle norme di legge in materia (e solo in via integrativa dalla disciplina collettiva), alla cui stregua "deve intendersi quella prestazioni di lavoro intellettuale, della sfera dell'espressione originale o di critica rielaborazione del pensiero, la quale, utilizzando il mezzo di diffusione scritto, verbale o visivo, è diretta a comunicare ad una massa indifferenziata di utenti, idee, convinzioni o nozioni, attinenti ai campi più diversi della vita spirituale, sociale, politica, economica, scientifica e culturale [si sottolineano le due dimensioni citate da ultimo], ovvero notizie raccolte ed elaborate con obiettività, anche se non disgiunta da valutazione critica" (Cass. n. 625/1982; conf. Cass. n. 3525/1985).

In conclusione, l'inserimento indifferenziato "nella rete" dei programmi per i quali ha lavorato l'odierna appellata non potrebbe in alcun caso offuscarne la natura eminentemente informativa e dunque l'oggettiva consistenza di prodotti conformati allo scopo, né, per l'effetto, precludere al personale ivi utilizzato in attività tipicamente giornalistiche l'accesso al trattamento previsto dal CNLG.

La natura giornalistica delle mansioni svolte dalla sig.ra Pulcrano, insomma, non può essere esclusa dalla scelta organizzativa aziendale di consentire la stipulazione di contratti di lavoro giornalistico soltanto presso le "testate" e non anche presso le "reti" (teste Donat-Cattin).

Tale scelta è stata in più occasioni aspramente censurata dal Consiglio Nazionale dell'Ordine dei Giornalisti il quale, con riferimento all'assunzione con qualifiche diverse da quelle del giornalista, ha affermato trattarsi di "una finzione funzionale a un aggiramento delle norme di legge che regolano l'accesso alla professione giornalistica e il corretto inquadramento contrattuale", provvedendo anche a segnalare l'operato della Rai al servizio di vigilanza dell'INPGI ed evidenziando come "l'azienda per evidenti motivi utilitaristici e per non incorrere in precise sanzioni di legge, quando è stata costretta dai fatti ha ricondotto alcune trasmissioni (Mi manda Raitre e Porta a Porta n.d.e.) alla correlata testata giornalistica" (cfr. delibera n. 2729 del 19/10/01 proprio con riguardo alla trasmissione Mi Manda Raitre, delibere n. 1067 del 29/3/01, n. 2552 del 25/10/02, n. 1133 del 10/4/03 con riguardo alla trasmissione Porta a Porta).

Le suesposte conclusioni trovano ulteriore riscontro nella delibera del 5/3/01 [doc. all. sub. n. 23] al ricorso introduttivo con la quale l'Ordine dei Giornalisti della Campania ha disposto l'iscrizione d'ufficio della sig.ra Pulcrano nel registro dei praticanti giornalisti a decorrere dal 28/9/98 — data che coincide con la decorrenza del primo contratto a termine relativo al programma "Mi manda Raitre" — accertando (cfr. le dichiarazioni allegare rese dai giornalisti addetti al programma) che nel corso di detta trasmissione, alla quale

ella è stata assegnata per più periodi (cfr. contratti a termine sopra elencati), “ha svolto lavoro giornalistico a tempo pieno con orario superiore alle 36 ore settimanali”, effettuando in tal modo con continuità ed effettività la pratica giornalistica”. — *Omissis*.

### (1) Ancora sulla nozione di lavoro giornalistico

1. La sentenza annotata avrebbe dovuto accertare se, e quando, si possa configurare l'esistenza di un lavoro giornalistico con conseguente applicabilità della disciplina sindacale e legale propria di quel lavoro.

Per eseguire questo accertamento, i giudici romani hanno dovuto affrontare due problemi: da un lato, il problema dei criteri in base ai quali un'attività lavorativa può essere qualificata come lavoro giornalistico e, d'altro lato, il problema dei criteri da utilizzare per qualificare un programma televisivo come programma “giornalistico” anche quando l'emittente l'abbia considerato un programma di “intrattenimento e culturale” e, quindi, non come una “testata”.

Peraltro, i due problemi sono tra loro connessi in quanto i programmi delle emittenti televisive possono essere di intrattenimento o di spettacolo, ovvero, quando è istituita una “testata”, programmi giornalistici. Per contro, può accadere che un'attività lavorativa che, di per sé, potrebbe anche essere considerata giornalistica sia prestata nell'ambito di un programma che giornalistico non è, con la conseguenza che non è applicabile la disciplina propria del lavoro giornalistico.

Nel caso di specie, il problema pregiudiziale era quello di sapere se i due noti programmi della Rai “Mi manda Raitre” e “Porta a Porta”, non inseriti in una “testata” e configurati come programmi di “rete”, fossero, o no, programmi giornalistici.

2. La configurazione di almeno uno di quei programmi come programmi di “rete” era stata contestata dall'ordine dei giornalisti.

Contestazione, però, formulata come risulta dalla motivazione della sentenza annotata, sulla base di ciò che la scelta organizzativa aziendale di non considerare quei programmi come “testate” sarebbe stata da considerare una “finzione funzionale a un aggiramento delle norme di legge” e, cioè, una scelta in frode alla legge e a danno di chi, nell'ambito di quella testata, avrebbe svolto un lavoro che avrebbe tutte le caratteristiche per essere lavoro giornalistico.

E questo modo di impostare il problema della qualificazione di programmi televisivi denuncia, a ben vedere, che la soluzione è stata ricercata cadendo in un anacoluta da circolarità: è giornalistica la produzione in cui lavora un giornalista e viceversa.

Vedremo, tra poco, come anche la motivazione della sentenza impugnata presenti quel vizio logico, ancorché i giudici romani abbiano seguito un percorso argomentativo diverso da quello dell'ordine dei giornalisti.

Ed infatti, i giudici romani hanno qualificato come giornalistico il lavoro della ricorrente appellata non perché le mansioni di “programmista regista” fossero da considerare mansioni caratterizzanti il lavoro giornalistico, ma soltanto perché erano state svolte nel contesto di un programma ritenuto giornalistico.

3. I giudici romani, infatti, sembra si siano resi conto che la prospettiva caratterizzata dalla repressione della frode non ha senso.

Ciò perché la disciplina legale e quella sindacale che regolano il lavoro giornalistico sono applicabili esclusivamente quando quel lavoro è svolto nell'ambito di una “testata” giornalistica o, al limite, in un programma “giornalistico” ricondotto a una “testata” e non già tutte le volte che un dipendente svolga un'attività giornalistica.

4. Già l'art. 34 della legge n. 69 del 1963 che regola l'ordine dei giornalisti, stabilisce che “La pratica giornalistica deve svolgersi presso un quotidiano, o presso il servizio giornalistico della radio o della televisione”, dove, per “servizio giornalistico”, deve intendersi una “testata giornalistica”.

Disposizione questa che è significativa anche ai nostri fini in quanto radica in una “testata” il lavoro giornalistico fin dalla sua fase prodromica e, cioè, dalla fase dell'apprendistato.

Allo stesso modo, a voler prendere come punto di riferimento il contratto nazionale di lavoro giornalistico, risulta che questo, nel definire il suo ambito soggettivo di applicazione, espressamente vi ricomprende soltanto i rapporti di lavoro dei giornalisti con “gli editori di quotidiani, di periodici, le agenzie di informazioni quotidiane per la stampa, l'emittenza radiotelevisiva privata di ambito nazionale e gli uffici stampa comunque collegate ad aziende editoriali” (art.1 del c.n. di lavoro giornalistico 11 aprile 2001).

5. Orbene, il riferimento all'emittenza radiotelevisiva, contenuto nell'elencazione ora riferita, non può essere inteso come fatto anche ai programmi di intrattenimento, ancorché sia noto che quelle emittenti non trasmettano soltanto programmi giornalistici.

Quel riferimento, infatti, è fatto esclusivamente alle “testate” giornaltiche dell'emittenza televisiva. Ciò perché l'editoria può essere considerata giornalistica indipendentemente da ciò che utilizzi la carta stampata o la diffusione radiotelevisiva. Ond'è che, nell'elencazione che delimita il campo di applicazione del contratto collettivo di lavoro giornalistico, l'essere addetto ad una produzione giornalistica costituisce il denominatore comune a tutte le situazioni previste.

Del resto, la necessaria, ancorché indiretta, connessione dell'attività giornalistica con una “testata” è anche dimostrata dalla considerazione che il contratto nazionale di lavoro giornalistico riserva agli uffici stampa.

Ed infatti, la disposizione dell'art. 1, dianzi riferita, richiede, così come quella dell'art. 2 dello stesso contratto, concernente i collaboratori fissi, un qualsiasi collegamento di quegli uffici con un'azienda editoriale, e quindi con una “testata” giornalistica, posto che nella formulazione di quelle disposizioni il riferimento esplicito è agli “editori di quotidiani e di periodici”.

Per contro, soltanto la dichiarazione a verbale, unilateralmente apposta dalla Federazione Nazionale della Stampa Italiana alla disposizione dell'art. 1 dianzi riferita, rappresenta l'intenzione di estendere l'ambito soggettivo di applicazione del contratto collettivo anche “agli uffici stampa di qualsiasi azienda”.

Senonché questa nota a verbale, essendo unilaterale, ha come unico effetto quello di attirare l'attenzione su

un problema, ma non lo risolve. Resta, infatti, che, ad aver riguardo, com'è necessario, alla disposizione sulla quale si è, comunque, formato il consenso delle parti sindacali, quel problema è risolto dalla disciplina a mente della quale è giornalista soltanto chi svolge la sua attività in una testata giornalistica o in un ufficio stampa a questa collegata.

6. E che questa regola sia determinante tutte le volte si discuta della configurabilità, o no, di un lavoro giornalistico è confermato da ciò che, nella nostra esperienza sindacale, che com'è noto è rimasta in qualche parte influenzata dalla tradizione corporativa (arg. *ex art.* 2070 c.c.), l'ambito soggettivo di applicazione dei contratti collettivi non è mai definito avendo riguardo al tipo di attività svolta dai lavoratori che, anzi, è indifferente.

Quell'ambito, invece, è sempre definito avendo riguardo all'attività caratterizzante il settore nel quale operano i datori di lavoro.

Questa affermazione è confermata, per fare un esempio, dal contratto collettivo per i dipendenti delle imprese creditizie del 12 febbraio 2005.

Ed infatti, anche il comma 1 dell'art.1 di quel contratto ne definisce l'ambito soggettivo di applicazione non già avendo riguardo al tipo di attività svolta dai lavoratori, ma con riguardo alla circostanza che sono dipendenti da «imprese creditizie o finanziarie» o da «imprese controllate che svolgono attività creditizia e finanziaria». Per contro, il comma 6 di quella disposizione esclude l'applicabilità della disciplina sindacale dettata per i lavoratori del credito ai dipendenti che, indipendentemente dalle mansioni svolte, siano espressamente e normalmente adibiti a servizi o a gestioni «non aventi una diretta relazione con l'esercizio delle funzioni creditizie e finanziarie».

Del resto, è noto a tutti come, in conseguenza di questa prassi sindacale, accade che lavoratori che svolgono, nella sostanza, le stesse mansioni, magari anche nelle stesse condizioni, hanno trattamenti economici e normativi differenziati a seconda del settore produttivo al quale appartengono i loro datori di lavoro.

7. Le considerazioni che precedono aiutano a comprendere come l'individuazione del criterio da utilizzare per qualificare i programmi della RAI "Mi manda Rai Tre" e "Porta a Porta" come programmi giornalistici non può aver riguardo all'attività svolta dai lavoratori che a quei programmi sono stati addetti.

La qualificazione di un programma televisivo come giornalistico, o no, presuppone, piuttosto, venga data soluzione al difficile problema di sapere in che cosa un programma televisivo di intrattenimento o di spettacolo si distingue da un programma giornalistico.

Problema difficile perché, come avvertito dai giudici romani, nei programmi televisivi le caratteristiche del programma giornalistico convivono spesso con quelle dello spettacolo, onde la soluzione dovrebbe essere ricercata in termini di prevalenza.

Problema difficile anche perché il criterio di prevalenza dovrebbe essere qualitativo e non già quantitativo, mentre la sua soluzione, quando non si tratti di

carta stampata, deve essere ricercata avendo riguardo a valutazioni culturali che tengono conto delle variabili articolazioni della realtà delle emittenti televisive.

8. La sentenza annotata si rende conto dell'esistenza del problema e a tal fine ricorda anche l'insegnamento della suprema Corte, ma, nonostante le ampie argomentazioni che la motivano, non affronta, a ben vedere, il problema.

L'impressione, infatti, è che i giudici romani si sono resi conto della difficoltà di individuare una soluzione che sia, al tempo stesso, netta e convincente.

Del resto, allo stesso modo di quanto avviene quando si tratti di stabilire se una manifestazione o un programma siano, o no, uno spettacolo, la soluzione del problema di sapere se un programma televisivo sia, o no, giornalistico non può essere che incerta.

Ciò perché, quando si tratta di stabilire cos'è "giornalistico" manca un punto di riferimento normativo, mentre le possibili soluzioni, sia che vengano ricercate in termini di concetti astratti, sia che vengano definite avendo riguardo al comune sentire o all'esperienza sociale, sono inevitabilmente individuate sull'incerto piano delle opinioni e, su quel piano, potrebbero essere, forse, anche appaganti.

Certo, però, è che quelle soluzioni non sono idonee a garantire quella certezza che è presidio necessario di ogni decisione giudiziaria.

9. Oltretutto, sul punto manca, a ben vedere, l'aiuto di un consolidato insegnamento giurisprudenziale, sebbene sia stato invocato dalla sentenza annotata.

La suprema Corte, infatti, insegna che sarebbe «giornalistico» un programma televisivo di «informazione» e, cioè, un programma diretto «a comunicare ad una massa indifferenziata di utenti idee, convinzioni o nozioni, attinenti ai campi più diversi ... ovvero notizie raccolte ed elaborate con obiettività, anche se non disgiunta da valutazione critica».

Senonché, a ben vedere, questo insegnamento, che esalta la componente costituita dall'"informazione a un pubblico", non è idoneo a fornire criteri affidabili per risolvere il problema quando si pone con riguardo alla varietà e diversità delle produzioni di un'emittente televisiva che, per definizione, si rivolgono sempre a un pubblico.

Ciò perché l'espressione "informazione", anche nel linguaggio comune, ha una pluralità di significati proprio perché con essa non si designa soltanto l'attività consistente nel mettere qualcuno a conoscenza di una notizia, di un fatto o di una circostanza. Quell'espressione, infatti, può anche significare: istruire, guidare, educare, influenzare il modo pensare o di agire di altri.

A fronte di questi due significati, la vera questione è quella di sapere se il tratto saliente e caratterizzante dell'attività giornalistica sia soltanto, o prevalentemente, quello di tenere informato il pubblico sugli "avvenimenti del giorno" giustificando, così, la denuncia di Moravia quando si riferiva all'«indifferente e apatica maniera di presentare la materia» che «dava ben quell'illusione di imparzialità e impersonalità cui tengono tanto i giornali di informazione»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> MORAVIA, *L'attenzione*, Milano, 1967, 29.

Ovvero se l'informazione giornalistica, una volta considerata, com'è necessario, nella prospettiva segnata dalla tutela prevista dall'art. 21 Cost., deve essere intesa come informazione dalla quale non sia disgiunta l'elaborazione critica della notizia o, quanto meno, la valutazione del fatto o della notizia se non altro perché considerati nel contesto socio-economico nel quale sono collocati.

Elaborazione critica che, come tale, e non a caso, ha come unico limite «il rispetto della verità sostanziale dei fatti» (art. 2 della legge n. 69/1963), mentre non ha limiti per quanto attiene alla scelta della prospettiva nella quale fatti e notizie sono criticamente elaborati e alle conclusioni raggiunte.

Peraltro, soltanto se si accetta che la nozione di "informazione giornalistica" debba essere individuata in questo ultimo senso, non solo si comprende il significato politico del riconoscimento costituzionale di una "libertà di stampa", ma è possibile giustificare la particolare tutela che la legge assegna all'opera dei giornalisti considerata, non a caso, opera dell'ingegno (cfr. artt. 38 e segg. della legge n. 633/1941).

10. Orbene, i giudici romani hanno esplicitamente rifiutato di aderire alla tesi, da loro stessi definita come estrema, secondo la quale basterebbe un qualsivoglia apporto informativo per trasformare un qualsiasi programma televisivo in un programma giornalistico.

Tuttavia, quei giudici, come già accennato, non hanno, poi, nemmeno tentato di motivare individuando quale sarebbe il significato specifico da dare all'espressione "informazione giornalistica".

Anzi, hanno finito per ritenere che i programmi "Mi manda Rai Tre" e "Porta a Porta" avrebbero «un contenuto obiettivamente giornalistico, assorbente e caratterizzante».

A questa conclusione sono giunti sulla base di due considerazioni che, però, prescindono completamente dalla, pur necessaria, soluzione del problema che, come fin qui accennato, si pone a monte. Del problema, cioè, di sapere quando c'è "informazioni giornalistica".

11. La prima considerazione, che sembra essere quella che è stata determinante per la decisione, ha riguardo alla circostanza che quei programmi sarebbero stati prodotti da una struttura alla quale non solo erano anche addetti giornalisti professionisti, ma che avrebbero avuto, di fatto, le stesse caratteristiche della redazione di una testata giornalistica.

Dalla motivazione della sentenza annotata, però, non si comprende se anche la ricorrente, ovvero soltanto la struttura che produceva quei programmi, avrebbe svolto un'attività paragonabile a quella giornalistica.

Ed infatti, si legge nella sentenza che la prestazione resa dalla ricorrente dovrebbe essere qualificata come attività giornalistica non solo, e sembrerebbe non tanto, a ragione della natura dei compiti effettivamente svolti, ma soprattutto a ragione del suo inserimento in un'"intelaiatura" organizzativa che sarebbe stata di tipo giornalistico e che, proprio perché tale, avrebbe consentito di connotare come giornalistici i programmi prodotti.

Senonché, da un lato, come si dirà tra poco, non è affatto convincente la motivazione che dovrebbe giu-

stificare la qualificazione di quei programmi e, a maggior ragione, delle strutture che li producevano come giornalistici.

D'altro lato, doveva essere del tutto irrilevante che la ricorrente avesse svolto, ancorché con carattere di continuità, attività nell'ambito di una struttura di tipo giornalistico, se non fosse stato dimostrato che quell'attività era stata eseguita all'interno di una "testata" giornalistica.

12. La seconda considerazione che costituisce la motivazione della sentenza annotata è che la produzione alla quale era addetta la ricorrente avrebbe avuto ad oggetto un programma giornalistico.

Orbene, i giudici romani giungono a tale conclusione argomentando esclusivamente sull'insegnamento della suprema Corte, a mente del quale la caratteristica dell'attività giornalistica risiederebbe nell'«elemento della creatività di colui che, con opera tipicamente — anche se non esclusivamente — intellettuale, provvede alla raccolta, all'elaborazione o al commento delle notizie destinate a formare oggetto di comunicazione ... attraverso gli organi di informazione, mediando tra il fatto di cui acquisisce conoscenza e la diffusione di esso attraverso un messaggio (scritto, verbale, grafico o visivo) necessariamente influenzato dalla personale sensibilità e dalla particolare formazione».

Senonché, il richiamo a quell'insegnamento non è idoneo a sorreggere la conclusione che i programmi ai quali era addetta la ricorrente fossero da considerare programmi giornalistici.

Ed infatti, se è vero che, nell'insegnamento dato dai giudici di legittimità, quelle poc'anzi riferite sono le caratteristiche del lavoro giornalistico, i giudici romani non ne hanno dimostrato l'esistenza.

Ed infatti, proprio perché i programmi televisivi in questione non erano "testate" giornaltistiche ed hanno sicuri tratti propri dell'intrattenimento, se non addirittura i tratti dello spettacolo, i giudici romani, da un lato, non hanno accertato, e tanto meno motivato, in ordine all'eventuale prevalenza qualitativa delle caratteristiche giornaltistiche.

D'altro lato, i giudici romani si sono limitati, a ben vedere, ad affermare che il programma "Mi manda Raitre" «affronta temi segnalati direttamente dai cittadini» e «raccolge notizie... legate a fatti dell'ultima ora», e che il programma "Porta a Porta" sarebbe un programma «a cavallo tra l'informazione e l'intrattenimento, di cronaca commentata».

Tuttavia, e questo è il punto, siffatte caratteristiche di quei programmi nemmeno sono state individuate argomentando su oggettive risultanze istruttorie idonee a dimostrare che il contenuto di quei programmi televisivi, come insegnano i giudici di legittimità, fosse prevalentemente quello di realizzare una "mediazione tra i fatti e la loro diffusione".

Le caratteristiche di quei programmi sono state, invece, individuate esclusivamente sulla base di quanto riferito dai testi i quali, sebbene alcuni di loro fossero autorevoli giornalisti, hanno riferito soltanto le loro personali valutazioni e non già gli elementi oggettivi che avrebbero dovuto aiutare ad accertare se i programmi di cui trattasi fossero, o no, programmi giornaltistici.

13. E forse proprio perché distratti dall'autorevolezza di alcuni testi, i giudici romani non si sono resi conto che il programma "Mi manda Rai Tre" si occupa, a ben vedere, soltanto di teratologia sociale e, quindi, interessa gli spettatori soltanto nella misura in cui rappresenta lo "spettacolo" delle disgrazie, o quantomeno, delle disavventure altrui.

A ben vedere, le stesse conclusioni possono valere per "Porta a Porta" che, se pure, a modo suo, può sembrare un programma d'informazione, si caratterizza, in realtà, non tanto perché fornisce informazioni critiche quanto a ragione della notorietà di chi interviene e per la polemica, a volte violenta, che anima le discussioni. Ond'è che anche quel programma dovrebbe essere considerato, se non addirittura come un vero e proprio "spettacolo", almeno come trasmissione "culturale o di spettacolo".

In tutti e due i casi, dunque, sembra quasi che il ragionamento che ha sorretto la motivazione della sentenza commentata sia stato un ragionamento *ad excludendum*. Tutte le volte che non si possa sostenere che un programma televisivo sia esclusivamente un vero e proprio "spettacolo", si deve ritenere si tratti di un programma giornalistico.

14. Nella denunciata situazione di incertezza sarebbe stato, dunque, più ragionevole e convincente argomentare avendo riguardo ai sia pur scarsi e incompleti punti di riferimento oggettivo.

Così, anche sulla scorta delle indicazioni risultanti dalla contrattazione collettiva, si sarebbe dovuto tener conto della circostanza che i programmi di cui trattasi erano stati inseriti, dall'emittente televisiva, nella "rete" e, quindi, non erano stati considerati "testate" giornalistiche.

Elemento, questo, che già da solo avrebbe dovuto indurre a dubitare sulla possibilità di considerare "giornalistico" un programma che è trasmesso al di fuori di una "testata".

Ma v'è di più. Quell'elemento era importante non tanto per la considerazione che deve essere assegnata alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), ma perché, nel nostro caso, quella libertà aveva trovato espressione nel riconoscimento legislativo della libertà del modo in cui la Rai può organizzare la struttura della sua produzione televisiva.

Ed infatti, si sarebbe dovuto anche considerare che l'art. 9 D.L. n. 807/1984 (convertito con la legge n. 10/1985), stabilisce che la Rai, come società concessionaria del servizio radiotelevisivo, «pone in essere l'organizzazione interna più idonea al conseguimento dei propri obiettivi istituzionali anche attraverso un'articolazione in reti e testate». Ond'è che la scelta tra queste due strutture dipende, per legge, dalla valutazione aziendale in ordine a quale sia quella più idonea al perseguimento degli obiettivi istituzionali.

Allo stesso modo, il contratto di servizio della Rai, approvato con D.P.R. 29 ottobre 1997, distingue tra l'"informazione quotidiana" realizzata dalle "testate" giornalistiche dei telegiornali e i "programmi di attualità, costume e società" che comprendono anche le rubriche di approfondimento di "rete" e di "testata".

15. Peraltro, non v'è dubbio che, in assenza di una nozione positiva di "giornalismo", quando il problema

si pone con riguardo ad una struttura complessa e articolata, come quella di un'importante emittente radio-televisiva, la distinzione fra i programmi giornalistici e quelli d'intrattenimento è inevitabilmente incerta soprattutto se riguarda programmi in cui l'intrattenimento comporta anche l'informazione.

Tipico è il caso dei programmi sportivi che, se per la prevalenza data alla diffusione di manifestazioni sportive possono essere considerati come programmi d'intrattenimento e, quindi, spettacoli, possono anche assumere le caratteristiche di programmi destinati esclusivamente, o prevalentemente, all'informazione e, quindi, di veri e propri programmi giornalistici.

Ma queste ambiguità e l'assenza di un rigoroso criterio oggettivo idoneo a fornire, anche nei casi limite, la corretta qualificazione di un programma come programma di intrattenimento o di tipo giornalistico, dovrebbero imporre prudenza ed assegnare, almeno quando ha un fondamento normativo, prevalenza alla scelta aziendale di ricondurre un programma alla "rete" o di considerarlo una "testata".

MATTIA PERSIANI

## MOBBING

APPELLO BOLOGNA, SEZIONE LAVORO, 8 giugno 2010 — MOLINARO *Presidente* — BENASSI *Relatore* — D'AMICO *Consigliere* — XX (avv. Barbieri) - Ergo Azienda regionale per il diritto agli studi superiori, subentrata a Artsud (Avv. Gen. Stato).

**Lavoro subordinato — Tutela delle condizioni di lavoro — Mobbing — Nozione — Natura giuridica — Requisiti delle condotte — Volontà lesiva — Necessità — Responsabilità del datore di lavoro — Atti discriminatori per motivi sindacali — Differenza (C.c. artt. 2087, 2049).**

*Il mobbing consiste nella condotta del datore di lavoro o comunque del superiore gerarchico tenuta nei confronti del dipendente che si concretizza in coscienti comportamenti ostili sistematici e reiterati nel tempo che ledono la personalità e l'equilibrio psicofisico del lavoratore. La discriminazione per motivi sindacali o altri fatti illeciti rilevanti nella loro singolarità, invece, si esauriscono in un unico atto o comportamento, che viola diritti costituzionali o prerogative sindacali previste dalla legge (1).*

 *Omissis.* — 1. Con l'unico motivo, XX articola le seguenti censure:

a) lamenta che, al suo legittimo rifiuto di sottoporsi a visite mediche non dovute, perché richieste dal datore di lavoro al di fuori di ogni previsione di cui alla legge n. 626/94, erano seguite, per un periodo eccedente tre anni, reiterate minacce di applicazione di provvedimenti disciplinari o di una possibile interruzione del rapporto di lavoro o di invio di comunicazioni al giudice penale affinché venissero valutati gli effetti penali della sua condotta; secondo l'appellante, le richieste di visite mediche erano del tutto ingiustificate, non potendo essere considerato come lavoratore a rischio, come infine stabilito dalla Unità Operativa Prevenzione e Sicurezza degli Ambienti di Lavoro dell'Azienda USL di Bologna;

b) poiché i medici competenti, che si erano succeduti nel tempo, avevano sempre garantito al ricorrente che gli avrebbero fatto conoscere i rischi ai quali sarebbe stato sottoposto sul luogo di lavoro, le misure da adottare per rimuovere tali rischi e le ragioni degli esami cui avrebbe dovuto essere sottoposto, come può, poi, non essere riconosciuto come legato all'attività lavorativa il tempo impiegato dal lavoratore per tentare di recuperare i dati che, all'interno della sua cartella sanitaria, non erano stati trovati e che era compito dell'Artsud fornire ai sensi del D.Lgs. n. 626/94 al proprio dipendente;

c) poiché la normativa prevede la possibilità per il lavoratore di rifiutarsi di far parte della squadra antincendi per giustificati motivi, è evidente che questi non possono che essere connessi all'attività richiesta e di conseguenza il lavoratore deve essere necessariamente informato dei rischi ai quali si espone nello svolgere la detta attività;

d) le prove documentali dimostrano il diritto del lavoratore al pagamento dei minuti svolti in eccedenza rispetto al normale orario di lavoro.

2. Il motivo non è fondato. — *Omissis*.

2. Sotto altro profilo, il Collegio rileva che l'appellante, pur riproponendo la tesi esposta nel ricorso introduttivo di primo grado secondo cui sarebbe rimasto vittima di un comportamento persecutorio da parte dell'Artsud a causa del suo rifiuto a sottoporsi a visite mediche non obbligatorie e pur argomentando diffusamente nel tentativo di dimostrare la legittimità della sua condotta e la pervicace ostinazione dell'amministrazione, non ha, tuttavia, censurato l'affermazione del primo giudice, secondo cui i fatti dedotti in causa non potevano integrare gli estremi di una condotta vessatoria in danno del lavoratore da parte dei responsabili dell'Artsud o degli altri colleghi, con la precisazione che non vi era alcuna prova dell'esistenza di un disegno persecutorio nei confronti dello XX.

Tale affermazione del primo giudice, oltre a non essere stata oggetto di specifica censura da parte dell'appellante, risulta pure coerente con la nozione di mobbing comunemente accolta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione che, sia pure con qualche incertezza ed ambiguità dovuta all'inerzia del legislatore che, nonostante la presentazione di numerosi progetti di legge, non è ancora intervenuto a disciplinare la controversa materia, ha elaborato una nozione di mobbing, in funzione per lo più descrittiva, comunque utile sul piano giuridico. In particolare, nella sentenza n. 3785 del 2009, il supremo Collegio ha definito il mobbing come una condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico, sistematica e protratta nel tempo, tenuta nei confronti del lavoratore nell'ambiente di lavoro, che si risolve in sistematici e reiterati comportamenti ostili, che finiscono per assumere forme di prevaricazione o di persecuzione psicologica, da cui può conseguire la mortificazione morale e l'emarginazione del dipendente, con effetto lesivo del suo equilibrio fisiopsichico e del complesso della sua personalità. Ai fini della configurabilità della condotta lesiva del datore di lavoro sono pertanto rilevanti i seguenti elementi: a) la molteplicità dei comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, che siano stati posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro il dipendente con intento vessatorio; b) l'evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; c) il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; d) la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio.

In altra decisione (la n. 22858/08), il supremo Collegio ha approfondito la natura giuridica dell'istituto, osservando: il mobbing (come espressamente dedotto e prospettato dalla ricorrente) è costituito da una condotta protratta nel tempo e diretta a ledere il lavoratore. Caratterizzano questo comportamento la sua protrazione nel tempo attraverso una pluralità di atti (giuridici o meramente materiali, anche intrin-

secamente legittimi: Corte cost. 19 dicembre 2003 n. 359; Cass. S.U. 4 maggio 2004 n. 8438; Cass. 29 settembre 2005 n. 19053; dalla protrazione, il suo carattere di illecito permanente: Cass. S.U. 12 giugno 2006 n. 13537), la volontà che lo sorregge (diretta alla persecuzione od all'emarginazione del dipendente), e la conseguente lesione, attuata sul piano professionale o sessuale o morale o psicologico o fisico.

Lo specifico intento che lo sorregge e la sua protrazione nel tempo lo distinguono da singoli atti illegittimi (quale la mera dequalificazione ex art. 2103 c.c.).

Fondamento dell'illegittimità è (in tal senso, anche Cass. 6 marzo 2006 n. 4774) l'obbligo datoriale, ex art. 2087 c.c., di adottare le misure necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del prestatore. Da ciò, la responsabilità del datore anche ove (pur in assenza d'un suo specifico intento lesivo) il comportamento materiale sia posto in essere da altro dipendente. Anche se il diretto comportamento in esame è caratterizzato da uno specifico intento lesivo, la responsabilità del datore (ove il comportamento sia direttamente riferibile ad altri dipendenti aziendali) può discendere, attraverso l'art. 2049 c.c., dal colpevole inerzia nella rimozione del fatto lesivo (in tale ipotesi esigendosi tuttavia l'intrinseca illiceità soggettiva ed oggettiva di tale diretto comportamento — Cass. 4 marzo 2005 n. 4742 — ed il rapporto di occasionalità necessaria fra attività lavorativa e danno subito: Cass. 6 marzo 2008 n. 6033). Lo spazio del mobbing, presupponendo necessariamente (nella sua diretta od indiretta origine) la protrazione d'una volontà lesiva, è pertanto più ristretto di quello (nel quale tuttavia s'inquadra) delineato dall'art. 2087 c.c., comprensivo di ogni comportamento datoriale, che può essere anche istantaneo, e fondato sulla colpa. Avendo fondamento nell'art. 2087 c.c., l'astratta configurazione del mobbing costituisce la specificazione della clausola generale contenuta in questa disposizione. Da ciò discende che:

— come specificazione, il mobbing è parte integrante della disposizione di legge da cui trae origine, di questa in tal modo assumendo giuridica natura;

— per tale natura, la sua formulazione è funzione di legittimità (funzione riservata al giudice di merito — ed esclusa dalla sede di legittimità — è solo l'accertamento dell'esistenza — o dell'inesistenza — del fatto materiale da ricondurre poi al modulo normativo);

— funzione di legittimità è anche la sussunzione del fatto (come accertato) nel modulo normativo;

— nella relativa inosservanza, la specificazione della clausola generale è deducibile (attraverso l'art. 360 c.p.c., n. 3) in sede di legittimità. Per la natura (anche legittima) dei singoli episodi e per la protrazione del comportamento nel tempo nonché per l'unitarietà dell'intento lesivo, è necessario che da un canto si dia rilievo ad ogni singolo elemento in cui il comportamento si manifesta (assumendo rilievo anche la soggettiva angolazione del comportamento, come costruito e destinato ad essere percepito dal lavoratore).

D'altro canto, è necessario che i singoli elementi siano poi oggetto d'una valutazione non limitata al piano atomistico, bensì elevata al fatto nella sua articolata complessità e nella sua strutturale unitarietà. In questo quadro assume rilievo anche la L. 10 aprile 1991, n. 125, come modificata dal D.Lgs. 30 maggio 2005, n. 145, ed in particolare l'art. 4, comma 2 ter, quale disposizione ricognitiva e specificativa di più generiche norme.

Infine, nella sentenza n. 22893/08, la Corte di Cassazione ha chiarito, sotto il profilo sostanziale e processuale, la distinzione esistente fra la domanda diretta alla repressione di atti discriminatori fondati su motivi sindacali e la domanda azionata contro il mobbing posto in essere dalla controparte datoriale, affermando il principio che la condotta vessatoria consapevolmente posta in essere dal datore di lavoro finalizzata ad isolare od espellere il dipendente dal contesto lavorativo (cosiddetto "mobbing") si differenzia, pur potendola ricomprendere, da quella discriminatoria per motivi

sindacali: richiedendosi, nel primo caso, una pluralità di atti e comportamenti (eventualmente anche leciti in sé considerati) unificati dall'intento di intimorire psicologicamente il dipendente e funzionali alla sua emarginazione, attuandosi, invece, la discriminazione per motivi sindacali, anche attraverso un unico atto o comportamento e connotandosi di illiceità di per sé, in quanto diretta a realizzare una diversità di trattamento o un pregiudizio in ragione della partecipazione del lavoratore ad attività sindacali, a prescindere da un intento di emarginazione.

Quanto alla fattispecie in esame, in sede d'appello, non può più trattarsi né di mobbing né di condotte persecutorie o vessatorie perché l'appellante si è limitato a riepilogare, sia pure diffusamente, i fatti e, non avendo censurato l'assunto del primo giudice che quei fatti dedotti, oltre a non essere provati, non erano comunque riconducibili al mobbing, non ha neppure esposto le ragioni, soprattutto giuridiche, in base alle quali la condotta dell'Amministrazione datrice di lavoro avrebbe dovuto essere considerata illegittima e, come tale, dare luogo al cospicuo risarcimento del danno richiesto.

In altri termini, lo XX non ha saputo individuare, nella sequenza degli accadimenti narrati, né veri e propri comportamenti a carattere persecutorio, illeciti o anche leciti se considerati singolarmente, posti in essere in modo miratamente sistematico e prolungato contro di lui con intento vessatorio; né il sopravvenire di un evento lesivo della salute o della personalità del dipendente; né il nesso eziologico tra la condotta del datore di lavoro o del superiore gerarchico e il pregiudizio all'integrità psico-fisica del lavoratore; né ha allegato elementi, anche presuntivi, dai quali desumere la prova dell'elemento soggettivo, cioè dell'intento persecutorio.

4. Ma se, poi, si scende nel dettaglio, per quanto possibile in conseguenza della mancata produzione dei documenti contenuti nel fascicolo di parte di primo grado, non è proprio possibile riscontrare, nelle allegazioni dello XX, elementi dai quali desumere un qualunque intento vessatorio o persecutorio nei suoi confronti da parte dell'amministrazione odierna appellata.

La questione dedotta in causa riguarda, infatti, il rifiuto, per altro ostinato e reiterato nel tempo, dello XX di sottoporsi alla visita medica richiesta dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 16 della legge n. 626/94.

Ora, a parte il rilievo che l'intera vicenda, sempre secondo le allegazioni del lavoratore che si leggono nell'appello, si sarebbe protratta dal novembre 1997 al luglio 2002, periodo nel quale lo XX si è sempre rifiutato di sottoporsi alla visita medica che gli era stata in più occasioni richiesta dal datore di lavoro, va, in primo luogo, osservato che le reiterate minacce di applicazioni di provvedimenti disciplinari e di possibile inoltro di denunce all'autorità giudiziaria prospettate dall'Artsud non hanno mai avuto alcun seguito concreto né è dimostrato che avessero in qualche modo inciso sulla determinazione con la quale il lavoratore ebbe a portare avanti negli anni la sua posizione.

Inoltre, per giustificare la legittimità del rifiuto di sottoposizione a visita medica, non possono essere richiamati né la lettera del 27 maggio 2002 della Azienda USL, né l'intervento del dott. YY nella riunione del 14 febbraio 2003, dai quali si dovrebbe desumere la non obbligatorietà degli accertamenti preventivi periodici di cui all'art. 16 del D.Lgs. n. 626/94 per i custodi manutentori per assenza dei rischi che avrebbero reso obbligatoria la visita medica.

Ora, pure prescindendo dal rilievo che le due ultime determinazioni seguono e contraddicono il contenuto di altre missive ed accertamenti — sempre richiamati nell'atto di appello — nelle quali il medico competente per la sicurezza era invece pervenuto ad opposte conclusioni, l'epilogo amministrativo della vicenda, da un lato, non dimostra né l'assenza in concreto di rischi per la salute e l'integrità fisica dei custodi nell'esercizio delle mansioni svolte, tenuto conto che, come ammesso dallo stesso XX, tra le sue mansioni rientrava anche l'attività di vigilanza e di piccola manu-

tenzione, né, dall'altro, può essere utilizzato per suffragare — per di più a posteriori — l'esistenza di una condotta persecutoria nei confronti del lavoratore. A tale proposito, non può, infatti, essere dimenticato che l'amministrazione datrice di lavoro aveva inteso avviare lo XX, per altro unitamente agli altri suoi colleghi, agli accertamenti sanitari previsti della legge n. 626 del 1994 sulla base delle indicazioni che erano state impartite dal medico competente che, nel sistema della sicurezza per il lavoro, esercita, tra le altre funzioni, anche la sorveglianza sanitaria e dispone gli accertamenti periodici per controllare lo stato di salute dei lavoratori.

Di conseguenza, poiché l'amministrazione datrice di lavoro non ha fatto altro che cercare di eseguire le prescrizioni provenienti dal medico competente, non si vede come possano essere considerate illegittime le reiterate richieste, inviate allo XX, affinché si sottoponesse ad accertamenti sanitari considerati — a ragione o a torto — obbligatori, per di più disposti anche nel suo interesse.

Dunque, qualora anche dovesse giungersi alla conclusione, per altro non affatto scontata, che gli accertamenti sanitari sui custodi non fossero obbligatori ai sensi della legge n. 626 del 1994, non per questo potrebbe ravvisarsi nei fatti di causa una condotta vessatoria e persecutoria da parte datoriale, posto che, da un lato, l'amministrazione appellata, conformandosi alle prescrizioni del medico competente, evidentemente riteneva di agire nel rispetto della legge e nell'interesse della salute dei lavoratori e, dall'altro, che, a fronte della condotta all'evidenza non collaborativa osservata dal dipendente, non sono mai state applicate sanzioni disciplinari o altre iniziative punitive o repressive ma è sempre stata cercata una soluzione nel rispetto della vigente normativa in materia.

Quanto al resto, l'appellante non ha fatto altro che sviluppare, nell'atto di gravame, una serie di osservazioni in ordine alla interpretazione e alla applicazione, nel caso dei custodi di uno studentato, della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, che, indipendentemente dalla loro fondatezza o meno, rientrano nell'ambito dei poteri organizzativi del datore di lavoro e degli altri soggetti preposti alla sicurezza individuati dalla legge, e nulla hanno a che vedere con una richiesta di risarcimento del danno, per una pretesa condotta mobbizzante.

L'appellante, infine, deduce alcuni capitoli di prova orale, già ritenuti inammissibili dal primo giudice. La Corte, nel condividere tale giudizio, osserva che si tratta di circostanze generiche ed irrilevanti, complessivamente insufficienti per dimostrare, in particolare, l'esistenza dell'elemento soggettivo dell'intento persecutorio, ed, aventi, per di più, carattere valutativo essendo finalizzati ad far esprimere ai testimoni dei giudizi personali, per di più, su episodi non ben definiti nel tempo, su sensazioni, su atteggiamenti e su percezioni soggettive. — *Omissis*.

Va, pertanto, respinto l'appello proposto da XX avverso la sentenza del Tribunale di Bologna n. 652 del 14 settembre 2005. Le spese del grado, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza e sono poste a carico dell'appellante soccombente.

P. Q. M.

La Corte, ogni contraria istanza disattesa e respinta, definitivamente decidendo, rigetta l'appello proposto da XX avverso la sentenza del Tribunale di Bologna n. 652 del 14 settembre 2005; condanna XX al rimborso delle spese del grado — *Omissis*.



### (1) Sulla definizione del *mobbing* e sua distinzione dalla discriminazione per motivi sindacali

Nella sentenza in commento la Corte di appello di Bologna si occupa del caso di un lavoratore che avanza

pretese a vario titolo avverso l'Azienda regionale per il diritto allo studio universitario; tra le richieste vi è quella di condanna dell'amministrazione per *mobbing*. Sul punto già si era pronunciato il Tribunale di Bologna che aveva respinto la domanda del ricorrente, poiché non sussistevano gli estremi per integrare una condotta mobbizzante.

Il Collegio, nel rigettare l'appello proposto dal lavoratore, affronta il problema della qualificazione giuridica del *mobbing* ponendo a fondamento della propria decisione, nell'inerzia del legislatore che ancora non ha fornito una definizione giuridica della fattispecie<sup>1</sup>, alcune recenti sentenze della Corte di cassazione le quali offrono una cornice giuridica sufficientemente certa in cui inquadrare il fenomeno oggetto di controversia<sup>2</sup>. In particolare la decisione n. 3785/2009<sup>3</sup> fornisce chiari elementi qualificatori, identificando il *mobbing* come quella condotta del datore di lavoro o comunque del superiore gerarchico tenuta nei confronti del dipendente, la quale si concretizza in comportamenti ostili sistematici e reiterati<sup>4</sup> che ledono la personalità e l'equilibrio psicofisico del lavoratore. Appare subito opportuno aggiungere che questa sentenza, dal punto di vista soggettivo per ciò che concerne l'agente, inquadra il *mobbing* solo in quell'ipotesi che la dottrina definisce verticale discendente o *bossing*<sup>5</sup>; invece l'autore della condotta lesiva potrebbe individuarsi anche in un gruppo oppure in un

singolo lavoratore: in tal caso il fenomeno è stato definito *mobbing* orizzontale<sup>6</sup>.

Reputa inoltre la Corte di cassazione che, per configurarsi una condotta lesiva, è necessario che siano presenti alcuni elementi: innanzitutto il datore di lavoro deve porre in essere comportamenti prolungati nel tempo e sistematicamente orientati a vessare il lavoratore<sup>7</sup>. Non è poi necessario che essi siano di natura illecita, poiché si configura il *mobbing* anche quando viene reiterato in maniera regolare un comportamento che, singolarmente considerato, sia di per sé lecito<sup>8</sup>. Inoltre, la reiterazione delle condotte deve implicare il verificarsi di un evento lesivo della salute e della personalità del lavoratore, ed è necessario che, tra i comportamenti sistematici e ripetuti posti in essere e il danno emerso, sussista un nesso eziologico<sup>9</sup>. Infine è essenziale fornire la prova dell'elemento soggettivo e cioè dell'intento persecutorio<sup>10</sup>.

La Corte di appello pone a fondamento della propria decisione un'ulteriore sentenza dei giudici di legittimità<sup>11</sup> che focalizza maggiormente la questione della volontarietà della condotta lesiva in relazione all'inquadramento giuridico del fenomeno; secondo quest'ultima pronuncia, elementi distintivi del *mobbing*, che lo qualificano rispetto a diverse ipotesi illegittime, sono: lo specifico intento persecutorio e la protrazione nel tempo.

Reputano inoltre i giudici di legittimità che la base giuridica in cui inquadrare la fattispecie sia costituita

<sup>1</sup> La Corte costituzionale ha interpretato l'art. 117 Cost. nel senso che è compito dello Stato dare una definizione ed una disciplina legislativa al fenomeno: Corte cost., 27 gennaio 2006, n. 22; Id., 22 giugno 2006, n. 238, entrambe in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 2, 502 con nota di TULLINI; Id., 19 dicembre 2003, n. 359, *ivi*, 2004, 2, 239, con nota di GHIRADI; in dottrina, *ex pluribus*, CIOCCA, *Devoluzione e diritto del lavoro*, Milano, 2008. Nonostante ciò non c'è ancora una legge che assolva a tale compito, ma possono invece rivenirsi atti normativi che richiamano il fenomeno quali ad esempio, solo per citare uno dei più recenti, la L. 4 novembre 2010, n. 183, art. 21, punto c). Anche l'Unione europea si è occupata del fenomeno, prima con l'art. 26 della Carta sociale europea firmata il 3 marzo 1996 a Strasburgo, poi con la risoluzione A5-0283/2001 del 21 settembre 2001. Altresì le Regioni, nell'ambito della loro residua competenza in materia hanno provveduto ad emanare leggi che disciplinano alcuni aspetti del fenomeno *mobbing*, v. ad esempio la L.R. Veneto, 22 gennaio 2010, n. 8, o L.R. Abruzzo, 11 agosto 2004, n. 26. Anche la giurisprudenza in sede penale si è occupata del fenomeno: Cass. pen., 6 febbraio 2009, n. 26594, in *Guida Dir.*, 2009, 38, 51; Id., 29 agosto 2007, n. 33624, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2008, 2, 409 con nota di GIAPPICHELLI; infine alcune disposizioni si rinvengono anche nella contrattazione collettiva quali ad esempio l'art. 39 del Contratto collettivo nazionale della dirigenza universitaria del 5 marzo 2008.

<sup>2</sup> La sentenza in commento è stata preceduta dalle precedenti App. Bologna, 11 aprile 2009, in *Lav. nella Giur.*, 2009, 7, 748, e Id. Bologna, 7 aprile 2009, in *Rep. Giur. It.*, voce "Lavoro (Rapporto)", nn. 1088, 1089.

<sup>3</sup> Cass., 17 febbraio 2009, n. 3785, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 252.

<sup>4</sup> Cass., 20 maggio 2008, n. 12735, in *Giust. Civ.*, 2009, 12, 2767, con nota di SIMEOLI.

<sup>5</sup> Cfr. CARINCI, *Il bossing fra inadempimento dell'obbligo di sicurezza, divieti di discriminazione e abuso del diritto*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 2, 133. La dottrina identifica anche il *mobbing* verticale ascendente, che si verifica quando i sottoposti si coalizzano contro il dirigente, DEL PUNTA, *Il mobbing: l'illecito e il danno*, in *Il mobbing* a cura di Tosi, Torino, 2004, 72.

<sup>6</sup> Cfr. DELL'OLIO, *Le fonti del diritto del lavoro. La riforma del Titolo V della Costituzione*, in DELL'OLIO, *Inediti*, Torino, 2007, 118, secondo cui il termine *mobbing* deriva dall'espressione latina *movere vulgus* che starebbe a indicare «la pressione di un ambiente su un soggetto». In giurisprudenza v. Cass., Sez. un., 4 maggio 2004, n. 8438, in *Dir. Lav.*, 2005, 2, 205 con nota di BALESTRIERI, che definisce il *mobbing* come «ogni ipotesi di pratiche vessatorie poste in essere da uno o più soggetti diversi».

<sup>7</sup> *Contra* DEL PUNTA, *op. cit.*, 70; PERA, *Angherie e inurbanità negli ambienti di lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, 1, 295.

<sup>8</sup> Cass., 9 settembre 2008, n. 22893, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, 4, 993, con nota di DIAMANTI.

<sup>9</sup> Cass., 8 luglio 2010, n. 16148, in *Dir. e Giust.*, 2010, con nota di FERRARI; Id., 6 marzo 2006, n. 4774, in *Giur. It.*, 2006, 11, 2045, con nota di BUFFA.

<sup>10</sup> Ricade sul lavoratore la prova dell'inadempimento dell'obbligo di protezione, e spetterà invece al datore di lavoro fornire la prova che gli episodi contestati non sono finalizzati ad uno scopo persecutorio, v. in dottrina, NUNIN, *Bossing: responsabilità contrattuale e valorizzazione della clausola di buona fede*, in *Lav. nella Giur.*, 2005, 1, 49; VALLEBONA, *Gli oneri di allegazione e di prova nelle azioni fondate sull'inadempimento del datore di lavoro*, in *Dir. Lav.*, 2002, 2, 251. In giurisprudenza, Cons. di Stato, 7 aprile 2010, n. 1991, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 4, 816; Cass., Sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2006, 1254, con nota di VINCIERI, secondo cui il soggetto danneggiato è onerato della prova del fatto antigiuridico altrui, ma anche dell'allegazione e prova delle conseguenze dannose subite; Cass., 25 maggio 2006, n. 12445, in *Dir. e Giust.*, 2006, 26, 34 con nota di DI MARZIO; Id., 6 marzo 2006, n. 4774, cit., secondo cui il giudice dovrà valutare l'idoneità oggettiva del complesso degli atti posti in essere dal datore di lavoro, mentre invece spetterà al lavoratore l'onere di provare la ricorrenza dell'attività vessatoria.

<sup>11</sup> Cass., 9 settembre 2008, n. 22858, in *Argomenti Dir. Lav.*, 2009, 460 con nota di FERRARIO.



dagli artt. 2087 e 2049 c.c.: il primo impone al datore di lavoro di adottare tutte le misure necessarie a tutelare l'integrità psicofisica del lavoratore, il secondo pone in capo al padrone la responsabilità dei danni cagionati dai propri commessi e domestici<sup>12</sup>. Rispetto però alla generale previsione dell'art. 2087 c.c. i giudici di Cassazione ritengono che il *mobbing* sia una particolare *species*: sebbene la condotta mobbizzante non sia una fattispecie esplicitamente definita dalla legge, ne è però parte integrante e vi trae origine, assumendo di conseguenza natura giuridica. Più specificatamente il *mobbing* si caratterizza soprattutto per l'elemento della volontarietà lesiva, proprio questo è ciò che lo qualifica<sup>13</sup>; al contrario nella generale ipotesi dell'art. 2087 c.c. questo elemento può mancare, il comportamento essere istantaneo e sanzionabile anche a solo titolo di colpa. Tale impostazione appare condivisibile ed è aderente all'orientamento che sembra oramai prevalente in giurisprudenza che prevede, per punire una fattispecie quale *mobbing*, la necessità di un intento persecutorio cosciente concretizzantesi in una serie di comportamenti reiterati<sup>14</sup>.

Reputa poi la Corte di appello che, così inquadrato giuridicamente il fatto, esso dovrà essere accertato in sede di legittimità dal giudice, che dovrà sussumerlo nel modello normativo. Questo procedimento dovrà prendere in esame ogni singolo elemento in cui il comportamento si manifesta, ivi compresa la prospettiva soggettiva di percezione del lavoratore<sup>15</sup>, ma anche

valutare l'insieme di tutti gli elementi in una prospettiva di strutturale unitarietà<sup>16</sup>.

Ciò che sembra invece non condivisibile nella ricostruzione della Corte di appello, ma che si basa comunque su alcune pronunce della Corte di cassazione, è il richiamo all'art. 2049 c.c. per giustificare la sanzionabilità del datore di lavoro quando il fatto sia stato commesso da altro dipendente per «colpevole inerzia nella rimozione del fatto lesivo»<sup>17</sup>. Questo compito è già assolto dall'art. 2087 c.c. che racchiude nella sua formulazione ogni ipotesi di generale responsabilità del datore di lavoro, a prescindere dalla sua volontà o dalla conoscenza del fatto<sup>18</sup>. Secondo l'art. 2087 c.c. il datore di lavoro è ritenuto responsabile anche se il fatto sia stato posto in essere da un suo dipendente, quindi per una sua colpevole inerzia *in vigilando*, oppure per non aver adottato tutte le cautele necessarie a impedire che si verificasse il fatto negativo<sup>19</sup>. Inoltre non appare corretto mettere sullo stesso piano i due articoli in ordine al titolo della punibilità: infatti l'uno prevede una responsabilità di tipo contrattuale, l'altro, l'art. 2049 c.c., oggettiva<sup>20</sup>, con tutte le dovute conseguenze sul piano dell'onere della prova e del termine di prescrizione. È poi da aggiungere che quest'ultimo articolo presuppone, per integrare un'ipotesi punibile, oltre che l'occasionalità necessaria fra attività lavorativa e danno subito, anche l'illiceità del comportamento, requisito questo che non è invece indispensabile nell'ipotesi prevista dall'art. 2087 c.c.<sup>21</sup>

<sup>12</sup> Cass., 12 marzo 2008, n. 6632, in *Dir. e Giust.*, 2008, con nota di CORRADO; Id., 6 marzo 2008, n. 6033, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 3, 368; Id., 22 agosto 2007, n. 17836, *ivi*, 2007, 7-8; Id., 4 marzo 2005, n. 4742, *ivi*, 2005, 4. Le sentenze citate non prendono però in considerazione ipotesi di danno da *mobbing*, ma "ordinari" danni subiti da terzi; per la correttezza dell'utilizzo di quest'articolo nell'ipotesi di *mobbing* v. oltre nel testo della nota.

<sup>13</sup> *Contra* SCOGNAMIGLIO, *Mobbing: profili civilistici e giuslavoristici*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 1-2, 5, secondo cui è sufficiente ravvisare l'oggettività lesiva della condotta risultando conseguentemente implicito il fine illecito perseguito.

<sup>14</sup> Oltre le sentenze già citate richiedono espressa volontà persecutoria anche Cass., 26 marzo 2010, n. 7382, in *Dir. e Giust.*, 2010; Id., 20 marzo 2009, n. 6907, in *Foro It.*, 2009, 5, 1375, con nota di PERRINO; Id., 29 gennaio 2008, n. 1971, in *Dir. e Giust.*, 2008. Secondo una parte della giurisprudenza, che sembra oramai superata, il lavoratore sarebbe invece esonerato dall'onere di provare l'elemento soggettivo della volontarietà: Cass., 2 maggio 2000, n. 5491, in *Lav. nella Giur.*, 2000, 830, con nota di NUNIN.

<sup>15</sup> La sensibilità del lavoratore vale però anche ad escludere la configurabilità della fattispecie *mobbing*, v. Cass., 21 aprile 2009, n. 9477, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 4, 657.

<sup>16</sup> Cass., 22 febbraio 2010, n. 4063, in *Giust. Civ.*, 2010, 9, 1884, secondo cui la valutazione complessiva della condotta del datore di lavoro vale anche ai fini dell'adeguata quantificazione del risarcimento eventualmente spettante al lavoratore.

<sup>17</sup> In dottrina v. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 3, secondo cui la condotta vessatoria dei dipendenti del datore di lavoro avverso un collega è punibile a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., altresì il datore di lavoro sarebbe responsabile ex art. 2049 c.c. per la condotta illecita altrui.

<sup>18</sup> Come peraltro già sostenuto dalla medesima Corte di appello nella sentenza del 7 aprile 2009, cit. Sul punto in dottrina v. PERA, *op. cit.*, 297; F. CARINCI, *Un fantasma si aggira tra le aule giudiziarie: il mobbing*, in *Il mobbing* a cura di Tosi, cit., 93.

<sup>19</sup> Come già chiarito da Cass., 29 agosto 2007, n. 18262, in *Guida Dir.*, 2007, 38, 30 con nota di TATARELLI.

<sup>20</sup> E infatti opportunamente il danno da *mobbing* viene risarcito a titolo di responsabilità contrattuale: App. Firenze, 26 maggio 2009, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2010, 1, 58, con nota di PAOLUCCI; Cons. di Stato, 1° ottobre 2008, n. 4738, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 10, 2758; Id., 27 novembre 2007, n. 24625, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11; Id., 25 maggio 2006, n. 12445, in *Not. giur. Lav.*, 2006, 4, 471; Id., 21 ottobre 1997, n. 10361, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1979; Id., 29 marzo 1995, n. 3740, in *Mass. Giur. Lav.*, 1995, 359, con nota di LORUSSO. Sembra di potersi affermare quindi, che sia superato, in giurisprudenza, quell'orientamento che reputava il datore di lavoro responsabile, per il danno da *mobbing*, contemporaneamente sul piano sia contrattuale che extracontrattuale per violazione dei diritti soggettivi primari, Cass., 21 dicembre 1998, n. 12763, in *Not. giur. Lav.*, 1999, 184; Id., 4 novembre 1996, n. 9522, in *Danno e Resp.*, 1997, 15, con nota di CARBONE. Sul punto la dottrina non è però concorde; v. in generale ARCIDIACONO, *Il mobbing e l'Unione Europea. Nuove emergenze sul luogo di lavoro. Legislazione e prospettive*, in *Rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, 2009, 1, 23 e segg. Una parte della dottrina riconduce il *mobbing* all'inadempimento contrattuale, VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 103 e segg.; Id., *Mobbing: qualificazione, oneri probatori rimedi*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 1-2, 10 e seg., altra parte si rifà alla responsabilità extracontrattuale, *Il mobbing* a cura di Tosi, cit., 171. Infine alcuni reputano che il datore di lavoro sia responsabile allo stesso tempo sia sul piano contrattuale che su quello extracontrattuale e che pertanto le due ipotesi di responsabilità concorrano tra loro, *contra*, GRAGNOLI, voce "Mobbing", in *Digesto Comm.*, Torino, 2003, 704, secondo cui non è persuasivo parlare di concorso tra le due responsabilità.

<sup>21</sup> Cass., 6 marzo 2006, n. 4774, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, 3, 562, con nota di PAPPALIGIONI. Per completezza, sebbene nel caso di specie sia coinvolta un'azienda regionale, bisogna anche

Infine i giudici di appello richiamano un'ulteriore sentenza della Corte di cassazione<sup>22</sup> allo scopo di distinguere, sotto il profilo sostanziale e processuale, la domanda diretta a far cessare una condotta discriminatoria fondata su motivazioni sindacali, da quella diretta ad ottenere una condanna per *mobbing*. Premesso che entrambe le fattispecie necessitano di un atto consapevolmente vessatorio posto in essere dal datore di lavoro, è però da chiarire che il *mobbing* richiede una pluralità

di comportamenti unificati dallo scopo di emarginare il soggetto e che eventualmente possono ricomprendere anche atti lesivi dei diritti sindacali. Invece la discriminazione per motivi sindacali oppure altri fatti illeciti rilevanti nella loro singolarità<sup>23</sup> si esauriscono in un unico atto o comportamento, che viola diritti costituzionali o prerogative sindacali previste dalla legge.

FILIPPO OLIVELLI

---

*ricordare che la giurisprudenza prevede che la responsabilità ex art. 2049 c.c. della pubblica amministrazione per illeciti commessi dai propri dipendenti sussista solo nel caso in cui la condotta del lavoratore, oltre che essere legata da un nesso di causalità con il danno prodotto, costituisca esplicazione dell'attività dell'ente e tenda al conseguimento dei suoi fini istituzionali; infatti la frattura del rapporto organico esclude la responsabilità della pubblica amministrazione; Cass., 28 agosto 2007,*

n. 18184, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8; Id., 12 agosto 2000, n. 10803, in *Foro It.*, 2001, 1, 3289 con nota di GIRACCA; Id., 17 settembre 1997, n. 9260, in *Danno e Resp.*, 1998, 244, con nota di CESARE.

<sup>22</sup> Cass., 9 settembre 2008, n. 22893, cit.

<sup>23</sup> Quali ad esempio la dequalificazione professionale per violazione dell'art. 2103 c.c., le molestie sessuali, il trasferimento illegittimo; v. inoltre GRAGNOLI, voce cit., 700.

# Diritto Processuale Civile

a cura di SERGIO CHIARLONI  
con CHIARA BESSO e ACHILLE SALETTI

## REVOCAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 giugno 2010, n. 13834, pag. 605.

## TARIFFA FORENSE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 3 giugno 2010, n. 13452, pag. 608.

TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2010, pag. 609.

## MANCATA SEGNALAZIONE DEL GIUDICE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2010, n. 10062, pag. 614.

## PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

TRIBUNALE VARESE, 27 novembre 2009 (ordinanza), pag. 619.

**Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali**  
di GIORGIO FRUS.

## DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO


TRIBUNALE BELLUNO, 4 novembre 2009, pag. 621.

## REVOCAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 9 giugno 2010, n. 13834 — MORELLI *Presidente* — SPAGNA MUSSO *Relatore* — FINOCCHI GHERSI *P.M.* (diff.) — De R. (avv.ti Procaccini, Attingenti) - R.D. (avv. Corvino).

**Procedimento civile — Revocazione — Procedimenti soggetti al rito del lavoro — Applicabilità — Termine — Decorrenza** (C.p.c. artt. 398, 400, 447 *bis*; L. 11 agosto 1973, n. 533).


*Le modalità di proposizione dell'atto introduttivo previste per il rito del lavoro si applicano anche al caso di instaurazione di un giudizio di revocazione che riguardi una delle controversie assoggettate a tale rito, sicché, ai fini della tempestività della relativa domanda, occorre porre riferimento al momento del deposito del ricorso (1).*

 *Omissis.* — *Motivi:* Con il primo motivo di ricorso si deduce violazione dell'art. 398 c.p.c., comma 1, prevedendo detta norma, contrariamente a quanto ritenuto dalla Corte territoriale, che “la revocazione si propone con citazione davanti allo stesso Giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata”. Con il secondo motivo si deduce “violazione degli artt. 325 e 326 c.p.c. e dell'art. 123 disp. att. c.p.c. in relazione all'art. 398 c.p.c. in quanto detto art. 325 c.p.c. fissa il termine per la proposizione dell'impugnazione ma non certo quello per il deposito dell'impugnazione stessa. Si aggiunge che “l'attore, con notifica al convenuto della citazione ex art. 398 c.p.c., comma 1, in data 10.6.2004, proponeva tempestivamente la revocazione ex art. 395

c.p.c., n. 4 ed ha comunicato la *in ius vocatio* e la *edictio actionis* con la tempestiva notificazione della citazione al convenuto, ma ha provocato la consequenziale comunicazione della avvenuta notificazione della citazione anche alla stessa terza sezione della Corte di Appello di Napoli a mezzo dell'avviso ex art. 123 disp. att. c.p.c. da parte dell'Ufficiale Giudiziario notificatore”. Il ricorso non merita accoglimento in relazione a entrambe le suddette censure, da trattarsi congiuntamente per il medesimo *thema decidendum*. Non censurabile, infatti, è l'impugnata decisione, per quanto sopra testualmente riportato, che ha, tra l'altro, correttamente applicato quanto statuito da questa Corte (tra le altre, Cass. n. 4537/92) secondo cui, pur nell'assenza di una particolare previsione nella L. 11 agosto 1973, n. 533, il rito speciale del lavoro è applicabile al procedimento di revocazione relativo a sentenze pronunciate nelle controversie in materia di lavoro e previdenza ed assistenza obbligatorie, osservandosi davanti al giudice adito, ai sensi della disciplina generale di tale mezzo d'impugnazione, le norme stabilite per il procedimento davanti a lui (in quanto non derogate da quelle dettate in tema di revocazione), con la conseguenza che la domanda di revocazione deve reputarsi proposta nel termine di cui agli artt. 325 e 326 c.p.c., allorché il ricorso introduttivo del relativo procedimento sia depositato, entro quel termine, nella cancelleria del giudice adito, anche se la notificazione del ricorso stesso e del decreto di fissazione dell'udienza avvenga successivamente. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P. Q. M.

La Corte rigetta il ricorso. — *Omissis.*

 (1) 1. La suprema Corte, nella pronuncia in epigrafe, affronta il tema relativo all'impugnazione per revocazione proposta avverso una sentenza emessa

in un giudizio svoltosi secondo il rito speciale del lavoro, mostrando di aderire ad una lettura sistematica del dato normativo, in (apparente) antitesi con quanto espressamente previsto dalla disciplina codicistica in caso di instaurando procedimento revocatorio.

*Sub specie*, con atto di citazione notificato in data 10 giugno 2004, il signor De R. chiedeva la revocazione ai sensi dell'art. 395, n. 4, c.p.c. della sentenza della Corte di appello di Napoli n. 1012/2004, notificatagli in data 11 maggio 2004, in materia di locazione.

Si costituiva il sig. R.D. eccependo l'inammissibilità della revocazione, perché tardiva, oltre che per la mancata specificità dei motivi e delle conclusioni, nonché l'infondatezza nel merito del ricorso.

L'adita Corte di merito, dopo aver disposto il mutamento del rito da ordinario in quello del lavoro (trattandosi di questioni in materia di locazione), con la decisione in esame, dichiarava inammissibile la domanda di ricorso, rilevando che «la domanda per revocazione, irritualmente proposta con atto di citazione e convertita in ricorso per effetto del mutamento del rito, è stata però depositata in Cancelleria il 28 giugno 2004 e quindi oltre il termine di trenta giorni dalla notifica della sentenza di cui si chiede la revocazione, notifica avvenuta l'11 maggio 2004, come convengono entrambe le parti».

Ricorreva, dunque, per cassazione il De R. censurando con il primo motivo la pronuncia della Corte d'appello sulla base del disposto letterale della norma, il quale reca espressamente all'art. 398 c.p.c.:

«La revocazione si propone con citazione davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata».

Con il secondo motivo, inoltre, si denunciava «violazione degli artt. 325 e 326 c.p.c. e dell'art. 123 disp. att. c.p.c. in relazione all'art. 398 c.p.c. in quanto detto art. 325 c.p.c. fissa il termine per la proposizione dell'impugnazione ma non certo quello per il deposito dell'impugnazione stessa».

Valutata l'opportunità di un'unitaria trattazione delle censure proposte, in ragione del medesimo *thema decidendum*, i giudici di legittimità rigettavano il ricorso, riproponendo le argomentazioni svolte tempo prima dalla medesima suprema Corte nella sentenza n. 4537/1992<sup>1</sup>, allorché, chiamata a pronunciarsi avverso una sentenza emessa in un giudizio di competenza della sezione specializzata agraria<sup>2</sup>, aveva desunto il carattere di "ancillarità procedimentale" di tale mezzo impugnatorio dal dato positivo, ovvero dallo stesso art. 400 c.p.c. che reca: «Davanti al giudice adito si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui in quanto non derogate dal presente capo»<sup>3</sup>.

Ciò a dire che nel procedimento di revocazione relativo ad una sentenza emessa a seguito di un giudizio svoltosi secondo il rito del lavoro si osservano le norme previste per tale rito; *in primis*, dunque, quella relativa alla forma dell'atto introduttivo, sino a giungere, comprendendola, a quella che, a pena di nullità della sentenza, ne impone la lettura del dispositivo nell'udienza di discussione della causa<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> È la pronuncia Cass., 14 aprile 1992, n. 4537, in *Mass. Giur. It.*, 1992, e in *www.utetgiuridica.it*, per esteso, che a sua volta rievoca il principio già affermato in tempi assai risalenti da Cass., 9 gennaio 1979, n. 136, in *Giust. Civ.*, 1979, I, 413, secondo cui «al procedimento per revocazione avverso sentenze in materia di controversie di lavoro si applicano le disposizioni proprie del rito del lavoro, senza che siano operanti le deroghe previste dal codice di procedura civile (art. 398 c.p.c.) con riferimento al rito ordinario, ma incompatibili con il rito speciale del lavoro».

<sup>2</sup> Nel caso qui esaminato, la Corte d'appello adita in revocazione, pur ammettendo che potesse ritenersi equipollente alla citazione indicata all'art. 398 c.p.c. la forma del ricorso-decreto per proporre la revocazione, rilevava la tardività della domanda, dal momento che nel termine perentorio di decadenza non era stata effettuata la notificazione del ricorso depositato. La suprema Corte, cassando con rinvio la pronuncia impugnata, statuiva che «pur in assenza di alcuna particolare previsione nella L. 11 agosto 1973, n. 533, il rito speciale del lavoro si applica al procedimento di revocazione relativo alle sentenze pronunciate nelle controversie in tema di lavoro e di previdenza ed assistenza obbligatoria (dal cui rito sono disciplinate anche le controversie in materia di contratti agrari), osservandosi davanti al giudice adito, ai sensi della disciplina generale di tale mezzo di impugnazione le norme stabilite per il procedimento davanti a lui, in quanto non derogate da quelle dettate in tema di revocazione. Ne consegue che la domanda di revocazione deve reputarsi proposta nel termine di cui agli artt. 325 e 326 c.p.c. allorché il ricorso introduttivo del relativo procedimento sia depositato entro quel termine nella cancelleria del giudice adito, anche se la notificazione del ricorso stesso e del decreto di fissazione di udienza avvenga successivamente».

<sup>3</sup> In senso conforme, con riferimento al rito speciale del lavoro, App. Napoli, 11 febbraio 2005, in *www.utetgiuridica.it*; Cass., 8 aprile 1991, n. 3680, in *Mass. Giur. Lav.*, 1991, 448; Id., 24 febbraio 1982, n. 1167, in *Mass. Giur. It.*, 1982; Id., 9 gennaio 1979, n. 136, cit. In dottrina, MONTELEONE, *Manuale di diritto processuale civile*, I, Padova, 2009, 714; NICOLETTI, *La revoca-*

*zione della sentenza*, Milano, 1988, 74. Del tutto isolata è rimasta, invece, Id., 6 giugno 1980, n. 3654, in *Mass. Giur. It.*, 1980, secondo cui «la proposizione della domanda di revocazione davanti al Tribunale in sede ordinaria e non anche davanti al Tribunale in funzione del giudice del lavoro che ha pronunciato la sentenza impugnata non costituisce violazione del primo comma dell'art. 398 c.p.c. per il quale la revocazione si propone con citazione davanti allo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata, in quanto le funzioni di giudice del lavoro si ricollegano, nell'ambito di un medesimo ufficio giudiziario, ad una mera ripartizione di compiti e non ad una distinzione di autonome sfere di competenza».

<sup>4</sup> Così Cass., 8 aprile 1991, n. 3680, cit., nella quale la Corte di cassazione aveva taciuto di nullità la sentenza «per avere il Tribunale pronunciato la sentenza medesima senza dare lettura del dispositivo nella pubblica udienza» avendo — lascia intendere la pronuncia — previamente applicato il rito speciale del lavoro. V. anche, Id., 15 febbraio 1989, n. 911, in *Mass. Giur. It.*, 1989, in cui la Corte osserva: «Posto che nel giudizio di revocazione si applicano le norme stabilite per il procedimento davanti al giudice della cui sentenza si chiede la revocazione, correttezza formale imponeva l'adozione del ricorso e non della citazione come mezzo introduttivo del giudizio, ma la violazione, a parere del Collegio, non comporta però la nullità del giudizio richiesta dalla ricorrente. [...] Discende da ciò che nemmeno la omessa lettura del dispositivo in udienza produce la nullità della sentenza resa nel giudizio svolto con rito ordinario sembrando al collegio un fatto di coerenza giuridica che, ai fini della lettura del dispositivo in udienza, non possa perciò annettersi significato emergente alla natura del rapporto (art. 409 c.p.c.) ove sia adottato il rito ordinario». Qui la diversa soluzione appare motivata sulla base del rilievo secondo cui, diversamente da quanto accaduto nella pronuncia del 1991, il giudizio di revocazione si era svolto interamente secondo le norme del rito ordinario. Allorché, dunque — precisa la suprema Corte —, non vi sia stata l'emissione di un provvedimento (ordinanza) al fine del mutamento del rito (imposto, del resto, dalla disciplina

Da ciò discende, quale immediato e logico corollario, l'asserto secondo cui la valutazione della tempestività della domanda vada individuata con riferimento all'avvenuto espletamento dell'incombente processuale ritualmente corretto — in tal caso, il deposito del ricorso — restando a tal fine irrilevante che la notificazione del ricorso depositato e del decreto di fissazione udienza sia avvenuta successivamente alla scadenza dei termini di cui agli artt. 325 e 326 c.p.c.<sup>5</sup>

A supporto di tale opinione la Corte di cassazione si era, in verità, già espressa incidentalmente nella recente pronuncia n. 20812/2009<sup>6</sup>; in tale contesto deciso, infatti, rievocando il concetto di specialità connotato al rito del lavoro, i giudici di legittimità affermavano l'idoneità del deposito del ricorso ai fini del tempestivo perfezionamento dell'impugnazione *de qua*, costituendo tale incombenza impulso processuale necessario ma anche sufficiente ad instaurare un valido rapporto processuale<sup>7</sup>, in ragione dell'avvenuta *vocatio* di una delle parti necessariamente coinvolte nel processo, secondo il modello alternativamente previsto *ex lege* dell'atto di citazione (*vocatio in iudicio*) e del ricorso (*vocatio iudicis*).

Da ciò derivandone, quale ulteriore conseguenza processuale, che, in tale ultimo caso, non possa trovare applicazione l'art. 399, commi 1 e 2, c.p.c., che impone, allorché la revocazione sia proposta davanti al Tribunale o alla Corte d'appello, il deposito della citazione entro venti giorni dalla notificazione nella cancelleria del giudice adito, con la copia autentica della sentenza impugnata, «dal momento che tale disposizione si riferisce al solo rito ordinario e, come tale, non può

esercitare alcuna influenza sul processo del lavoro che ha struttura propria e diversa»<sup>8</sup>.

2. L'art. 400 c.p.c., dalla cui interpretazione sistematica di matrice giurisprudenziale originano le considerazioni sinora esposte, potrebbe, d'altro canto, prestarsi ad un'altra, ben diversa, lettura, quantomeno con riferimento al suo inciso finale, che sembra circoscrivere il rinvio alle norme stabilite per il procedimento davanti al giudice adito solo «in quanto non derogate da quelle del presente capo».

Ove, infatti, si volesse attribuire carattere operativo preminente alla suesposta clausola di riserva espressa, appare chiaro che il modello procedimentale sinora vagliato ed effettivamente applicato dalla giurisprudenza più recente verrebbe di fatto a collidere con il dato testuale della norma che non lascia spazio ad equivoci in merito alla forma introduttiva da adottarsi (art. 398 c.p.c.).

Ciò a dire che proprio perché tale previsione è espressamente dettata *ex art.* 398 c.p.c., Capo IV, intitolato «Della revocazione», non v'è ragione di disattendere la regola della forma della citazione nel caso in cui per l'instaurazione del processo conclusosi con la sentenza poi impugnata fosse prevista la forma del ricorso<sup>9</sup>.

E ciò per l'ulteriore ragione secondo cui anche la locuzione «davanti al giudice adito si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui» sarebbe diversamente interpretabile, potendo ben sostanzarsi, secondo l'intento del legislatore, unicamente in un criterio discrezionale determinante il complesso normativo da applicare a seconda dello specifico grado in cui è

particolare contenuta nelle norme di cui agli artt. 426-439 c.p.c.), «deve desumersi che il processo non può che proseguire secondo la forma e le regole originariamente adottate [...]. Deve ritenersi valido il principio che la nullità della sentenza per omessa lettura del dispositivo si verifica solo allorché sia adottato il rito del lavoro così come già rilevato da Cass. n. 2405/1986».

<sup>5</sup> Tale osservazione è alla base del consolidato orientamento per cui il rapporto processuale può comunque ritenersi tempestivamente instaurato se nel termine prescritto dalla norma si sia provveduto all'espletamento dell'incombente processuale effettivamente corretto, nonostante l'errata forma introduttiva dell'atto (ad es. deposito della citazione o notifica del ricorso), in ossequio al principio della conservazione degli atti processuali, v. *ex multis*, Cass., 22 aprile 2010, n. 9530, in *www.utetgiuridica.it*; Id., 20 luglio 2004, n. 13422, in *Guida Dir.*, 2004, 37, 75; Id., 4 novembre 1995, n. 11517, in *Foro It.*, 1996, I, 1329.

<sup>6</sup> È la pronuncia del 29 settembre 2009, n. 20812, in *www.utetgiuridica.it*, per esteso, che affronta il tema del procedimento di revocazione relativo a sentenza resa in un giudizio svolto secondo il rito del lavoro nell'ottica, però, non soltanto della tempestività della revocazione *tout-court*, ma con riferimento alla decorrenza del termine per la proposizione del ricorso in cassazione.

<sup>7</sup> La Corte infatti, con dovizia di argomentazioni, precisa che «nel rito del lavoro l'impugnazione si perfeziona, ai sensi dell'art. 435 c.p.c., con il deposito del ricorso nella cancelleria del giudice *ad quem*» per effetto del quale si instaura il rapporto processuale — diversamente dal rito ordinario in cui per la costituzione del rapporto processuale è necessario che l'atto di impugnazione sia portato a conoscenza di controparte, [...] per cui il compimento di tale attività formale e acceleratoria è equiparabile alla notificazione della sentenza impugnata e la tempestività del successivo ricorso per cassazione proposto dalla me-

desima parte (salvo sospensione del termine) dev'essere verificata con riguardo al termine di sessanta giorni da detto deposito e non dalla successiva notificazione del ricorso stesso e del decreto di fissazione dell'udienza alla controparte».

<sup>8</sup> Così già Cass., 9 gennaio 1979, n. 136, cit., confermata in tal senso dalla più recente Id., 29 settembre 2009, n. 20812, cit.

<sup>9</sup> Così, BALENA, *Elementi di diritto processuale civile*, Bari, 2006, II, 462; RICCI G., *Diritto processuale civile*, Torino, 2006, V, II, 315 e seg., il quale, tuttavia, propone un'affannosa soluzione a carattere prudenziale, affermando che «nel bisticcio interpretativo, l'unico modo per stare tranquilli è quello di proporre il procedimento con ricorso, facendo però sì che non solo il deposito, ma anche la notifica dello stesso e del relativo decreto alla controparte avvengano nel termine per impugnare». *Contra*, BASILICO, *Sulla fase introduttiva del giudizio di revocazione nel rito del lavoro*, in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 1356 e 1358, la quale, commentando la prima pronuncia edita sul tema, ossia Cass., 9 gennaio 1979 n. 136, di cui *supra* in nota (1), afferma che «essendo la legge n. 533/1973 entrata in vigore durante lo svolgimento delle varie fasi del giudizio, sulla base del disposto dell'art. 20 (secondo cui «Le norme previste nella presente legge sono applicabili anche ai giudizi in corso al momento della sua entrata in vigore»), la normativa applicabile da quel momento è quella del rito speciale. [...] per cui anche se il legislatore del 1973 nulla ha disposto specificamente riguardo alla revocazione, occupandosi — in merito ai mezzi di impugnazione — soltanto dell'appello, è da ritenere senz'altro che la domanda di revocazione sia esattamente proposta con ricorso oltre che per intervento dell'art. 20, anche per analogia con il rito ordinario, in cui la domanda di revocazione si propone nella stessa forma dell'atto introduttivo del giudizio di primo grado e davanti allo stesso giudice (art. 398 c.p.c.)» pertanto conclude «la causa pende fin dal momento del deposito di esso (del ricorso)».

stata pronunciata la sentenza, come, ad esempio la disciplina sull'intervento di terzi o quella relativa all'incidenza dello *ius novorum* ecc.<sup>10</sup>

Tale, del resto, è la tesi accolta dalla medesima suprema Corte in due precedenti pronunce, rispettivamente del 1990 e del 2003<sup>11</sup>, rimaste di fatto disattese dalla più recente sentenza qui annotata.

In entrambi i casi suindicati, a fronte dell'avvenuta proposizione della revocazione mediante la forma del ricorso, la suprema Corte aveva esaminato e conseguentemente accolto l'eccezione di inammissibilità della stessa, essendo tale scelta interpretativa dettata dalla stessa lettura del combinato disposto degli artt. 398 e 400 c.p.c., il quale impone di ritenere che la domanda di revocazione vada proposta con citazione anche quando per l'introduzione del giudizio definito con la sentenza revocata sia prevista la forma del ricorso; in presenza di tale incontestabile dato testuale, «ne deriva che la domanda di revocazione non può che ritenersi proposta con la notificazione dell'inerente citazione» restando salva, per esigenze di economia processuale, solo la convertibilità del ricorso, con cui sia proposta la domanda di revocazione, purché il ricorso sia stato notificato unitamente al pedissequo decreto contenente l'indicazione della data di comparizione.

Ciò in ragione del fatto, precisa la sentenza n. 7203/1990, che «in primo luogo, l'art. 400 c.p.c. dispone che davanti al giudice della revocazione si osservano le norme stabilite per il procedimento davanti a lui, non già che debbano essere osservate le stesse norme stabilite per il procedimento concluso con la sentenza di cui si chiede la revocazione; in secondo luogo — e comunque — (e questa è la motivazione di fatto più stringente) — viene espressamente esclusa l'applicabilità di quelle norme del procedimento derogate dalle norme del capo specifico, compresa, quindi, quella relativa alla forma dell'atto introduttivo».

3. Appare senz'altro opportuno ravvisare in tale *iter* motivazionale un approccio scevro da forzature interpretative e perciò condivisibile per la sua innegabile coerenza logica.

Tuttavia, è probabile che la soluzione a tale questione vada ricercata non tanto nel dato positivo strettamente inteso, quanto piuttosto nel fondamento sostanziale della suddetta specialità<sup>12</sup>.

La devianza dal modello legale ordinario, disciplinato dalla legge n. 533/1973, trova, infatti, la sua *ratio* nell'esigenza di tutelare *ab origine* determinate situazioni sostanziali che per la natura essenziale dell'inte-

resse coinvolto o per la particolare situazione di urgenza di cui risultano ontologicamente intessute necessitano di una concentrazione e una immediatezza di trattazione estranei al modello ordinario<sup>13</sup>.

Ai fini, dunque, di un utile coordinamento tra le due discipline, non v'è dubbio che la lettura proposta nella sentenza n. 13834/2010 consenta di trascendere la mancanza di univocità interpretativa cui si presta il dato normativo, convogliando le norme strettamente intese in una logica applicativa, orientata *in primis* ad una tempestiva, *ergo*, effettiva, salvaguardia dei peculiari diritti azionati.

## TARIFFA FORENSE

### I.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE LAVORO, 3 giugno 2010, n. 13452 — LAMORGESE *Presidente* — COLETTI DE CESARE *Relatore* — FUZIO P.M. (conf.) — G.C. ed altro (avv. Pellicanò) - Inps (avv.ti Fabiani, Triolo).

**Procedimento civile — Connessione — Avvocato e procuratore — Tariffa professionale — Disapplicazione — Spese processuali — Liquidazione — Criteri — Sentenza civile — Motivazione** (C.p.c. artt. 40, 91, 92; L. 13 giugno 1942, n. 795, art. 4; R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 60).

**Procedimento civile — Connessione — Avvocato e procuratore — Tariffa professionale — Disapplicazione — Spese processuali — Liquidazione — Criteri — Domanda giudiziale — Determinazione del valore** (C.p.c. artt. 40, 91, 92; L. 13 giugno 1942, n. 795, art. 4; R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 60).

*Nella liquidazione delle spese processuali per più cause riunite che affrontano identiche questioni, il giudice può discostarsi dal Tariffario forense solamente in riferimento alla voce degli onorari e non anche a quelle dei diritti e delle spese, con i limiti di cui all'art. 60, comma 5, R.D.L. n. 1578/1933, integrata dalla L. 13 giugno 1942, n. 794, art. 4, e con l'obbligo di dare espressa motivazione, con riferimento alle circostanze di fatto del processo, dei motivi che giustificano la disapplicazione degli importi minimi che la legge individua per la remunerazione di una determinata attività professionale (1).*

*In caso di riunione di cause, il giudice ha l'obbligo di procedere alla liquidazione delle spese mediante la determinazione del valore di ciascuna delle controversie riunite (2).*

<sup>10</sup> Così, *Codice di procedura civile* a cura di Picardi, Milano, 2008, 2090.

<sup>11</sup> V. Cass., 11 luglio 1990, n. 7203, in *Mass. Giur. It.*, 1990 e in *www.utetgiuridica.it*, per esteso e la più recente *Id.*, 11 marzo 2003, n. 3554, in *Arch. Civ.*, 2004, 131.

<sup>12</sup> Così anche, BASILICO, *op. cit.*, 1355.

<sup>13</sup> Ciò è verosimilmente alla base dell'*iter* logico-argomentativo che ha condotto la suprema Corte a riproporre la soluzione di cui alla sentenza n. 4537/1992 anche con riguardo al rito camerale applicabile in materia di divorzio; la recente Cass., 3 luglio 2008 n. 18433, in *Guida Dir.*, 2008, 44, 65, s.m., infatti, afferma che «pur nell'assenza di alcuna particolare previsione nell'art. 4 legge n. 898/1970, il rito camerale è applicabile al

procedimento di revocazione relativo a sentenza di divorzio, osservandosi davanti al giudice adito (art. 400 c.p.c.) le norme stabilite davanti a lui [...]. Deriva da quanto precede, pertanto, che la Corte d'appello, investita della cognizione di divorzio da essa pronunciata, può decidere la controversia nella stessa prima udienza di comparizione e trattazione, non trovando applicazione, in materia, in ragione dello svolgimento del procedimento secondo il rito camerale, la disposizione di cui all'art. 352 c.p.c.». *Contra*, una risalente pronuncia, Cass., 16 gennaio 1987, n. 300, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, che si era espressa a favore della nullità della pronuncia emessa in revocazione, e per il cui giudizio era stato adottato il rito camerale.


## II.

TRIBUNALE MILANO, 14 gennaio 2010 — LAMANNA *Presidente ed Estensore* — V.S.D. (avv. Jacopini) - C.d.V. s.p.a. in amministrazione straordinaria (avv. Bianchi).

**Avvocato e procuratore — Tariffa professionale — Inderogabilità — Disciplina comunitaria della concorrenza — Normativa interna attuativa di principi comunitari — Disapplicazione — Attività svolta a favore di una procedura concorsuale — Ammissione al passivo — Liquidazione — Criteri** (Trattato CE artt. 10, 49, 81, 82; L. 4 agosto 2006, n. 248; D.M. 8 aprile 2004, n. 127; L. 13 giugno 1942, n. 794; R.D. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 93, 99, 111; R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578).

*Nell'accertare i compensi dovuti a un avvocato per l'opera prestata a favore di un'impresa in amministrazione straordinaria, il giudice delegato in sede di ammissione al passivo, e successivamente il Tribunale in caso di opposizione allo stato passivo, possono legittimamente discostarsi dalla Tariffa professionale vigente e valutare in concreto l'attività professionale svolta, quantificando il compenso dovuto in misura inferiore ai minimi tariffari, in attuazione delle norme comunitarie e di diritto interno attinenti alla libera prestazione dei servizi (3).*

## I.

 *Omissis.* — Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione del R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578, art. 60, in combinato disposto con la L. 13 giugno 1942, n. 794, art. 4, nonché carenza assoluta di motivazione.

Si assume che illegittimamente la sentenza impugnata abbia fatto applicazione del richiamato art. 60, trattandosi di norma non più in vigore, per essere stata la materia regolata “ex novo” dalla L. n. 794 del 1942, art. 4, che ha previsto il criterio della “particolare semplicità” in luogo di quello della “facile trattazione” della causa e ha introdotto un preciso limite al potere del giudice di attribuire onorari inferiori al minimo di tariffa stabilendo che la riduzione può essere operata (solo) “sino alla metà dei minimi”.

Si aggiunge (sub lett. A, B e C dello stesso primo motivo) che, in ogni caso, ove si ritenga tuttora in vigore l'art. 60 cit., la sua applicazione da parte della Corte territoriale è stata palesemente errata, in quanto la riduzione è stata operata senza alcuna motivazione, pure richiesta dalla norma, tale non potendosi considerare la mera enunciazione del criterio legale, e comunque senza tenere conto che le questioni trattate erano “di difficile trattazione”, nonché in maniera onnicomprensiva per diritti e onorari, laddove la stessa norma conferisce al giudice il potere di riduzione, al di sotto del minimo previsto dalle tabelle professionali, soltanto per la voce relativa agli onorari di avvocato.

2. Con il secondo motivo si sostiene che, in ogni caso, il giudice d'appello non ha correttamente applicato la medesima norma, da leggersi in correlazione con il D.M. 5 ottobre 1994, n. 585, art. 4, non essendo ravvisabili nel caso di specie i presupposti fissati da tale ultima disposizione per la derogabilità della tariffa, cioè, in particolare, la “manifesta sproporzione” fra l'attività svolta dall'avvocato e gli onorari previsti in tabella e l'acquisizione del parere del Consiglio dell'ordine.

3. Nel terzo e nel quarto motivo, con denuncia, rispettivamente, di carenza di motivazione e di violazione della L. n. 794 del 1942, art. 24, si rileva un ulteriore profilo di illegittimità della decisione della Corte territoriale per avere attribuito a ciascuno degli appellanti — operata la riduzione ai sensi del citato art. 60 — le somme liquidate per diritti e

onorari in maniera forfettaria e globale ed a prescindere dal valore di ogni singola causa riunita, mentre, come si era specificamente dedotto nell'atto di appello, la liquidazione andava effettuata, secondo le rispettive note spese regolarmente allegate, per ciascuna causa.

4. Nel quinto motivo, con denuncia di violazione e falsa applicazione degli artt. 91 e 92 c.p.c., nonché di errata e contraddittoria motivazione, i ricorrenti censurano la sentenza impugnata per aver integralmente compensato le spese del giudizio d'appello “per giusti motivi”, tali non potendo considerarsi quelli posti dal giudice a quo a fondamento della relativa statuizione.

5. I primi quattro motivi, tra loro connessi e che, perciò, si esaminano congiuntamente, sono fondati per alcuni dei profili evidenziati dalle ricorrenti, alla stregua dell'orientamento consolidato espresso da questa Corte in analoghe controversie (cfr., ex pluribus, Cass. n. 27804 del 2008, n. 17920 del 2009, n. 949 del 2010).

6. Va premesso che il mancato rispetto dei minimi risulta dalla stessa sentenza impugnata, che proprio a tal fine ha fatto applicazione del R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 60, (cfr. Cass. n. 18829 del 2007). Quest'ultima disposizione, contrariamente all'assunto dei ricorrenti, non può ritenersi implicitamente abrogata dalla L. 13 giugno 1942, n. 794, art. 4, che, nel prevedere la riduzione dei minimi tariffari per le controversie di particolare semplicità, dispone che la riduzione degli onorari non possa superare il limite della metà; tale disposizione, invero, non sostituisce, ma integra, la previsione contenuta nell'art. 60, comma 5, cit., indicando il limite massimo della riduzione degli onorari (cfr., con riguardo al collegamento fra le due disposizioni, Cass. n. 27804 del 2008, cit.).

7. Orbene, l'art. 60 in esame, nel disciplinare la liquidazione degli onorari, stabilisce che quando la causa risulta di facile trattazione il giudice può attribuire l'onorario in misura inferiore al minimo e, in tal caso, la decisione deve essere motivata.

8. L'esame della norma ha consentito alla giurisprudenza di questa Corte l'affermazione di due principi, ognuno distintamente violato dalla sentenza qui impugnata.

Anzitutto, poiché la regola posta dalla disposizione in esame è limitativa del diritto della parte al rimborso delle spese processuali sostenute per l'affermazione del proprio diritto (cfr. art. 24 Cost., e art. 91 c.p.c.), deve ritenersi che la facoltà di scendere al di sotto dei minimi sia limitata alla sola voce, espressamente menzionata, dell'onorario (cfr., a superamento di un risalente indirizzo, Cass. n. 14070, n. 14311 e n. 18829 del 2007). In secondo luogo, il giudice ha l'obbligo di motivare espressamente la sua decisione, con riferimento alle circostanze di fatto del processo, e non può, per converso, limitarsi ad una pedissequa enunciazione del criterio legale (cfr. Cass. n. 13478 del 2006, nonché le successive sopra citate), ovvero alla mera aggiunta di un elemento estrinseco, meramente indicativo, quale la identità delle questioni (cfr., in particolare, Cass. n. 14311 del 2007). Né potrebbe sostenersi che il menzionato obbligo di motivazione sia venuto meno per effetto della disposizione, sopra richiamata, di cui alla L. n. 724 del 1942, art. 4, poiché questa, come s'è visto, integra la previsione di riduzione degli onorari contenuta nell'art. 60, in esame, e dunque presuppone che tale riduzione sia stata motivata (cfr. Cass. n. 27804 del 2008).

9. Va aggiunto, poi, che la sentenza impugnata è erronea anche per avere proceduto alla liquidazione delle spese — una volta operata la riduzione — in modo forfettario e globale, senza procedere alla necessaria determinazione del valore di ciascuna delle controversie riunite.

10. Non è invece necessario, diversamente da quanto sostengono i ricorrenti, il parere del Consiglio dell'ordine atteso che tale allegazione, prevista dal D.M. 5 ottobre 1994, n. 585, art. 4, si riferisce alla liquidazione delle spese a carico del cliente e non si estende alla liquidazione delle spese a carico del soccombente nel giudizio e ad opera del giudice

(vedi Cass. n. 5802 del 2004, nn. 14070, 14311 e 18829 del 2007, nonché numerose altre conformi).

11. In relazione ai profili di fondatezza dei primi quattro motivi più sopra evidenziati, il ricorso merita di essere accolto, conseguendone — limitatamente ad essi — la cassazione della sentenza impugnata e il rinvio della causa al giudice designato in dispositivo, che procederà a rideterminare le spese del giudizio di primo grado, attenendosi al seguente principio di diritto:

“Il R.D.L. n. 1578 del 1933, art. 60, comma 5, — disposizione non sostituita, ma solo integrata, da quella contenuta nella L. n. 794 del 1942, art. 4 — consente al giudice di scendere sotto i limiti minimi fissati dalle tariffe professionali quando la causa risulti di facile trattazione, sebbene limitatamente alla sola voce dell'onorario e non anche a quelle dei diritti e delle spese, cui non fa riferimento detta norma, e sempre che sia adottata espressa ed adeguata motivazione con riferimento alle circostanze di fatto del processo, non limitata, pertanto, ad una pedissequa enunciazione del criterio legale, ovvero all'aggiunta dell'elemento estrinseco, meramente indicativo, quale l'identità delle questioni; la riduzione dei minimi previsti dalla tariffa per gli onorari, in ogni caso, non può superare il limite della metà, ai sensi della L. n. 724 del 1942, art. 4, nè, in caso di riunione di cause, esime il giudice — una volta operata la riduzione — dall'obbligo di procedere alla liquidazione mediante la determinazione del valore di ciascuna delle controversie riunite”. 12. Per effetto della cassazione parziale della sentenza d'appello resta assorbito il quinto motivo di ricorso, concernente la liquidazione delle spese del giudizio di secondo grado, essendo venuta meno, ex art. 336 c.p.c., comma 1, la relativa statuizione, che dovrà essere rinnovata dal giudice di rinvio (cfr., fra tante, Cass. n. 13428/2007, 19305/2005, 15998/2003, Sez. un. n. 10615/2003).

Il giudice di rinvio provvederà anche sulle spese del giudizio di cassazione.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione. — *Omissis*.

## II.

*Omissis*. — Per quanto attiene poi alla specifica ragione d'impugnativa, la tesi su cui l'opponente basa la sua richiesta di riforma del provvedimento di parziale ammissione assunto dal Giudice delegato, muove dal puro e semplice rilievo secondo cui, per le attività analiticamente indicate nella sua notula, l'avv. S.D. ha esposto — in fin dei conti — solo onorari calcolati al minimo tariffario (oltre ovviamente ai diritti procuratori in misura fissa). E ciò avrebbe dovuto reputarsi sufficiente, secondo l'istante, per garantire l'automatico riconoscimento del suo diritto a percepire l'intero importo insinuato.

La tesi, così sinteticamente illustrata, non può considerarsi fondata.

Anzitutto deve precisarsi che la presente fattispecie rientra *ratione temporis*, a causa dell'epoca di svolgimento delle prestazioni professionali, nell'area temporale di applicabilità del nuovo regime normativo introdotto dal decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. *decreto Bersani*) convertito in legge 4 agosto 2006, n. 248, che ha parzialmente “liberalizzato” il settore delle tariffe professionali comprimendo l'operare della regola di inderogabilità dei minimi tariffari (senza peraltro spiegare efficacia retroattiva);

L'art. 2, primo comma, di tale D.L. statuisce infatti che:

«I. In conformità al principio comunitario di libera concorrenza ed a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato, dalla data di entrata in vigore del presente decreto sono abrogate le disposizioni

legislative e regolamentari che prevedono con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali. —

a) l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime (...).».

La concreta applicazione della norma è poi garantita dal terzo comma, che soggiunge:

«3. Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1° gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle».

Come si vede, la norma, abrogando tutte le disposizioni legislative e regolamentari che prevedevano l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime, non solo rende legittimi, se redatti in forma scritta, i patti tra gli avvocati e i loro clienti sull'entità del compenso spettante ai primi, ma soprattutto esclude che nel rapporto cliente-avvocato possa valere più la regola di inderogabilità, assoluta o relativa, dei minimi tariffari.

È opportuno precisare che ciò vale (solo) nel rapporto cliente-avvocato, poiché l'inderogabilità dei limiti minimi, non più sottratta al potere dispositivo delle parti, sembra tuttavia ancora operante quanto alle liquidazioni giudiziali, e dunque limitatamente ai poteri liquidativi del giudice.

L'art. 2, secondo comma, secondo periodo, statuisce infatti che:

«il giudice provvede alla liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali, in caso di liquidazione giudiziale e di gratuito patrocinio, sulla base della tariffa professionale».

È ragionevole quindi ritenere, sulla scia di un'opinione interpretativa che appare maggioritaria, che in caso di liquidazione delle spese giudiziali a carico del soccombente o in caso di patrocinio a spese dello Stato debba ancora rispettarsi la soglia tariffaria minima.

In tal caso, anche per le fattispecie ricadenti nel medesimo arco temporale in cui è sussumibile quella ora in esame, troverebbe applicazione la normativa regolamentare immediatamente ante-vigente al *decreto Bersani* e cioè il DM Giustizia 8 aprile 2004 n. 127, che affermava ed ancora afferma, per quanto è d'interesse nella presente vicenda, una regola di *relativa* inderogabilità dei minimi tariffari.

Tale DM, infatti, in ciò differenziandosi, ma al pari dell'altra normazione regolamentare immediatamente precedente, dalle norme ordinarie più risalenti (R.D.L. n. 1578 del 1933 e L. 13 giugno 1942 n. 794), ha contemplato esplicitamente la possibilità di derogare ai minimi tariffari, che, per ciò stesso, inderogabili non potevano più considerarsi in senso proprio.

Con riferimento alla previgente disciplina merita in particolare segnalare l'orientamento secondo cui l'art. 4 L. 13 giugno 1942 n. 794, in forza del quale era consentito eccezionalmente liquidare onorari al di sotto del minimo quando vi fosse una manifesta sproporzione rispetto alle prestazioni, era applicabile soltanto nella liquidazione a carico della parte soccombente ex art. 90 e 91 c.p.c. e non anche in quella a carico del cliente, la quale restava disciplinata dall'art. 5 della citata legge n. 794 del 1942, che non introduceva eccezioni al principio della inderogabilità convenzionale dei minimi tariffari e della conseguente nullità di ogni fatto contrario (v. ad es. Cass. Sez. lav., 3 settembre 2003, n. 12840; Cass. 29 maggio 1991, n. 6061).

Tale indirizzo, dunque, non poteva e non può trovare più applicazione alla stregua del DM Giustizia 8 aprile 2004 n. 127, che invece ha senza alcuna distinzione introdotto un'eccezione di carattere generale alla regola dell'inderogabilità dei minimi tariffari.

Recita infatti l'art. 4 *Inderogabilità della tariffa. Condizioni e limiti*:

«1. Gli onorari minimi ed i diritti stabiliti per le prestazioni dell'avvocato sono inderogabili.



2. *Soltanto qualora fra le prestazioni dell'avvocato e l'onorario previsto dalle tabelle appaia, per particolari circostanze del caso, una manifesta sproporzione, possono essere superati i massimi indicati nelle tabelle, anche oltre il raddoppio previsto dal secondo comma del successivo art. 5, ovvero diminuiti i minimi indicati nelle tabelle, purché la parte che vi abbia interesse esibisca il parere del competente Consiglio dell'ordine».*

Alla luce di tale disposizione è del tutto evidente che una liquidazione al di sotto dei minimi si giustifica anche al di fuori dell'operatività del *decreto Bersani* (e quindi sia quando questo sia inapplicabile *ratione temporis*, sia per l'estraneità della liquidazione al rapporto cliente-avvocato, stante invece la correlazione della liquidazione ad un giudizio in cui occorra regolare le spese in base al principio di soccombenza o secondo la disciplina del gratuito patrocinio), tutte le volte in cui, *per particolari circostanze del caso*, sia ravvisabile una manifesta sproporzione (...) fra le prestazioni dell'avvocato e l'onorario previsto dalle tabelle.

L'opponente, invece, trascurando del tutto tale evidenza, e senza nemmeno darsi carico di individuare la normativa applicabile alla fattispecie *ratione temporis* e *ratione materiae*, sostiene la tesi per cui una qualunque attività che dia diritto ad onorario e che sia formalmente riconducibile alle singole voci tariffarie di cui al citato DM andrebbe remunerata in modo automatico con gli importi ivi indicati — appunto — tra il minimo e il massimo. E ciò proprio a causa dell'inderogabilità di tali limiti.

Così, evidentemente, la tesi vuol provar troppo.

Essa, ad esempio, non considera che la mera corrispondenza formale del *nomen juris* di un atto processuale con l'oggetto di una delle varie voci tariffarie costituisce ragione sì necessaria, ma non certo di per sé sola sufficiente per il riconoscimento dell'onorario nelle dette misure.

Il caso di specie rappresenta anzi in modo esemplare tale equivoco, poiché con riferimento alla causa civile in cui le prestazioni sono state eseguite, e che aveva certamente un valore elevato (valore della controversia: Euro 38.853.258,00), con conseguente riferibilità dei compensi alle voci tariffarie comprese nello scaglione andante da euro 5.164.600,00 in su, l'istante risulta essere stato nominato dopo che era stato già incaricato un primo difensore e risulta aver depositato (e finanche tramite domiciliatario) un solo atto processuale, ossia la sua comparsa di costituzione come nuovo difensore, in cui si limitava ad enunciare tale costituzione facendo sue tutte le precedenti difese e conclusioni assunte dal difensore che lo aveva preceduto.

L'incarico ha comunque poi avuto una breve durata, per pochi mesi.

Ebbene, solo per la redazione di tale atto, ossia per la detta comparsa, sostanzialmente priva di un qualunque contenuto sostanziale, l'opponente ha chiesto l'erogazione di un compenso pari ad Euro 7.304,41. Facendo perno sulla tesi dell'inderogabilità dei minimi tariffari, l'opponente pretenderebbe dunque che fosse remunerato con un così elevato importo un'attività che, nella specifica circostanza della redazione della detta comparsa, può aver richiesto l'impiego di un tempo verosimilmente prossimo allo zero, o comunque non superiore a pochi minuti, e una quasi inesistente attività intellettuale.

Un elementare buon senso rende chiaro a chiunque che nessun ordinamento giuridico può ridursi ad un così elevato livello di formalismo astratto (e per la tutela di una specifica categoria professionale) fino al punto da garantirle così lauti compensi senza l'effettiva esecuzione di una adeguata attività lavorativa o di alcuna adeguata prestazione d'opera, e non comunque fino al punto da trascurare l'effettiva consistenza dell'attività espletata.

È per contro del tutto evidente che le voci tariffarie vanno sempre rapportate ad un livello di tipologica riconoscibilità delle prestazioni cui si riferiscono, cioè ad un livello di riconoscibilità delle stesse nel loro svolgersi tipicamente mini-

male, e non già da un punto di vista meramente formale (non basta cioè dire che un certo atto è una comparsa di costituzione in causa, per avere diritto a percepire il minimo tariffario), ma piuttosto dal punto di vista sostanziale (dovendosi dunque leggere l'atto e verificarne in concreto quale ne sia il contenuto), potendosi riconoscere il diritto a percepire un onorario, sia pure ragguagliato al minimo tariffario, solo quando l'atto compiuto abbia un contenuto che, secondo l'*id quod plerumque accidit* nell'ambito dell'attività giudiziale che è chiamato a svolgere un avvocato, renda quell'atto riconoscibile nella sua configurazione di prestazione defensionale tipica, e pertanto come funzionale a veicolare domande, conclusioni, allegazioni, eccezioni, deduzioni e quant'altro sia attribuibile a tipica prestazione intellettuale del legale finalizzata ad una difesa del proprio cliente che sia opera propria del suo ingegno.

È quindi indubitabile che quando tale minimum, cui deve intendersi rapportato di conserva il minimo tariffario, non sussista, perché l'atto de quo si presenti redatto in forma tale da restare molto al di qua della detta soglia di riconoscibilità minimale, come accade appunto nel caso di specie, ove ricorre una manifesta sproporzione fra le prestazioni dell'avvocato e l'onorario previsto dalle tabelle, ben possa il giudice attribuire un onorario anche di gran lunga minore rispetto al minimo, valutando caso per caso in che rapporto proporzionale si ponga rispetto alla predetta soglia, e ciò in specifica e coerente applicazione del citato art. 4, secondo comma, DM Giustizia 8 aprile 2004 n. 127.

Questa conclusione trova indiretta conferma alla luce della normativa e della giurisprudenza europea.

Infatti, con la sentenza Cipolla e Macrino del 5 dicembre 2006, la Corte di giustizia ha esaminato la problematica posta dal regime tariffario de quo alla stregua — tra l'altro — dell'art. 49 del Trattato, che garantisce la libera prestazione dei servizi, reputando che il divieto di derogare ai minimi tariffari costituisca una restrizione della libera prestazione dei servizi, perché rende "più difficile l'accesso degli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana al mercato italiano dei servizi legali, ed è in grado quindi di ostacolare l'esercizio delle loro attività di prestazione di servizi in quest'ultimo Stato membro ... il detto divieto, infatti, priva gli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana della possibilità di fornire, chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari, una concorrenza più efficace nei confronti degli avvocati stabiliti permanentemente nello Stato membro in questione, i quali dispongono, per tale ragione, di una maggiore facilità di crearsi una clientela rispetto agli avvocati stabiliti all'estero. Allo stesso modo, il divieto citato limita la scelta dei destinatari dei servizi in Italia, poiché questi ultimi non possono ricorrere ai servizi di avvocati stabiliti in altri Stati membri che potrebbero offrire in Italia le loro prestazioni ad un prezzo inferiore ai minimi tariffari".

La Corte ha peraltro soggiunto che la regola di inderogabilità dei minimi tariffari non costituisce automaticamente una violazione dell'art. 49 del Trattato, potendo rivelarsi anche giustificata da ragioni imperative di interesse pubblico, come le esigenze di tutela del consumatore e di buona amministrazione della giustizia, a patto però che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento dello stesso.

Da ciò ha fatto conseguire che sia potere e responsabilità del giudice del merito verificare in ciascun caso concreto "se vi sia una relazione tra il livello degli onorari e la qualità delle prestazioni fornite dagli avvocati e se, in particolare, la determinazione di tali onorari minimi costituisca un provvedimento adeguato per il raggiungimento degli obiettivi perseguiti, vale a dire la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia".

La Corte non ha mancato poi di avvertire che il giudice del merito dovrà altresì verificare se le altre norme professionali relative agli avvocati, in particolare le norme di organizza-

zione, di qualificazione, di deontologia, di controllo e di responsabilità siano di per sé sufficienti per raggiungere gli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia.

Ma, come si diceva, nel caso di specie il problema di un limite ai poteri liquidativi del Giudice fin sotto i minimi tariffari in concreto nemmeno si pone, stante la integrale applicabilità del *decreto Bersani*, sia *ratione temporis* che *materiae*, la liquidazione afferendo a prestazioni svolte dopo la sua entrata in vigore e attenendo al rapporto cliente-avvocato.

Pertanto, a questa stregua, le soglie minime di cui al citato DM non potrebbero comunque trovare applicazione, né quindi occorre valutare — per poterle superare — se ricorrano le condizioni previste dalla legge a tal fine (manifesta sproporzione fra le prestazioni dell'avvocato e l'onorario previsto dalle tabelle e produzione del parere dell'Ordine professionale di appartenenza).

Può semmai, quanto già detto fin qui a proposito della manifesta sproporzione fra le prestazioni dell'avvocato e l'onorario previsto dalle tabelle, aiutare a valutare meglio, in concreto, perché le somme ammesse al passivo dal Giudice Delegato debbano considerarsi più che soddisfattive, ciò che comunque avrebbe reso possibile liquidare il compenso al di sotto dei minimi anche qualora avesse dovuto farsi diretta applicazione delle *tariffe* di cui al citato DM (in tal caso dovendo considerarsi indubitabile che la tutela del cliente/consumatore e il raggiungimento dell'obiettivo della buona amministrazione della giustizia siano in Italia realizzabili, per quanto di ragione e nei limiti del possibile, certo ben al di fuori della imposizione di una tariffa minima inderogabile, come del resto dimostra di aver ritenuto lo stesso legislatore approvando il già richiamato *decreto Bersani* che ha liberalizzato il settore, eliminando la detta regola di inderogabilità).

Nel caso di specie, infatti, emerge come la prestazione relativa alla predisposizione della comparsa costitutiva si sia ridotta alla scritturazione di mezza pagina (tolta la parte relativa all'instestazione e quella relativa alla elencazione dei documenti allegati), senza alcun sostanziale contenuto difensivo.

Pertanto è da ritenere che la proporzione con la soglia minima tariffaria sia tale da giustificare un onorario sostanzialmente pari o non molto superiore alla corrispondente voce di un diritto procuratorio (Euro 220,00), che infatti è dovuto per la sola formale effettuazione della prestazione/atto, a prescindere dal suo variabile contenuto.

Sembra altrettanto congruente pervenire ad una simile riduzione anche per il compenso dovuto:

— per consultazioni (Euro 7.926,06) che non si sa neppure in che cosa si siano tradotte e se abbiano superato la soglia della funzionalità del consulto rispetto alla mera costituzione in causa con l'indicata comparsa;

— per studio della controversia e disamina (Euro 15.813,27), anche in tal caso non potendosi evincere fino a che punto sia stata studiata una controversia relativamente alla quale il legale opponente ha redatto solo quell'atto processuale costituito dalla comparsa costitutiva limitantesi al richiamo delle difese prima svolte dal legale precedente;

— per ricerca documenti (Euro 4.118,44), non emergendo neppure in questo caso che attività sia stata svolta e quali documenti siano stati ricercati, in una situazione processuale dove la medesima prestazione era stata già svolta dal precedente legale.

Naturalmente la riduzione del compenso al di sotto del minimo tariffario potrebbe a sua volta apparire odiosa se implicante un'automatica ed acritica riduzione ragguagliata ai diritti procuratori che nella specie (rispettivamente Euro

220,00 e Euro 55,00) potrebbero considerarsi comunque troppo bassi per una congrua remunerazione di un'attività comunque in qualche misura compiuta dal legale sotto il profilo defensionale in aggiunta a quella procuratoria.

Ma, a ben vedere, il medesimo Giudice delegato ha evitato di pervenire a tanto, liquidando in Euro 9.045,78 gli onorari (compresi i diritti per Euro 1.705,00 come richiesto dall'istante, e le spese generali di studio) in complesso più che congrui rispetto al tenore delle prestazioni in concreto svolte, anche applicata la maggiorazione del doppio dell'onorario dovuto da un solo cliente, stante la difesa di altri 5 soggetti nelle medesime condizioni, con proporzionale aumento nella misura del 20% per ciascuna delle 5 parti assistite.

In forza di tutte le precedenti considerazioni, di conseguenza, l'opposizione deve essere rigettata.

4. Quanto alle spese del procedimento, l'opponente, quale parte soccombente, dovrà rifondere in via meramente consequenziale ai sensi dell'art. 91 cod. proc. civ. le spese processuali sostenute in questa fase dalla procedura di amministrazione straordinaria convenuta.

La relativa misura, per brevità, viene direttamente liquidata in dispositivo, tenuto conto della natura e del valore della controversia, della qualità e quantità delle questioni trattate e dell'attività complessivamente svolta dai difensori, sulla base dei parametri contemplati dalla vigente Tariffa professionale. — *Omissis*.



(1-3) Le due pronunce che si riportano affrontano entrambe il problema della tariffa forense e la sua derogabilità da parte del giudice chiamato a liquidare il compenso dovuto all'avvocato per l'attività professionale svolta.

La prima sentenza in ordine cronologico, di merito, affronta il problema con particolare attenzione alla disciplina comunitaria della concorrenza, sia con riferimento agli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, sia tenendo conto del mutato quadro normativo interno dovuto all'emanazione del D.L. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. *decreto Bersani*) convertito in L. 4 agosto 2006, n. 248.

La pronuncia di legittimità esamina invece il problema della derogabilità dei minimi tariffari previsti per la liquidazione dei compensi per l'opera prestata dall'avvocato nelle c.d. "cause seriali".

In un primo tempo, il dubbio sulla legittimità della tariffa professionale forense, adottata sulla base del parere del Consiglio nazionale forense fu sollevato dai giudici di merito<sup>1</sup> con riferimento alla normativa comunitaria *antitrust*, interpretando analogicamente l'attività professionale dell'avvocato come «attività d'impresa» e sostenendo che il C.N.F. fosse configurabile come «associazione di imprese».

La Corte di giustizia delle Comunità europee, con pronuncia 19 febbraio 2002<sup>2</sup>, rispose al quesito dando risposta negativa, in quanto il procedimento di adozione della tariffa forense<sup>3</sup> è subordinato all'emanazione di un provvedimento del Ministero di grazia e giustizia, previo parere del Consiglio di Stato e del C.I.P.

La procedura così descritta esclude che il tariffario forense, come elaborato dal C.N.F., abbia valore autoreferenziale degli interessi di una categoria di "imprenditori" e quindi non è contrastante con gli artt. 10 e 81

<sup>1</sup> Pret. Pinerolo, 15 gennaio 1999, in *Giur. It.*, 1999, 778.

<sup>2</sup> Causa C-35/99, in *Giur. It.*, 2002, 769, nota di BERTOLOTTI.

<sup>3</sup> Disciplinato dal R.D.L. n. 1578/1933.

Trattato CE<sup>4</sup>, perché soggetto ancora al controllo di organismi pubblici. Inoltre, la sua modalità di emanazione trova fondamento in una disposizione legislativa nazionale, elementi questi che, complessivamente considerati, assicurano, quindi, la tutela dell'interesse pubblico<sup>5</sup> alla prestazione dei servizi legali secondo determinate modalità, anche con riferimento al costo del servizio offerto, che in base a valore e importanza della causa è ricompreso tra un minimo e un massimo prestabiliti.

A seguito di questa pronuncia, la suprema Corte aveva avuto modo di ribadire la validità del Tariffario forense come parametro, vincolante in relazione ai massimi e minimi ivi indicati, per la liquidazione delle spese processuali<sup>6</sup>.

Successivamente la giurisprudenza di merito<sup>7</sup> ha contestato nuovamente la validità del Tariffario forense, questa volta non inteso nel suo complesso, ma come potenziale misura restrittiva della concorrenza là dove stabilisce un prezzo minimo e inderogabile per la prestazione dei servizi legali.

La Corte di giustizia, Grande Sezione, 5 dicembre 2006<sup>8</sup>, afferma che l'inderogabilità assoluta della Tariffa in alcune sue voci sarebbe di per sé in contrasto con l'art. 49 del Trattato<sup>9</sup>, ma rimette al giudice interno il compito di verificare se questa normativa non sia giustificata da esigenze di tutela dei consumatori e di buon andamento della giustizia.

La Corte di Milano, con la pronuncia che si riporta, fa proprio il dovere di accertamento affidatole dal giudice comunitario e si pone il problema se nel caso concreto sottoposto al suo vaglio l'inderogabilità della tariffa professionale forense corrisponda veramente ad un interesse pubblico o tuteli invece solo una determinata categoria di "imprenditori".

Il giudizio è negativo.

Chiamato a decidere sull'ammissione del credito di un avvocato al passivo di un'impresa in amministrazione straordinaria, per opera prestata a favore della procedura concorsuale, credito prededucibile ai sensi dell'art. 111 L. Fall., il giudice adito rileva che la stretta aderenza alla tariffa professionale non è giustificata dalla reale attività intellettuale svolta dal professionista nel rendere la sua prestazione, il quale si era limitato a costituirsi in giudizio richiamando le conclusioni e le difese svolte già da altro collega a cui subentrava nella difesa dell'impresa in questione.

Precedentemente alla pronuncia della Corte di giustizia europea del 5 dicembre 2006, la giurisprudenza di merito, quando si era distaccata dai parametri indicati dalla tariffa professionale forense, aveva usato come criterio di liquidazione delle spese legali l'applicazione di un coefficiente numerico con cui individuare il compenso dovuto all'avvocato come frazione del valore della controversia patrocinata<sup>10</sup>; oppure il richia-

mo ai quattro indici richiamati dall'art. 2233 c.c.: importanza dell'opera, difficoltà e durata della controversia, decoro della professione<sup>11</sup>.

La pronuncia che si riporta sceglie, invece, di esaminare analiticamente le singole voci del tariffario, verificando se agli importi richiesti in relazione a un determinato *nomen iuris* corrisponda un'attività concretamente svolta e documentata dal professionista.

Il Collegio giunge così a una drastica, ma motivata, riduzione delle pretese economiche avanzate dal legale, riconoscendo i diritti procuratori e affermando che la voce relativa agli onorari, pur se adeguatamente contenuta in relazione all'attività concretamente svolta, non possa essere totalmente disapplicata in quanto nella redazione di atti processuali, per quanto semplici, vi è comunque una componente intellettuale che va congruamente retribuita.

Si nota che nel liquidare gli onorari la Corte di Milano rispetta il limite di cui all'art. 60, comma 5, R.D.L. n. 1578/1933, non scendendo al di sotto della metà dei minimi tariffari applicabili nel caso di specie.

La decisione di merito, in tal modo, risulta conforme a quanto stabilito dalla Cassazione con la seconda pronuncia riportata, la quale stabilisce un obbligo di motivazione specifico, in relazione alle circostanze di fatto del processo, per la non applicazione del tariffario forense nella liquidazione del compenso spettante all'avvocato per l'opera prestata ed evidenzia un limite a questa riduzione dato dalla nostra normativa nazionale.

Il caso concreto riguarda la riunione di più ricorsi in materia previdenziale, con richiesta di rivalutazione della prestazione e di condanna al pagamento degli accessori conseguenti.

La suprema Corte esamina il problema della liquidazione delle spese processuali con riferimento al solo diritto interno per affermare il principio che la semplice trattazione di più cause riunite, relative a più parti assistite dal medesimo legale, in quanto basate su medesime questioni, può legittimare la disapplicazione della Tariffa forense, ma con i limiti di cui al R.D.L. n. 1578/1933, art. 60, comma 5, integrato, dall'art. 4 L. n. 794/1942.

La riduzione dell'importo liquidato è operabile solo con riferimento alla voce degli onorari, con il limite quantitativo della metà del minimo tariffario e con l'obbligo di specifica motivazione da parte del giudice adito.

La suprema Corte stabilisce inoltre che nel caso di riunione di procedimenti, per quanto di facile trattazione, nella liquidazione delle spese processuali il giudice adito non può limitarsi a una valutazione complessiva della difficoltà delle questioni affrontate, ma deve verificare e accertare il valore delle singole controversie riunite.

<sup>4</sup> Ai tempi della rimessione da parte della Pretura di Pinerolo gli articoli citati erano rispettivamente il 5 e l'85 Trattato CE.

<sup>5</sup> Contrariamente a quanto avveniva per la tariffa di spedizionieri e doganieri, dichiarata illegittima da Corte giust. CE, 18 giugno 1998, causa C-53/96, in *Giur. It.*, 1999, 555.

<sup>6</sup> Cass., 17 ottobre 2003, n. 15551, in *Giur. It.*, 2004, I, 1598 e Id., Sez. un., 23 marzo 2005, n. 6213, *ivi*, 2005, I, 2036.

<sup>7</sup> App. Torino, 11 febbraio 2004, in *Foro It.*, 2004, I, 881.

<sup>8</sup> In *Giur. It.*, 2007, 3, 639, con nota di BERTOLOTTI.

<sup>9</sup> Divieto di restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno del territorio della Comunità.

<sup>10</sup> In tal senso App. Torino, 11 luglio 1998, in *Giur. It.*, 1999, I, 572, con nota di MACCAGNO BENESSIA.

<sup>11</sup> App. Torino, 22 ottobre 1998, e Id., 26 gennaio 1999, in *Giur. It.*, 1999, I, 577 e segg.


Si osserva che il legislatore ha cercato recentemente di deflazionare questo tipo di contenzioso, rimettendo tutte le cause relative ad interessi e accessori inerenti prestazioni previdenziali al giudice di pace<sup>12</sup>. L'intento di politica del diritto è evidente: fermi gli obblighi di motivazione sopra enunciati anche in capo al giudice di pace nella liquidazione delle spese processuali, il risultato conseguito è lo spostamento dello scaglione di riferimento del Tariffario forense (da attività svolta di fronte al Tribunale a quella prestata davanti al giudice, per così dire, *de minimis*), con conseguente contrazione del compenso spettante all'avvocato per l'attività professionale prestata.

### MANCATA SEGNALAZIONE DEL GIUDICE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 27 aprile 2010, n. 10062 — SENESE *Presidente* — AMATUCCI *Relatore* — FUZIO *P.M.* (conf.) — Supply Side Economics s.r.l. (avv.ti Ercoli e altri) - Scoppa (avv. Querques).

**Procedimento civile — Giudizio d'appello — Questione rilevabile d'ufficio — Omessa indicazione alle parti — Decisività della questione in sede deliberativa — Violazione del diritto al contraddittorio — Nullità della sentenza di secondo grado — Conseguenze — Fattispecie** (Cost. artt. 24, 111; C.p.c. artt. 101, 183, 394).

*La mancata segnalazione da parte del giudice di una questione, rilevata d'ufficio per la prima volta in sede di decisione, che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio e delle connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione decisiva ai fini della deliberazione. Pertanto se la violazione si sia verificata nel giudizio d'appello, la sua deduzione come motivo di ricorso in sede di giudizio di legittimità determina la cassazione con rinvio della pronuncia impugnata, affinché ai sensi dell'art. 394, comma 3, c.p.c. possano essere esplicate le attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice. (Nella fattispecie la sentenza d'appello aveva respinto la domanda di pagamento provvigioni proposta da un mediatore immobiliare, a causa della mancata prova dell'iscrizione dell'attore nell'albo professionale) (1).*

 *Omissis.* — 1. Col primo motivo del ricorso la ricorrente si duole — deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 101, 112 e 115 c.p.c., in relazione ai principi del contraddittorio, dell'onere della prova e del diritto di difesa; omesso esame e motivazione in merito all'applicabilità della L. n. 89 del 1989 e del d.m. al contratto *de quo* — che la corte d'appello abbia officiosamente rilevato la nullità del contratto benché il contraddittorio tra le parti, sia in primo che in secondo grado, avesse avuto riguardo unicamente a questioni di merito (“ossia se L.C. avesse o meno

adempiuto al mandato conferitole da S., se la revoca di quel mandato da parte dello S. fosse o meno tempestiva e liberatoria per lui, nonché se la successiva vendita di S. a quegli stessi soggetti con i quali aveva trattato con l'intermediazione di L.C. fosse conseguenza o meno di quel mandato”).

Sostiene in particolare:

a) che la nullità si sarebbe potuta accertare solo in quanto dipendente da causa già provata ed appartenente alla materia del contendere (pagine da 6 a 8 del ricorso);

b) che la questione relativa alla propria iscrizione all'albo avrebbe potuto essere dimostrata, mentre s'era negato che essa potesse agire in giudizio senza che le fosse data la possibilità di difendersi (pagine 8 e 9 del ricorso);

c) che “al momento della stipulazione del mandato *de quo*, anche se inquadrabile nella mediazione, l'iscrizione di L.C. al nuovo albo speciale non era ancora necessaria, non essendo stato ancora emanato il regolamento che determinava le modalità per il passaggio dall'albo *ex art.* 115 t.u.p.s. a quello *ex lege* del 1989 (il mandato è del 24.11.00 (n.d.e.: ma, *recte*, 24.11.90), il regolamento è stato emanato nel marzo 91)” (pagine da 9 a 12 del ricorso).

2. Il primo profilo è infondato.

La corte d'appello ha rilevato che proprio dalla natura mediatoria dell'incarico, ravvisata dal primo giudice e dalla stessa corte condivisa dovessero “trarsi le necessarie ed inevitabili conseguenze quanto al difetto del diritto a riscuotere la provvigione” (pagina 7, ultime quattro righe). Ed ha ritenuto che la nullità del contratto che aveva dato origine alla mediazione per mancanza di iscrizione del mediatore nel ruolo previsto dalla L. n. 39 del 1989 (con l'impossibilità per il mediatore di agire in giudizio per conseguire le provvigioni relative all'attività espletata) costituisce un'eccezione in senso lato, afferendo a questione rilevabile d'ufficio dal giudice, come tale non soggetta in grado di appello alle preclusioni di cui all'art. 345 cod. proc. civ.

La possibilità del rilievo officioso della nullità è conforme a diritto (cfr. Cass., nn. 14076/2002, 20749/2004, 5953/2005 e 22859/2007), salve le osservazioni che saranno svolte nell'esaminare il secondo profilo di censura (appresso, sub 2.2.).

2.1. Infondato è anche il terzo profilo.

La citata Cass., n. 22859/2007, in un caso per molti versi analogo, ha bensì concluso nel senso che non fosse consentito precludere alla parte, in caso di rilievo d'ufficio della nullità in grado di appello, la prova del suo diritto ad essere iscritta nel ruolo dei mediatori; ma lo ha fatto nella positiva ricorrenza del presupposto di cui alla L. n. 39 del 1989, art. 9, comma 2, costituito dalla incontrovertita risultanza della preventiva iscrizione del mediatore nei ruoli costituiti in base alla previgente L. 21 marzo 1958, n. 253.

Nella specie, per contro, la doglianza relativa al non avere la corte d'appello considerato che il regolamento di attuazione della L. n. 39 del 1989 (D.M. 21 dicembre 1990, n. 452, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 5.3.1991, n. 54) era entrato in vigore in epoca successiva al conferimento dell'incarico (risalente al 24.11.1990) è supportata dall'inconferente argomento che sussisteva una licenza *ex art.* 115 T.U.P.S.: la L. n. 39 del 1989, art. 5, comma 2, prevede infatti esplicitamente che la licenza di cui al citato art. 115 non abilita all'esercizio dell'attività di mediazione. Né il regolamento (che non determina affatto “le modalità per il passaggio dall'albo *ex art.* 115 a quello *ex lege* 1989”, come invece affermato dalla ricorrente a pag. 11 del ricorso, in fine) stabilisce che quella licenza fosse transitoriamente sufficiente; non, in particolare, all'art. 14, che si limita a prevederne in alcuni casi la necessità.

Difetta dunque — secondo la prospettazione della stessa ricorrente quanto al profilo in scrutinio — l'allegazione della sussistenza di un fatto da provare giuridicamente rilevante ai fini della sussistenza del diritto del mediatore all'iscrizione


<sup>12</sup> Art. 7 c.p.c. così come modificato dalla legge n. 69/2009.

nel ruolo nell'intervallo di tempo intercorso tra l'entrata in vigore delle legge e l'emanazione del regolamento di attuazione, che dettava le norme per la costituzione delle menzionate Commissioni provinciali.

Non è conseguentemente ravvisabile alcuna violazione del principio del contraddittorio (ma, più propriamente, di difesa); violazione che, a seguito del rilievo officioso in appello della mancanza di un fatto costitutivo del diritto, in tanto sarebbe stato in concreto ipotizzabile in quanto fosse stata in questa sede prospettata non già un insussistente errore di diritto (cfr. Cass., sez. un., n. 20935/2009), ma una circostanza idonea a dimostrare, se provata, che il diritto esisteva.

2.2. È quanto, appunto, il ricorrente prospetta col secondo profilo di doglianza, sopra riportato sub 1, lett. b), laddove afferma che, se fosse stato posto in condizione di provare quanto la corte territoriale aveva presupposto nel pronunciare officiosamente la nullità, avrebbe dimostrato l'iscrizione all'albo e, con questo, che non sussisteva il fatto presupposto, che cioè l'iscrizione mancava.

Tale censura è fondata in applicazione del principio secondo il quale la mancata segnalazione da parte del giudice di una questione sollevata d'ufficio che comporti nuovi sviluppi della lite non presi in considerazione dalle parti, modificando il quadro fattuale, determina nullità della sentenza per violazione del diritto di difesa delle parti, private dell'esercizio del contraddittorio, con le connesse facoltà di modificare domande ed eccezioni, allegare fatti nuovi e formulare richieste istruttorie sulla questione che ha condotto alla decisione solitaria. Qualora la violazione, nei termini suindicati, si sia verificata nel giudizio di appello, la sua deduzione in cassazione determina, se fondata, la cassazione della sentenza con rinvio, affinché in tale sede, in applicazione dell'art. 394 cod. proc. civ., comma 3, sia dato spazio alle attività processuali che la parte abbia lamentato di non aver potuto svolgere a causa della decisione solitariamente adottata dal giudice (così Cass., n. 16577/05; e cfr. anche 15194/08 e 18191/09). — *Omissis*.

 (1) 1. La Supply Side Economics s.r.l. agisce in giudizio per ottenere la condanna al pagamento della provvigione mediatoria in relazione alla compravendita di un immobile. Il giudice d'appello, in parziale riforma della sentenza di primo grado, respinge la domanda in base al rilievo officioso che la società attrice non ha provato l'iscrizione al ruolo degli agenti degli affari in mediazione di cui alla legge n. 39/1989 nonostante che il contraddittorio fra le parti, sia in primo che in secondo grado, abbia avuto riguardo unicamente all'esecuzione del contratto di mediazione. Parte attrice ricorre in cassazione lamentando, tra l'altro, che se fosse stata posta nella condizione di provare quanto la corte territoriale ha presupposto nel pronunciare la nullità, avrebbe dimostrato l'iscrizione all'albo e, con questo che non sussiste il fatto presupposto e posto a fondamento della decisione, ovvero la mancanza dell'iscrizione.

2. La suprema Corte interviene sul tema delle sorti della sentenza resa dall'organo giudicante che abbia fondato la decisione su una questione non sottoposta all'esame delle parti, omettendo così di sollevare sulla medesima il contraddittorio, affermando che la decisione è in tal caso nulla.

La statuizione della Corte non soltanto è conforme all'orientamento ormai consolidato della cassazione a partire dal 2001<sup>1</sup>, ma anche all'art. 101, comma 2, c.p.c. novellato nel 2009 che, con disposizione di carattere generale<sup>2</sup>, introduce, *expressis verbis*, la sanzione della nullità per le sentenze della c.d. terza via o a sorpresa.

La dottrina prevalente è da sempre orientata nel senso della nullità salvo poi distinguere caso per caso in relazione alla questione di volta in volta sollevata<sup>3</sup>. La

<sup>1</sup> Sino alla decisione della I Sezione della Cassazione (la n. 14637 del 21 novembre 2001, in *Giur. It.*, 2002, 1363 con nota critica di CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, e in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1161 con nota adesiva di LUISO, *Questione rilevata d'ufficio e contraddittorio: una sentenza «rivoluzionaria»*, alla quale sono seguite Cass., 5 agosto 2005, n. 16577, in *Foro It.*, 2006, I, 3174 e segg. con nota adesiva di FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, che ha espressamente sancito la nullità della decisione che nella sentenza del 2001 non era stata affermata esplicitamente; Id., 31 ottobre 2005, n. 21108, in *Repertorio Foro It.*, 2005, voce «Procedimento civile», n. 235; Id., 9 giugno 2008, n. 15194, in *Giur. It.*, 2008, 910 e segg. con nota adesiva di GIORDANO, *La sentenza della «terza via» e le «vie» d'uscita. Delle sanzioni e dei rimedi avverso una «terza soluzione» del giudice civile*; e da ultimo Id., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935 in *Corriere Giur.*, 2010, 352 e segg. con nota di CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerga l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso* che afferma la nullità della sentenza a condizione che la parte dimostri una effettiva lesione al contraddittorio: a quest'ultimo dispositivo si conforma la decisione in esame l'orientamento prevalente era nel senso della validità della sentenza della c.d. terza via sul rilievo che in capo all'organo giudicante non vi sarebbe alcun obbligo di indicare alle parti le questioni che siano eventualmente rilevate d'ufficio: in questi termini *ex multis* Id., 12 agosto 2000, n. 10796, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 416; Id., 12 maggio 1999, n. 4704; Id., 4 novembre 1998, n. 11045. L'orientamento affermato nel 2001 è stato disatteso, successivamente, da una sola decisione in cui la Cassazione ha

ritenuto insussistente la nullità della sentenza della c.d. terza via perché non espressamente comminata dalla legge: così Id., 27 luglio 2005, n. 15705, in *Riv. Dir. Proc.*, 2006, 747 con nota adesiva di RICCI E.F., *La sentenza della terza via e il contraddittorio*, e critica di COMOGLIO, *Terza via e giusto processo*.

<sup>2</sup> Ne afferma l'applicabilità anche al di fuori del processo ordinario di cognizione BALENA, *Commento sub art. 101*, in BALENA-CAPONI-CHIZZINI-MENCHINI, *La riforma della giustizia civile*, Milano, 2009, 28 e segg., spec. 29; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, in *Corriere Giur.*, 2009, 1161 e segg., spec. 1167; contrario VERDE, *Diritto processuale civile*, Bologna, 2010, I, 97. L'opportunità della collocazione della disposizione all'interno del primo libro è stata favorevolmente segnalata in dottrina: così SASSANI-TISCINI, *Commento art. 101*, in SALETTI-SASSANI, *Commentario alla riforma del codice di procedura civile*, Torino, 2009, 61; BRIGUGLIO, *Le novità sul processo ordinario di cognizione nell'ultima, ennesima riforma in materia di giustizia civile*, in *www.judicium.it*; MANDRIOLI, in MANDRIOLI-CARRATA, *Come cambia il processo civile*, Torino, 2009, 32; BEATRICE, *Principio del contraddittorio*, in *Nuovo processo civile, Il civilista*, Milano, 2009, 20.

<sup>3</sup> A favore della nullità oggi codificata si è schierata buona parte della dottrina: DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1968, 217 propende per la nullità della decisione tutte le volte che il giudice ponga a fondamento della decisione una questione pregiudiziale di rito o preliminarmente senza aver sollecitato sulla stessa il contraddittorio delle parti; FERRI, *Sull'effettività del contraddittorio*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1988, 780 e segg., spec. 783 afferma la nullità della decisione che si fondi su tutte le questioni che il giudice può rilevare solitariamente e che abbiano costituito necessaria premessa o diretto fondamento della decisione; LUISO, *op. cit.*,

dottrina minoritaria esclude invece la nullità affermando che le questioni rilevabili d'ufficio appartengono comunque sempre al patrimonio comune di conoscibilità delle parti, sono per eccellenza "pubbliche": ne consegue che l'eventuale rilievo delle medesime in sede di deliberazione della sentenza senza che su di esse il giudice provochi il contraddittorio non ha automatiche conseguenze negative sulla validità della decisione fatta salva la possibilità di far valere l'eventuale ingiustizia della sentenza ove il giudice abbia erroneamente statuito proprio nel decidere la questione rilevata d'ufficio<sup>4</sup>.

Il dibattito, già parzialmente sopito a seguito dell'inversione di rotta della Corte di cassazione<sup>5</sup>, perderà presumibilmente ogni interesse, almeno sotto l'aspetto delle conseguenze sulla decisione della mancata attivazione del contraddittorio oggi espressamente delineate dal novellato art. 101, comma 2, c.p.c.

Quanto alla tutela del diritto del contraddittorio, principio fondamentale del nostro ordinamento pro-

cessuale<sup>6</sup>, che deve informare tutto lo svolgimento del giudizio, parte della dottrina ha rilevato che l'art. 101, comma 2, c.p.c. ha valore puramente ricognitivo<sup>7</sup> e completa le disposizioni già contenute nel codice di procedura civile: a) così in primo luogo l'art. 183, comma 4, c.p.c. che prevede l'obbligo in capo al giudice di indicare alle parti le questioni rilevabili d'ufficio. Si tratta di un obbligo che sussiste in capo all'organo giudicante per tutto il corso del processo sino alla rimessione della causa in decisione<sup>8</sup>; b) l'art. 183, comma 8, c.p.c. che consente alle parti, ove il giudice intenda disporre d'ufficio dei mezzi di prova, l'allegazione dei mezzi istruttori necessari in relazione a quelle ufficiosamente dedotte<sup>9</sup>; c) l'art. 384, comma 3, c.p.c. giusta il quale, se durante il giudizio di cassazione il giudice ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d'ufficio, deve aprire su di essa la discussione fra le parti: in tale fase del processo la necessità che la decisione sia giusta e rispettosa del diritto di difesa delle parti è anco-

1614 che ritiene l'idoneità di tutte le questioni sia di fatto che di diritto a ledere il contraddittorio; secondo MONTESANO, *La garanzia costituzionale del contraddittorio e i giudizi civili di "terza via"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 929, la nullità si verifica tutte le volte che la sentenza dipenda da una questione che potenzialmente incida sul suo contenuto e che sia stata decisa dal giudice senza il rispetto del diritto del contraddittorio; afferma CONSOLO, *La trattazione della causa*, in CONSOLO-LUISO-MENCHINI-SALVANESCHI, *Il processo civile di riforma in riforma*, Milano 2006, I, 31 nota 34; Id., *Questioni rilevabili d'ufficio e decisione della "terza via": conseguenze*, in *Corriere Giur.*, 2006, 507 e segg., che la verifica deve essere condotta alla luce del criterio del *distingue frequenter*: solo ove la parte dimostri che il contraddittorio omesso sarebbe stato effettivo ovvero idoneo ad «arricchire il dibattito processuale sulla questione invece solipsisticamente risolta» la sentenza è viziata; più di recente l'Autore — *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 355 e segg. — afferma che alla luce della novella intervenuta sull'art. 101, comma 2, c.p.c. la decisione «solipsisticamente» resa dal giudice è sì nulla, ma occorre accertare caso per caso se non sia intervenuta la sanatoria per «evidenziazione della carenza di scopo» dell'atto omesso; secondo PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 2006, 99 la sentenza è nulla ove la parte si dolga di non aver potuto esercitare uno di quei poteri conseguenti al rilievo d'ufficio; conf. CIVINI, *Poteri del giudice e poteri delle parti nel processo ordinario di cognizione. Rilievo officioso delle questioni e contraddittorio*, in *Foro It.*, 1999, V, 1 e segg., spec. 7 per la quale dall'attività del giudice deriva un vantaggio per una parte e un danno per l'altra al quale l'ordinamento deve porre rimedio; COMOGGIO, *op. cit.*, 755, rileva che la sollecitazione del contraddittorio fra le parti è costituzionalmente necessaria al fine di garantire il rispetto dei principi di terzietà e imparzialità del giudice. Ritiene la nullità la soluzione *de iure condendo* preferibile TARUFFO, *La trattazione della causa*, in TARUFFO, *Le riforme della giustizia civile*, Torino, 2000, n. 306 e segg. Da ultimo, in favore della nullità, v. GRADI, *Il principio del contraddittorio e la nullità della sentenza della "terza via"*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 826 e segg.

<sup>4</sup> Nel senso della esistenza del c.d. principio di auto responsabilità idoneo tutt'al più a determinare l'ingiustizia della sentenza da far valere con gli appositi mezzi d'impugnazione si è schierato CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e formalismo delle garanzie*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1987, 575 e segg.; l'Autore ritornato più di recente sull'argomento — *La sentenza «della terza via» in cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, cit., 1364 — a commento di Cass., Sez. un., 21 novembre 2001, n. 14637 — ha precisato che al di là del tipo di questione che si ritenga il giudice possa sottoporre solitariamente a fondamento della decisione è tuttavia necessa-

rio, affinché si verifichino conseguenze negative sulla decisione, che il rilievo officioso abbia causato una violazione del diritto di difesa delle parti e che anche questa violazione venga allegata e dimostrata al giudice dell'impugnazione ma «non come astratta possibilità, bensì come concreta evenienza del concreto processo»; ne consegue l'esclusione alla radice della nullità della decisione giusta sulla questione rilevata senza sollecitazione del contraddittorio; in modo analogo, nel senso che la nullità della sentenza non è conseguenza automatica del rilievo officioso di questione non sottoposta al previo contraddittorio, ma occasionata dall'ingiustizia della sentenza, RICCÌ E.F., *op. cit.*, 751 e segg. A commento del riformato art. 101, comma 2, c.p.c. si è rilevato che oggi non potrà più essere invocato a giustificazione della mancata attivazione del contraddittorio da parte del giudice il principio di auto responsabilità secondo cui la mancata attivazione del contraddittorio dipende da un'insufficiente cura e attenzione della parte per il processo BUONCRISTIANI, *Il nuovo art. 101, comma 2°, c.p.c. sul contraddittorio e sui rapporti fra giudice e parti*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2010, 399 e segg., spec. 401.

<sup>5</sup> V. nota 1.

<sup>6</sup> Che trova espresso riconoscimento nell'art. 111, comma 2, Cost. oltre che già nell'art. 6 Cedu.

<sup>7</sup> CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., spec. 357. La novità della norma sta proprio nell'aver introdotto una sanzione espressa per il caso di violazione del principio del contraddittorio, garanzia fondamentale del nostro processo: scriveva LIEBMAN, *Il principio del contraddittorio nel processo civile italiano*, in *La protezione giuridica del lavoratore — Il principio del contraddittorio nel processo civile penale e amministrativo* a cura del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, Milano 1968, 130 e in *Monitore Trib.*, 1966, 607 che «garanzia fondamentale di giustizia e regola essenziale del processo è il principio del contraddittorio, secondo cui tutte le parti devono essere poste in grado di esporre al giudice le loro ragioni prima che egli pronunci la sua decisione la cui applicabilità al nostro processo è sempre stata affermata» anche prima dell'introduzione dei principi del giusto processo all'art. 111 c.p.c. Afferma che è aspetto integrante dello stesso diritto d'azione CAPPELLETTI, *Diritto di azione e di difesa e funzione concretizzatrice della giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1961, 1286.

<sup>8</sup> Così Cass., 31 ottobre 2005, n. 21108; Id., 5 agosto 2005, n. 16577. Trattandosi di un obbligo avente portata generale si applica anche in appello: così CONSOLO-GODIO, *Commento all'art. 101*, in *Comm. C.P.C.* a cura di Consolo, Milano, 2010, I, 1519; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., spec. 1166.

<sup>9</sup> Per questo rilievo v. SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, 60.

ra più sentita in ragione della definitività della decisione<sup>10</sup>.

L'art. 101, comma 2 c.p.c., s'inscrive in questo contesto prendendo in considerazione l'ipotesi in cui il rilievo officioso della questione avvenga in una fase processuale in cui sono precluse alle parti sia l'attività assertoria che probatoria: ciò potrà avvenire successivamente alla precisazione delle conclusioni ed effettuato lo scambio delle comparse conclusionali e delle note di replica<sup>11</sup> o nel corso della discussione orale<sup>12</sup>.

La norma dunque ha una portata applicativa residuale e viene in rilievo tutte le volte in cui, chiusa la fase di trattazione in senso lato, non sia più possibile applicare l'art. 183, comma 4, c.p.c.: il rilievo tardivo delle questioni rilevanti per la decisione del processo da parte del giudice rappresenta un'ipotesi eccezionale a causa delle gravi ripercussioni che determina sulla durata del processo<sup>13</sup>.

Emersa la rilevanza di una questione in sede di decisione, il giudice deve riaprire la fase di trattazione assegnando alle parti un termine per il deposito delle memorie e delle repliche che si rendono necessarie in relazione alla questione sollevata<sup>14</sup>. Le attività difensive che le parti andranno a svolgere nei termini così concessi, seppure limitate alle difese rese necessarie dal rilievo officioso, sono libere, nonostante la dizione legislativa individui l'oggetto delle memorie in mere «osservazioni»<sup>15</sup>. Non solo. Accanto all'attività argomentativa le parti potranno chiedere di svolgere le allegazioni probatorie necessarie a supportare le dedotte difese. A consentire una regressione alla eventuale fase

istruttoria soccorre il nuovo art. 153 c.p.c. con la rimessione in termini<sup>16</sup>.

3. Se il giudice non rispetta i precetti normativi posti a tutela del diritto del contraddittorio, la pronuncia è viziata di nullità: si tratta di nullità extraformale «seppure derivata per vizio del procedimento» qual è appunto il mancato rispetto del precetto di cui all'art. 101, comma 2, c.p.c.<sup>17</sup>

L'affermazione della nullità della decisione della c.d. terza via impone di verificarne le conseguenze sul processo.

Secondo parte della dottrina chi ritenga di aver subito una lesione alla propria posizione di diritto sostanziale<sup>18</sup>, in virtù del principio della conversione dei motivi di nullità in motivi di gravame di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c.<sup>19</sup>, deve proporre impugnazione avverso la decisione resa a contraddittorio non integro<sup>20</sup>.

Il contenuto dell'atto introduttivo dell'impugnazione deve dunque essere adattato alla novella. In tal senso, il problema che si pone all'interprete è oggi quello di salvaguardare la decisione dalla caducazione tutte le volte che in concreto l'omissione dell'attivazione del contraddittorio non abbia arrecato effettivo nocimento all'attività difensiva di parte per evitare il proliferare di una nullità dilagante<sup>21</sup>. A tal fine — si è rilevato — soccorrono gli artt. 156 e 157 c.p.c. in tema di nullità<sup>22</sup> e in particolare il principio della sanatoria per il raggiungimento dello scopo<sup>23</sup>.

La decisione in esame, nell'offrire la soluzione al caso, opera una distinzione fra le ipotesi in cui la parte

<sup>10</sup> In questo senso CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 356 per il quale è nel giudizio di cassazione che il giudice «dovrà mostrare la più ampia generosità nell'accordare alle parti adeguati spazi dialettici»; per CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione*, cit., 1365, ove la Cassazione ritenga di sollevare d'ufficio una questione rilevante per la decisione, dovrà fissare una seconda udienza di discussione al fine di consentire alle parti di svolgere le proprie argomentazioni e al giudice di verificare l'opportunità del rinvio della decisione al giudice del merito; in modo analogo CIVININI, *op. cit.*, 9.

<sup>11</sup> BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 400.

<sup>12</sup> BALENA, *op. cit.*, 29; di segno opposto paiono le conclusioni di BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 400, il quale nota che ove il rilievo avvenga prima del deposito delle comparse conclusionali e delle repliche è sufficiente per il giudice allungare detti termini anziché assegnarne di nuovi; CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1525 puntualizza che limitare l'applicazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. alla fase decisoria presuppone la positiva verifica dell'applicabilità dell'art. 183, comma 4, c.p.c. a tutto il processo.

<sup>13</sup> FABIANI, *Contraddittorio e questioni rilevabili d'ufficio*, in *Foro It.*, 2009, V, 266. Sostiene che la novella dovrebbe responsabilizzare i giudici nel senso di rilevare opportunamente le questioni officiose al momento della trattazione CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 356.

<sup>14</sup> L'opportunità della concessione di un termine per le eventuali repliche è stata affermata da BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 410.

<sup>15</sup> CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 363, evidenzia che una corretta applicazione del principio deve aprire la via anche alla proposizione delle domande di accertamento incidentale della questione officiosamente sollevata; CONSOLO-GODIO, *Commento all'art. 101*, in *Comm. C.P.C.* a cura di Consolo, Milano, 2010, I, 1526.

<sup>16</sup> BOVE, in BOVE-SANTI, *Il nuovo processo civile tra modifiche*

*attuate e riforme in atto*, Matelica, 2009, 41; CECHELLA, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2009, 61. Conf. CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1524; SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, 64; prima della novella in questo senso CIVININI, *op. cit.*, 8. *Contra* RICCI G.F., *La riforma del processo civile*, Torino, 2009, 22 secondo il quale il giudice deve rimandare la decisione in attesa delle osservazioni delle parti senza che queste tuttavia possano consentire la riapertura dell'istruttoria.

<sup>17</sup> In questi termini CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 358. Nel senso della irrilevanza della distinzione della nullità fra formali ed extraformali v. POLI, *Sulla sanabilità dei vizi degli atti processuali*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1995, 472 e segg., spec. 484.

<sup>18</sup> BUONCRISTIANI, *op. cit.*, 409, parla in proposito di parte svantaggiata.

<sup>19</sup> A cui fa eccezione la sola ipotesi di inesistenza della sentenza.

<sup>20</sup> Non potrà dunque essere rilevato officiosamente dal giudice sul rilievo che la trasferibilità del vizio della decisione negli altri gradi del giudizio si verifica solo in caso d'inesistenza della decisione: per questo rilievo FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1168.

<sup>21</sup> CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 360.

<sup>22</sup> Per l'applicazione del principio della sanatoria della nullità per raggiungimento dello scopo a tutte le nullità sia formali che extraformali di recente v. POLI, *op. cit.*, 484; ma sul punto già MANDRIOLI, *In tema di vizi c.d. «non formali» degli atti processuali civili*, in *Jus*, 1966, 320 e segg., spec. 334 riteneva applicabili le norme in punto di nullità degli atti processuali sia alle nullità formali che extraformali.

<sup>23</sup> Per l'applicabilità di tali disposizioni v. CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1528, con la conseguenza che la violazione del contraddittorio non è di per sé automatica, ma dipendente dalla verifica del raggiungimento dello scopo del processo, ovvero una decisione il più possibile giusta.

dimostra che, ove fosse stata posta nella condizione di svolgere compiutamente le proprie difese, avrebbe potuto condurre il giudicante ad una decisione differente da quella perseguita dalle ipotesi in cui tale prova non sia fornita<sup>24</sup>. Soltanto nella prima fattispecie il giudice dichiara la nullità della decisione aprendo così la via all'attuazione della trattazione omessa. La parte che lamenta la lesione del proprio diritto di difesa è onerata dell'allegazione del pregiudizio in concreto subito e dello svolgimento di dettagliate difese in cui illustri con quali argomenti e conseguenti mezzi di prova avrebbe contrastato la questione officiosamente rilevata e decisiva per la risoluzione del giudizio. Se, peraltro, si limitasse all'allegazione del vizio del contraddittorio senza sviluppare argomentazioni difensive volte ad enucleare la difesa ritenuta lesa, l'impugnazione non potrebbe essere sanzionata con l'inammissibilità dovendosi procedere in ogni caso al rigetto nel merito per infondatezza<sup>25</sup>.

Se la lesione del contraddittorio avviene in prime cure, la parte deve impugnare la decisione in appello. Se nell'atto di citazione *ex art.* 342 c.p.c. l'appellante si limita a denunciare la violazione del suo diritto al contraddittorio senza svolgere le proprie difese in relazione alla questione officiosamente rilevata, spetta al giudice d'appello invitare le parti a presentare le proprie allegazioni e, verificatane la fondatezza, a disporre l'eventuale attività probatoria necessaria; procede invece immediatamente in tal senso ove le parti abbiano diligentemente svolto le proprie argomentazioni negli atti introduttivi<sup>26</sup>.

Trattandosi di un'ipotesi di nullità non ricompresa fra quelle di cui all'art. 354 c.p.c. spetta al giudice d'appello ripristinare il giusto processo e quindi consentire alle parti lo svolgimento delle proprie allegazioni assertorie e probatorie in relazione alla questione officiosamente rilevata.

È da ritenere ammissibile l'appello che sia fondato sulla mera violazione dell'art. 101, comma 2, c.p.c. e non già su questioni di merito: con l'impugnazione della sentenza la parte sottopone alla verifica del giu-

dice di secondo grado l'ingiustizia della sentenza rendendo superflua l'allegazione di altri motivi di merito<sup>27</sup>. Ove peraltro la parte, richiesta dal giudice, non svolga argomentazioni rilevanti sulla questione officiosamente rilevata, l'appello sarà dichiarato infondato con conferma delle statuizioni rese in prime cure<sup>28</sup>. Il vizio della sentenza è stato sanato dal raggiungimento dello scopo ovvero la decisione nel merito nel contraddittorio fra le parti.

Se la violazione del contraddittorio ha luogo durante il giudizio di appello la parte deve impugnare la decisione con ricorso in cassazione e far valere in tale sede il vizio.

La parte che vuole ottenere l'annullamento deve allegare i motivi dell'avvenuta violazione del diritto al contraddittorio e di difesa indicando espressamente quali difese avrebbe potuto svolgere nel merito e quindi anche eventualmente le ragioni che fondano l'esigenza di un allargamento del *thema decidendum* e di ulteriori accertamenti in fatto al fine di consentire al supremo Collegio di verificare l'opportunità di una rimessione al giudice del merito<sup>29</sup>.

Nella sentenza in esame la suprema Corte cassa con rinvio la decisione sul rilievo che parte attrice ha in concreto allegato che, ove fosse stata posta nella condizione di poter interloquire con l'organo giudicante sull'esistenza di una valida iscrizione nel ruolo dei mediatori al tempo della stipulazione del contratto, avrebbe potuto allegare e dimostrare tale iscrizione: la decisione della c.d. terza via, sottoposta al vaglio di legittimità, ha leso in concreto il diritto di difesa della parte ed è giunta, a seguito di tale vizio, ad un accertamento erroneo.

Se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto e si può prescindere dalla questione rilevata d'ufficio dal giudice, la Corte deciderà direttamente nel merito: questa ipotesi si può verificare, secondo la dottrina, nell'ipotesi in cui la Cassazione decida di fondare la decisione di merito su una questione discussa fra le parti e preliminare a quella illegittimamente rilevata in via officiosa dal giudice in appello<sup>30</sup>. Emerge in queste fattispecie l'opportunità di allegazioni di parte il più

<sup>24</sup> A sostegno di questa soluzione da ultimo Cass., Sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935; Id., 9 aprile 2008, n. 9169, in *Guida Dir.*, 2008, 21, 48; Id., 8 settembre 2003, n. 13091, in *Repertorio Foro It.*, 2003, voce "Appello civile", n. 147.

<sup>25</sup> Così CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 359 per il quale l'avvenuta sanatoria della nullità consente una pronuncia di rigetto per manifesta infondatezza altrettanto celere quanto quella d'inammissibilità, ma più correttamente applicabile alla fattispecie in quanto il vizio c'è stato seppure sanato; conforme FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1169. *Contra* nel senso dell'inammissibilità per carenza dell'interesse ad impugnare Id., 4 giugno 2007, n. 12952, in *Repertorio Foro It.*, 2007, voce "Appello civile", n. 41 e Id., 27 luglio 2007, n. 16630, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7 e segg.

<sup>26</sup> In questi termini CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1532; FABIANI, *Il nuovo volto della trattazione e dell'istruttoria*, cit., 1167.

<sup>27</sup> PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Napoli, 1992, 178 e segg.

<sup>28</sup> CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1532, rileva che in caso di conferma della decisione sia in punto di dispositivo che di motivazione la sentenza di fatto non era viziata.

<sup>29</sup> LUISO, *op. cit.*, 1614, distingue fra le ipotesi in cui il giudice

è in grado di porre rimedio alla violazione, decidendo nel merito, da quelle in cui tale facoltà non sussiste: solo nella prima ipotesi la parte deve illustrare le difese e addurre le argomentazioni in replica alla questione officiosamente rilevata al fine di consentire al giudice di esercitare il proprio potere decisorio. Nel secondo caso, al contrario, sarebbe sufficiente allegare la violazione del diritto al contraddittorio salvo poi compiutamente svolgere le proprie difese innanzi al giudice del rinvio. Di segno contrario CHIARLONI, *La sentenza «della terza via» in cassazione*, cit., 1365 il quale avverte che una simile impostazione finirebbe col favorire intenti difensivi dilatori e soprattutto causerebbe grave svantaggio alla parte che, vittoriosa nel merito, debba attendere ancora qualche anno prima di poter finalmente vedere la conclusione del processo; l'Autore in *Questioni rilevabili d'ufficio*, cit., 581 parla espressamente di inammissibilità del gravame per carenza d'interesse ad impugnare; in termini anche CIVININI, *op. cit.*, 8; secondo CONSOLO-GODIO, *op. cit.*, 1534 poiché la Cassazione non è giudice del fatto, dovrà verificare le difese di parte per trarne una parvenza di determinanza sulla soluzione della questione sulla base di un sommario e necessariamente superficiale giudizio di potenziale incisività delle attività non svolte.

<sup>30</sup> BALENA, *op. cit.*, 30.



possibile complete ad evitare il mancato accoglimento del ricorso<sup>31</sup>.

## PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE

TRIBUNALE VARESE, 27 novembre 2009 (ordinanza) — BUFFONE *Giudice*.

**Principio di non contestazione — Diritti indisponibili — Controversie — Inoperatività del principio** (C.c. art. 244; C.p.c. artt.115).

*Il principio di non contestazione non opera nelle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili* (1).

 *Omissis*. — In via preliminare, va rilevato quanto segue.

L'odierno giudizio ha ad oggetto azione per il disconoscimento della paternità introdotto dalla madre del minore YY cui è stato nominato, in corso di causa, un curatore a cui (è stato) esteso il giudizio.

Il padre ZZ (come tale risultante allo stato dai certificati pubblici) non ha avverso la domanda dell'attrice ed, anzi, non ha contestato alcuno dei fatti posti a fondamento della domanda. In particolare: che il matrimonio non sarebbe stato consumato; che dal 1995 la moglie avrebbe abbandonato Varese; che il minore non sarebbe, in realtà, suo figlio biologico per essere il padre tale RR.

Su tali fatti, dunque, non vi è contestazione alcuna, nemmeno generica.

Ciò nondimeno vi è, tuttavia, necessità di istruttoria sui fatti sopra illustrati.

Come noto, la Legge 69 del 2009, manipolando l'art. 115 c.p.c. ha tipizzato il principio di non contestazione, già invalso nella giurisprudenza di legittimità. L'applicazione di tale principio comporta che il "fatto non contestato non ha bisogno di prova perché le parti ne hanno disposto, vincolando il Giudice a tenerne conto senza alcuna necessità di convincersi della sua esistenza" (Cassazione civile, sez. III, 21 maggio 2008, n. 13078).

Il principio di non contestazione determina, dunque, disposizione dei fatti posti a fondamento delle domande (vuoi del convenuto; vuoi dell'attore), con conseguente incidenza sullo stesso oggetto della causa.

E, però, pur nel silenzio del Legislatore del 2009, deve ritenersi, in conformità all'opinione dottrinale del tutto prevalente, che il principio di non contestazione non possa trovare applicazione ove vengano in rilievo diritti non disponibili.

Un limite all'operatività del principio de quo va, cioè, rinvenuto nelle procedure in cui vengano in rilievo diritti indisponibili della persona e, dunque, interessi per cui è posto a garanzia e controllo il giudice: tipico proprio il caso dei procedimenti in materia di famiglia ove siano coinvolte situazioni giuridiche soggettive primarie dei minori. Nel caso di specie, essendo coinvolta la stessa identità personale del minore, la non contestazione è inidonea a rendere provati i fatti non contestati anche per evitare che un accordo tacito o

implicito delle parti possa addirittura determinare un mercanteggiare degli status.

La non contestazione, dunque, non trova applicazione in caso di azione ex art. 244 c.c.

Per l'effetto occorre una pronuncia sulle richieste istruttorie. — *Omissis*.



### (1) Non contestazione e diritti indisponibili: oscillazioni dottrinali e incertezze giurisprudenziali

1. Il Tribunale di Varese è investito di un'azione di disconoscimento di paternità, promossa dalla madre di un minore undicenne, nei confronti di quest'ultimo (cui è stato nominato un curatore) e del padre risultante tale dai pubblici registri dello stato civile.

La domanda non è stata contrastata dal padre convenuto in giudizio, che neppure ha contestato i fatti posti a fondamento della stessa.

Pur dando atto della mancata contestazione, il Tribunale sottolinea come, anche nel silenzio dell'art. 115 c.p.c., quale modificato dalla legge n. 69/2009<sup>1</sup>, debba comunque farsi luogo all'istruttoria, trattandosi di lite avente ad oggetto un diritto indisponibile, nel cui ambito non può operare il principio di non contestazione.

Infatti, secondo il Tribunale nel non contestare un fatto le parti dispongono del medesimo, vincolando il giudice a tenerne conto nella decisione senza necessità di convincersi della sua esistenza. E poiché l'indisponibilità del diritto vieta alle parti di disporre dei fatti che ne costituiscono il fondamento (perché, se così non fosse, si verrebbe indirettamente a disporre del diritto medesimo), ad avviso del giudice varesino non vi è spazio alcuno per consentire che la non contestazione sottragga un fatto alla regola dell'onere della prova.

2. L'art. 115 c.p.c., come modificato dal legislatore del 2009, si limita a stabilire, nel suo comma 1, che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero, nonché i fatti non specificamente contestati dalla parte costituita».

Non si fa alcun cenno all'oggetto delle controversie, né si distingue tra diritti disponibili e indisponibili; diversamente da quanto si legge, ad esempio, nelle disposizioni relative all'efficacia della prova legale, le quali precisano che la confessione fa piena prova contro colui che l'ha fatta «purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili» (cfr. art. 2733, comma 2, c.c.), oppure che «il giuramento non può essere deferito o riferito per la decisione di cause relative a diritti di cui le parti non possono disporre» (cfr. art. 2739, comma 1, c.c.).

Astrattamente, pertanto, è ragionevole interrogarsi sull'applicabilità del principio di non contestazione an-

<sup>31</sup> Nel senso che, alla luce del nuovo art. 101, comma 2, c.p.c., l'impugnazione non può essere comunque dichiarata inammissibile, ma tutt'al più infondata nel merito ove la parte non sia in grado di allegare una lesione effettiva v. CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., 359 e segg.

<sup>1</sup> Per l'affermazione che l'art. 115 c.p.c., quanto al principio

di non contestazione, ha natura di norma ricognitiva di un precepto già sancito in via interpretativa sulla base del dato normativo pregresso, cfr. Trib. Piacenza, 2 febbraio 2010, in *Giur. Merito*, 2010, 1322; *contra*, per l'affermazione che il principio di non contestazione non si applica ai giudizi instaurati anteriormente alla riforma processuale del 1990, cfr. Cass., 8 febbraio 2008, n. 3217, in *Giur. It.*, 2008, 2188.

che nelle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili.

3. Al riguardo, come noto, alcuni autori<sup>2</sup> intendono il principio di non contestazione quale manifestazione del principio dispositivo sostanziale e lo ricollegano al principio della domanda<sup>3</sup>, ritenendo che, a fronte dell'allegazione di un fatto ad opera di una parte, l'atteggiamento di non contestazione dell'altra parte vincolerebbe il giudice a ritenere quel fatto esistente, pur senza essersi formato su di esso alcun convincimento<sup>4</sup>.

Logico corollario di tale impostazione è la limitazione dell'operatività della non contestazione all'area delle controversie in tema di diritti disponibili, rispetto alle quali soltanto le parti hanno il potere di "condizionare il giudice quanto alla determinazione del tema di fatto che è a base della controversia"<sup>5</sup>.

Per le liti relative a diritti indisponibili, invece, sottratte al potere monopolistico delle parti in tema di allegazioni dei fatti, il giudice dovrebbe restare assolutamente indifferente all'atteggiamento di non contestazione di una parte rispetto ad un fatto allegato dall'altra<sup>6</sup>, il quale dovrebbe essere considerato indimprostrato, qualora non ne sia fornita la prova dalla parte gravata del relativo onere.

Ciò in quanto, ammettendo che la mancata contestazione ad opera della parte convenuta di un fatto costitutivo di un diritto indisponibile costringa il giudice a porre quel fatto a fondamento della decisione (l'art. 115 c.p.c. usa il verbo «deve») si verrebbe al contempo ad ammettere che le parti, per il tramite della non contestazione, possano condizionare il contenuto della decisione, e, per questa via, disporre di quel diritto, nonostante il divieto della legge.

Del resto — osservano ancora i sostenitori di questa tesi — se sono privi di rilevanza giuridica i negozi di diritto sostanziale che hanno ad oggetto un diritto indisponibile, sarebbe incoerente che le parti possano vincolare il giudice, attraverso la non contestazione, a considerare esistenti i fatti storici costitutivi di un certo diritto, perché in tal modo il limite relativo alla sua indisponibilità sarebbe facilmente aggirato in sede processuale<sup>7</sup>.

Anche la considerazione delle regole sopra ricordate, relative alla confessione (art. 2733, comma 2, c.c.) e al giuramento (art. 2739, comma 1, c.c.), indirizza nello stesso senso: infatti, se tali prove, normalmente vincolanti per il giudice in quanto "legali", in tema di diritti indisponibili non rimangono invece tali, coerenza sistemica vuole che un simile vincolo sul giudice non possa essere determinato neppure dalla non contesta-

zione, che costituisce un comportamento processuale di regola decisamente meno univoco della confessione o del giuramento<sup>8</sup>.

Anche la giurisprudenza ha talora ritenuto irrilevante la non contestazione nelle controversie aventi ad oggetto diritti indisponibili, stabilendo, ad esempio in materia di divorzio, che il giudice è tenuto «a verificare, *ex officio*, se ricorrano i presupposti e le condizioni fissati inderogabilmente dalla legge per l'accoglimento della domanda, indipendentemente dall'atteggiamento processuale della parte convenuta»<sup>9</sup>.

Prima di concludere nel senso che la non contestazione non ha alcuno spazio di operatività nell'ambito delle liti aventi ad oggetto diritti indisponibili occorre, tuttavia, tener conto di altre opinioni, che si affacciano in dottrina e in giurisprudenza.

4. Rilevano infatti taluni come il principio di non contestazione «non abbia nulla a che fare con il principio della domanda, né possa considerarsi un riflesso del potere monopolistico delle parti in tema di allegazione dei fatti»<sup>10</sup>, ma costituisca invece una significativa espressione del principio di economia processuale, oggi valorizzato costituzionalmente dall'art. 111 Cost., nella parte in cui prevede la ragionevole durata del processo<sup>11</sup>.

Siffatta ricostruzione della tecnica di non contestazione, produttiva di un meccanismo fondato sulla presunzione di verità del fatto non contestato, non esclude un certo limitato suo rilievo anche in tema di diritti indisponibili.

Osserva infatti un'autorevole dottrina che anche in tali liti, nelle quali il fatto non contestato non è espunto dal *thema probandum*, la non contestazione può rilevare come comportamento processuale, cioè come «fatto secondario di origine processuale di cui il giudice ha immediata percezione e da cui (se del caso in concorso con altri fatti secondari) può desumere l'esistenza del fatto ignoto non contestato»<sup>12</sup>.

Tale inferenza probatoria del comportamento processuale costituito dalla non contestazione sarebbe minima nei processi caratterizzati da un eventuale basso indice di conflittualità, come, ad esempio, una lite in tema di nullità del matrimonio, mentre si intensificherebbe proporzionalmente all'intensificarsi dell'indice di conflittualità, divenendo massima in quei casi, come ad esempio le liti previdenziali, caratterizzati da una massima conflittualità, nelle quali «l'inferenza probatoria del fatto non contestato è altissima»<sup>13</sup>.

Secondo altri anche in tale controversie la non contestazione esclude l'applicabilità della regola di cui al-

<sup>2</sup> Per un'ampia ricostruzione delle varie teorie relative al principio di non contestazione cfr. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milano, 1995, *passim*; più di recente, cfr. CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, in *Giust. Proc. Civ.*, 2006, 202 e segg.

<sup>3</sup> Cfr. VERDE, voce "Domanda (principio della) (diritto processuale civile)", in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, XII, par. 10.

<sup>4</sup> Cfr. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 232.

<sup>5</sup> Cfr. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953, 222; TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 47.

<sup>6</sup> Cfr. ANDRIOLI, voce "Prova (diritto processuale civile)", in *Novissimo Dig. It.*, XIV, Torino, 1967, 274.

<sup>7</sup> Cfr. LUISSO, *Diritto processuale civile*, Milano, 2009, II, 55.

<sup>8</sup> Cfr. PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro It.*, 2003, I, 607.

<sup>9</sup> Cfr. Cass., 30 ottobre 1984, n. 5538, in *Rep. Foro It.*, 1984, voce "Impugnazioni civili", n. 20.

<sup>10</sup> Così CEA, *La tecnica della non contestazione nel processo civile*, cit., 202; conf. CARRATTA, *op. ult. cit.*, 229 e segg.; RASCIÒ, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, in *Dir. Giur.*, 2002, 83 e segg.

<sup>11</sup> Così CEA, *op. loc. ult. cit.*

<sup>12</sup> Così PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 607.

<sup>13</sup> Così PROTO PISANI, *op. ult. cit.*, 607.

l'art. 2697 c.c., ma: (i) il fatto incontrovertibile potrà essere smentito dai documenti prodotti o dalle prove assunte ad altri fini; (ii) il giudice potrà non accontentarsi della mancata contestazione e assumere ugualmente le prove dirette a dimostrarlo, sia su istanza di parte che tramite i poteri istruttori attribuitigli dalla legge; (iii) dovrà comunque considerare controverso il fatto incontestato tra le parti private, ove sia contestato (o reso oggetto di un'istanza istruttoria) da parte del pubblico ministero<sup>14</sup>.

Non manca, poi, chi ritiene che nei giudizi aventi ad oggetto diritti indisponibili la non contestazione possa utilizzarsi unicamente come argomento di prova, anziché liberamente valutarsi, ai sensi dell'art. 116, comma 1, c.p.c.<sup>15</sup>.

5. La molteplicità degli orientamenti dottrinali sull'operatività della non contestazione nelle cause in tema di diritti indisponibili consiglia una certa cautela, nell'aderire incondizionatamente alla scelta interpretativa del giudice varesino, che sposa la tesi teorica più drastica.

Tale scelta ha certamente una sua corposa dignità teorica, e presenta il non trascurabile effetto di rimettere al prudente vaglio del giudice tutti i fatti — da accertare con una specifica istruttoria — che ruotano intorno ad una lite così delicata, com'è l'azione di disconoscimento di paternità.

Non sembra, tuttavia, foriera di particolari inconvenienti l'opposta opzione interpretativa (frutto delle più recenti rielaborazioni teoriche del principio di non contestazione), che consente al giudice di valutare anche in tali azioni il comportamento processuale costituito dall'assenza di contestazione, come indicativo di una presunzione di verità del fatto non contestato.

È difficile dire prospettivamente quale linea prevarrà, dopo che la modifica dell'art. 115 c.p.c. probabilmente moltiplicherà il numero delle decisioni fondate sul principio di non contestazione: se però si vuole azzardare una prognosi, si può ragionevolmente prevedere che anche le liti relative a diritti non disponibili non rimarranno a lungo una "zona franca", ma saranno, più o meno rapidamente, assoggettate all'operatività di tale principio, nel senso che il comportamento processuale della parte che ometta di contestare i fatti allegati dalla controparte sarà valutato liberamente dal giudice, come — proprio nell'azione di disconoscimento di paternità — sono ritenuti elementi liberamente apprezzabili dal giudice le ammissioni delle parti<sup>16</sup>, ovvero, in alternativa, potrà essere utilizzato quanto meno come argomento di prova.

È costituisce certamente un indizio significativo della fondatezza di tale prognosi una recente sentenza della Corte di cassazione, nella quale, in materia previden-

ziale, viene affermato il principio secondo cui «non si rinvenivano validi motivi per ritenere che il principio di non contestazione, desumibile dal tenore letterale degli artt. 414 e 416 c.p.c., non operi in relazione ai diritti indisponibili, quali sono i diritti a prestazioni previdenziali»<sup>17</sup>.

GIORGIO FRUS

## DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO

TRIBUNALE BELLUNO, 4 novembre 2009 — GIACOMELLI *Giudice* — Troncon s.n.c. di Troncon Giuseppe & C. (avv.ti Corletto, Prade) - Fallimento Fidia Costruzioni s.r.l. in liquidazione (avv.ti Benetton, Zampieri).

**Fallimento — Legittimazione processuale del fallito — Decreto ingiuntivo chiesto dall'imprenditore prima del suo fallimento, ma pronunciato e notificato successivamente — Valida instaurazione del rapporto processuale — Conseguente validità ed efficacia del decreto** (C.c. artt. 1722, 1728; C.p.c. art. 644; R.D. 16 marzo 1942, n. 267, artt. 43, 44, 78).

**Ingiunzione (Procedimento per) — Subfornitura — Obbligatorietà del tentativo di conciliazione preventivo — Esclusione** (C.p.c. art. 412 *bis*, 633, 641, 642, 649; L. 18 giugno 1998, n. 192, artt. 3, 10).

*La dichiarazione di fallimento non produce l'estinzione del soggetto, né determina una perdita generalizzata della capacità processuale del fallito, assimilabile all'evento morte, bensì solo una perdita della capacità del fallito di porre in essere attività processuali volte ad incidere sui diritti rientranti nel suo patrimonio, essendo la legittimazione processuale del medesimo trasferita automaticamente in capo al curatore a norma dell'art. 43 L. Fall. Pertanto, il decreto ingiuntivo chiesto anteriormente alla sentenza dichiarativa di fallimento, anche se pronunciato successivamente e notificato quindi su istanza del curatore, è da ritenersi senz'altro valido ed efficace (1).*

*L'esperimento del tentativo di conciliazione, ai sensi dell'art. 10 L. 18 giugno 1998, n. 192, non è condizione di procedibilità né per ottenere la pronuncia di un decreto ingiuntivo in materia di subfornitura, né per proporre opposizione al decreto stesso, dovendo l'interesse a ricercare la conciliazione tra le parti cedere di fronte alla preminente esigenza di celerità caratterizzante il procedimento monitorio nella specifica materia (2).*



*Omissis.* — *Svolgimento:* Con ricorso depositato in data 19.2.2004, la Fidia Costruzioni s.r.l. in liquidazio-

<sup>14</sup> Cfr. RASCIO, *Note brevi sul principio di non contestazione (a margine di un'importante sentenza)*, cit.

<sup>15</sup> Cfr. BALENA, *La nuova pseudo-riforma della giustizia civile*, in *www.judicium.it*, par 12; conf. SASSANI, *L'onere della contestazione*, *ivi*, par. 4, nota 42.

<sup>16</sup> Cfr. Cass., 20 febbraio 1992, n. 2113, in *Rep. Foro It.*, 1992, voce "Filiazione", n. 27; più in generale, cfr. anche Cass., 7 febbraio 1997, n.1170, in *Rep. Foro It.*, 1997, voce "Prova civile in genere", n. 16, secondo cui «le ammissioni delle parti in

ordine a diritti indisponibili ed in cause aventi ad oggetto diritti familiari non possono assumere valore di confessione in senso stretto e, quindi, di prova legale; ciò non esclude, tuttavia, che il giudice possa utilizzare dette ammissioni quali presunzioni ed indizi liberamente valutabili in unione con altri elementi probatori».

<sup>17</sup> Così Cass., 30 giugno 2009, n. 15326, in *Rep. Foro It.*, 2009, voce "Lavoro e previdenza (controversie)", n. 77.

ne esponeva di essere creditrice della somma di euro 56.861,90 nei confronti della Impresa Edile Troncon s.n.c. di Troncon Giuseppe & C., a titolo di corrispettivo delle opere eseguite, in forza del rapporto di subfornitura di cui alla legge 18.6.1998 n. 192, nei cantieri di S. Vito di Cadore, Vodo di Cadore e Vinigo di Cadore, secondo quanto indicato nelle fatture n. 1, n. 2 e n. 3 del 31.1.2001, al netto degli acconti già versati.

Ciò premesso, la ricorrente chiedeva che il tribunale di Belluno ingiungesse alla Troncon s.n.c. di Troncon Giuseppe & C., con decreto provvisoriamente esecutivo, il pagamento della predetta somma, oltre agli interessi legali ed alle spese del procedimento.

Avverso il decreto ingiuntivo emesso in data 16.3.2004 e notificato all'ingiunta in data 4.5.2004, la Troncon s.n.c. di Troncon Giuseppe & C. proponeva tempestiva opposizione, con atto di citazione notificato in data 26.5.2004, con il quale conveniva in giudizio il Fallimento Fidia Costruzioni s.r.l. in liquidazione, in persona del Curatore dott. P. Spigariol, innanzi al tribunale di Belluno.

L'opponente eccepeva preliminarmente la nullità ed inefficacia del decreto ingiuntivo opposto, deducendo che — essendo stata la Fidia dichiarata fallita in data 4.3.2004, prima dell'emissione dell'ingiunzione — il decreto non era stato notificato nel termine di 60 giorni, a norma dell'art. 644 c.p.c., su istanza della società fallita, bensì ad istanza del Fallimento e ad opera di un nuovo procuratore.

Deducendo che con la dichiarazione di fallimento la ricorrente aveva perso la propria capacità processuale e la legittimazione ad agire, che competeva al Curatore del fallimento, per cui il decreto ingiuntivo, emesso dopo la dichiarazione di fallimento, doveva considerarsi nullo o comunque inefficace; deduceva inoltre che con la dichiarazione di fallimento era venuto meno il mandato professionale conferito al difensore, ai sensi degli artt. 1722 e 1728 c.c. e dell'art. 78 l. fall.

Nel merito contestava l'esistenza del credito fatto valere dalla controparte, per aver corrisposto in pagamento alla Fidia Costruzioni somme complessivamente superiori a quanto dovuto per i lavori dalla stessa eseguiti, pur tenendo conto anche delle maggiori lavorazioni e delle opere extracontratto.

Ciò premesso, l'opponente chiedeva preliminarmente la revoca o sospensione della provvisoria esecutività, deducendo l'inapplicabilità al rapporto di subappalto delle norme in materia di subfornitura, nonché la dichiarazione di nullità o inefficacia del decreto ingiuntivo; nel merito chiedeva fosse accertata l'insussistenza di qualsiasi credito della Fidia nei confronti dell'opponente, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo.

Si costituiva il Fallimento convenuto e contestava in rito e nel merito la fondatezza dell'opposizione, chiedendone il rigetto.

Nella memoria depositata ai sensi dell'art. 180 c.p.c. in data 29.9.2004 l'opponente eccepeva in compensazione il proprio credito risarcitorio relativo alla penale per il ritardo addebitato alla Fidia Costruzioni.

All'udienza del 19.11.2004, fissata per la comparizione delle parti ai sensi dell'art. 183 c.p.c., il procuratore dell'opponente eccepeva in via subordinata l'improcedibilità della domanda azionata in via monitoria per mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 10 della legge 18.6.1998 n. 192.

Nella memoria depositata in data 17.12.2004 a norma dell'art. 183 c.p.c. l'opponente eccepeva il mancato esperimento del tentativo di conciliazione da parte dell'opponente, mentre nella rispettiva memoria depositata in data 18.12.2004 l'opponente affermava la tempestività della propria eccezione di compensazione, in quanto formulata nel termine di cui all'art. 180, 2° comma, c.p.c.

Con ordinanza in data 19.4.2006 il giudice istruttore sospendeva la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo,

mentre con ordinanza in data 13.6.2006 ammetteva in parte le prove orali proposte dalle parti e disponeva consulenza tecnica.

Acquisite le relazioni dei c.t.u. ed assunte le prove testimoniali, all'udienza del 27.11.2008, fissata per la precisazione delle conclusioni, il giudice istruttore in funzione di giudice monocratico tratteneva la causa in decisione sulle conclusioni delle parti, precisate come in premessa, assegnando i termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica, termini scaduti in data 16.2.2009.

*Motivi:* 1. Il decreto ingiuntivo emesso in data 16.3.2004 è stato dichiarato provvisoriamente esecutivo a norma dell'art. 3, 4° comma, della legge 18.6.1998 n. 192 ("In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli artt. 633 e seguenti del codice di procedura civile"), sul presupposto dell'applicabilità della disciplina della subfornitura.

L'opponente ha tuttavia contestato la presenza, nel caso in esame, degli elementi sostanziali della subfornitura, ed ha comunque eccepito, in via subordinata, l'improcedibilità della domanda azionata in via monitoria per mancato preventivo esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 10 della legge 18.6.1998 n. 192 (v. verbale d'udienza del 19.11.2004). A propria volta, il Fallimento ha replicato deducendo l'improcedibilità del giudizio di opposizione per mancato esperimento del tentativo di conciliazione da parte dell'attore opponente.

Ciò premesso, per risolvere il dubbio interpretativo, nel senso dell'infondatezza dell'eccezione sollevata dall'opponente, è sufficiente richiamare l'ordinanza della Corte costituzionale del 1°6.2004 n. 163, che ha dichiarato manifestamente infondata, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 4° comma, della legge 18.6.1998 n. 192 nella parte in cui non prevede che il subfornitore, il quale intenda avvalersi del procedimento per ingiunzione di cui agli artt. 633 ss. c.p.c., debba preventivamente esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto dall'art. 10 della stessa legge n. 192 del 1998.

Sul punto la Consulta — richiamando la propria sentenza n. 276 del 13.7.2000, con cui aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità dell'art. 412 bis c.p.c., in tema di rito del lavoro, sollevata sul presupposto che la norma implicitamente assoggettasse il procedimento monitorio al tentativo di conciliazione — ha rilevato come fosse "possibile (e ragionevole) interpretare la norma nel senso che in quel procedimento il tentativo non dovesse essere esperito" (cfr. C. cost. ord. 6.2.2001 n. 29), ed ha precisato, con riferimento alla questione in esame, da un lato che l'esercizio dell'azione in via ordinaria o in via monitoria riguarda "due distinte forme di tutela giurisdizionale sperimentabili dal titolare secondo una sua libera scelta, onde non si vede come possa parlarsi di disparità", e dall'altro che "il legislatore, apprestando una tutela particolarmente intensa ai crediti dei subfornitori, con la previsione dell'ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva, mostra all'evidenza di risolvere non irragionevolmente in favore di una sollecita realizzazione delle pretese di tali soggetti (alla quale è funzionale il processo monitorio) la valutazione di bilanciamento con l'esigenza di apprestare uno strumento di composizione transattiva delle relative controversie".

Quanto all'eccezione, sollevata dall'opponente, di improcedibilità del giudizio di opposizione per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione da parte dell'opponente, si deve osservare che, se si ritenesse gravato di tale onere il committente destinatario dell'ingiunzione provvisoriamente esecutiva, questi dovrebbe attendere lo scadere del termine di trenta giorni, previsto dall'art. 10 della legge 18.6.1998 n. 192, ponendo così a rischio la possibilità di proporre l'opposizione (poiché resterebbero a disposizione soltanto dieci giorni, rispetto al termine ordinario previsto

dall'art. 641 c.p.c.) e vedendosi limitare la facoltà di chiedere l'immediata sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 649 c.p.c.

Nella sostanza, proprio perché il decreto ingiuntivo, concesso in favore del subfornitore, è sempre provvisoriamente esecutivo, a norma dell'art. 3, 4° comma, della legge 18.6.1998 n. 192, risulta evidente che il committente, destinatario dell'ingiunzione, si trova in ogni caso nella necessità di proporre il giudizio di opposizione nel più breve tempo possibile, in vista di ottenere la sospensione dell'esecuzione, facendo valere — con l'inizio della causa di cognizione ordinaria, caratterizzata dal pieno contraddittorio tra le parti — le proprie "eccezioni di carattere impeditivo delle pretese azionate e riconosciute con il decreto ingiuntivo opposto, e non un'azione autonomamente introdotta" (v. Trib. Biella 17.1.2006, in *Giur. it.*, 2006, 2122).

In tale quadro complessivo, è chiaro che l'interesse a ricercare la conciliazione delle parti debba, nel bilanciamento dei valori in campo, cedere di fronte alla preminente esigenza di celerità sia nella pronuncia dell'ingiunzione di pagamento immediatamente esecutiva, su richiesta del subfornitore, sia nella eventuale instaurazione del contraddittorio, finalizzata innanzitutto all'esame dell'istanza di sospensione dell'esecuzione, su iniziativa del committente.

Con riferimento al caso concreto, va considerato che l'opponente ha sollevato contestazioni in merito all'esecuzione delle prestazioni, sotto il profilo della mancata realizzazione di alcuni lavori previsti nel contratto, e non dell'esistenza di difformità o vizi delle opere, con conseguente riduzione del corrispettivo dovuto, mediante argomentazioni che attengono tutte allo specifico oggetto del procedimento monitorio già introdotto dalla ricorrente, e che pertanto — diversamente da quanto sostenuto dalla difesa del Fallimento (v. pg. 15 della comparsa conclusiva del 23.1.2009 e pg. 3 della memoria di replica dell'11.2.2009) — non si riferiscono a pretese autonome ed estranee ad esso, tali da dover essere proposte in un diverso giudizio preceduto obbligatoriamente dal tentativo di conciliazione.

Ne consegue che le questioni prospettate in merito all'esatta qualificazione del rapporto (come subfornitura in senso proprio o come mero subappalto), ai fini della procedibilità del giudizio di opposizione nonostante il mancato esperimento del tentativo di conciliazione, divengono irrilevanti e sono peraltro superate, nel caso concreto, dall'avvenuta sospensione dell'esecuzione del decreto ingiuntivo, disposta con ordinanza in data 19.4.2006, in quanto — per effetto dell'espresso rinvio, contenuto nell'art. 3, 4° comma, della legge 18.6.1998 n. 192, a tutte le disposizioni di cui agli artt. 633 e seguenti c.p.c. — deve ritenersi che, anche nel caso di esecuzione provvisoria concessa a norma del citato art. 3, la relativa sospensione sia comunque disciplinata dall'art. 649 c.p.c., il cui ambito di applicazione non è limitato alle sole ipotesi di esecutività concessa a norma dell'art. 642 c.p.c. (v. Trib. Torino 19.11.1999, in *Foro it.*, 2000, I, 624).

Le eccezioni di improcedibilità del giudizio debbono pertanto essere rigettate.

2. L'opponente ha eccepito la nullità ed inefficacia del decreto ingiuntivo opposto, deducendo che il decreto non è stato notificato su istanza della società fallita, bensì su istanza del Fallimento della Fidia Costruzioni — dichiarato in data 4.3.2004, prima dell'emissione del decreto ingiuntivo — ed a mezzo di un diverso procuratore.

Ad avviso dell'opponente, pertanto, il decreto ingiuntivo è divenuto inefficace, perché non notificato nel termine di cui all'art. 644 c.p.c., ed è comunque nullo perché con la dichiarazione di fallimento la società ricorrente avrebbe perso la

propria capacità processuale e la legittimazione ad agire, spettanti al Curatore del fallimento; inoltre, con la dichiarazione di fallimento sarebbe venuto meno il mandato professionale conferito al difensore, ai sensi degli artt. 1722 e 1728 c.c. e dell'art. 78 l. fall.

Ciò premesso, va innanzitutto rilevato che il ricorso monitorio è stato depositato nella cancelleria del tribunale di Belluno in data 19.2.2004 dalla Fidia Costruzioni s.r.l. in liquidazione; la Fidia Costruzioni è stata dichiarata fallita dal tribunale di Treviso con sentenza n. 35 del 4.3.2004, prima dell'emissione del decreto ingiuntivo, avvenuta in data 16-19.3.2004; a seguito dell'istanza del 31.3.2004 il giudice delegato ha nominato il difensore della procedura fallimentare nella persona dell'avv. Antonio Benetton di Treviso, il quale ha provveduto a notificare il decreto alla società Troncon, unitamente all'atto di precetto, in data 4.5.2004.

Se è indubitabile che la dichiarazione di fallimento non produce l'estinzione del soggetto bensì soltanto la perdita della capacità del fallito di incidere con proprie attività processuali sui diritti rientranti nel suo patrimonio, comportando il trasferimento della legittimazione in capo al Curatore, il quale subentra nella posizione processuale del fallito, a norma dell'art. 43 l. fall. ("Nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore") — mentre gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento sono inefficaci nei confronti dei creditori (art. 44 l. fall.) — si deve quindi escludere che, nella fattispecie, si sia verificata una situazione processuale assimilabile a quella prevista dall'art. 300 c.p.c., posto che la perdita della capacità processuale del fallito non è assoluta, ma relativa alla massa dei creditori, alla quale soltanto è consentito eccipirla (v. Cass. 5.7.2000 n. 8975, Cass. 27.2.2003 n. 2965, Cass. 30.8.2004 n. 17418).

Pertanto, nel caso in esame, in cui il decreto ingiuntivo è stato emesso prima della dichiarazione di fallimento della ricorrente, il Curatore è automaticamente subentrato, dopo la pronuncia del decreto, nel rapporto processuale già validamente instaurato (v. Cass. 27.2.2003 n. 2965, Cass. 20.2.2004 n. 3378; cfr. Cass. sez. un. 1.10.2007 n. 20596, la quale ha precisato che, per l'instaurazione del rapporto processuale, è sufficiente il contatto tra due dei soggetti del processo, contatto che nel procedimento monitorio avviene al momento del deposito del ricorso, cui retroagiscono gli effetti della pendenza della controversia), mentre la successiva notifica del decreto, che determina la pendenza della lite nei confronti dell'ingiunto, ai sensi dell'art. 643, 3° comma, c.p.c., è stata ritualmente e tempestivamente eseguita su istanza del Curatore, in forza del mandato nel frattempo conferito al difensore del Fallimento.

Ne discende che le eccezioni preliminari, sollevate dall'opponente con riferimento all'asserita inefficacia e nullità del decreto ingiuntivo opposto, debbono essere respinte. — *Omissis.*



(1-2) La decisione in commento prende in esame, da un lato, la questione avente ad oggetto il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie relative ai contratti di subfornitura<sup>1</sup>, e affronta così il rapporto tra l'obbligatorietà di tale tentativo di conciliazione e la struttura del procedimento monitorio, dall'altro, quella inerente alla validità del decreto ingiuntivo (domandato prima, ma) emesso dopo la dichiarazione di fallimento della società creditrice e notificato ad istanza del curatore fallimentare.

<sup>1</sup> Sull'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie aventi ad oggetto contratti di subfornitura cfr. CICOGNA, *Subfornitura e ADR: un primo bilancio*, in *Contratti*, 2000, 317 e segg. Più in generale sulla subfornitura e sulla

conciliazione cfr. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, 549 e segg.; RUBINO-SAMMARTANO, *Arbitrato, ADR, conciliazione*, Bologna, 2009, 1221 e segg.

Nel caso di specie, la società creditrice, vantando, in forza di un rapporto contrattuale riconducibile alla subfornitura di cui alla L. 18 giugno 1998, n. 192, un credito nei confronti di altra società, chiedeva al Tribunale di Belluno di ingiungere a quest'ultima, con decreto provvisoriamente esecutivo, il pagamento del dovuto.

La società creditrice, tuttavia, prima che venisse pronunciata l'ingiunzione, veniva dichiarata fallita e il decreto era quindi notificato su istanza del curatore.

Contro l'ingiunzione dichiarata provvisoriamente esecutiva a norma dell'art. 3, comma 4, della legge n. 192/1998 («In ogni caso la mancata corresponsione del prezzo entro i termini pattuiti costituirà titolo per l'ottenimento di ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva ai sensi degli artt. 633 e seguenti del codice di procedura civile»), era proposta tempestiva opposizione, con *vocatio in ius* del fallimento, in persona del curatore.

La società opponente, oltre a contestare nel merito l'esistenza del credito fatto valere dall'opposta e la presenza, nella specie, degli elementi sostanziali della subfornitura, eccepiva altresì, in via preliminare, da un lato, la nullità ed inefficacia del decreto ingiuntivo *de quo*, in quanto non notificato nel termine di 60 giorni, a norma dell'art. 644 c.p.c., su istanza della società fallita, bensì del fallimento, e a opera di un nuovo difensore (con la dichiarazione di fallimento, secondo quanto dedotto dall'ingiunta, la società opposta avrebbe, infatti, perso la propria capacità processuale, nonché la stessa legittimazione ad agire, che competeva al curatore del fallimento, e il mandato professionale conferito al suo precedente difensore sarebbe venuto meno, ai sensi degli artt. 1722 e 1728 c.c. e dell'art. 78 L. Fall.), dall'altro, l'improcedibilità della domanda azionata in via monitoria per mancato esperimento del tentativo di conciliazione previsto dall'art. 10 legge n. 192/1998.

A sua volta il fallimento deduceva l'improcedibilità del giudizio di opposizione per mancato esperimento del tentativo di conciliazione da parte dell'opponente.

1. Solo alcune brevi battute in ordine all'asserita nullità/inefficacia del decreto ingiuntivo emesso dopo la dichiarazione di fallimento della società creditrice.

<sup>2</sup> Cass., 27 febbraio 2003, n. 2965, in *Giust. Civ.*, 2003, 1216, secondo la quale «la perdita della capacità processuale del fallito, a seguito della dichiarazione di fallimento, non è assoluta, ma relativa alla massa dei creditori, alla quale soltanto — e per essa al curatore — è consentito eccepirlo». In senso conforme cfr. anche Cass., 29 maggio 1999, n. 5238, in *Mass. Giur. It.*, 1999; Id., 5 luglio 2000, n. 8975, *ivi*, 2000.

<sup>3</sup> COSTA, *Gli effetti del fallimento sul fallito*, in RAGUSA MAGGIORE-COSTA, *Le procedure concorsuali, Il Fallimento*, Torino, 1997, 20 e segg. Sugli effetti del fallimento sul fallito, e in particolare sugli effetti patrimoniali di tipo processuale, cfr. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 290 e segg.

<sup>4</sup> Sulla questione relativa alla determinazione della prevenzione nel procedimento monitorio, il contrasto di giurisprudenza è stato risolto dalle Sezioni unite, Cass., 1° ottobre 2007, n. 20596, in *Foro It.*, 2008, I, 2613, le quali hanno affermato che, in detto procedimento, «la pendenza della lite è determinata dalla notificazione del ricorso e del decreto, ma gli effetti retroagiscono alla data del deposito del ricorso, sicché la prevenzione si individua con riguardo a tale momento». La pronuncia

Il Tribunale di Belluno, nella decisione in esame, respingendo l'eccezione sollevata dalla società ingiunta, sulla scorta di quanto già precedentemente sancito dalla Corte di cassazione sul punto<sup>2</sup>, ha ribadito — sul presupposto che la dichiarazione di fallimento non produce l'estinzione del soggetto, bensì solo la perdita della capacità del fallito di porre in essere attività processuali volte ad incidere sui propri diritti patrimoniali, poiché comporta che la legittimazione processuale sia trasferita in capo al curatore, il quale subentra, ai sensi dell'art. 43 L. Fall., nella posizione processuale del fallito — che la perdita della capacità processuale di quest'ultimo non è assoluta, ma relativa alla massa dei creditori, ai quali soltanto è consentito eccepirlo.

Detta conclusione non è smentita dal nuovo comma 3 dell'art. 43 L. Fall., introdotto dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, il quale espressamente prevede che «l'apertura del fallimento determina l'interruzione del processo». Mentre prima della riforma del 2006 l'efficacia interruttiva del fallimento sui processi in corso veniva fatta discendere, in assenza di una specifica disciplina fallimentare, dai principi generali degli artt. 299 e 300 c.p.c., ora, stante la modifica legislativa poc'anzi riportata, l'interruzione discende direttamente dalla dichiarazione di fallimento ed è rilevabile anche d'ufficio dal giudice.

L'art. 43 L. Fall., infatti, con disposizione di carattere generale, attribuisce al curatore del fallimento la legittimazione a proporre o proseguire le azioni aventi ad oggetto rapporti patrimoniali compresi nel fallimento, e non costituisce invece espressione di una presunta perdita della capacità del fallito<sup>3</sup>.

Nel caso di specie, pertanto, il curatore, dopo la pronuncia del decreto ingiuntivo, avvenuta prima della dichiarazione di fallimento della società ricorrente, è automaticamente subentrato nel rapporto processuale già instauratosi validamente al momento del deposito del ricorso, cui, secondo quanto stabilito dalle Sezioni unite della Corte di cassazione con l'ordinanza 1° ottobre 2007, n. 20596, retroagiscono tutti gli effetti della domanda<sup>4</sup>, e ha tempestivamente eseguito la notifica del decreto *de quo*, in forza del mandato nel frattempo conferito al difensore del fallimento.

in esame condivide l'interpretazione secondo cui per l'instaurazione del rapporto processuale è sufficiente il contatto tra due dei soggetti del processo, contatto che nel procedimento monitorio avviene al momento del deposito del ricorso; mentre la successiva notifica del decreto determina la pendenza della lite nei confronti dell'ingiunto, ai sensi dell'art. 643, comma 3, c.p.c. In senso contrario a tale pronuncia, la Corte ha talvolta ritenuto che la pendenza della lite si determini con riferimento alla notifica del ricorso, cfr. Cass., 19 ottobre 1998, n. 10330, in *Mass. Giur. It.*, 1998; Id., 29 ottobre 1998, n. 10784, *ibid.*; Id., 15 febbraio 2001, n. 2214, *ivi*, 2001; Id., 2 febbraio 2006, n. 2319, *ivi*, 2006. In dottrina, per un approfondimento delle due tesi contrapposte cfr. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000, 193 e segg., il quale attribuisce all'art. 643 c.p.c., la funzione di «ancorare alla notifica del ricorso e del decreto non il tempo di produzione degli effetti della domanda, ma il presupposto essenziale affinché tali effetti si producano: presupposto che, una volta realizzato, varrà a collegare tali effetti al momento stesso in cui la domanda, attraverso il deposito del ricorso, è stata proposta».

2. Merita invece qualche riflessione in più la delicata questione della compatibilità tra tentativo obbligatorio di conciliazione, secondo il disposto dell'art. 10 L. 18 giugno 1998, n. 192<sup>5</sup>, e procedimento monitorio, ampiamente discussa in dottrina<sup>6</sup> e in giurisprudenza.

La norma in questione, infatti, palesando l'intento legislativo di rafforzare il sistema delle *Alternative Dispute Resolution*<sup>7</sup>, ovvero di garantire uno snellimento dei carichi giudiziari, introduce una forma obbligatoria di tentativo stragiudiziale di conciliazione che, peraltro, mal si concilia con la struttura del procedimento per decreto ingiuntivo.

Ci si deve domandare quanto sia ragionevole obbligare il subfornitore, che intenda azionare il proprio credito in via monitoria, a esperire previamente il tentativo di conciliazione.

In dottrina, chi ha ritenuto di rispondere affermativamente al quesito ora posto, partendo dall'assunto secondo cui l'esperimento pregiudiziale del tentativo di conciliazione rappresenterebbe una condizione di procedibilità della domanda<sup>8</sup>, ha negato la sussistenza di qualsivoglia contrasto tra l'esigenza di tutela immediata del credito del subfornitore e la procedura di conciliazione, osservando, anzi, che tale obbligo preventivo, oltre a perseguire l'intendimento deflattivo del legislatore, permetterebbe di trovare il giusto equilibrio tra i diritti garantiti dalla legge al

subfornitore stesso e il diritto di difesa del committente.

Tuttavia, tali argomentazioni, peraltro non condivise unanimente neppure in dottrina<sup>9</sup>, non hanno convinto il giudice delle leggi.

Innanzitutto, è stato acutamente osservato che il tentativo di conciliazione, previsto dall'articolo summenzionato, è solo apparentemente obbligatorio, in quanto privo di sanzione<sup>10</sup>: «All'obbligo del tentativo di conciliazione, nella disciplina della subfornitura, non fa riscontro alcun effetto processuale di tipo sanzionatorio nel caso di mancato espletamento; manca, infatti, nella l. 192 del 1998 una disposizione assimilabile all'art. 412 *bis*, che, in tema di controversie di lavoro, prevede espressamente l'esperimento del tentativo come condizione di procedibilità»<sup>11</sup>.

Si è poi rilevato che tra tentativo di conciliazione e procedimento monitorio sarebbe ravvisabile una vera e propria incompatibilità strutturale<sup>12</sup>, comparabile a quella senz'altro esistente fra il tentativo di conciliazione stesso ed il procedimento cautelare, contrassegnato da evidenti esigenze di speditezza.

Il procedimento per decreto ingiuntivo, caratterizzato, per ragioni di rapidità e semplicità istruttoria, dall'assenza di contraddittorio, e, dunque, della possibilità di ottenere un provvedimento *inaudita altera parte*, verrebbe snaturato laddove fosse gravato dalla necessità di una precedente fase conciliativa a contraddittorio pieno<sup>13</sup>.

<sup>5</sup> «Entro trenta giorni dalla scadenza del termine di cui all'art. 5, comma 4, le controversie relative ai contratti di cui alla presente legge sono sottoposte al tentativo obbligatorio di conciliazione presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui territorio ha sede il subfornitore, ai sensi dell'art. 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. Qualora non si pervenga ad una conciliazione fra le parti entro trenta giorni, su richiesta di entrambi i contraenti la controversia è rimessa alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio di cui al comma 1 o, in mancanza, alla commissione arbitrale istituita presso la camera di commercio scelta dai contraenti. Il procedimento arbitrale, disciplinato secondo le disposizioni degli articoli 806 e seguenti del codice di procedura civile, si conclude entro il termine massimo di sessanta giorni a decorrere dal primo termine di conciliazione, salvo che le parti si accordino per un termine inferiore».

<sup>6</sup> MONTICELLI, *Tutela del credito del subfornitore e procedimento monitorio*, in *Giur. It.*, 2002, 1769, il quale dà espressamente atto del fatto che «fin dai primi contributi di commento alla legge sulla subfornitura, la dottrina ha manifestato il disagio in cui viene a trovarsi l'operatore del diritto nel conciliare la previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione con la possibilità per il subfornitore di ottenere un titolo esecutivo *inaudita altera parte* così come nella previsione dell'art. 3, 4° comma, della legge n. 192/1998».

<sup>7</sup> Cfr. per l'approfondimento dell'argomento CHIARLONI, *Stato attuale e prospettive della conciliazione stragiudiziale*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2000, 447 e segg.

<sup>8</sup> MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2000, 118, il quale afferma: «Nonostante la norma disciplini solo la conciliazione obbligatoria, si deve ritenere che nel caso in cui il giudice rilevi l'assenza del previo tentativo potrà dichiarare, se i termini sono già scaduti, la domanda giudiziale improcedibile e definire il contenzioso, oppure qualora i termini non siano ancora scaduti sospendere il giudizio in attesa dell'esperimento delle procedure conciliative».

<sup>9</sup> TARUFFO, *Adeguamenti delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1999, 784, il

quale definisce erroneo il convincimento del legislatore che per deflazionare il carico dei processi sia opportuno rendere obbligatorio il previo tentativo di conciliazione, e afferma: «Una forma di conciliazione può essere un mezzo efficiente di risoluzione delle controversie non quando è obbligatoria, ma quando è accessibile, garantita e vantaggiosa per le parti»; CHIARLONI, *op. cit.*, 454, secondo cui sarebbero «cattive» le conciliazioni «dove il creditore, sotto la spada di Damocle delle siderali durate del processo, si sente costretto ad accettare che il suo credito venga enormemente decurtato».

<sup>10</sup> CHIARLONI, *op. cit.*, 450.

<sup>11</sup> Così SOTIRA, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di subfornitura ai sensi dell'art. 10 legge n. 192 del 1998*, in *Giur. di Merito*, 2003, 1740 e segg., il quale, ponendosi in senso critico nei confronti dell'obbligatorietà della conciliazione preventiva, solleva il seguente interrogativo: «È davvero l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione la strada obbligata per garantire nel più breve tempo possibile le finalità di alleggerimento del contenzioso, oppure è vera l'asserzione per cui la conciliazione essendo fondata sulla disponibilità delle parti non può che essere sostenuta dalla volontà privata stessa, senza alcuna (inutile) previsione di obbligatorietà?».

<sup>12</sup> Trib. Biella, 17 gennaio 2006, in *Giur. It.*, 2006, 2122 e segg.; Id. L'Aquila, 11 dicembre 2002, in *Giur. di Merito*, 2003, 1739 e segg.; Id. Roma, 20 maggio 2002, *ivi*, 2002, I, 3208, con nota di PALMIERI; Id. Udine, 27 aprile 2001, in *Foro It.*, 2001, I, 2677 e segg., con nota di PALMIERI, *In tema di subfornitura e responsabilità del subfornitore*.

<sup>13</sup> MASSARI, *La nozione legislativa di subfornitura e il mancato esperimento del tentativo di conciliazione*, in *Giur. Comm.*, 2007, 1288; MONTICELLI, *op. cit.*, 1769, il quale sostiene che «il ritenere obbligatorio il tentativo di conciliazione anche per l'accesso alla procedura monitoria contrasta con le esigenze di effettività di tutela, di cui la celerità è un aspetto tutt'altro che marginale, che la previsione di cui all'art. 3, 4° comma, cit. mira ad assicurare proprio con lo sbilanciare in favore del solo subfornitore il meccanismo processuale dotandolo della possibilità di ottenere un titolo esecutivo *inaudita altera parte*».

Come si accennava, la Consulta, con l'ordinanza 1° giugno 2004, n. 163<sup>14</sup>, ha affermato l'incompatibilità tra procedimento monitorio per crediti derivanti da rapporti di subfornitura e tentativo di conciliazione.

Secondo i giudici di legittimità, investiti della questione di legittimità dell'art. 3, comma 4, della legge n. 192/1998, nella parte in cui non estende espressamente l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche all'azione volta ad ottenere un'ingiunzione di pagamento immediatamente esecutiva, tra l'esercizio dell'azione in via ordinaria e in via monitoria non è possibile alcuna assimilazione comparativa, trattandosi di due distinte forme di tutela giurisdizionale sperimentabili dal subfornitore secondo una sua libera scelta.

Si legge chiaramente nella decisione della Corte costituzionale da ultimo considerata che «il legislatore, apprestando una tutela particolarmente intensa ai crediti dei subfornitori, con la previsione dell'ingiunzione di pagamento provvisoriamente esecutiva, mostra all'evidenza di risolvere non irragionevolmente in favore di una sollecita realizzazione delle pretese di tali soggetti (alla quale è funzionale il processo monitorio) la valutazione di bilanciamento con l'esigenza di apprestare uno strumento di composizione transattiva delle relative controversie».

La questione, seppure con connotazioni differenti, si è posta in termini sostanzialmente affini anche in un altro contesto, ovvero in materia di processo del lavoro<sup>15</sup>.

L'ordinanza n. 163/2004, infatti, ripercorrendo una strada già tracciata dai giudici della Corte costituzionale con riferimento alle controversie di lavoro<sup>16</sup>, richiama la sentenza 13 luglio 2000, n. 276<sup>17</sup>. Anche qui la Consulta, invitata a vagliare la conformità ai canoni costituzionali dell'art. 412 *bis* c.p.c. (l'art. 412 *bis*

c.p.c., dispone che il tentativo di conciliazione debba essere obbligatoriamente esperito, quale condizione di procedibilità dell'azione, da parte di colui che intenda proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'art. 409 c.p.c., eccetto in caso di concessione dei provvedimenti speciali d'urgenza e di quelli cautelari previsti nel Capo II del Titolo I del Libro IV del codice di rito), nella parte in cui non inserisce il procedimento monitorio nell'elenco dei procedimenti sottratti al tentativo di conciliazione, e, quindi, a esprimersi in merito alla ragionevolezza di una disciplina differenziata rispetto alla tutela ordinaria, dichiarava il procedimento per ingiunzione sollevato, per sua natura, dall'obbligatorietà del previo esperimento del tentativo di conciliazione, essendo questo legato strutturalmente a un processo fondato sul contraddittorio<sup>18</sup>.

La tesi è stata successivamente confermata dalla stessa Corte costituzionale<sup>19</sup>, cosicché si può definire ormai consolidato il principio secondo cui l'esigenza di favorire la composizione stragiudiziale delle controversie non vale a superare l'esigenza di celerità che è propria del procedimento ingiuntivo.

Da ultimo, occorre soffermare l'attenzione sulla speculare eccezione, sollevata nella specie dal fallimento opposto, di improcedibilità del giudizio di opposizione per mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione da parte della committente opponente.

Svincolata la pronuncia del decreto ingiuntivo dal preventivo esperimento da parte del subfornitore del tentativo di conciliazione, rimane ancora il dubbio se, nel momento in cui contro il decreto sia proposta opposizione, la conciliazione stragiudiziale debba obbligatoriamente essere attivata dall'opponente.

Non si dimentichi, peraltro, che, a differenza di quanto accade nelle controversie di lavoro<sup>20</sup>, il decreto

<sup>14</sup> Corte cost., 1° giugno 2004, n. 163, in *Foro It.*, I, 2005, 666 e segg., con nota di PALMIERI, che ha ritenuto: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, 4° comma, l. 18 giugno 1998 n. 192, nella parte in cui non prevede che il subfornitore, il quale intenda avvalersi del procedimento per ingiunzione di cui agli art. 633 ss. c.p.c., debba preventivamente esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione di cui all'art. 10 stessa legge, in riferimento all'art. 3 Cost.».

<sup>15</sup> Approfondisce il dibattito sorto sul tema, sia in dottrina sia in giurisprudenza, CONTE, *Tentativo di conciliazione in materia di lavoro, giurisdizione condizionata e finalità del procedimento monitorio*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2000, 1226 e segg.; cfr. anche TRSCINI, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie individuali di lavoro ed il procedimento di ingiunzione*, in *Giust. Civ.*, 1999, 295 e segg.; NOVIELLO, *Sulla obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie di lavoro: brevi note sulla compatibilità con il procedimento monitorio*, in *Giur. di Merito*, 2001, 74 e segg.; MICCOLIS, *Il tentativo obbligatorio di conciliazione disciplinato dagli artt. 410 ss. c.p.c. nel procedimento di ingiunzione*, in *Giust. Civ.*, 1998, 2327 e segg., il quale ritiene che il decreto ingiuntivo, pur essendo un provvedimento speciale, non sia un «provvedimento speciale d'urgenza», sottraibile, ai sensi dell'art. 412 *bis* al tentativo obbligatorio di conciliazione; secondo l'autore, l'urgenza sarebbe ravvisabile soltanto nelle ipotesi in cui il decreto ingiuntivo può essere emesso provvisoriamente esecutivo ai sensi del secondo comma dell'art. 642 c.p.c., per il «pericolo di grave pregiudizio nel ritardo».

<sup>16</sup> Per un maggiore approfondimento sul punto cfr. STORTO, *Il ricorso per decreto ingiuntivo*, in CAPPONI, *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, 282 e segg.

<sup>17</sup> Corte cost., 13 luglio 2000, n. 276, in *Giur. It.*, 2001, 438, con nota di VENTURA, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e procedimento monitorio nelle controversie di lavoro*; *ibid.*, 1094, con nota di RONCO, *Costituzionalità (e inopportunità) del tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro*.

<sup>18</sup> In questi stessi termini si esprime SOTIRA, *op. cit.*, 1746, per il quale: «Il tentativo di conciliazione avviene in via preventiva rispetto ad una lite, laddove il concetto stesso di lite giurisdizionalmente inteso necessita di un contraddittorio tra più parti. Caratteristico della procedura monitoria (o meglio della sua prima fase) è invece l'ottenimento di un provvedimento da parte del giudice *inaudita altera parte*; appare dunque illogica l'instaurazione di un contraddittorio, seppur stragiudiziale, come prodromica rispetto ad un procedimento giudiziale che non lo richiede».

<sup>19</sup> Con la decisione n. 29 del 6 febbraio 2001, in *Giur. It.*, 2001, 1093, con nota di FONTANA, *Tentativo obbligatorio di conciliazione e procedimento monitorio nella interpretazione "adeguata" della Corte Costituzionale*.

<sup>20</sup> In riferimento al processo del lavoro, cfr. RONCO, *L'art. 646 c.p.c.? (procedimento monitorio e tentativo obbligatorio di conciliazione nelle controversie di lavoro)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1999, 1073 e seg., il quale, ponendosi il quesito se, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, la conciliazione debba essere attivata e, in caso di risposta affermativa, da quale soggetto, se dall'attore stesso o dall'ingiunto, osserva che «c'è qualcosa di stonato nel pretendere l'attivazione di un contraddittorio conciliativo dal soggetto che ha in tasca la possibilità di ottenere addirittura una pronuncia di condanna *inaudita altera parte*», e sembra preferire la soluzione secondo la quale l'onere di tentare



ingiuntivo emanato per crediti derivanti da rapporti di subfornitura, a norma dell'art. 3, comma 4, legge n. 192/1998, è sempre provvisoriamente esecutivo, e il committente, pertanto, si trova nella necessità di proporre opposizione all'ingiunzione nel più breve tempo possibile, onde ottenere la sospensione dell'esecuzione ex art. 649 c.p.c.

Anche in dottrina ci si è interrogati sulla questione ora prospettata, e taluno ha suggerito di operare una distinzione, considerando che «in sede di opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dal subfornitore, potrebbero essere fatte valere dal committente solo mere eccezioni od anche domande riconvenzionali»<sup>21</sup>, e dunque di escludere solo nel primo caso l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, proprio al fine di non pregiudicare il diritto di difesa del committente. Diversamente, sarebbe giusto invece ritenere che il committente, che non si limiti nell'opposizione a sollevare eccezioni, ma intenda piuttosto far valere autonome pretese, sia obbligato ad esperire il preventivo tentativo di conciliazione.

Il Tribunale di Belluno nella decisione in epigrafe, sulla scorta di non dissimili considerazioni, ha riconosciuto l'esistenza dell'obbligatorietà, in capo al committente destinatario dell'ingiunzione provvisoriamente esecutiva, di attivare la conciliazione stragiudiziale, posto che il medesimo proponeva opposizione sollevando esclusivamente contestazioni in merito all'esecuzione delle prestazioni, senza avanzare in via riconvenzionale pretese autonome ed estranee all'oggetto specifico del procedimento monitorio introdotto dalla subfornitrice.

Qualora l'opponente dovesse, altrimenti, ritenersi gravato di tale onere, questi, secondo i giudici di merito, dovendo attendere lo scadere del termine di trenta giorni, di cui all'art. 10 legge n. 192/1998, vedrebbe

limitata la propria facoltà di proporre l'opposizione (poiché resterebbero a sua disposizione soltanto dieci giorni, rispetto al termine ordinario previsto dall'art. 641 c.p.c.), nonché a rischio la possibilità di chiedere l'immediata sospensione dell'esecuzione ai sensi dell'art. 649 c.p.c.

Non possono mancare, infine, alcune brevi considerazioni sulla nuova disciplina della mediazione e conciliazione introdotta dal D.Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, e dunque sui suoi rapporti con l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione nelle controversie in materia di subfornitura.

Il legislatore, in attuazione della delega al Governo contenuta nell'art. 60 L. 18 giugno 2009 n. 69 ("Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile")<sup>22</sup>, ha introdotto, con il D.Lgs. n. 28/2010, una nuova figura di mediazione "obbligatoria" per un elevato numero di controversie civili<sup>23</sup>.

L'intento del legislatore, ad oggi tutt'altro che immune da osservazioni critiche<sup>24</sup>, è agevolmente intuibile: valorizzare nel nostro ordinamento l'istituto della mediazione/conciliazione, quale garanzia di un più oculato accesso alla giustizia da parte dei cittadini, oltre che come «strumento di *commodus discessus* della giustizia civile statale, cioè come strumento di deflazione del carico di lavoro dei giudici professionali»<sup>25</sup>.

Ma in che modo il "nuovo" tentativo obbligatorio di conciliazione coinvolge le controversie in materia di subfornitura? E, in particolare, il D.Lgs. n. 28/2010 ha abrogato o comunque reso inoperante l'art. 10 legge n. 192/1998?

La risposta al secondo quesito, benché non scontata, pare dover essere negativa.

L'intento perseguito dal legislatore, infatti, ossia quello di generalizzare quanto più possibile il ricorso

la conciliazione sorge, in rapporto al procedimento monitorio, a carico dell'ingiunto e soltanto nel momento in cui l'opposizione è effettivamente proposta.

<sup>21</sup> MONTICELLI, *op. cit.*, 1770.

<sup>22</sup> Sulla delega legislativa contenuta nell'art. 60 L. 18 giugno 2009, n. 69, cfr. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione*, in *www.judicium.it*. Sul punto cfr. anche CHIARLONI, *Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge n. 69/2009*, in *www.ilcaso.it*.

<sup>23</sup> Art. 5 "Condizioni di procedibilità e rapporti con il processo": «Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa ad una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente a esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto [...]. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. [...] I commi 1 e 2 non si applicano: a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione; b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'art. 667 del codice di procedura civile; c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, terzo comma, del codice di procedura civile; d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata; e) nei procedi-

menti in camera di consiglio; f) nell'azione civile esercitata nel processo penale». Per una panoramica delle nuove ipotesi di mediazione, obbligatoria o non, cfr. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse)*, in *Giur. di Merito*, 2010, 2156 e segg.

<sup>24</sup> In merito ai profili critici della riforma sulla mediazione obbligatoria cfr. *ex multis* CONSOLO, *La improcrastinabile radicale riforma della Legge Pinto, la nuova mediazione ex d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica italiana e art. 6 Cedu*, in *Corriere Giur.*, 2010, 425 e segg.; DALFINO, *Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo*, in *Foro It.*, 2010, V, 102 e segg.; DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010*, in *www.judicium.it*; FABIANI-LEO, *Prime riflessioni sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali di cui al d.lgs. n. 28/2010*, in *www.judicium.it*; FABIANI, *Profili critici del rapporto fra mediazione e processo*, *ivi*; MONTELEONE, *La mediazione "forzata"*, *ivi*; PROTO PISANI, *Appunti su mediazione e conciliazione*, in *Foro It.*, 2010, V, 142 e segg.; SCARSELLI, *La nuova mediazione e conciliazione: le cose che non vanno*, *ibid.*, 146 e segg.

<sup>25</sup> CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione (a proposito del d.leg. 4 marzo 2010, n. 28)*, in *Foro It.*, 2010, V, 92. Sulla finalità deflattiva che ha spinto il legislatore a forzare la spontaneità della mediazione fra le parti cfr. anche ARMONE-PORRECA, *La mediazione tra processo e conflitto*, in *Foro It.*, 2010, V, 95 e seg., secondo i quali «del processo non si deve abusare, non solo per la sua importanza simbolica e i suoi costi, ma anche perché esso non è in grado di offrire ai cittadini tutte le risposte di cui le loro crisi di cooperazione necessitano».

ai meccanismi conciliativi al fine di deflazionare la giustizia statale, ampliando così il novero delle ipotesi di operatività della procedura obbligatoria di mediazione e conciliazione, è tanto evidente quanto assolutamente incompatibile con la volontà, ancorché non esplicitamente sancita, di abrogare le ipotesi di conciliazione obbligatoria già previste dall'ordinamento.

La lettera dell'art. 23 del decreto in questione sembra, peraltro, suffragare la tesi proposta.

Detto articolo, infatti, da un lato, non inserisce l'art. 10 della legge n. 192/1998 fra gli articoli espressamente

abrogati dall'entrata in vigore della nuova normativa, dall'altro, stabilisce con chiarezza che restino ferme «le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile».

L'art. 5 del medesimo decreto poi esclude chiaramente l'applicabilità della mediazione/conciliazione nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione.

# Diritto Penale

a cura di GIOVANNI CONSO

con SERGIO VINCIGUERRA

## ABUSO D'UFFICIO

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 22 ottobre 2010 (ud. 7 ottobre 2010), n. 37775, pag. 629.

**Sull'abuso d'ufficio dell'impiegato postale**, di VALENTINA CARBONE.

## RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 23 settembre 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 34345, pag. 632.

## ATTI PERSECUTORI

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 5 luglio 2010 (ud. 2 marzo 2010), n. 25527, pag. 633.

**Visione "minimalista" o "espansiva" della fattispecie di atti persecutori?**

di ADELMO MANNA.

## DENUNCIA DI ASSEGNO SMARRITO

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 16 giugno 2010 (ud. 4 maggio 2010), n. 23273, pag. 637.

**Falsa denuncia di avere smarrito un assegno bancario e calunnia**, di STEFANO GRINDATTO.

## DROGA PRIVA DI PRINCIPIO ATTIVO

CASSAZIONE PENALE, IV SEZIONE, 8 giugno 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 21814, pag. 640.

## PRELIEVO ABUSIVO DI ACQUE PUBBLICHE

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 3 giugno 2010 (ud. 10 febbraio 2010), n. 21008, pag. 642.

## IL DOLO DELLA FRODE FISCALE

CASSAZIONE PENALE, III SEZIONE, 7 maggio 2010 (ud. 17 marzo 2010), n. 17525, pag. 644.

**Sull'elemento soggettivo del reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti**

di ANTONIO FRANCESCO MORONE.

## ABUSO D'UFFICIO

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 22 ottobre 2010 (ud. 7 ottobre 2010), n. 37775 — DE ROBERTO *Presidente* — LANZA *Relatore* — D'AMBROSIO *P.M.* (diff.) — Vecchi, ricorrente.

**Reati contro la pubblica amministrazione — Abuso d'atti d'ufficio — Dipendente di Poste italiane s.p.a. addetto a strutture di accettazione — Incaricato di pubblico servizio — Reato — Sussistenza** (C.p. art. 323).

*Il dipendente di Poste italiane s.p.a. addetto ad una struttura di accettazione della corrispondenza deve ritenersi incaricato di pubblico servizio, con la conseguenza che lo stesso commette il reato di abuso d'ufficio qualora invii indebitamente alla rete pubblica di distribuzione, in violazione di quanto disposto dal D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, corrispondenza priva della richiesta affrancatura* (1).



*Omissis.* — Con un unico motivo di impugnazione la ricorrente parte pubblica deduce violazione di legge, rilevando che la Delib. 9 novembre 2001 del Ministero delle Comunicazioni richiama espressamente il D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, art. 2, comma 1, norma "che designa quale autorità di regolamentazione del servizio postale il Ministero delle comunicazioni".

Ne consegue, ad avviso del ricorrente, che la deliberazione in questione, essendo stata emessa dal Ministro delle comunicazioni, in qualità di autorità di regolamentazione del settore postale e quale soggetto a ciò espressamente designato, mediante un decreto legislativo, a regolamentare il settore postale (che era e rimane un servizio pubblico), con espressa pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, deve essere considerato quale "atto regolamentare" e, in quanto tale, rientrando a pieno titolo nell'ambito delle violazioni tipizzate dall'art. 323 c.p., nel testo introdotto dalla L. 16 luglio 1997, n. 234. Il motivo è fondato.

Innanzitutto va ribadito che la qualità di incaricato di pubblico servizio, nella specie, dipendente di Poste italiane s.p.a. addetto a strutture di accettazione (come il C.P.O.), va accertata esclusivamente sulla base della disciplina della attività oggettivamente considerata ed indipendentemente dal

fatto che il suo esercizio sia stato affidato allo Stato o ad altri soggetti pubblici o privati.

Inoltre va precisato, in linea con la pacifica giurisprudenza della Corte, che la trasformazione delle poste, da Amministrazione dello Stato a società per azioni, non ha affatto cancellato le connotazioni proprie della originaria natura pubblicistica dell'ente.

Va pertanto qualificato come incaricato di pubblico servizio l'impiegato dell'ente Poste italiane s.p.a., addetto alla struttura di accettazione qualificata come Centro Postale operativo (C.P.O.), trattandosi di attività connotata da condotte di natura non meramente applicativa od esecutiva, ma al contrario contraddistinte da gradi apprezzabili di autonomia e discrezionalità, tipiche delle mansioni di concetto.

Quanto al thema decidendum, va chiarito in punto di diritto che la cd "francatura delle corrispondenze" (giusta dizione del D.P.R. n. 156 del 1973) che, laddove non eseguita, impone ai sensi della Delib. Ministro delle Comunicazioni 9 novembre 2001, art. 27, il mancato recapito della posta inviata e la sua restituzione al mittente (dietro pagamento dell'importo dovuto), trova originario fondamento nell'art. 44 del Codice postale e delle comunicazioni, approvato con D.P.R. 29 marzo 1973, n. 156.

Tale norma risulta abrogata dal D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, art. 16, che ha dato attuazione alla direttiva comunitaria 97/67 (concernente le regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio) il quale peraltro:

a) al primo comma, ha ribadito la regola che gli "invii postali rientranti nel servizio universale... per essere avviati alla rete pubblica sono debitamente affrancati";

b) al comma 3, ha disposto l'abrogazione di tutte le forme di franchigia, di esenzione e riduzione dei diritti postali, salvo quanto specificamente previsto dalla Convenzione postale universale e dagli accordi internazionali, riaffermando la validità delle sole disposizioni relative alle agevolazioni per le spedizioni postali finalizzate alla propaganda connessa alle consultazioni elettorali.

Si tratta quindi di fonti impositive di obblighi la cui violazione integra il reato di abuso d'ufficio, posto che nella specie il dipendente, addetto all'Ufficio C.P.O. — struttura di accettazione della filiale delle Poste italiane s.p.a. di (*omissis*), ha illecitamente "avviato alla rete pubblica invii postali privi di corrispondente affrancatura" ed inoltre non dotati del timbro dell'ufficio di provenienza, con ulteriore violazione anche delle regole interne di organizzazione del servizio, considerate le modalità in concreto adottate per l'immissione della posta del sindacato nella rete di spedizione (consegna diretta al singolo portalettere, o mediante deposito della posta medesima sul banco di lavoro del portalettere).

Da ciò la sussistenza della "violazione delle norme" prevista nello schema dogmatico dell'art. 323 c.p., con conseguente annullamento della sentenza impugnata e rinvio al Tribunale di Isernia per nuova deliberazione che tenga conto degli anzidetti principi di diritto. — *Omissis*.

### (1) Sull'abuso d'ufficio dell'impiegato postale

1. La sentenza in epigrafe ha annullato la decisione dei giudici di secondo grado che avevano prosciolto l'imputato dal reato di cui all'art. 323 c.p. «per avere, in qualità di addetto dell'ufficio Centro Postale Operativo delle Poste Italiane [...] fatto recapitare, tramite i portalettere, a ex dipendenti e precari, corrisponden-

za del sindacato "C.P.O. U.G.L.", di cui era rappresentante, priva di affrancatura, e ciò in violazione della Delib. 9 novembre 2001 del Ministero delle comunicazioni [...] procurando intenzionalmente, un ingiusto vantaggio patrimoniale al sindacato medesimo» sul presupposto dell'assenza di violazioni di legge o di regolamento nella condotta accertata.

La Cassazione, nel ritenere l'abuso d'ufficio *ex art. 323 c.p.*, si è basata su due punti: 1) la qualifica di incaricato di pubblico servizio del dipendente postale addetto a strutture di accettazione (come il C.P.O.); 2) la rilevanza penale della violazione della delibera 9 novembre 2001 del Ministero delle comunicazioni, quale atto di natura regolamentare, rientrante nelle violazioni tipizzate dall'art. 323 c.p.

2. Per quanto riguarda la qualifica soggettiva di incaricato di pubblico servizio, la norma di cui all'art. 358 c.p. esige che, costui, svolga un'attività caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici della pubblica funzione; devono mancare, quindi, secondo autorevole dottrina<sup>1</sup>, «l'esercizio dei poteri autoritativi e/o certificativi implicanti sempre la formazione e/o la manifestazione della volontà pubblica».

Nel dettaglio, sulla distinzione e definizione della nozione di pubblico ufficiale (art. 357 c.p.) e di incaricato di pubblico servizio (art. 358 c.p.), si sono contrapposte in dottrina e giurisprudenza due teorie: la teoria "soggettiva", che aveva individuato i due criteri di qualificazione giuridica del soggetto, nella natura pubblica dell'ente e nell'esistenza di un rapporto di dipendenza del soggetto dall'ente e, la teoria "oggettiva", che aveva utilizzato, quali parametri di qualificazione, la natura dell'attività esercitata in concreto dal soggetto e la sua regolamentazione.

La questione è stata normativamente risolta con le sostituzioni e modifiche apportate ai citati articoli del codice penale dall'art. 17 legge n. 86/1990, dall'art. 4 legge n. 181/1992 (art. 357) e dall'art. 18 legge n. 86/1990 (art. 358), che hanno individuato, quali criteri di qualificazione dei soggetti, incriminabili per reati propri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, la specifica natura del pubblico ufficio e servizio, la disciplina e l'organizzazione di esso (oltre allo svolgimento della funzione pubblica per mezzo di poteri autoritativi e certificativi, per quel che concerne il pubblico ufficiale, poteri non spettanti invece all'incaricato di pubblico servizio).

Ne consegue — per effetto della sostanziale applicazione normativa della teoria oggettiva — che «non è necessario, perché l'attività [...] sia riconoscibile come pubblico servizio che l'ente abbia natura pubblica e, [...] neppure, che vi sia stata una attribuzione ad esso del pubblico servizio in forza di atto amministrativo (o, si deve aggiungere, in forza di uno specifico atto normativo)»<sup>2</sup>.

Di conseguenza per pubblico servizio, «si intende l'attività disciplinata da norme di diritto pubblico e/o atti autoritativi e non implicante formazione né mani-

<sup>1</sup> Per tutti v. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 39.

<sup>2</sup> V. Cass., Sez. V, 24 ottobre 1997, Grassadonia, in *Cass. Pen.*, 1999, 2844.

festazione della volontà della pubblica amministrazione né l'esercizio di poteri autoritativi né certificativi né la prestazione di mansioni d'ordine né la prestazione d'opera meramente materiale»<sup>3</sup> e l'incaricato di un pubblico servizio, anche se non è pubblico impiegato, deve comunque svolgere compiti direttivi o almeno di concetto<sup>4</sup>.

In linea con quanto sopra, la sentenza in esame ribadisce la qualifica di incaricato di pubblico servizio dell'imputato, proprio per l'attività da questi svolta; «trattandosi di attività connotata da condotte di natura non meramente applicativa od esecutiva, ma al contrario contraddistinte da gradi apprezzabili di autonomia e discrezionalità, tipiche delle mansioni di concetto», precisando che, essendo stata l'attività in questione «oggettivamente considerata ed indipendentemente dal fatto che il suo esercizio sia stato affidato allo Stato o ad altri soggetti pubblici o privati, [...] la trasformazione della poste, da amministrazione dello Stato a società per azioni non ha [...] cancellato le connotazioni proprie della originaria natura pubblicistica dell'ente».

Sul punto la sentenza annotata ribadisce un orientamento ormai consolidato: «la trasformazione degli enti pubblici in società per azioni e la successiva alienazione a privati di azioni della società non comportano, di per sé, il venir meno della qualifica di pubblici ufficiali o di incaricati di pubblico servizio dei suoi dipendenti, dato che l'ente rimane, comunque, disciplinato da una normativa pubblicistica e persegue finalità pubbliche, anche se con gli strumenti privatistici propri della società per azioni, con la conseguenza che la valutazione della qualifica spettante al dipendente deve essere fatta in concreto, secondo il criterio oggettivo funzionale di cui agli art. 357 e 358 c.p.»<sup>5</sup>. E ancora, «al fine di individuare se l'attività svolta da un soggetto possa essere qualificata come pubblica, ai sensi e per gli effetti di cui agli art. 357 e 358 c.p., ha rilievo esclusivo la natura delle funzioni esercitate, che devono essere inquadrabili tra quelle della P.A. Non rilevano invece la forma giuridica dell'ente e la sua costituzione secondo le norme del diritto pubblico, né lo svolgimento della sua attività in regime di monopolio, né tanto meno il rapporto di lavoro subordinato dell'agente con l'organismo datore di lavoro. Nell'ambito dei soggetti che svolgono pubbliche funzioni, la qualifica di pubblico ufficiale è poi riservata a coloro che formano o concorrono a formare la volontà della P.A. o che svolgono tale

attività per mezzo di poteri autoritativi o certificativi, mentre quella di incaricato di pubblico è assegnata dalla legge in via residuale a coloro che non svolgono pubbliche funzioni ma che non curino neppure mansioni di ordine o non prestino opera semplicemente materiale».

Sull'argomento la giurisprudenza di legittimità afferma altresì che «anche dopo la trasformazione dell'Ente poste in società per azioni, i servizi postali appartengono al novero dei servizi pubblici, in considerazione della situazione di sostanziale monopolio, nonché per la funzione pubblica che assumono la raccolta, il trasporto e la distribuzione della corrispondenza, in ragione dell'esigenza primaria di garantire la libertà e segretezza delle comunicazioni (art. 15 della Costituzione); non a caso, del resto, il D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, all'art. 1, riafferma che la fornitura dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto e alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica, costituiscono "attività di preminente interesse generale"»<sup>6</sup>.

3. Nel caso in esame, quindi, correttamente i giudici hanno individuato, nel comportamento dell'imputato, cioè nello svolgimento delle sue "funzioni" o "servizio"<sup>7</sup> la violazione di fonti impositive di obblighi integrante il reato in esame.

Nello specifico la violazione di legge, sulla base delle seguenti motivazioni: a) la delibera 9 novembre 2001 del Ministero delle comunicazioni richiama espressamente il D.Lgs. n. 261/1999 che all'art. 2, comma 1, designa quale autorità di regolamentazione del servizio postale il Ministero delle comunicazioni; b) la natura di atto regolamentare della delibera in questione, rientrando nell'ambito delle violazioni di cui all'art. 323 c.p. Tale delibera — proseguono i giudici — è stata emanata dal Ministro delle comunicazioni, in qualità di autorità di regolamentazione del settore postale [...] con espressa pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*; c) essa impone *ex art. 27* che l'affrancatura della corrispondenza, dove non eseguita, comporti il mancato recapito della posta inviata e la sua restituzione al mittente (dietro pagamento dell'importo dovuto). Tale norma si fonda sull'art. 44 codice postale abrogato dal D.Lgs. 22 luglio 1999, n. 261, attuativo della Dir. 97/67/CE che ribadisce la regola della debita affrancatura per gli invii postali.

<sup>3</sup> Cfr. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 40. In giurisprudenza v. Cass., Sez. VI, 2 dicembre 2003, Esposito, in *Riv. Pen.*, 2004, 712: «La nozione di pubblico servizio abbraccia quelle attività pubbliche che, pur essendo prive di potestà di imperio e di certificazione documentale, sono finalizzate all'espletamento di un servizio che, anche se non essenziale all'ente pubblico, risulta assunto nell'interesse della collettività. Ai fini della qualificazione di un'attività come servizio pubblico acquista perciò valore decisivo la presenza di un atto (normativo ma anche di rango inferiore) dell'ente pubblico con il quale l'attività venga assunta come propria dell'ente, mentre è irrilevante l'esistenza di un provvedimento amministrativo che legittimi l'esercizio dell'attività, giacché possono esistere servizi pubblici non oggetto di concessione e concessioni che hanno ad oggetto attività che non costituiscono pubblico servizio».

<sup>4</sup> In tal senso v. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 40.

<sup>5</sup> Cass. Pen., 1999, 2850 relativa ad una fattispecie riguardante la trasformazione dell'Amministrazione P.P.T.T., prima in Ente Poste, e poi in società per azioni. In senso conforme, tra le altre, v. Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2003, Sannia, in *Riv. Pen.*, 2004, 134, in materia di peculato.

<sup>6</sup> A titolo esemplificativo v. Cass., Sez. V, 27 marzo 2003, Rapanà, in *Guida Dir.*, 2003, 40, 65; conforme Id., Sez. VI, 24 settembre 2001, Nicita, in *Riv. Pen.*, 2002, 215.

<sup>7</sup> Secondo la giurisprudenza (v. Cass., Sez. II, 9 febbraio 2006, S.P., in *C.E.D. Cass.*, 233234) e la dottrina (v. VINCIGUERRA, *op. cit.*, 251) «ciò significa che il fatto deve essere espressione del potere pubblico nel cui ambito (il soggetto) è inserito ed opera, anche se l'uso ne viene distorto dalla violazione delle regole riguardanti lo svolgimento della funzione o del servizio».

Di conseguenza nel comportamento del ricorrente sussistono tutti gli estremi dell'abuso ufficio: 1) la violazione di legge nell'invio ad ex dipendenti, tramite porta lettere, della corrispondenza senza affrancatura del sindacato, di cui era rappresentante; 2) l'ulteriore violazione delle regole interne di organizzazione del servizio date le modalità di spedizione della corrispondenza da parte del sindacato (consegna diretta al singolo portalettere, o mediante deposito della posta sul banco di lavoro del portalettere) e c) l'ingiusto vantaggio patrimoniale<sup>8</sup> del sindacato medesimo, consistito nel risparmio di tutte le spese postali.

Ma resta aperta la questione relativa alla legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., perché «il richiamo [...] al regolamento in termini così generali e indeterminati, comprensivi anche di qualunque regolamento futuro, rimette alla P.A. di determinare un elemento essenziale della fattispecie di reato in termini che furono ritenuti illegittimi dalla Corte costituzionale» e, se non si vuole aderire a questo indirizzo più severo, occorre sottoporlo ad un'interpretazione costituzionalmente orientata con l'ausilio dei principi enunciati dalla Corte in relazione alle norme penali sanzionanti la trasgressione di atti amministrativi in esse enunciati<sup>9</sup>.


VALENTINA CARBONE

## RESISTENZA A PUBBLICO UFFICIALE

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 23 settembre 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 34345 — MANNINO *Presidente* — FIDELBO *Relatore* — VITO P.M. (diff.) — L.F., ricorrente.

**Oltraggio, violenza e resistenza a pubblico ufficiale — Condotta violenta nei confronti di un pubblico ufficiale dopo il compimento dell'atto del suo ufficio — Configurabilità — Esclusione (C.p. art. 337).**

*Non integra il delitto di resistenza a un pubblico ufficiale la violenza usatagli dopo che egli ha compiuto l'atto del suo ufficio quale reazione alla pregressa attività da lui svolta (1).*


 *Omissis.* — Dalla sentenza si apprende che nei confronti dell'imputato, fermato per un controllo in ore notturne, risultava essere stato emesso il foglio di via con divieto di ritornare nel Comune di Roma per tre anni; L. contestava la legittimità del controllo, assumendo di essere stato fermato fuori dal raccordo anulare e iniziava un diverbio con gli operanti, che invece sostenevano che l'imputato proveniva dal quartiere dell'*(omissis)*; l'imputato veniva quindi condotto in caserma per l'identificazione e i necessari

controlli, dove assumeva un atteggiamento sempre più aggressivo e arrogante; a questo punto si sarebbe verificata l'aggressione fisica del L. il quale rifiutava di aderire all'invito del maresciallo S.M. di allontanarsi dalla caserma e dava in escandescenze, colpendo con calci il maresciallo S.M. e il carabiniere D.D.R., che riportavano lesioni giudicate guaribili, rispettivamente, in 3 e 5 giorni. — *Omissis.*

Dalla stessa ricostruzione dei fatti contenuta nella sentenza impugnata risulta evidente l'insussistenza del reato di resistenza a pubblico ufficiale, in quanto appare pacifico che la reazione violenta dell'imputato non è stata diretta ad impedire l'atto d'ufficio, cioè l'identificazione e il successivo controllo, in quanto tali atti erano già stati compiuti. In particolare, la condotta oggetto dell'imputazione non rivela alcuna volontà del L. di opporsi allo svolgimento dell'atto d'ufficio, ma rappresenta piuttosto una forma di contestazione della pregressa attività svolta dal pubblico ufficiale, contestazione che non configura il reato di cui all'art. 337 c.p., ma che avrebbe potuto integrare altri reati, come l'ingiuria, la minaccia o le lesioni, reati per i quali però non risulta presentata alcuna querela.

Invero, all'imputato erano state contestate le lesioni, ma una volta escluso il reato di resistenza, vengono meno anche le condizioni che consentivano la procedibilità d'ufficio anche per le lesioni, dovendo escludersi la sussistenza del regime delle aggravanti di cui al combinato disposto degli artt. 582, 585, 576 c.p. e art. 61 c.p., n. 2.

Ne consegue che la sentenza deve essere annullata con la formula "perché il fatto non sussiste", per quanto riguarda il delitto di resistenza a pubblico ufficiale, e per mancanza di querela, con riferimento al reato di lesione personale. — *Omissis.*

 (1) Nella sentenza in epigrafe la Cassazione ribadisce la necessità, ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 337 c.p., di un rapporto cronologico tra la condotta violenta o minacciosa posta in essere dal soggetto attivo nei confronti del pubblico ufficiale ed il compimento dell'atto del suo ufficio.

Occorre osservare, preliminarmente, che la *ratio* di tutela della fattispecie di resistenza a pubblico ufficiale consiste nell'interesse della pubblica amministrazione a «non subire intralci nel momento in cui, per assolvere ai propri compiti istituzionali, essa deve procedere all'attuazione della sua volontà»<sup>1</sup>. Si tratta, in altre parole, di garantire la libertà di azione dei pubblici poteri, nella fase di esecuzione delle decisioni adottate dagli stessi, contro comportamenti di opposizione violenta o minacciosa provenienti da soggetti privati.

Una siffatta lettura dell'oggettività giuridica — corroborata dalla formulazione letterale della norma incriminatrice in esame, la quale prevede che la condotta criminosa sia tenuta nei confronti di un pubblico ufficiale o di un incaricato di pubblico servizio «mentre compie un atto di ufficio o di servizio» — consente di affermare che, senza dubbio, deve sussistere una contenzualità cronologica tra la violenza o la minaccia del-

<sup>8</sup> La giurisprudenza (v. Cass., Sez. IV, 22 gennaio 2003, Mele, in *Cass. Pen.*, 2005, 1593) ha più volte ribadito che il vantaggio patrimoniale si concreta non solo quando la condotta illecita procura un'immediata utilità di natura patrimoniale, ma anche quando da essa deriva la creazione di una condizione più favorevole di quelle situazioni solo indirettamente o potenzialmente valutabili economicamente. In tal senso v. anche Cass., Sez. IV, 20 settembre 2005, Della Monica, in *Cass. Pen.*, 2006, 3643.

<sup>9</sup> VINCIGUERRA, *op. cit.*, 254 e seg.

<sup>1</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, 4<sup>a</sup> ed., 2007, I, 292.; così anche SFORZI, voce "Violenza, minaccia o resistenza all'autorità", in *Enc. Dir.*, XLVI, 925; RAMAJOLI, *La resistenza individuale. Fondamento costituzionale e riflessi penali*, in *Arch. Pen.*, 1972, II, 17.

l'agente e l'attività funzionale relativa all'atto cui l'agente vuole in concreto opporsi<sup>2</sup>.

Ciò significa che la resistenza del privato deve essere contemporanea all'attività del pubblico funzionario ovvero essa deve essere realizzata nel periodo di tempo che intercorre tra il momento in cui si dà inizio e quello in cui si pone fine all'esecuzione dell'atto<sup>3</sup>.

Questa interpretazione ha portato dottrina e giurisprudenza a delineare i rapporti tra il delitto ex art. 337 c.p. e il delitto di violenza o minaccia a pubblico ufficiale ex art. 336 c.p. proprio in chiave cronologica. Se, infatti, in entrambi i reati la condotta è data dalla violenza o minaccia, nel primo caso queste sono realizzate «per opporsi al pubblico ufficiale mentre compie un atto d'ufficio o di servizio», mentre, ai fini dell'art. 336 c.p., i comportamenti delittuosi sono posti in essere per costringere il soggetto pubblico a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio o ad omettere un atto dell'ufficio (comma 1) oppure a compiere un atto dell'ufficio o ad influire comunque sul soggetto (comma 2). Quando, cioè, l'atto attende ancora di essere compiuto (prima dell'inizio della sua esecuzione), si può integrare il delitto di violenza o minaccia; quando l'atto sia iniziato, ovvero esso sia stato già esternato mediante un principio di esecuzione e sino al termine di essa, è «possibile» il delitto di resistenza<sup>4</sup>.

Questa distinzione fondata su parametri esclusivamente cronologici è stata sottoposta a critica da una dottrina rimasta isolata, la quale, prendendo le mosse dalla difficoltà pratica di determinare esattamente la cornice temporale di compimento dell'atto (in particolare con riferimento al momento iniziale) e osservando soprattutto che anche durante l'esecuzione dell'atto stesso sarebbe comunque possibile una violenza al pubblico ufficiale, ha identificato il criterio distintivo tra i due reati ex art. 336 c.p. e ex art. 337 c.p. sulla base del diverso effetto di coazione cui si indirizza il mezzo tipico: vi sarebbe, in particolare, resistenza a pubblico ufficiale quando la condotta del privato tende ad un effetto di coazione assoluta, mentre si avrebbe violenza o minaccia a pubblico ufficiale in presenza di una coazione solo relativa<sup>5</sup>. Ma non sembra che vi siano negli artt. 336 e 337 c.p. elementi che suffragano questa interpretazione.

Per quanto concerne, invece, il rapporto tra il momento finale del compimento dell'atto e la configurabilità del reato di resistenza a pubblico ufficiale, occorre guardare all'elemento psicologico richiesto dalla norma incriminatrice in oggetto.

Sia che si interpreti la formula letterale della disposizione in chiave di dolo specifico<sup>6</sup>, sia che invece si

ravvisi in essa un semplice dolo generico<sup>7</sup>, risulta, in ogni caso, evidente come non integrino il delitto di cui all'art. 337 c.p. le condotte minacciose o violente che, per le modalità e i tempi con cui si sono verificate, non rivelano alcuna volontà, in capo all'agente, di opporsi allo svolgimento dell'atto d'ufficio, ma rappresentano piuttosto una forma di contestazione della pregressa attività svolta dal pubblico ufficiale<sup>8</sup>.

Il medesimo principio di diritto è stato ribadito dalla Cassazione nella sentenza in epigrafe, dove si afferma che la reazione violenta dell'imputato non poteva essere diretta ad impedire l'atto d'ufficio, in quanto tali atti erano già stati compiuti, ma costituiva una sorta di contestazione *a posteriori* dell'attività ormai conclusa da parte del soggetto pubblico, contestazione che può integrare reati diversi dalla resistenza a pubblico ufficiale (ad esempio, ingiuria, minaccia o lesioni), sempre che ne ricorrano i requisiti.


FRANCESCA PAVESI

## ATTI PERSECUTORI

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 5 luglio 2010 (ud. 2 marzo 2010), n. 25527 — COLONNESE *Presidente* — SCALERA *Relatore* — FEBBRARO *P.M.* (conf.) — X, ricorrente.

**Libertà individuale (delitti contro la) — Atti persecutori — Condotte in numero di due — Sussistenza** (C.p. art. 612 *bis*).

*Integrano il delitto di atti persecutori, di cui all'art. 612 bis c.p., anche due soli episodi di minacce o di molestia, se abbiano indotto un perdurante stato di ansia o di paura nella vittima, che si sia vista costretta a modificare le proprie abitudini di vita* (1).

 *Omissis.* — Deduce il ricorrente che il Tribunale aveva immotivatamente sminuito la valenza indiziaria di fatti di cui pure aveva dato atto, svilendone il significato persecutorio, in tal modo violando il dettato dell'art. 612 *bis* c.p.

Il ricorso è fondato, atteso che i fatti prospettati dal P.M. come costitutivi della condotta sanzionata dall'art. 612 *bis* c.p., sono stati presi in esame tanto dal GIP che dal Tribunale della Libertà, che tuttavia non ne hanno ritenuto la rilevanza ai fini dell'emissione del provvedimento che il P.M., aveva chiesto, trascurando di considerare che, come ha sostenuto questa Corte (Sez. 5 n. 6417 del 21.01.010 Rv. 245881), anche due soli episodi di minaccia o molestia possono valere ad

<sup>2</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, Milano, 2003, II, 378; PITTARO, *Sub art. 337*, in *C.P.* a cura di Padovani, 4<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 2193.

<sup>3</sup> PASELLA, *Sub art. 336*, in *Comm. C.P.* a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 2006, 2533; MARTINA, voce «Resistenza a pubblico ufficiale», in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, I; in giurisprudenza, nel medesimo senso, v. Cass., Sez. VI, 15 aprile 2003, B., in *C.E.D. Cass.*, 225491; Id., Sez. VI, 14 giugno 1993, Macrì, in *Giust. Pen.*, 1994, II, 195; Id., Sez. VI, 8 novembre 1983, Mancuso, in *Riv. Pen.*, 1984, 980; Id., Sez. VI, 21 gennaio 1983, Marinaro, in *C.E.D. Cass.*, 157952; Id., Sez. VI, 19 aprile 1982, Franceschini, in *Riv. Pen.*, 1984, 128.

<sup>4</sup> VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, 79; ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei privati*, Milano, 2002, 27.

<sup>5</sup> BAJNO, *Profili penalistici della «vis publica»*, Padova, 1974, 81.

<sup>6</sup> Tra gli altri, FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 294.

<sup>7</sup> VINCIGUERRA, *op. cit.*, 79.

<sup>8</sup> In giurisprudenza, v. Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2009, L.P., in *C.E.D. Cass.*, 244060; Id., Sez. VI, 18 giugno 2009, G.G., *ivi*, 244695.

integrare il reato di atti persecutori previsto dall'art. 612 *bis* c.p., se abbiano indotto un perdurante stato di ansia o di paura nella vittima, che si sia vista costretta a modificare le proprie abitudini di vita, come è in realtà avvenuto nel caso di specie, che ha visto la parte lesa costretta perfino a cambiare casa e città per eludere la pressione indotta dal coniuge, che tuttavia aveva rintracciato la nuova abitazione, manifestandolo alla moglie separata con il macabro segno di un cappio appeso dietro la porta di casa.

Il Tribunale della libertà ha svalutato gli elementi indiziari pur chiaramente prospettati dal P.M., con motivazione genericamente assertiva, che sostanzialmente non ha dato conto dei motivi della decisione.

L'ordinanza impugnata va pertanto annullata — *Omissis*.

### (1) Visione “minimalista” o “espansiva” della fattispecie di atti persecutori?

**SOMMARIO:** 1. Premessa. — 2. La prevalenza di un'interpretazione rigorosamente letterale, rispetto a una di carattere sistematico. — 3. Nella prospettiva indicata dalla suprema Corte, la difficoltà di distinguere il delitto di atti persecutori da quelli di minaccia o di molestia continuate. — 4. Se la minaccia o la molestia costituiscano le condotte del reato oppure dei c.d. sub-eventi. — 5. La difficoltà di coniugare le condotte criminose con gli eventi finali, che, per la loro complessità, sembrerebbero richiedere ben più di una condotta soltanto duplice. — 6. Profili di diritto intertemporale. — 7. Conclusioni e cenni di diritto comparato.

#### 1. Premessa.

La sentenza che si annota<sup>1</sup>, nel confermarne altra di poco precedente, ha, a nostro giudizio, un valore certamente significativo da un lato, ma, dall'altro, anche alquanto riduttivo, giacché non risolve, per ovvie ragioni temporali, visto che la norma incriminatrice è entrata definitivamente in vigore con L. 23 aprile del 2009, n. 38, una questione portata all'attenzione della suprema Corte al termine di un processo svoltosi già in sede dibattimentale, ma interviene a dirimere una controversia sorta nella fase procedimentale, ove quindi, il corredo probatorio è ancora per molti versi in fase embrionale.

D'altro canto, la sentenza stessa, sotto il limitato, ma in questo caso decisivo, angolo visuale della sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, ha sicuramente avuto buon gioco, in quanto in effetti, evidentemente a causa di una prima condotta di molestia o di minaccia — non è dato sapere dal testo della sentenza di quale delle due in effetti si tratti — la moglie separata, che avrebbe subito un perdurante stato di ansia o di paura, si è vista costretta persino a cambiare casa e città, per eludere la pressione indotta dal coniuge.

Quest'ultimo, tuttavia, evidentemente non pago, aveva rintracciato la nuova abitazione della moglie, attaccando un cappio dietro la porta di quest'ultima, evidentemente per intimorirla in modo ancora maggiore.

Sembrerebbe dunque che nessun rilievo critico possa essere mosso alla sentenza in esame, soprattutto se la si valuta sotto il profilo del singolo caso concreto deciso. Siano, tuttavia, consentite alcune considerazioni, più in generale, sul reato *de quo*, in attesa quantomeno che la Corte di cassazione abbia a risolvere un caso già sottoposto al vaglio dibattimentale.

#### 2. La prevalenza di un'interpretazione rigorosamente letterale, rispetto a una di carattere sistematico.

Il primo rilievo che ci sentiamo di opporre alla sintetica sentenza che qui si annota è che la stessa sembra muoversi nell'ambito di un'interpretazione rigorosamente letterale del dato normativo, giacché in effetti, anche secondo il linguaggio comune, il termine reiterazione può comportare la sufficienza anche di due soli episodi.

È per altro noto che, secondo le disposizioni sulla legge in generale, il criterio letterale, ai sensi degli artt. 12 e segg., deve comunque essere coniugato con la *voluntas legislatoris*, nonché con il criterio sistematico. Sotto questo profilo, pur se va osservato che purtroppo il legislatore del codice civile del 1942 non ha operato una gerarchia fra i criteri di interpretazione, come era invece doveroso aspettarsi<sup>2</sup>, è comunque necessario, per comprendere il significato ultimo della fattispecie, riferirsi sia alle ragioni che hanno indotto il legislatore ad introdurre il delitto di *stalking*, ma soprattutto al rapporto che deve instaurarsi, perché la fattispecie sia bilanciata, tra condotta ed eventi.

Sotto il primo profilo, anche a livello di diritto comparato, emerge come la fattispecie di atti persecutori necessiti di per sé di una condotta seriale, ovverosia ripetuta più volte nel tempo, proprio perché ciò corrisponde anche al “tipo d'autore”, che è alla base della norma stessa e che ha ispirato i vari legislatori, cioè a dire il tipo assillante e vessatorio, che magari è il marito o la moglie abbandonati, oppure il fidanzato e/o la fidanzata traditi, che pressano psicologicamente la vittima, pur di rientrarne “in possesso”, e la tutela penale del tipo di quella di cui stiamo discutendo serve proprio ad anticipare la protezione della vittima, onde evitare che l'autore giunga a porre in essere condotte molto più gravi, a danno dell'integrità fisica e persino della stessa vita dell'agredito<sup>3</sup>.

Se quindi così stanno le cose a livello, come suol dirsi, di *rationes tutelae*, ne consegue che, seppure nel silenzio del legislatore, l'interprete non dovrebbe optare per una soluzione quale quella qui adottata, cioè a dire una “minimalista”, perché il risultato che si ottiene è, al contrario, quello di ampliare oltre misura il raggio d'azione dell'art. 612 *bis* c.p., con i risultati che di seguito verremo ad esporre.

Sotto il secondo profilo, va osservato che, quanto più si restringe il numero delle condotte penalmente rile-

<sup>1</sup> V. NATALINI, *Sciolto il nodo della frequenza minima necessaria perché il crimine possa ritenersi configurato*, in *Guida Dir.*, 2010, 33-34, 72.

<sup>2</sup> V. MANNA, *Corso di diritto penale, Parte generale*, Padova, 2007, I, 67 e segg.

<sup>3</sup> Per i profili di diritto comparato, cfr., ad es., SORGATO,

*Stalking*, Torino, 2010, 223 e segg.; nonché, per quelli più strettamente di carattere criminologico-psichiatrico, ID., 115 e segg.; per gli aspetti, invece, di carattere parlamentare, nel senso dei vari progetti di legge che si sono succeduti fino al varo dell'art. 612 *bis* c.p., cfr., ad es., SARNO, *Il nuovo reato di atti persecutori (art. 612 bis)*, Milano, 2010, 3 e segg..



vanti, *ex art. 612 bis c.p.*, tanto più diventerà problematico dimostrare a livello probatorio che da dette condotte si siano cagionati eventi di così notevole spessore, quali «un perdurante e grave stato di ansia o di paura», oppure «un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva», oppure, infine, «una alterazione delle proprie abitudini di vita».

Orbene, volendo in questa sede prescindere del tutto dalla problematica del se trattasi di eventi di danno, oppure di pericolo, nonché degli eventuali profili di legittimità costituzionale cui almeno a nostro avviso detti eventi possono dar luogo, perché non rientrano nello specifico oggetto delle nostre attuali riflessioni<sup>4</sup>, non vi è però alcun dubbio che trattasi di una sorta di “macro-eventi”, i primi due addirittura di natura essenzialmente psichica, ed il terzo quanto meno dai contorni assai sfuggenti, che comunque sembrano richiedere una vera e propria serialità nelle condotte criminose e quindi non una loro eccessiva *reductio*.

3. *Nella prospettiva indicata dalla suprema Corte, la difficoltà di distinguere il delitto di atti persecutori da quelli di minaccia o di molestia continuate.*

Sussiste, inoltre, un ulteriore motivo di perplessità circa la scelta adottata dai supremi giudici nella sentenza in oggetto, cioè a dire il fatto che quanto più si riduce il numero delle condotte penalmente rilevanti, *ex art. 612 bis c.p.*, sino, come nel caso di specie, addirittura a due, tanto più diventerà problematico distinguere, ben inteso a livello di condotta, il delitto in esame da quelli di minaccia (*ex art. 612 c.p.*) e di molestia o disturbo alle persone, di cui all'art. 660 c.p., ovviamente se unite dal vincolo della continuazione. È pur vero che si potrà in teoria ribattere a questa obiezione che, comunque, per realizzare integralmente il reato di atti persecutori è necessario il verificarsi anche almeno di uno degli eventi di cui trattasi, di cui invece sono privi i reati di minaccia e di disturbo o molestia alle persone, ma, soprattutto laddove dovesse prevalere nel diritto vivente, per evidenti ragioni probatorie, che trattasi di eventi di pericolo e non già di danno, il rischio di “confusione” fra le fattispecie in discorso finirebbe inevitabilmente per aumentare.

È, in altri termini, ciò che spesso avviene nella differenza tra delitto di maltrattamenti e delitto di lesioni, o percosse, o ingiurie continuate, ove anche qui, proprio a causa della mancanza di precisione, questa volta della condotta costitutiva del delitto di cui all'art. 572 c.p., non è sempre agevole la distinzione in oggetto. Va però precisato che di recente proprio la suprema Corte di cassazione ha giustamente avuto cura di distinguere tra maltrattamenti e ingiurie, minacce o percosse continuate, utilizzando come elemento differenziale lo “stato di soggezione”, che deve essere presente nel primo

dei reati indicati, mentre ne devono essere privi gli altri<sup>5</sup>. Così operando, si è quindi evitato che il delitto di maltrattamenti “assorbisse” in ogni caso i c.d. reati satelliti, che è proprio quello che bisogna evitare anche in rapporto al reato di atti persecutori, mentre invece la sentenza che qui si annota non sembra affatto contribuire a tale salutare distinzione.

4. *Se la minaccia o la molestia costituiscano le condotte del reato oppure dei c.d. sub-eventi.*

La suprema Corte, nell'ansia di risolvere in chiave “minimalista” la condotta criminosa di minaccia o di molestia, non affronta, tuttavia, un problema di non poco momento, giustamente rilevato da recente e attenta dottrina<sup>6</sup>.

La norma, infatti, a ben considerare, non riferisce l'aggettivazione “reiterate” alla minaccia od alla molestia, bensì a non meglio precisate qualificate “condotte”, con la conseguenza che può ben sostenersi come le condotte reiterate, evidentemente considerate a forma libera, debbono cagionare minaccia o molestia di taluno, intese queste ultime come c.d. sub-eventi, che, a loro volta, dovrebbero essere tali da cagionare gli “eventi finali”, ovvero sia i già menzionati grave e perdurante stato d'ansia o di paura, il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto, etc., e l'alterazione delle proprie abitudini di vita.

Questa ricostruzione dogmatica della fattispecie, che pure rinvia nel dato testuale sicuri appigli, non è presa in considerazione dalla sentenza che qui si annota, evidentemente per ragioni essenzialmente di semplificazione linguistica, nel senso che è più semplice parlare di condotte reiterate di minaccia o molestia, anziché ricorrere ad una costruzione così complessa, che si snoda attraverso una serie di sub-eventi e una differente serie di “eventi finali”, che, a nostro avviso, presenta l'ulteriore inconveniente di rendere a questo punto la condotta criminosa, qualificata solo dalla reiterazione, ma sganciata dal riferimento alla minaccia o alla molestia, di carattere ancora più vago e impreciso, da rischiare a sua volta di confliggere anch'essa, quanto meno al pari dell'evento relativo al mutamento delle proprie abitudini di vita, con il principio di precisione.

Riteniamo, pertanto, che la strada percorsa dalla sentenza che qui si annota sia sul punto da preferire, per le ragioni sin ora indicate, rispetto alla pur sofisticata tesi dottrinarina da ultimo enunciata che tuttavia rischia, almeno a nostro sommesso giudizio, più di complicare che di risolvere i problemi.

5. *La difficoltà di coniugare le condotte criminose con gli eventi finali, che, per la loro complessità, sembrerebbero richiedere ben più di una condotta soltanto duplice.*

Oltre alle considerazioni sinora effettuate, ci sembra di poter rilevare che l'aspetto più critico della sentenza

<sup>4</sup> V. MANNA, *Il nuovo delitto di “atti persecutori” e la sua conformità ai principi costituzionali in materia penale*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, 469.

<sup>5</sup> Così Cass., Sez. VI, 2 luglio 2010, n. 25138, inedita.

<sup>6</sup> LOSAPPIO, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di “Atti persecutori”*. “Stalking the Stalking”, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 7, 869 e segg., 3, 862 e segg.

che si annota è proprio quello che si incentra, a nostro avviso, in una sorta di squilibrio tra la condotta criminosa, estremamente ridotta, nell'ottica del diritto vivente, nel senso cioè che sarebbero sufficienti soltanto due episodi di minaccia o molestia, e, viceversa, la pregnanza e l'ampiezza degli eventi finali, che certamente, per la loro realizzazione, quantomeno i primi due, dovrebbero necessitare di ben altro rispetto soltanto a due condotte criminose. Nella pronuncia della suprema Corte si ha cioè l'impressione che la fattispecie venga sbilanciata a favore della condotta, il cui ridotto raggio di azione rischia il più delle volte di non supportare eventi della portata di quelli indicati nell'art. 612 *bis* c.p., che, pur di carattere psichico, i primi due, comunque rivelano una notevole pregnanza offensiva. Se a ciò si aggiunge che, almeno dall'esame dei lavori preparatori della norma in oggetto, sia prevalsa, soprattutto in Aula, la concezione per cui il reato *de quo* dà luogo ad un reato di danno e non già di pericolo concreto<sup>7</sup>, le difficoltà sicuramente aumentano, in quanto sarà ben difficile dimostrare nella concreta prassi giudiziaria un nesso causale tra due sole condotte del tipo di quelle rilevanti per la norma in esame ed eventi come, in primo luogo, «un perdurante e grave stato di ansia o di paura», in relazione al quale va anzi rilevato che la sentenza lo ha, forse a causa di un c.d. *lapsus calami*, ridotto ad un «perdurante stato di ansia o di paura», probabilmente nell'inconsapevole intento di ridurne quasi la portata.

Va inoltre considerato che, trattandosi di un evento di sicura sostanza psichica, la prova di detto rapporto causale può diventare oltremodo complessa, sia perché certamente non appare sufficiente basarsi soltanto sulle dichiarazioni della parte offesa, anche se circostanziate e precise, giacché altrimenti la decisione giudiziaria su di un tema così complesso sarebbe appannaggio soltanto di quest'ultima, ma sarà forse opportuno nominare in via eccezionale e invero alquanto anomala un consulente tecnico di parte, oppure, un perito d'ufficio, che in particolare stabilisca la sussistenza dello stato d'ansia o di paura, così come descritto dalla norma, e, soprattutto, se esso non sia pregresso, oppure derivante da altri «fattori alternativi», che certamente, almeno secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione anche a Sezioni unite, non possono non escludere il rapporto causale medesimo<sup>8</sup>.

Analogo discorso va ovviamente affrontato anche in rapporto all'evento relativo al «fondato timore», ove il legislatore, pur nel ricorso ad un evidente ossimoro, perché, nonostante il ricorso al criterio dell'*id quod plerumque accidit*, il timore resta sempre un dato psicologico, ma siccome è esteso anche ad altri soggetti, oltre alla vittima stessa, legati da vincoli di parentela o di relazione affettiva, ci sembra di poter concludere analogamente, nel senso che potrà risultare di non facile dimostrazione a livello probatorio che due soli epi-

sodi di minaccia o di molestia possano cagionare detto «fondato timore».

Forse l'unico dei tre eventi finali che, in linea teorica, può più facilmente derivare da soltanto due episodi di quelli di cui stiamo analizzando la portata è proprio «l'alterazione delle abitudini di vita», ma il problema qui è dovuto al fatto che, come abbiamo già osservato in altra sede<sup>9</sup>, l'evento in questione è descritto in maniera talmente vaga e imprecisa, che vi possono rientrare sia accadimenti di notevole portata, come, nel caso di specie, il cambiare casa e città, sia anche episodi di ben minore rilievo, come cambiare il numero telefonico o addirittura l'orario in cui si porta a passeggio il cane, ovviamente per evitare di incontrare lo *stalker*.

#### 6. Profili di diritto intertemporale.

Si ha infine l'impressione che l'orientamento espresso dalla sentenza della suprema Corte che qui si annota, e di quella, menzionata nel testo della prima, che l'ha preceduta di qualche mese, sia anche dovuta ad un ulteriore intendimento, questa volta relativo ai delicati problemi relativi al diritto intertemporale. Ci si è infatti posti la questione se possa essere punito per atti persecutori il soggetto che avesse posto in essere alcune condotte prima dell'entrata in vigore della norma, e solo una dopo l'entrata in vigore della stessa<sup>10</sup>. Orbene, la soluzione che dovrebbe valere senza alcun dubbio in questi casi, per il principio di irretroattività della norma penale incriminatrice, *ex* art. 25, comma 2, Cost. e 2, comma 1, c.p. è nel senso che il soggetto, che pur ha commesso un solo episodio dopo l'entrata in vigore dell'art. 612 *bis* c.p., non potendo quest'ultimo da solo dare certamente luogo ad una condotta reiterata, debba necessariamente essere assolto perché il fatto (di cui all'art. 612 *bis* c.p., beninteso), non è (ancora) previsto come reato. Evidentemente, per ovviare ad un'eccessiva messe di assoluzioni, che si sarebbero avute laddove si fosse richiesta una pluralità ben maggiore di condotte di quella indicata nella sentenza che qui si annota, la suprema Corte ha preferito restringere nettamente il campo delle condotte penalmente rilevanti, a nostro avviso, anche per superare quei problemi di diritto intertemporale che avrebbero potuto di fatto ridurre notevolmente l'efficacia della nuova norma incriminatrice.

#### 7. Conclusioni e cenni di diritto comparato.

La sentenza che si annota, pertanto, cerca, pur adottando una soluzione minimalista «a livello di condotta», di espandere quanto più possibile la nuova norma relativa allo *stalking*, e anche di questo non v'è affatto da stupirsi perché è ormai ricorrente e, si potrebbe aggiungere, quasi endemico il tentativo della giurisprudenza di interpretare le norme incriminatrici in base essenzialmente al metodo teleologico, così da dar luo-

<sup>7</sup> V. MANNA, *op. ult. cit.*, spec. 476.

<sup>8</sup> Cfr., in particolare, Cass, Sez. un., 12 luglio 2002, ric. Franzese, in *Foro It.*, 2002, II, 601 e segg., con nota di DI GIOVINE, *La causalità omissiva in campo medico chirurgico al vaglio delle sezioni unite*.

<sup>9</sup> Così MANNA, *op. ult. cit.*, spec. 476 e seg.

<sup>10</sup> Cfr., in argomento, diffusamente, da ultimo, NATALINI, *op. cit.*, 74.

go ad una interpretazione sostanzialmente analogica, perché basata essenzialmente su tre termini, cioè a dire il fatto concreto, la fattispecie astratta, e i casi simili, previsti dai precedenti giurisprudenziali, che agiscono come *tertium comparationis*<sup>11</sup>.

Questo modo di interpretare giudizialmente le norme penali si pone però in linea di pericolosa collisione con il principio di stretta legalità<sup>12</sup>, che, nel caso di specie, è addirittura accresciuta notevolmente a causa degli stessi dubbi di legittimità costituzionale della norma in esame, proprio per contrasto con il principio surrichiamato, sotto il profilo sia della determinatezza, per i primi due degli eventi finali, che della precisione, per quanto attiene al terzo<sup>13</sup>.

È stato infatti di recente ricordato, come *incipit* ad un interessante saggio sul tema<sup>14</sup>, l'illuminante insegnamento di Aldo Moro che ricordava agli studenti delle sue lezioni come la norma chiamata ad investire la realtà combaci con la realtà che in essa sarà sussumibile. «Vi deve essere — incalzava il grande maestro barese e statista italiano — una aderenza del fatto al diritto al quale deve essere applicato»; vi deve essere, in definitiva, «della sintonia, della simpatia, tra il diritto e il fatto»<sup>15</sup>.

Per le ragioni sinora evidenziate sembra quindi che il nuovo reato di atti persecutori, anche nell'interpretazione da ultimo fornita dalla suprema Corte, non tenga nel dovuto conto l'insegnamento del grande penalista barese, nonché in precedenza quello derivante dalla famosa sentenza della Corte costituzionale che, non a caso, ha dichiarato illegittimo, proprio per contrasto con il principio di determinatezza, il delitto di plagio<sup>16</sup>.

Evidentemente i profili di diritto comparato, ove nella stragrande maggioranza dei paesi europei ed extraeuropei si è introdotta una fattispecie di *stalking* e quindi il desiderio non solo di allinearsi all'opinione maggioritaria, ma anche l'intendimento di sfruttare anche a livello elettorale e quindi simbolico l'introduzione di detta nuova fattispecie, funzionale, come al solito a calmare, almeno apparentemente, i bisogni emotivi di pena, hanno indotto il legislatore ad introdurre l'art. 612 *bis* c.p., senza tuttavia, almeno a nostro avviso, curarsi troppo della sua indubbia difficoltà di applicazione pratica.

Vi è quindi da domandarsi, in chiave forse anche un po' provocatoria, ma anche nella salutare prospettiva del principio di frammentarietà e del conseguente diritto penale come *extrema ratio*, nell'ottica altresì della sussidiarietà, ma intesa in senso stretto, se non fosse stato preferibile seguire un interessante filone minori-

tario nella legislazione comparata, cioè a dire quello della Scozia, ove, proprio perché consapevoli delle difficoltà che comporta a livello penalistico l'introduzione di un reato di *stalking*, hanno preferito rinunciare e utilizzare viceversa, in prima battuta, strumenti di carattere non penale, come i c.d. *orders*, sia di carattere civile, che amministrativo ottenuti dalla persona che si sente perseguitata da un potenziale *stalker* e che quindi si rivolge o al giudice civile oppure all'autorità di polizia, affinché ingiungano a quest'ultimo di allontanarsi dalla sfera dei rapporti della vittima e comunque di astenersi da comportamenti minacciosi o *lato sensu* vessatori. Solo laddove il soggetto attivo continua nella sua opera di vessazione nei confronti della vittima, scatta, ma solo in seconda battuta, l'intervento del diritto penale, ma non mediante un reato di atti persecutori, bensì mediante una fattispecie di inottemperanza all'ordine del giudice, oppure dell'autorità di polizia<sup>17</sup>.

In questa maniera il legislatore scozzese ha evitato di impelagarsi nei meandri e nelle difficoltà incontrate da tutti gli altri legislatori nella creazione di un reato di *stalking*, mentre noi abbiamo preferito seguire la strada maggioritaria, con tutto però quello che ne è conseguito e che probabilmente ne seguirà. È pur vero che il legislatore italiano, ai sensi dell'art. 8 L. 23 aprile 2009, n. 38, ha introdotto il provvedimento di ammonimento del questore, prima che sia proposta la querela per il reato di cui all'art. 612 *bis* c.p., ma, laddove l'ammonito non adempia alle prescrizioni imposte dall'autorità amministrativa, ciò costituirà una specifica aggravante del reato di *stalking* e non invece un'autonoma fattispecie di inottemperanza ad un provvedimento dell'autorità, secondo il modello scozzese. In definitiva sarà l'evoluzione della prassi giurisprudenziale che ci saprà dare una risposta definitiva su quale dei due modelli sia preferibile, ma, per quello che si è potuto constatare sinora sia a livello dottrinale che giurisprudenziale, il modello adottato dal legislatore italiano sembra evidenziare più ombre che luci.

ADELMO MANNA

## DENUNCIA DI ASSEGNO SMARRITO

CASSAZIONE PENALE, VI SEZIONE, 16 giugno 2010 (ud. 4 maggio 2010), n. 23273 — GRAMENDOLA *Presidente* — COLLA *Relatore* — SALVI *P.M.* (conf.) — P.V., ricorrente.

<sup>11</sup> In argomento, per tutti FIANDACA, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 353 e segg.; ID., *Il diritto penale tra legge e giudice*, Padova, 2002. Prende le distanze dal metodo teleologico VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2009, I, 495, secondo il quale «lo scopo della norma è [...] il risultato dell'interpretazione, non è un metodo per interpretarla».

<sup>12</sup> In tal senso, in particolare, MARINUCCI, *L'analogia e la "punibilità svincolata dalla conformità alla fattispecie penale"*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2007, 1254 e segg.

<sup>13</sup> V. MANNA, *op. ult. cit.*, spec. 483 e segg.; del pari critico sul punto v. anche LOSAPPIO, *op. cit.*

<sup>14</sup> LOSAPPIO, *op. cit.*, 869.


<sup>15</sup> MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale* a cura di Tritto, Bari, 2005, 266 e segg.

<sup>16</sup> Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, in *Giur. Cost.*, 1981, I, 808, con nota di GRASSO; e in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1981, 1147, con nota di BOSCARELLI.


<sup>17</sup> In argomento, assai diffusamente, LOSAPPIO, *op. cit.*, 880 e segg., con ivi ampi riferimenti alla legislazione e alla letteratura scozzese, cui pertanto, anche per ulteriori approfondimenti, si rinvia.

**Delitti contro l'attività giudiziaria — Calunnia — Falsa denuncia di smarrimento di assegni bancari — Incolpazione implicita del legittimo portatore del titolo — Dolo — Configurabilità del reato (C.p. art. 368).**

*Colui che denuncia falsamente lo smarrimento di assegni bancari attribuisce al legittimo portatore che li negozi l'appropriazione o l'impossessamento o la ricezione illecita e comunque l'utilizzazione indebita di tali assegni e si rende, perciò, colpevole di calunnia nei di lui confronti (1).*

 *Omissis.* — Con la sentenza in epigrafe la Corte d'appello di Napoli, in parziale riforma di quella del Tribunale di S. Maria Capua Vetere in data 1 dicembre 2006, appellata da P.V., concesse al medesimo le attenuanti generiche, riduceva la pena inflittagli dal primo giudice a un anno e quattro mesi di reclusione — con la conferma nel resto della impugnata sentenza — in ordine al reato di calunnia per avere denunciato falsamente lo smarrimento degli assegni elencati nel capo di imputazione, consegnati, invece, a C.G., in parte per restituzione di prestiti ricevuti, e in parte per prestazioni professionali che quest'ultimo aveva svolto nella esecuzione di mandati per l'assistenza legale a iscritti alla "U.G.L. Coltivatori Unione Territoriale di Caserta". L'imputato era stato altresì condannato dal giudice di primo grado al risarcimento dei danni in favore della parte civile. Sin dal giudizio di primo grado gli era stata concessa la sospensione condizionale della pena subordinatamente al pagamento di una provvisoria di Euro 7.740 in favore della parte civile. — *Omissis.*

Neppure è corretta l'affermazione del ricorrente in forza della quale non vi sarebbe stata certezza che la denuncia fosse finalizzata a incolpare qualcuno di ricettazione degli assegni. Va, invece, precisato che colui il quale denuncia falsamente lo smarrimento di un assegno bancario attribuisce, sicuramente, al legittimo portatore che lo negozi l'appropriazione o l'impossessamento o la ricezione illeciti e comunque l'utilizzazione indebita di tale assegno, comportamenti che possono integrare sia reati perseguibili a querela (come il furto semplice) sia reati perseguibili d'ufficio (quali il furto aggravato o la ricettazione); il dolo della calunnia (nella specie da qualificarsi come calunnia reale o indiretta, perché vengono a simularsi tracce di reato sulla base del solo possesso del titolo), si estende sino a ricomprendere l'intera gamma di tali illeciti penali. — *Omissis.*

 **(1) Falsa denuncia di avere smarrito un assegno bancario e calunnia**

1. In giurisprudenza sono numerose le pronunce che ravvisano il reato di calunnia nei casi in cui il soggetto attivo ha dichiarato falsamente di aver smarrito un assegno<sup>1</sup>.

Il reato di calunnia è previsto dall'art. 368 c.p. che punisce con la reclusione da due a sei anni «chiunque 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 l'obbligo di riferire, incolpa di un reato taluno che egli sa innocente, ovvero simula a carico di lui le tracce di un reato»<sup>2</sup>.

Si tratta di un delitto plurioffensivo, che mira a tutelare sia l'interesse concernente l'amministrazione della giustizia dal pericolo di essere tratta in inganno e fuorviata nel suo aspetto relativo all'accertamento dei reati, sia l'interesse concernente la libertà individuale della persona falsamente incolpata del reato<sup>3</sup>.

La calunnia è un reato di pericolo poiché ad integrarne gli estremi è sufficiente la possibilità dell'inizio di un procedimento penale a carico della persona falsamente incolpata<sup>4</sup>.

2. Il delitto in esame è previsto dall'art. 368 c.p. in due ipotesi alternative e penalmente equivalenti<sup>5</sup>, cioè nella calunnia formale (o diretta o verbale) e nella calunnia materiale (o reale o indiretta)<sup>6</sup>. La prima ipotesi consiste nell'incolpare un innocente attraverso segni linguistici diretti all'autorità; la seconda, nell'incolparlo creando artificiosamente tracce a suo carico, che possono consistere anche in segni linguistici che non siano diretti all'autorità<sup>7</sup>.

Per quanto riguarda la falsa denuncia di smarrimento di un assegno, una parte della giurisprudenza, a cui aderisce la sentenza che si annota, ritiene ricorra la calunnia reale<sup>8</sup>, mentre un opposto orientamento ritiene sia ravvisabile una ipotesi di calunnia formale con incolpazione implicita<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> Così è orientata la VI Sezione della Cassazione, tra le tante v. Cass., Sez. VI, 19 giugno 2009, n. 35923, R.S. in *www.leggiditaliaprofessionale.it*; Id., Sez. VI, 7 gennaio 2009, P.E., in *Foro It.*, 2010, I, 2, 33; Id., Sez. VI, 7 febbraio 2008, C.P., in *Riv. Polizia*, 2009, 400; Id., Sez. VI, 8 giugno 2005, Baratto, in *Guida Dir.*, 2005, 44, 91; Id., Sez. VI, 3 luglio 2002, Buffa, in *Giur. It.*, 2004, 842, con nota di MORONE, *Nota sulla qualifica giuridica della falsa dichiarazione di aver smarrito un assegno*. La V Sezione della Cassazione, invece, in numerose pronunce ha ritenuto ravvisabile il reato di falsità ideologica del privato in atto pubblico di cui all'art. 483 c.p. In tal senso v. Id., Sez. V, 27 gennaio 1998, Piso, in *Cass. Pen.*, 1999, 153; Id., Sez. V, 6 marzo 1997, Tangorra, *ivi*, 1998, 1106; Id., Sez. V, 30 gennaio 1996, Pellicchia, *ivi*, 1997, 408. La tesi però è stata espressamente smentita da Id., Sez. un., 9 marzo 2000, Gabrielli, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2000, 732, con nota di ALEMI.

<sup>2</sup> A norma del comma 2 e 3 dell'art. 368 c.p. «la pena è aumentata se s'incolpa taluno di un reato pel quale la legge stabilisce la pena della reclusione superiore nel massimo a dieci anni, o un'altra pena più grave. La reclusione è da quattro a dodici anni, se dal fatto deriva una condanna alla reclusione superiore a cinque anni; è da sei a venti anni, se dal fatto deriva una condanna all'ergastolo».

<sup>3</sup> MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, 5<sup>a</sup> ed., Torino, 1982, V, 828.

<sup>4</sup> ROMANO, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 4<sup>a</sup> ed., Padova, 2009, 71. Anche la giurisprudenza attribuisce alla calunnia la natura di reato di pericolo. Tra le tante v. Cass., 17 marzo 2009, V.M., in *C.E.D. Cass.*, 244357; Id., Sez. VI, 29 marzo 2007, *ivi*, 237421.

<sup>5</sup> MANZINI, *op. cit.*, 829.

<sup>6</sup> PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, 2000, 66.

<sup>7</sup> PAGLIARO, *op. cit.*, 66.

<sup>8</sup> Così v. Cass., Sez. VI, 3 luglio 2002, Buffa, *cit.*, ove in motivazione è affermato che la «falsa dichiarazione di aver smarrito un assegno, consegnato invece in pagamento a un altro soggetto, integra il reato di calunnia perché simula ai danni del prenditore del titolo il reato di furto o di ricettazione»; Id., Sez. VI, 8 ottobre 2002, Bonafede, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2003, 1357, con nota di ALEMI; Id., Sez. VI, 9 febbraio 2004, D'Amore, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*.

<sup>9</sup> Cass., Sez. VI, 29 gennaio 1999, Gioviale, in *C.E.D. Cass.*, 214149; Id., Sez. VI, 17 dicembre 2008, S.F., *ivi*, 242521.

Sul punto occorre distinguere a seconda che la falsa denuncia sia successiva o antecedente alla negoziazione dell'assegno da parte del soggetto attivo<sup>10</sup>.

Nella prima ipotesi deve essere escluso che la falsa dichiarazione di smarrimento possa rientrare fra le "tracce del reato" la cui simulazione integra il delitto di calunnia reale, ciò perché la falsa denuncia non costituisce indizio materiale di un reato<sup>11</sup>. In tal caso si potrà configurare dunque la calunnia formale.

Nella seconda ipotesi, al momento della presentazione della falsa denuncia non è individuabile un possibile incolpato<sup>12</sup>. In tal caso, ha condivisibilmente affermato la Cassazione, «la successiva negoziazione dell'assegno può costituire il segmento della condotta che configura il delitto di calunnia nella forma delineata dalla seconda parte dell'art. 368 c.p.»<sup>13</sup> integrando dunque la simulazione di tracce di reato nei confronti del prenditore dell'assegno<sup>14</sup>.

3. Per potersi avere calunnia l'oggetto della falsa incolpazione deve essere un reato, delitto o contravvenzione<sup>15</sup>. Non sussiste il delitto in commento se l'illecito penale falsamente attribuito è punibile a querela, richiesta o istanza e questa manchi<sup>16</sup>, mentre il reato è configurabile qualora il fatto oggetto dell'incolpazione diventi perseguibile a querela per sopravvenuta novazione legislativa. Parimenti la calunnia è configurabile qualora il fatto falsamente attribuito non costituisca più reato<sup>17</sup> o integri un reato estinto, a meno che, in tale ultimo caso, l'estinzione sia evidente<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda l'illecito penale che viene attribuito con la falsa denuncia al legittimo beneficiario dell'assegno, si rileva che il soggetto attivo della calunnia non indica in modo esplicito un determinato reato, ma riferisce una circostanza (lo smarrimento dell'assegno) dalla quale è possibile desumere la commissione di un reato<sup>19</sup>.

La sentenza che si annota si conforma alla consolidata giurisprudenza che individua tra i possibili illeciti penali suscettibili di essere ravvisati in capo al soggetto passivo della calunnia il furto o la ricettazione<sup>20</sup>. In particolare la Corte rileva che tra i reati che la falsa denuncia di smarrimento è in grado di attribuire al legittimo portatore che negozia l'assegno è possibile annoverare il furto semplice, perseguibile a querela, ma anche il furto aggravato o la ricettazione, entrambi perseguibili d'ufficio.

Ciò considerato non sorge dunque alcuna questione in ordine alla mancanza di querela da parte del soggetto attivo della calunnia<sup>21</sup>.

4. In ordine all'elemento soggettivo del reato, per aversi calunnia è richiesto il dolo generico<sup>22</sup>. L'agente deve avere la volontà consapevole di portare la falsa informazione a conoscenza dell'autorità giudiziaria o di altra autorità che ad essa ha l'obbligo di riferire<sup>23</sup>. Il soggetto attivo deve essere altresì consapevole della innocenza dell'incolpato<sup>24</sup>.

Per l'integrazione del dolo richiesto nel reato di calunnia non hanno rilevanza i motivi e gli scopi che muovono l'agente. Non si esige neppure che costui avesse il proposito di far iniziare un procedimento penale a carico dell'incolpato, né di cagionargli un danno<sup>25</sup>.

Ciò premesso la pronuncia in commento ritiene sussistere il dolo di calunnia in capo al soggetto attivo del reato. Nel giungere a tale conclusione la Corte afferma che il dolo del soggetto il quale falsamente denuncia lo smarrimento di un assegno si estende sino a comprendere tutta la gamma di reati che possono essere attribuiti al soggetto passivo a seguito della dichiarazione menzognera<sup>26</sup>.

STEFANO GRINDATTO

<sup>10</sup> Così Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2008, S.F., cit.

<sup>11</sup> Cfr. PIFFER, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, in *Comm. C.P.* a cura di Dolcini, Marinucci, Padova, 2005, Parte speciale, I, 234.

<sup>12</sup> Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2008, S.F., cit. La Corte precisa che non sussiste la calunnia se l'assegno rimane nella disponibilità del falso denunciante, in tal caso può, «eventualmente, configurarsi il delitto di simulazione di reato, punito meno gravemente dall'art. 367 c.p. proprio perché il falso reato non è attribuito a persona determinata o determinabile».

<sup>13</sup> Cass., Sez. VI, 17 dicembre 2008, S.F., cit.

<sup>14</sup> Sull'argomento si segnala una recente pronuncia della Cassazione: Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 14604, G.A., in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, in cui la Corte ha affermato che «la mera denuncia di smarrimento di un assegno presentata prima o dopo la consegna del titolo, da parte del denunciante, di per sé, non costituisca reato, ma tale possa diventare se ed in quanto, falsa la denuncia, il titolo venga presentato all'incasso, comportamento questo che viene appunto a perfezionare l'iter della condotta calunniosa "formale" o "reale"».

<sup>15</sup> ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 15<sup>a</sup> ed., Milano, 2008, Parte speciale, II, 505. Nel caso in cui l'incolpazione riguardi una contravvenzione è prevista una diminuzione di pena dall'art. 370 c.p.

<sup>16</sup> MANZINI, *op. cit.*; PAGLIARO, *op. cit.*, 81. *Contra* ANTOLISEI, *op. cit.*, 506. In giurisprudenza vi sono numerose pronunce che escludono la sussistenza del reato di calunnia se la falsa incolpazione concerne un reato perseguibile a querela e questa non è stata presentata. In tal senso v. Cass., Sez. VI, 29 marzo

2007, A.C., in *C.E.D. Cass.*, 237421; Id., Sez. VI, 10 dicembre 1991, in *Cass. Pen.*, 1994, 297; Id., Sez. VI, 11 ottobre 1989, in *Riv. Pen.*, 1990, 635.

<sup>17</sup> Conformi Cass., Sez. VI, 8 aprile 2002, Bassetti, in *C.E.D. Cass.*, 226425; Id. 21 maggio 1999, Zini, *ivi*, 214674.

<sup>18</sup> PAGLIARO, *op. cit.*, 78.

<sup>19</sup> PIFFER, *op. cit.*, 234.

<sup>20</sup> Così cfr. Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2002, Bonafede, cit.; Id., Sez. VI, 8 giugno 2005, Baratto, cit.; Id., Sez. VI, 28 marzo 2001, Macrì, in *Riv. Pen.*, 2001, 738. Per Cass., Sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 14604, G.A., cit., potrebbe essere configurabile anche il reato di appropriazione di cose smarrite.

<sup>21</sup> In tal senso in dottrina v. PIFFER, *op. cit.*, 235.

<sup>22</sup> ROMANO, *op. cit.*, 94.

<sup>23</sup> PAGLIARO, *op. cit.*, 89 e seg.

<sup>24</sup> MANZINI, *op. cit.*, 848.

<sup>25</sup> MANZINI, *op. cit.*, 852.


<sup>26</sup> In tal senso cfr. Cass., Sez. VI, 20 dicembre 2007, n. 3922, Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'appello di Napoli, Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, in *www.leggiditaliaprofessionale.it*, secondo la quale «la falsa denuncia di smarrimento di un assegno costituisce ipotesi di rappresentazione di un valido espediente per bloccare la circolazione del titolo e/o del suo pagamento ed il denunciante non può che essere consapevole di simulare una circostanza idonea a far sì che il soggetto, al quale ha trasmesso l'assegno e che in buona fede lo girerà o lo presenterà all'incasso, potrà essere perseguibile d'ufficio per furto aggravato o per ricettazione».

## DROGA PRIVA DI PRINCIPIO ATTIVO

CASSAZIONE PENALE, IV SEZIONE, 8 giugno 2010 (ud. 12 maggio 2010), n. 21814 — MORGIGNI *Presidente* — BLAIOTTA *Relatore* — GERACI *P.M.* (conf.) — R.C., ricorrente.

**Stupefacenti — Cessione — Sostanza priva di principio attivo significativo — Inoffensività — Sussistenza** (C.p. art. 49; D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 73).

*Esulano dalla sfera dell'illecito penale le condotte di stupefacenti che, pur aventi ad oggetto una delle sostanze stupefacenti vietate, afferiscano a quantitativi di principio attivo talmente tenui da non poter indurre, neppure in misura trascurabile, la modificazione dell'assetto neuropsichico dell'utilizzatore* (1).

 *Omissis.* — Quanto alla seconda deduzione, la Corte territoriale osserva che l'entità della droga è stata indicata in modo solo approssimativo: dall'indagine tossicologica emerge che il peso era in realtà di gr. 0,822 con principio attivo del 26,3%, con la conseguenza che la quantità di principio attivo supera la soglia di 150 mg. prevista, per la dose media singola, dal già richiamato Decreto ministeriale.

La pronuncia ne trae la conseguenza che la sostanza non è priva di effetto drogante. Tale ponderazione, confuta in fatto la tesi difensiva: come del resto enunciato nello stesso capo d'imputazione, la percentuale di principio attivo contenuta nella complessiva sostanza oggetto del processo è di gr. 0,178, superiore alla dose media singola.

Oltre a ciò, occorre considerare che, comunque, il decreto ministeriale richiamato dalla difesa ha l'unica finalità di definire, ai sensi del D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, comma 1 bis, soglie quantitative che possono indurre a ritenere, eventualmente in accordo con altre acquisizioni, che la detenzione delle sostanze stupefacenti sia finalizzata ad uso esclusivamente personale.

Ciò rileva sotto un duplice profilo. Da un lato la disciplina si riferisce al contesto della detenzione e quindi ad una situazione fattuale diversa da quella in esame, che riguarda invece un atto di cessione onerosa.

Dall'altro lato, soprattutto, la disciplina ministeriale, attese le sue finalità, individua la dose "media" con riferimento al "principio attivo per singola assunzione idonea a produrre in un soggetto tollerante e dipendente un effetto stupefacente e psicotropo". Tale dose media costituisce a sua volta la base per la definizione della dose media giornaliera. La disciplina, dunque, essendo finalizzata ad individuare i "bisogni" medi di un soggetto assuefatto, non esclude affatto che dosi inferiori a quella "media" siano prive di rilievo penale. Si deve infatti considerare anche l'effetto drogante nei confronti di soggetti non dipendenti, che può essere evidentemente prodotto da dosi inferiori a quella media di cui si discute.

Oltre a ciò, su un piano più generale, non si può fare a meno di collocare la questione esaminata nel contesto del dibattito giurisprudenziale a proposito dei limiti quantitativi di sostanza stupefacente che segnano la rilevanza penale del fatto. Assai in breve, occorre rammentare che la giurisprudenza largamente prevalente in passato ha escluso il rilievo penale di condotte riferite a quantitativi di sostanze illecite talmente tenui da potersi escludere un qualche effetto psicotropo. Tale punto di vista è stato confutato dalle Sezioni unite: l'inidoneità dell'azione, relativamente alle fattispecie previste dal D.P.R. n. 309 del 1990, art. 73, va valutata unicamente avuto riguardo ai beni oggetto della tutela penale, individuabili in quelli della salute pubblica, della sicurezza e

dell'ordine pubblico e della salvaguardia delle giovani generazioni, beni che sono messi in pericolo anche dallo spaccio di dosi contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante (Sez. un. 24/06/1998 Rv. 211073).

Questa tesi, indubbiamente estrema, ha suscitato perplessità. Essa, in effetti, se applicata in modo letterale, conduce ad attribuire rilievo penale anche a condotte relative a sostanze sostanzialmente amorfe. Per contro, la lettura integrata delle disposizioni contenute nel richiamato D.P.R. n. 309 del 1990, induce a ritenere che la configurazione della tipicità oggettiva non possa prescindere del tutto dalla considerazione della farmacologia attitudine delle diverse sostanze a produrre i loro effetti caratteristici. Si fa riferimento in particolare al cit. D.P.R., art. 14 che richiama l'azione "narcotico-analgese" dell'oppio e degli oppioidi; l'"azione eccitante" della coca; l'azione "eccitante sul sistema nervoso centrale" degli anfetaminici; "ogni altra sostanza che produca effetti sul sistema nervoso centrale ed abbia capacità di determinare dipendenza fisica o psichica dello stesso ordine o di ordine superiore"; la cannabis con i suoi effetti tipici ed "ogni altra pianta i cui principi attivi possono provocare allucinazioni o gravi distorsioni sensoriali".

Lo stesso richiamato decreto ministeriale del 2006 fa riferimento al "potere di indurre alterazioni comportamentali e scadimento delle capacità psicotrope". In conseguenza, una configurazione dell'incriminazione in una guisa che prescindesse del tutto dal concreto effetto psicotropo finirebbe con il cancellare il tratto più tipico della fattispecie, connesso, appunto, alla concreta attitudine ad influenzare in qualche (anche lieve) misura l'attività neuropsichica del consumatore.

Del resto, l'esigenza di tenere in qualche conto la concreta offensività della sostanza è stata colta in altra più recente pronuncia delle Sezioni unite relativa alla coltivazione di piante con effetto stupefacente (S.U. 24 aprile 2008, rv. 239920).

La Corte ha da un lato richiamato, condividendola, la precedente pronuncia a Sezioni unite del 1998; ma ha al contempo evidenziato la necessità di considerare pure il principio di offensività, in forza del quale non è concepibile un reato senza offesa. Tale principio, alla luce della giurisprudenza costituzionale, opera su due piani, "rispettivamente, della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, precetto comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale (offensività in astratto), e dell'applicazione giurisprudenziale (offensività in concreto), quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato".

In ossequio al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, concludono le Sezioni unite, spetterà al giudice verificare se la condotta di volta in volta contestata all'agente ed accertata sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto, risultando in concreto inoffensiva. La condotta è "inoffensiva" soltanto se il bene tutelato non è stato leso o messo in pericolo anche in grado minimo (irrilevante, infatti, è a tal fine il grado dell'offesa), cioè, nel caso esaminato, quando la sostanza ricavabile dalla coltivazione non è idonea a produrre un effetto stupefacente in concreto rilevabile.

In breve, conclusivamente, sembra di poter trarre dagli orientamenti giurisprudenziali sopra indicati da un lato l'esigenza di una valutazione giudiziale rigorosa, che tenga conto degli enormi pericoli, per l'individuo e per la collettività, connessi alla circolazione delle sostanze stupefacenti; dall'altro quella di interpretare le fattispecie includendo nella definizione legale di tali sostanze non solo la categoriale esistenza del principio attivo tipico, ma anche la concreta atti-

tudine ad esercitare, anche in misura assai limitata, minima, l'effetto psicotropo evocato dal già richiamato D.P.R., art. 14. Esulano, quindi, dalla sfera dell'illecito solo le condotte afferenti a quantitativi di stupefacente talmente tenui, quanto alla presente del principio attivo, da non poter indurre, neppure in misura trascurabile, la modificazione dell'assetto neuropsichico dell'utilizzatore.

Tali considerazioni, conclusivamente, corroborano ulteriormente l'asserto iniziale, secondo cui anche dosi inferiori a quella media singola ben possono configurare il delitto in esame. — *Omissis*.



(1) Con la sentenza in commento la Cassazione, in maniera ampiamente convincente, si esprime sul grado di inoffensività delle condotte di vendita/cessione di sostanze stupefacenti la cui quantità sia inferiore alla «soglia drogante», cioè al quantitativo necessario a produrre alterazioni dell'apparato neurologico dell'assuntore.

Il problema che si era posto la giurisprudenza riguardava l'opportunità o meno di punire colui il quale cedesse o vendesse sostanza stupefacente la quale non potesse provocare, data la modica quantità, alcun effetto stupefacente.

Le Sezioni unite<sup>1</sup> avevano preso posizione circa la rilevanza penale di quelle condotte che hanno ad oggetto anche un quantitativo di sostanza stupefacente irrilevante e, in qualsiasi modo, privo di efficacia drogante, osservando che il legislatore ha inteso punire le relative condotte non già per l'azione stupefacente in sé e per sé che dette sostanze possano esercitare sulla psiche del soggetto, bensì per gli effetti ulteriori che ciascuna delle sostanze possano avere.

In altre parole, secondo la sentenza Kremi, è configurabile il delitto di cui all'art. 73 D.P.R. n. 309/1990 anche se trattasi di condotta avente ad oggetto un quantitativo risibile di sostanza stupefacente, in quanto nella stessa disposizione di legge il bene giuridico protetto va individuato nella salute pubblica, nella sicurezza, nell'ordine pubblico e nella salvaguardia delle giovani generazioni. Tali beni, secondo la suprema Corte, sono messi in pericolo dalle condotte di destinazione della sostanza a terzi ancorché riguardanti dosi contenute in un principio attivo inferiori (anche di molto) la soglia drogante.

La Cassazione, nella sentenza Kremi, nel punire anche la condotta avente ad oggetto dosi con principio attivo al di sotto della soglia drogante, ha inteso valorizzare il quadro normativo penale vigente in materia di sostanze stupefacenti alla luce delle Convenzioni

internazionali<sup>2</sup> e delle affermazioni e considerazioni svolte dalla Corte costituzionale, anche in sede di ammissione del *referendum* abrogativo ove si rileva come le ragioni della depenalizzazione attengano integralmente alla persona dell'assuntore e le condotte prossime, con nesso di immediatezza al consumo, in tanto sono attratte nell'area della depenalizzazione in quanto si è voluto evitare ogni rischio di indiretta criminalizzazione del consumo.

Le Sezioni unite hanno fatto risaltare come, nella pluralità dei beni giuridici presi in considerazione dalla normativa in esame, prevalente sia lo scopo della incriminazione individuato nella lotta al mercato della droga, espellendolo dal circuito nazionale poiché proprio attraverso la cessione al consumatore viene avviata la fase della circolazione e viene alimentato il commercio con conseguente pericolo per la salute pubblica, la sicurezza e l'ordine pubblico nonché per il normale sviluppo delle giovani generazioni.

Questo indirizzo della Cassazione, apprezzato dai sostenitori della funzione eticizzante del diritto penale, ha visto una svolta in senso opposto dopo pochi anni. «La decisione delle Sezioni unite, oltre a fondare un ingiustificato rigore repressivo, pur a fronte di condotte sostanzialmente inoffensive, suscita più di una perplessità»<sup>3</sup>.

In ultimo è proprio la Cassazione, nella sentenza in commento, a ritenere che la tesi della sentenza Kremi possa suscitare talune perplessità in quanto «conduce ad attribuire rilievo penale anche a condotte relative a sostanze sostanzialmente amorfe. Per contro, una lettura integrata delle disposizioni contenute nel richiamato D.P.R. n. 309/1990 induce a ritenere che la configurazione della tipicità oggettiva non possa prescindere del tutto dalla considerazione della farmacologica attitudine delle diverse sostanze a produrre i loro effetti caratteristici», facendo riferimento al dettato dell'art. 14 D.P.R. n. 309/1990.

In questa sentenza è da condividere l'assunto secondo il quale un quantitativo di principio attivo di sostanza stupefacente superiore a quello corrispondente alla dose media singola non possa non avere efficacia drogante, soprattutto dal momento in cui per l'individuazione della dose media singola, così come intesa nella premessa del decreto ministeriale del 2006, si è privilegiato un criterio molto ampio, parametrato ad un soggetto tossicodipendente tollerante e dipendente.

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 24 giugno 1998, Kremi, in *Cass. Pen.*, 1998, 3232 con nota di AMATO. *Contra* Cass., Sez. IV, 19 dicembre 1996, Bongiovanni, in *Cass. Pen.*, 1998, 663 in cui viene sottolineato come, seppur il reato di cui all'art. 73 D.P.R. n. 309/1990 abbia natura di reato di pericolo, è necessario che detto pericolo sia concreto e non meramente ipotetico, con riferimento alla possibilità di alterazione delle condizioni psico-fisiche dell'assuntore che costituiscono il c.d. effetto drogante o allucinogeno. Conseguentemente ove la quantità di sostanza, pur rientrante nella tabella ministeriale, non sia idonea a produrre tale effetto a causa dell'insufficienza del principio attivo, questa non può considerarsi stupefacente con il conseguente venir meno di un indispensabile presupposto oggettivo del reato ad a nulla rilevando, peraltro, che la sostanza stessa, di accertata inefficacia

farmacologica, possa essere aggiunta ad altra, così da produrre l'effetto suo proprio che costituisce il presupposto stesso e rientra nella *ratio* della norma incriminatrice; Id., Sez. IV, 1° ottobre 1993, El Mehiri, in *Cass. Pen.*, 1994, 1659.

<sup>2</sup> Per citarne alcune: la Convenzione Unica sugli stupefacenti adottata a New York il 30 marzo 1961 e successivamente emendata; la Convenzione sulle sostanze psicotrope adottata a Vienna il 21 febbraio 1971; la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e sostanze psicotrope, resa esecutiva con la legge n. 328/1990.

<sup>3</sup> AMATO, *Escluso il reato per la cessione di stupefacenti con principio attivo inferiore alla "soglia drogante"*, in *Guida Dir.*, 39, 2010, 92.

In quest'orientamento si colloca altresì la sentenza Nicoletti<sup>4</sup>, secondo cui non è punibile la condotta di coltivazione di piante da stupefacenti allorché si tratti di piante di cannabis non ancora giunte a maturazione e che pertanto non abbiano ancora prodotto sostanza avente efficacia psicotropa.

Il presupposto su cui si snoda la questione affrontata dalle Sezioni unite si riferisce all'ambito di operatività del principio di offensività: ed è anche la premessa da cui parte la sentenza in commento per argomentare il *dictum* che oggi si commenta.

Una lettura costituzionalmente orientata del principio di offensività fa sì che non sia concepibile un reato senza offesa<sup>5</sup> operando, tale principio, su due piani: a) circa la previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo (offensività in astratto), nonché b) quale criterio giudiziario-interpretativo, che impegna il giudice in sede applicativa a qualificare come reati solo fatti che siano idonei anche in concreto a offendere beni giuridici<sup>6</sup>.

Alla luce delle premesse dogmatiche effettuate nonché del percorso giurisprudenziale che si è cercato di evidenziare, la Cassazione, nella sentenza che oggi si annota, ha enucleato taluni principi generali, quali: il giudice, nel caso concreto, deve porre mente e valutare con molta attenzione l'enorme pericolosità concernente la circolazione delle sostanze stupefacenti per il singolo e per l'intera comunità sociale; dall'altro lato occorre che l'interprete, nel leggere la previsione dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, innesti all'esistenza di principio attivo nella sostanza anche la concreta attitudine a mutare o scemare grandemente le capacità psico-neurologiche dell'assuntore, cioè abbia un sostanziale effetto drogante già richiamato dall'art. 14 D.P.R. n. 309/1990, escludendo pertanto tutte quelle condotte che hanno ad oggetto un quantitativo di stupefacente tenue tale da non poter indurre, nemmeno in maniera trascurabile, la modificazione dell'assetto neuropsichico dell'utilizzatore.

FABIO APREA

## PRELIEVO ABUSIVO DI ACQUE PUBBLICHE

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 3 giugno 2010 (ud. 10 febbraio 2010), n. 21008 — CALABRESE *Presidente* — SCALERA *Relatore* — IACOVIELLO *P.M.* (diff.) — S.A., ricorrente.

**Acque pubbliche e private — Prelievo abusivo di acque dal sottosuolo — Illecito amministrativo — Sussistenza — Furto — Esclusione — Rapporto di**

**specialità — Sussistenza** (C.p. artt. 624, 625, comma 1, n. 7; D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 152, art. 23).

*L'impossessamento abusivo di acque pubbliche per uso industriale costituisce l'infrazione amministrativa prevista dall'art. 23 D.Lgs. n.152/1999, che è norma speciale rispetto a quelle dell'art. 624 c.p. (1).*



*Omissis.* — S.A. ricorre avverso la sentenza della Corte di Appello di Reggio Calabria del 17 ottobre 2008, che aveva confermato la condanna pronunciata nei suoi confronti in primo grado per il delitto di furto aggravato di acqua, secondo l'ipotesi di accusa da lui prelevata abusivamente dalla condotta comunale con un allacciamento non autorizzato.

La Corte territoriale aveva riconosciuto che effettivamente l'imputato da ben più di un anno aveva presentato al Comune regolare istanza di allacciamento, pagando anche la somma dovuta, e che aveva comunque installato un contatore per registrare l'ammontare del prelievo, ha tuttavia ritenuto che ciò non potesse valere ed esimere da responsabilità penale l'imputato, che non poteva non rendersi conto che l'allacciamento era abusivo in difetto dell'autorizzazione espressa del Comune; il contatore poi non era stato sigillato.

Sostiene infine che, come era risultato pacifico, l'acqua serviva per le stalle, di modo che il prelievo era effettuato per uso industriale, fatto che non costituisce reato ma illecito amministrativo ai sensi del D.Lgs. n. 152 del 1999, art. 23, come ritenuto da questa Sezione con sentenza n. 25548 del 7 marzo 2007.

2. — L'ultimo motivo di ricorso è fondato.

Infatti, a prescindere dalla considerazione che la Corte territoriale non dà contezza del perché abbia ritenuto irrilevante la circostanza che l'imputato aveva chiesto l'allacciamento dell'acqua da più di un anno, pagando anche le spese relative e provvedendo ad installare a sue spese un contatore perfettamente funzionante, dati di fatto pacifici che imponevano più attenta valutazione del dolo. Assume decisività dirimente il principio, affermato da questa Corte con consolidato orientamento (N. 767 del 2000 Rv. 215701; N. 26877 del 2004 Rv. 229878; N. 39977 del 2005 Rv. 232341; N. 186 del 2007 Rv. 236046; N. 25548 del 2007 Rv. 237702), secondo il quale l'impossessamento abusivo di acque pubbliche a scopo industriale, come è nel caso di specie, integra esclusivamente un illecito amministrativo ed è attualmente punito solo con la sanzione amministrativa prevista dal D.Lgs. n. 152 del 1999, art. 23 e non anche con la sanzione penale prevista per il reato di furto, essendo quella di cui all'art. 23 citato norma speciale rispetto al dettato dell'art. 624 c.p., di modo che l'applicazione della prima norma deve prevalere sulla seconda, ove in ipotesi entrambe fossero teoricamente applicabili, come è nel caso di specie. Ne consegue che la sentenza impugnata va annullata senza rinvio perché il fatto non costituisce reato. — *Omissis.*



(1) Con la sentenza in commento, la Cassazione è tornata ad esaminare la *vexata quaestio* in ordine ai rapporti intercorrenti tra il delitto di furto e l'illecito amministrativo previsto dall'art. 23 D. Lgs. n. 152/1999 in materia di tutela delle acque pubbliche.

<sup>4</sup> Cass., Sez. IV, 28 ottobre 2008, Nicoletti, in *Guida Dir.*, 2009, 5, 80 con nota di AMATO, *L'annullamento della decisione con rinvio sarebbe stata una scelta più corretta.*

<sup>5</sup> Cass., Sez., 20 novembre 1996, Gradi e altri, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, 594. In dottrina, CATERINI, *Reato impossibile e offensività. Un'indagine critica*, Napoli, 2004, 205 ss.

<sup>6</sup> Così Corte cost., sentenza n. 265/2004. In dottrina, per un recente inquadramento generale del tema (anche con ampi riferimenti comparatistici), v. VINCIGUERRA, *Appunti sull'infensività, la tenuità dell'offesa e la tenuità del reato in Italia nel secondo Novecento*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 2515.



In particolare, la Cassazione ha stabilito che, nel caso di allacciamento non autorizzato alla condotta idrica comunale e successivo prelievo abusivo di acqua pubblica per uso industriale, deve trovare applicazione la disposizione sanzionatoria di cui all'art. 23 D.Lgs. n. 152/1999, dovendosi escludere l'integrazione del delitto di furto aggravato *ex art.* 625, n. 7 c.p.

La pronuncia si pone l'obiettivo di risolvere il contrasto giurisprudenziale che da tempo si registra sul tema: sino ad oggi, infatti, le posizioni assunte dalla Cassazione sono state altalenanti, senza che le Sezioni unite siano mai intervenute.

La sentenza in commento si allinea alla giurisprudenza più recente sul tema.

La disposizione di cui all'art. 624 c.p., come noto, sanziona la condotta di impossessamento di cosa mobile altrui mediante sottrazione: è del tutto evidente che la norma appare — in astratto — certamente applicabile al caso di specie, posto che l'acqua è considerata a tutti gli effetti un bene giuridico suscettibile di impossessamento<sup>1</sup>.

Più complessa è invece l'origine dell'art. 23 D.Lgs. n. 152/1999. Ricostruendo il sistema di autorizzazione all'uso delle acque pubbliche e delle relative sanzioni, è possibile rilevare che il testo unico sulle acque autorizza la libera utilizzazione per usi domestici delle acque sotterranee da parte del proprietario del fondo, a condizione che vengano osservate le cautele prescritte dalla legge.

Con riferimento all'aspetto sanzionatorio, l'art. 23 del testo unico si pone in linea di continuità con l'art. 17 R.D. n. 1775/1933, disponendo che la derivazione o utilizzazione abusiva di acque pubbliche è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria: tale sanzione è in ogni caso riferibile solo alle ipotesi di prelievo per uso industriale, stante la legittimità dell'utilizzazione per usi domestici<sup>2</sup>.

Tanto premesso, è evidente che per stabilire quale delle due disposizioni in oggetto debba trovare concreta applicazione nel caso di specie, occorre verificare se il rapporto tra le menzionate norme sia di concorso formale ovvero di concorso apparente, con evidenti

ricadute sull'applicabilità del principio di specialità tra illecito amministrativo e reato.

Come noto, l'art. 15 c.p. stabilisce un principio di prevalenza della legge speciale rispetto alla legge generale, secondo il rapporto genere-specie di matrice aristotelica: una disposizione può dirsi speciale rispetto a un'altra laddove tutti gli elementi costitutivi della fattispecie generale siano contenuti nella disposizione speciale, la quale a sua volta ne contiene di ulteriori, cosiddetti «specializzanti»<sup>3</sup>.

Presupposto decisivo per ritenere sussistente il principio di specialità è, in ogni caso, che le disposizioni di legge raffrontate disciplinino, secondo la formulazione utilizzata nell'art. 15 c.p., la «stessa materia».

Pur essendo state proposte in dottrina diverse letture della formula, la posizione oggi dominante pare essere quella per cui il concetto di «stessa materia» non alluderebbe solo all'esistenza di un medesimo fatto concreto riconducibile a più norme, ma presupporrebbe una sostanziale omogeneità del bene protetto dall'ordinamento attraverso le disposizioni, con la conseguenza che il rapporto di specialità intercorrerebbe soltanto tra norme poste a tutela del medesimo bene giuridico<sup>4</sup>.

In materia di illeciti amministrativi, la disciplina del principio di specialità tra più leggi o disposizioni di legge è disciplinato dall'art. 9 legge n. 689/1981.

Prima dell'entrata in vigore della menzionata legge, il problema del concorso tra norme penali e norme sanzionatorie amministrative veniva prevalentemente risolto applicando il sistema del cumulo materiale delle sanzioni.

La disposizione in esame ha invece avuto il pregio di dettare una disciplina unitaria, ispirata al criterio della specialità di derivazione penalistica.

Nella legge n. 689/1981 è stato pertanto sostanzialmente ricalcato il contenuto dell'art. 15 c.p., pur con una variante lessicale: il concetto di «stessa materia» è stato sostituito, nell'art. 9, con quello di «stesso fatto» (punito). Tale eterogeneità di locuzioni, secondo la posizione interpretativa dominante<sup>5</sup>, non modifica in alcun modo i termini del rapporto di specialità, doven-

<sup>1</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 2 marzo 2005, Arditi, in *Cass. Pen.*, 2006, 7-8, 2576, che rileva come «i corsi d'acqua, per legge beni immobili, per poter essere oggetto di furto devono essere smobilizzati, cioè distolti, almeno in parte, dal loro normale corso a beneficio di un soggetto che in tal modo si impossessa del bene divenuto mobile».

<sup>2</sup> Il comma 4 dell'art. 23 T.U. acque è stato oggetto di un recentissimo giudizio di costituzionalità promosso in via incidentale dal Tribunale di Firenze, Sezione distaccata di Pontassieve con ordinanza 3 marzo 2009. Ad avviso del giudice remittente, la scelta del Legislatore di depenalizzare condotte precedentemente perseguite a titolo di furto, nonostante la dichiarata finalità di rafforzare la tutela delle risorse idriche, avrebbe violato il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. La Corte ha dichiarato l'inammissibilità della questione, ritenendo non irragionevole la scelta del legislatore, in quanto la predisposizione di una mera sanzione amministrativa per la violazione delle regole di prelievo delle acque deve essere letta nell'ottica di un contemperamento tra la natura pubblicistica della risorsa e la sua destinazione a soddisfare i bisogni produttivi e domestici dei consociati, dovendosi trovare una disciplina di equilibrio per

l'accesso ad un bene che appartiene in principio alla collettività. E tale equilibrio ben può essere garantito dalla previsione di un illecito amministrativo, il cui contenuto appare efficacemente dissuasivo (cfr. Corte cost., 7 luglio 2010, n. 273, Pres. Amirante, Rel. Silvestri).

<sup>3</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2007, 669.

<sup>4</sup> VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 2000, I, 524, ove si rileva che per «stessa materia» gli autori dell'art. 15 c.p. intendevano il medesimo bene giuridico tutelato dalle norme poste a confronto, in quanto, se i beni giuridici fossero diversi, non potrebbe che aversi concorso formale di reati e non concorso apparente di norme.

<sup>5</sup> LATTANZI-LUPO, *Codice Penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, I, 2000, 377 e segg.; VINCIGUERRA, *Diritto penale italiano*, cit., 544 e segg., ove si rileva che la specialità di cui all'art. 9 legge n. 689/1981 «è la medesima profilata nell'art. 15 c.p.: a ciò conducono sia ragioni logiche ... sia ragioni interne ai principi sulle infrazioni amministrative (artt. da 1 a 12 legge n. 689/1981): essi sono di evidente ispirazione penalistica».

dosi ritenere che il concorso apparente di norme presenta in tal caso connotati omogenei nel sistema penale e in quello degli illeciti amministrativi: per tale ragione, per stabilire l'identità del fatto, è certamente possibile e anzi imprescindibile fare riferimento agli stessi criteri ermeneutici dettati con riferimento all'art. 15 c.p.

In tale contesto, è già stato evidenziato che l'orientamento giurisprudenziale emerso negli ultimi tempi sul concetto di «stesso fatto» (o «stessa materia») è quello che, per la soluzione del quesito circa la sussistenza del concorso di illeciti, attribuisce ruolo dominante all'oggettività giuridica.

In applicazione delle regole ora enucleate al caso in commento, occorre evidenziare come, secondo una prima e più risalente impostazione, tra il reato di furto e l'illecito amministrativo di prelievo abusivo di acque vi sarebbe un rapporto di concorrenza.

In particolare, è stato ritenuto che l'ipotesi sanzionata dall'art. 23 D.Lgs. n. 152/1999 e il delitto di cui all'art. 624 c.p. avrebbero una diversa oggettività giuridica: la prima disposizione sarebbe infatti destinata esclusivamente a tutelare l'ambiente, la purezza delle acque dall'inquinamento e le risorse idriche, mentre il delitto di furto mira a tutelare, come noto, la libera disponibilità del bene da parte del proprietario o del titolare di una posizione giuridica qualificata nei confronti dello stesso<sup>6</sup>.

Alla luce di queste premesse, non parrebbe dunque utilizzabile il principio di specialità, ma semplicemente la disciplina del concorso di illeciti, con la conseguenza che l'applicabilità astratta dell'art. 23 T.U. sulle acque non varrebbe ad escludere di per sé la tutela penale apprestata dall'art. 624 c.p. e dall'aggravante di cui all'art. 625 n. 7 c.p. nel caso in cui il fatto di impossessamento sia suscettibile di integrare il delitto di furto<sup>7</sup>.

Tale impostazione, come rilevato da più parti, non appare in linea con i principi e i canoni ermeneutici consolidatisi negli ultimi anni in materia di rapporto di specialità e concorso di reati.

Le Sezioni unite hanno infatti confermato in più di un'occasione che per stabilire se due disposizioni regolino o meno la «stessa materia» occorre avere riguardo non solo al bene giuridico tutelato, ma anche e soprattutto alla struttura delle fattispecie astratte<sup>8</sup>.

La più recente giurisprudenza di legittimità ha in ogni caso rilevato come, anche volendo assumere a parametro della ritenuta specialità tra norme l'oggetto della tutela, non parrebbe comunque conferente escludere la sussistenza del rapporto di specialità tra le norme in analisi, posto che anche l'art. 23 D. Lgs. n. 152/1999 mira a salvaguardare la proprietà idrica, sia pure sotto profili del tutto peculiari.

Lungo tale orientamento si muove la sentenza Modaffari, con la quale la Cassazione, affrontando *ex pro-*

*fesso* la questione, ha stabilito l'esistenza di un rapporto di specialità tra l'art. 23 T.U. sulle acque e il delitto di furto, ritenendo applicabile solamente la disposizione sanzionatoria amministrativa in quanto speciale rispetto a quella penale<sup>9</sup>.

A ben vedere, dunque, sussiste un'oggettiva omogeneità delle due norme anche sotto il profilo del bene giuridico tutelato, ragione per la quale deve ritenersi applicabile una sola delle due disposizioni in commento — quella del testo unico — in applicazione del principio di specialità<sup>10</sup>.

Ed è proprio lungo tale linea interpretativa che si inserisce l'ultima pronuncia della Cassazione, la quale, analizzate le due fattispecie in discussione, ha rilevato che le stesse regolano la «stessa materia», e cioè l'impossessamento e sottrazione di un bene altrui a proprio vantaggio.

A prevalere, in applicazione dell'art. 9 legge n. 689/1981, deve essere l'art. 23 T.U. sulle acque in quanto speciale rispetto alla fattispecie di furto: gli elementi specializzanti possono essere infatti individuati sia nell'oggetto materiale dell'illecito, sia nel correlato elemento soggettivo.

Con riferimento al primo, è evidente che l'acqua pubblica è elemento qualificante rispetto al concetto di «cosa mobile altrui» ponendosi in rapporto di specie a genere con quest'ultimo.

Il dolo specifico dell'illecito amministrativo è inoltre ulteriormente qualificato rispetto al solo fine di profitto indicato nell'art. 624 c.p., essendo richiesta altresì la finalità industriale dell'utilizzo delle acque abusivamente sottratte, in mancanza della quale il fatto non potrà ricadere nell'alveo applicativo della disposizione sanzionatoria.

NICOLA MENARDO

## IL DOLO DELLA FRODE FISCALE

CASSAZIONE PENALE, III SEZIONE, 7 maggio 2010 (ud. 17 marzo 2010), n. 17525 — *ALTIERI Presidente* — *PETTI Relatore* — *D'AMBROSIO P.M.* (diff.) — M.R., ricorrente.

**Imposte e tasse in genere — Reati fiscali — Emissione di fatture per operazioni inesistenti — Elemento soggettivo — Dolo specifico — Necessità** (D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, art. 8).

*Non può considerarsi integrata la fattispecie di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti di cui all'art. 8 D.Lgs. n. 74/2000 quando manchi il fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto comprensivo del fine di*

<sup>6</sup> Cass., Sez. V, 18 giugno 2002, Bona, in *Riv. Pen.*, 2002, 994.

<sup>7</sup> Cass., Sez. IV, 21 novembre 2001, Bricca, in *Riv. Pen.*, 2003, 126.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 7 novembre 2000, D.M.N., in *Dir. pen. e proc.*, 2000, 12, 1591, nonché Id., Sez. un., 15 gennaio 2000, Sagone, in *Studium Juris*, 2001, 722.

<sup>9</sup> Cass., Sez. V, 5 maggio 2004, Modaffari, in *Cass. Pen.*, 2006,

I, 202 e anche in *Riv. Pen.*, 2005, 1385. In verità, una seppur embrionale elaborazione dei principi contenuti nella sentenza Modaffari può essere rinvenuta anche in Cass., Sez. II, 9 febbraio 2000, Arduino, in *Dir. e Giust.*, 2000, 67.

<sup>10</sup> Così anche Cass., Sez. V, 7 marzo 2007, Lanciani, in *Riv. Pen.*, 2008, 716.

conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta e del fine di consentirli a terzi. Tale reato non è configurabile, mancando il dolo di evasione, nel caso in cui un professionista (nel caso di specie, un odontoiatra), per agevolare un soggetto terzo nell'esercizio abusivo della professione, emetta a proprio nome fatture per prestazioni svolte in realtà da quest'ultimo soggetto, salvo poi farsi da questi rimborsare il surplus di imposte pagate sui compensi fatturati (1).

 *Omissis.* — Il primo motivo è infondato.

I giudici del merito hanno accertato e dato atto che il V. svolgeva nel suo studio prestazioni di tipo odontoiatrico, che non avrebbe potuto effettuare non essendo munito del relativo titolo professionale e, a fronte del pagamento delle prestazioni abusive, emetteva fatture prima a nome del dott. C. e successivamente a nome dell'attuale ricorrente. L'attività di agevolazione posta in essere dal M. è quindi consistita, anzitutto, nell'emissione di tali fatture e, in secondo luogo, nell'esposizione della propria targa. In tal modo la clientela era indotta a ritenere che in quello studio operavano solo professionisti abilitati ad effettuare le prestazioni per le quali venivano rilasciate le fatture.

La consapevolezza da parte del M. dell'emissione delle relative fatture, come accertato dai giudici del merito, è emersa dalla testimonianza del V. e dall'inserimento delle fatture nella contabilità del M. Il V. ha infatti dichiarato che l'emissione delle fatture era stata concordata con il M. al quale egli rimborsava il surplus di imposte pagate sui compensi fatturati.

Fondato è invece il secondo motivo, ancorché come sopra precisato si sia accertato che le fatture erano consapevolmente emesse, in quanto manca il fine specifico. Questo è costituito dal "fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto" comprensivo del fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta e del fine di consentirli a terzi. Tale fine può anche non essere esclusivo nel senso che il reato non è escluso se commesso anche con lo scopo di trarre un profitto personale.

In altre parole altre finalità possono concorrere con quella fiscale, ma quest'ultima deve sempre sussistere perché, mancando il dolo di evasione, il reato non è configurabile.

Nella fattispecie, come accertato dai giudici del merito, non v'è stata alcuna evasione d'imposta tanto è vero che non è stato sospeso il processo a norma del cit. D.Lgs., art. 13 per consentire al prevenuto di pagare il debito erariale proprio perché non v'era alcun debito da saldare. L'unico fine emergente dagli atti è quello di consentire l'abusivo esercizio della professione di odontoiatra.

Si tratta quindi di una finalità diversa dal dolo di evasione fiscale richiesto dalla norma. Il terzo motivo si deve ritenere assorbito. L'eccezione d'illegittimità costituzionale sollevata in via subordinata è di conseguenza divenuta irrilevante. — *Omissis.*

## (1) **Sull'elemento soggettivo del reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti**

1. La Cassazione con la sentenza in commento è stata chiamata a pronunciarsi sulla configurabilità del delitto di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti nel caso di un professionista il quale, per agevolare l'esercizio abusivo della professione di altro soggetto, aveva emesso fatture a proprio nome per prestazioni svolte da quest'ultimo.

La fattispecie fiscale considerata nel caso in questione è prevista dall'art. 8 D.Lgs. n. 74/2000 secondo il quale è «punito con la reclusione da un anno e sei mesi a sei anni chiunque, al fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, emette o rilascia fatture o altri documenti per operazioni inesistenti»<sup>1</sup>.

Tale delitto viene definito in dottrina come *reato di pericolo* in quanto «per irrogare la pena non è necessario che l'emissione o il rilascio di fatture e altri documenti abbia concretamente dato vita ad una condotta altrui sfociante nella dichiarazione fraudolenta, essendo sufficiente la semplice messa in pericolo o lesione potenziale»<sup>2</sup>.

2. Quanto all'elemento psicologico, vi è unanimità tanto in dottrina<sup>3</sup> che in giurisprudenza nel ritenere il reato di emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti fattispecie *a dolo specifico*, essendo il fine («consentire a terzi l'evasione») specificato espressamente nel testo della disposizione.

In particolare, la Cassazione con pronunce del tutto in linea a quella in commento ha avuto più volte modo di affermare che «per la sussistenza del reato di cui all'art. 8 del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, occorre che l'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti sia fatta allo specifico "fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto": si tratta, infatti, di un delitto punibile a titolo di dolo specifico, non essendo sufficiente la coscienza e volontà di emettere fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, ma essendo necessario che detta condotta sia preordinata al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto. Ne consegue l'insussistenza del reato allorché l'emissione sia stata realizzata non con la suddetta finalità, ma solo al fine di consentire il finanziamento di congressi di partiti politici»<sup>4</sup>.

Con specifico riferimento alla natura di reato di pericolo e in relazione al dolo specifico, sempre la Cas-

<sup>1</sup> In generale, per approfondimenti sulla fattispecie v. CAROTENUTO, *Fatture per operazioni inesistenti: conseguenze fiscali e penali*, in *Fisco*, 2009, 4211; LEI, *Brevi note sull'ambito applicativo del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, *ivi*, 2006, 4375; LO MONTE, *Gli aspetti problematici del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. Trib.*, 2000, 1136; MUSCO, *Diritto penale tributario*, Milano, 2002, 211; NANNUCCI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in NANNUCCI-D'AVIRRO, *La riforma del diritto penale tributario (d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74)*, Padova, 2000, 293; RISPOLI-BUSATO, *Reati tributari, percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2007, 105; VAGNOLI, *Il delitto di sottrazione*

*fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. Trib.*, 2004, 1317; ZANOTTI, *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, *ivi*, 2001, 771.

<sup>2</sup> BECCALLI, *Natura e qualificazione del reato di emissione di fatture false*, in *Fisco*, 2009, 5133.

<sup>3</sup> V. SOLA, *La sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte tra certezze normative e vacillazioni giurisprudenziali*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2010, 651 e TURIS, *Contestazioni di fattispecie criminose tributarie in relazione a irregolarità del comportamento economico degli operatori*, in *Fisco*, 2009, 6336.

<sup>4</sup> Cass., Sez. III, 19 ottobre 2004, Scorpione, in *Guida Dir.*, 2005, 65.

sazione ha avuto modo di precisare che «l'evasione d'imposta non è elemento costitutivo della fattispecie incriminatrice del delitto d'emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, ma configura un elemento del dolo specifico normativamente richiesto per la punibilità dell'agente, in quanto per integrare il reato è necessario che l'emittente delle fatture si proponga il fine di consentire a terzi l'evasione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto, ma non anche che il terzo consegua effettivamente la programmata evasione»<sup>5</sup>.

3. Con specifico riferimento al caso in questione, si deve sottolineare che la Cassazione ha pure avuto modo di sottolineare che, ai fini della punibilità, il fine di

evasione «può anche non essere esclusivo nel senso che il reato non è escluso se commesso anche con lo scopo di trarre un profitto personale».

Tale assunto è certamente condivisibile, oltre che di grande incidenza pratica in quanto avviene di regola che il dolo specifico menzionato si accompagni ad altre finalità del soggetto attivo. Qualora, tuttavia, come nel caso in esame, emerga unicamente un fine diverso, correttamente non può essere affermata la penale responsabilità. Resta, come sempre in tema di elemento psicologico, qualche perplessità in ordine alle possibilità di ricostruire precisamente l'effettivo scopo del soggetto attivo di un reato.

ANTONIO FRANCESCO MORONE

---

<sup>5</sup> Cass., Sez. II, 24 settembre 2008, B.M., in *C.E.D. Cass.*, 241040; cfr. conf. Id., Sez. III, 26 maggio 2010, n. 26138, in *Corr. Trib.*, 2010, 2549.

# Diritto Processuale Penale

a cura di GIOVANNI CONSO

con ALFREDO GAITO e GLAUCO GIOSTRA

## GRAVITÀ INDIZIARIA

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 27 settembre 2010 (ud. 29 aprile 2010), n. 34920, pag. 647.

## OMESSA COMPARIZIONE DEL QUERELANTE

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 27 settembre 2010 (ud. 6 luglio 2010), n. 34904, pag. 648.

**Omessa comparizione del querelante e remissione tacita della querela: fino a quando la prassi dei giudici di pace contrasterà con la giurisprudenza di legittimità?**, di ALESSANDRA GENTILE.

## INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI

CASSAZIONE PENALE, I SEZIONE, 23 giugno 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 24161, pag. 652.

**I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie** di MARIO ANTINUCCI.

## CONFISCA DEL VEICOLO

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 18 giugno 2010 (ud. 25 febbraio 2010), n. 23428, pag. 656.

**Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada**, di ROSSELLA GOVERNA.

## GIUDIZIO DIRETTISSIMO “OBBLIGATORIO”


CASSAZIONE PENALE, II SEZIONE, 26 febbraio 2010 (ud. 4 febbraio 2010), n. 7822, pag. 659.

## GRAVITÀ INDIZIARIA

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 27 settembre 2010 (ud. 29 aprile 2010), n. 34920 — FERRUA *Presidente* — CARROZZA *Relatore* — DI POPOLI *P.M.* (conf.) — Cavaliere, ricorrente.

**Misure cautelari personali — Gravità indiziaria — Criteri di valutazione — Confessione — Chiamata in correità — Riscontri esterni alle dichiarazioni — Intercettazioni — Insussistenza** (C.p.p. artt. 192, 273, 309).

*È illegittima la decisione del tribunale del riesame che ritenga la gravità indiziaria sulla scorta di una chiamata in correità contraddittoria e non riscontrata da alcun elemento esterno e individualizzante. (Nella specie, è stato escluso che l'intercettazione di una conversazione possa costituire valido riscontro alle dichiarazioni rese al P.M. dalla stessa persona) (1).*

 *Omissis.* — Il tribunale ha ritenuto la gravità indiziaria nascente: dalle dichiarazioni del P. che aveva riferito dell'omicidio, fornendo particolari circa le modalità esecutive e precisando che egli aveva sparato a bordo di un motorino guidato da R. affiancando l'auto guidata dalla vittima, e seguito, con funzione di appoggio, da un motorino con a bordo il C.

L'indagato, a mezzo del difensore, propone ricorso, deducendo violazione dei criteri di apprezzamento della gravità indiziaria e omessa motivazione, in quanto non poteva co-

stituire riscontro alle dichiarazioni del P., la telefonata al 113 in forma anonima, provenendo dallo stesso; non era stata data risposta alle tesi difensive circa la difformità tra le dichiarazioni del P. rese il 9 ottobre 2009 e quelle del successivo 15 ottobre, anche relativamente all'omicidio del consigliere comunale e dell'esecutore materiale, che veniva indicato non più in esso P., ma nel C.


Il ricorso è fondato.

Anzitutto le dichiarazioni del P. non possono ritenersi riscontrate dalla telefonata anonima, in quanto quella fatta al 113 proveniva dallo stesso P. e non costituiva una circostanza esterna alle dichiarazioni di questo.

Il tribunale del riesame, poi, non ha dato contezza delle diverse versioni fornite dal P. nei due interrogatori, contraddittorie tra loro, e in special modo non ha dato giustificazione della diversa versione fornita dal P. il 15 ottobre 2009 nella quale, tra l'altro, indicava come esecutore materiale dell'omicidio non più se stesso ma il C.

A ciò si aggiunge il mancato esame di come tale ultima dichiarazione, che indicava il C. come lo sparatore, si riscontrasse con quella del figlio della vittima che aveva, invece, riconosciuto nel P. lo sparatore.

Le illogicità evidenziate impongono l'annullamento del provvedimento impugnato con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Napoli. — *Omissis.*

 (1) Con la sentenza che si annota, la Corte di cassazione ha annullato l'ordinanza del Tribunale del riesame che aveva confermato il provvedimento applicativo della custodia cautelare in carcere nei confronti del ricorrente. L'annullamento deciso dalla Corte, ha rappresentato l'immediata conseguenza della corretta applicazione delle regole di valutazione del-

la gravità indiziaria e degli orientamenti in tema di condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari.

Nella specie, l'ordinanza applicativa della custodia cautelare era stata fondata su dichiarazioni accusatorie contrastanti tra loro, seppur provenienti dal medesimo soggetto, il quale aveva fornito, in sede di interrogatorio, versioni diverse dei fatti addebitati al ricorrente. Le provalazioni erano state ritenute riscontrate da una conversazione intercettata proveniente dallo stesso dichiarante. Il Tribunale del riesame, nonostante le doglianze sull'impossibilità di valutare la chiamata in correo alla stregua di grave indizio *ex art. 273 c.p.p.*, aveva deciso per la conferma dell'ordinanza custodiale, ritenendo le provalazioni accusatorie riscontrate da una conversazione intercettata proveniente dal medesimo dichiarante.

Il supremo Collegio, invece, ha replicato nel senso dell'impossibilità di considerare l'intercettazione di una conversazione come valido riscontro alle dichiarazioni rese al P.M. dalla stessa persona intercettata, rilevando in un simile modo di procedere insuperabili illogicità, che hanno imposto l'annullamento dell'ordinanza impugnata.

Si tratta di soluzione, da condividersi, che aggiunge un significativo tassello all'esegesi giurisprudenziale sulla chiamata in correità e sulla sua idoneità a costituire grave indizio di colpevolezza.

Le questioni sono già note, e non v'è ragione di riproporre sunti sulla normativa in materia. Tuttavia, stante l'ovvietà di certe soluzioni, non si comprende come le stesse stentino ad affermarsi nella prassi e, soprattutto, nella giurisprudenza di merito.

A partire e dall'introduzione del comma 1 *bis* nel disposto dell'art. 273 c.p.p. (avvenuta ad opera dell'art. 1 L. 1° marzo 2001, n. 63), il regime valutativo delle chiamate in reità, o correità, in sede cautelare, è stato rafforzato mediante la previsione della necessaria *corroboration* sulle dichiarazioni raccolte.

In conseguenza della modifica normativa, dalla chiamata di correo possono inferirsi elementi indizianti, di spessore tale da integrare quella qualificata probabilità di colpevolezza richiesta ai fini della legittima applicazione della cautela, solo se i riscontri esterni sono compatibili con le dichiarazioni accusatorie e consentono un collegamento diretto e univoco, sul piano logico e storico, con i fatti per cui si procede mediante connotati individualizzanti, che devono riferirsi non solo alle modalità obiettive del fatto descritte dal chiamante, ma anche alla specifica posizione soggettiva del chiamato rispetto al fatto di cui deve rispondere<sup>1</sup>.

Le dichiarazioni accusatorie possono, quindi, costituire gravi indizi *ex art. 273 c.p.p.*, solo se, oltre ad essere intrinsecamente attendibili, risultino sorrette da riscontri esterni individualizzanti.

L'aggettivo "esterno", quale caratteristica necessaria del riscontro, è indicativo della necessità che il dato a tal fine utilizzabile si caratterizzi per la sua ultroneità rispetto alle dichiarazioni accusatorie, sia rinvenibile oltre l'ambito delle conoscenze riferite dal chiamante e sia, dalle stesse, autonomo. Correlativamente, non può valutarsi alla stregua di grave indizio di colpevolezza una dichiarazione accusatoria che risulti corroborata da dichiarazioni provenienti dal medesimo accusatore.

Detto altrimenti, sarebbe difficile comprendere quale reale valore prognostico in ordine all'elevata probabilità di colpevolezza potrebbe assegnarsi ad una provalazione accusatoria che, «per il fatto di non essere confermata da un riscontro estrinseco, potrebbe avere, tutt'al più, valore dimostrativo rispetto all'accertamento sulla oggettiva verifica del fatto, ma non riguardo all'attribuzione del fatto stesso e alla sua riferibilità alla specifica posizione del soggetto nei cui confronti sia stata emessa la misura restrittiva della libertà personale»<sup>2</sup>.

Si tratta di constatazioni alquanto ovvie, che trovano un fondamento logico-giuridico nei principi costituzionali sanciti agli artt. 13 e 27 Cost., rappresentanti la linfa vitale del sistema cautelare e in virtù dei quali la valutazione dei gravi indizi cautelari deve corrispondere ad un incisivo giudizio prognostico, tanto lontano da una sommaria delibazione e tanto prossimo ad un giudizio di colpevolezza.

In epoca di "giusto processo cautelare"<sup>3</sup>, basato sui corollari per i quali, anche prima del giudizio di merito, le garanzie previste a livello sovranazionale dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (artt. 5 e 6) debbano essere rispettate, comportando la loro violazione la compromissione dell'equità dell'intero processo, la decisione annotata rappresenta una risposta a quell'allarmante liberismo che, purtroppo, caratterizza l'operato dei giudici del merito, tante volte caratterizzato da eccessi e inappropriate disinvolture sul piano applicativo.

NADIA E. LA ROCCA

#### OMESSA COMPARIZIONE DEL QUERELANTE

CASSAZIONE PENALE, V SEZIONE, 27 settembre 2010 (ud. 6 luglio 2010), n. 34904 — FERRUA *Presidente* — PALLA *Estensore* — D'ANGELO P.M. (conf.) — P.M. in proc. Ruggiero, ricorrente.

**Giudice di pace — Persona offesa — Querela — Mancata comparizione del querelante all'udienza — Significato — Remissione tacita — Insussistenza** (C.p. artt. 152, 155; C.p.p. artt. 330, 552; D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, artt. 21, 30).


<sup>1</sup> Cass., Sez. I, 14 novembre 2001, Caliò, in *C.E.D. Cass.*, 220176.

<sup>2</sup> Cass., Sez. II, 4 marzo 2008, S.N., in *C.E.D. Cass.*, 239774.

<sup>3</sup> In dottrina v. GAITO, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 85; LORUSSO, *La valutazione della chiamata in correità ai fini della sussistenza dei "gravi indizi di colpevolezza" che legittimano l'adozione di una misura caute-*

*lare personale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1996, 183; MANCUSO, *Chiamata di correo, indizi ad custodiam e riscontri esterni individualizzanti*, in *Corr. del Merito*, 2007, 7, 901; SPANGHER, *Più rigore — e legalità — nella valutazione dei gravi indizi per l'applicazione delle misure cautelari personali (art. 273, comma 1 bis, c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (Legge 1° marzo 2001, n. 63)* a cura di Tonini, Padova, 2001, 413.

*L'omessa comparizione del querelante all'udienza dinanzi al giudice di pace, nonostante la sollecitazione del giudice a comparire, non integra gli estremi della remissione tacita di querela, che può essere desunta soltanto da un comportamento del querelante univoco e palesemente incompatibile con la volontà di persistere nell'istanza punitiva (1).*

 **Omissis.** — Il Procuratore generale di Napoli ricorre avverso la sentenza 21.4.09 del Giudice di pace di Avellino con la quale è stato dichiarato non doversi procedere nei confronti di Ru.Gi. in ordine al reato di cui all'art. 612 c.p. per remissione tacita della querela.


Deduce il P.G. ricorrente, nel chiedere l'annullamento dell'impugnata sentenza, inosservanza o erronea applicazione dell'art. 152 c.p. per avere il giudice di pace ritenuto che l'omessa comparizione in udienza del querelante costituisca remissione tacita della querela nell'ipotesi in cui è preceduta dall'avvertimento formulato dal giudice che la sua assenza all'udienza successiva sarebbe stata interpretata in tal modo, senza considerare però che la remissione tacita ha natura esclusivamente extraprocessuale e non può quindi consistere in un evento desumibile dal comportamento, sia pure omissivo, in sede dibattimentale.

Osserva la Corte che il ricorso è fondato.

Come hanno statuito le Sezioni unite di questa Corte (30 ottobre 2008, n. 46088), nel procedimento davanti al giudice di pace instaurato — come nella specie — a seguito di citazione disposta dal p.m., del D.Lgs. n. 274 del 2000, ex art. 20 la mancata comparizione del querelante, pur previamente avvisato che la sua assenza sarebbe stata ritenuta concludente nel senso della remissione tacita della querela, non costituisce fatto incompatibile con la volontà di persistere nella stessa, sì da integrare la remissione tacita, ai sensi dell'art. 152 c.p., comma 2.

Poiché pertanto l'inequivocabile manifestazione di volontà, concretantesi in una condotta incompatibile con la volontà di insistere nella richiesta di punizione non può ravvisarsi nella mancata comparizione della persona offesa all'udienza dibattimentale, erroneamente il giudice di pace ha dichiarato l'estinzione del reato, a seguito della ripetuta non comparizione della p.o. in dibattimento, per remissione tacita della querela.

L'impugnata sentenza deve pertanto essere annullata con rinvio al Giudice di pace di Avellino per il giudizio. — *Omissis.*

 **(1) Omessa comparizione del querelante e remissione tacita della querela: fino a quando la prassi dei giudici di pace contrasterà con la giurisprudenza di legittimità?**

1. La presente sentenza rappresenta un significativo esempio della perdurante divergenza tra due indirizzi interpretativi: il primo radicato in esigenze pratiche

finalizzate ad una maggiore snellezza processuale, il secondo consolidato nella giurisprudenza di legittimità. Si tratta di un contrasto che non pare minimamente scalfito dal fatto che le Sezioni unite, già da un paio di anni, hanno autorevolmente ribadito l'orientamento invalso in sede di legittimità<sup>1</sup>.

L'interpretazione volta alla riduzione del carico giudiziario si concretizza nella pratica, diffusa nei giudizi di primo grado<sup>2</sup>, di pronunciare sentenza di non doversi procedere per intervenuta remissione tacita di querela nell'ipotesi in cui il querelante, ritualmente citato per il dibattimento, non si presenti all'udienza di comparizione e, nuovamente citato per una successiva udienza, del pari non compaia.

Nel caso di specie, il querelante, regolarmente citato ai sensi dell'art. 552, comma 3, c.p.p., non compariva, senza giustificare in alcun modo la defezione, né nominava un difensore che ne rappresentasse le ragioni in giudizio. Il giudice di pace, conseguentemente, disponeva la notifica del verbale di udienza al querelante, con l'espresso avvertimento che alla reiterata assenza all'udienza successiva sarebbe stato attribuito il valore di una remissione tacita di querela<sup>3</sup>. Il giudice, dopo aver preso atto della persistente assenza del querelante, dichiarava non doversi procedere nei confronti dell'imputato per intervenuta remissione tacita della querela ai sensi dell'art. 152 c.p. Ciò sulla scorta del consolidato indirizzo interpretativo seguito dai giudici di pace e nella maturata convinzione che, per accertare tale causa di estinzione, non fosse necessaria l'apertura del dibattimento, essendo sufficiente prendere atto, in fase pre-dibattimentale, dell'ingiustificata omessa comparizione del querelante<sup>4</sup>.

La scelta del giudice *a quo*, influenzata dalla necessità di deflazionare il carico giudiziario in un caso in cui appariva plausibile il disinteresse della persona offesa al seguito processuale, veniva però impugnata dal procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'appello, il quale deduceva l'erronea applicazione dell'art. 152 c.p. e chiedeva l'annullamento con rinvio della sentenza oggetto di gravame, sostenendo che la condotta del querelante di reiterata defezione dall'udienza non poteva venir interpretata alla stregua di un comportamento univocamente sintomatico della volontà di rimettere la querela.

La Corte di cassazione, con la pronuncia annotata, ha dichiarato la nullità della sentenza di primo grado, rifacendosi al principio enunciato dalle Sezioni unite e ormai consolidato in sede di legittimità, secondo cui la mancata comparizione in udienza della persona offesa,

<sup>1</sup> Sul contrasto sono intervenute le Sezioni unite che hanno affermato come nel procedimento davanti al giudice di pace la mancata comparizione del querelante non costituisce fatto incompatibile con la volontà di persistere nella stessa: Cass., Sez. un., 15 dicembre 2008, n. 46088, *Viele*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1404.

<sup>2</sup> Cospicua la giurisprudenza di merito in questo senso: Trib. Fermo, 2 aprile 2002, *Cassignoni*, in *Riv. Pen.*, 2002, 588; Id. Fermo, 21 maggio 2002, *Emili*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1021; Id. Roma, 10 giugno 2002, *De Nigris*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1336. Condividono il medesimo orientamento: Cass., Sez. V, 27 agosto 2001, *Pompei*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1415; Id., Sez. V, 19 marzo 2008, *Calza*, in *Giust. Pen.*, 2008, 578.

<sup>3</sup> Ai sensi dell'art. 20, D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274, nel

giudizio dinanzi al giudice di pace, il decreto di citazione a giudizio deve essere a pena di nullità notificato anche alla persona offesa almeno trenta giorni prima dell'udienza di comparizione. Il querelante viene così messo in grado di decidere se costituirsi parte civile, tentare la conciliazione o rimettere la querela. La seconda notifica disposta dal giudice di pace nel caso di specie, con l'invito al querelante di comparire in udienza, è una creazione giurisprudenziale diretta a legittimare la pronuncia del giudice di non doversi procedere per intervenuta remissione tacita della querela.

<sup>4</sup> Dello stesso avviso isolate pronunce in sede di legittimità: Cass., Sez. IV, 2 aprile 2009, n. 200018, in *C.E.D. Cass.*, 240167; Id., Sez. V, 3 aprile 2008, *ivi*, 239439; Id., Sez. V, 12 settembre 2007, *ivi*, 237704; Id. Sez. VI, 24 aprile 2004, *ivi*, 224972.

fuori dai casi di ricorso immediato al giudice *ex art. 30 D.Lgs. 28 agosto 2000, n. 274*, non può configurarsi come remissione tacita della querela. La volontà di rimettere la querela deve essere, infatti, desunta da fatti incompatibili con la volontà di persistere nell'istanza punitiva, risultanti da un comportamento del querelante di carattere univoco che non dia adito ad interpretazioni diverse<sup>5</sup>.

Il persistente contrasto tra la prassi invalsa nella giurisprudenza di merito ed il consolidato orientamento della suprema Corte, merita attenzione perché indice della diffusa difficoltà pratica di ravvisare in determinati comportamenti della persona offesa la volontà univoca di rimettere la querela.

2. La remissione tacita di querela si concretizza in un atteggiamento dell'offeso che esprime la volontà di desistere dalla pretesa punitiva. La rilevanza assunta dalla volontà del querelante e il potere attribuito all'autonomia privata dello stesso che, leso dal compimento di un reato, aspira prima alla punizione del reo e, in seguito, abbandona tale aspirazione, evidenzia la natura di atto negoziale dell'istituto di cui all'art. 152 c.p. Ne resta, tuttavia, controverso l'inserimento nella categoria del negozio giuridico unilaterale ovvero in quella del negozio bilaterale<sup>6</sup>.

Parte della dottrina ritiene che la remissione di querela si perfezioni con la sola manifestazione di volontà del querelante e che il ruolo dell'accettazione sia limitato a condizionare gli effetti della querela e non a porla in essere: il negozio, in questi termini, sembrerebbe definibile come unilaterale, bastando unicamente la volontà del querelante a renderlo efficace<sup>7</sup>.

Appare più convincente la tesi contraria, sostenuta da quanti ritengono che la remissione si perfezioni con l'accettazione del querelato. Essendo la verifica dell'evento, ovvero l'arresto del processo, al di fuori del potere del dichiarante, l'atto si perfeziona nel momento dell'incontro delle due volontà; la remissione avrebbe, pertanto, natura bilaterale. L'esattezza di tale rilievo si riscontra nelle disposizioni contenute nell'art. 155 c.p., in forza del quale la remissione è priva di effetti ove non venga accettata espressamente o tacitamente dal querelato<sup>8</sup>.

Correlato agli schemi del negozio giuridico, lo sviluppo codicistico dell'istituto della remissione tacita si

lega strettamente all'evoluzione che il concetto di atto negoziale ha subito in campo civilistico, con riferimento alla sempre maggiore rilevanza riconosciuta alla esternazione della volontà dell'individuo. Nelle prime elaborazioni della dottrina civilistica, in tema di negozio giuridico, l'attenzione veniva rivolta soprattutto al momento psicologico dell'atto negoziale: la volontà del soggetto era considerata prevalente sulla dichiarazione e si riconosceva un ruolo determinante al contenuto (la volontà) piuttosto che al contenente (la dichiarazione).

Solo agli inizi del XX secolo, la dottrina imperniata sulla pienezza e assolutezza della libertà del volere, e quindi sulla dimensione interiore del dichiarante, ha ceduto alla concezione che eleva a valore centrale quello della "dichiarazione" manifestata all'esterno. Alle teorie soggettive, che fondavano l'essenza del negozio giuridico sulla volontà di chi ne era stato l'autore, si sostituirono, così, le teorie oggettive, che riservavano maggiore attenzione al concreto significato della dichiarazione, come ragionevolmente ricevuto e inteso dal destinatario<sup>9</sup>. Di tale cambiamento di impostazione ha risentito l'istituto della remissione, tanto che nella formulazione del codice Rocco si è sostituito al criterio soggettivo della "intenzione", contenuto nel codice del 1913, «quello obiettivo dei fatti che rivelano in modo inequivocabile la volontà, in chi li compie, di non insistere nel proposito di voler mantenere in vita la querela»<sup>10</sup>.

Alla luce di quest'ultima lettura, momento centrale del negozio giuridico di remissione è la manifestazione della volontà mediante la "dichiarazione". Appare, perciò, indispensabile che la stessa volontà si concretizzi attraverso *facta concludentia*, ovvero fatti univoci obiettivi e determinanti che risultino oggettivamente incompatibili con la volontà di persistere nell'istanza punitiva e non diano adito ad interpretazioni diverse.

Benché la giurisprudenza sia unanime nel ritenere indispensabile la sussistenza dei caratteri di univocità, obiettività e concludenza nel comportamento del querelante, in singole vicende concrete si segnalano parametri talora difforni per il riconoscimento di detti requisiti<sup>11</sup>.

Da una parte, i giudici di merito tendono ad allargare la gamma delle ipotesi fattuali nelle quali ravvisare *facta concludentia*; da un'altra parte, si registra la pro-

<sup>5</sup> L'orientamento in sede di giudizio di legittimità appare univoco: Cass., Sez. II, 29 maggio 2009, n. 24526, in *C.E.D. Cass.*, 244251; Id., Sez. II, 29 ottobre 2009, n. 44709, *ivi*, 245632; Id., Sez. II, 28 novembre 1985, Pellinghelli, *ivi*, 172579; Id., Sez. V, 23 settembre 2005, Coccia, *ivi*, 232311; Id., Sez. IV, 4 dicembre 1985, Canterelli, *ivi*, 172443; Id. Sez. V, 6 aprile 2005, n. 12861, Marcangeli, *ivi*, 231688; Id. Sez. V, 17 gennaio 2005, Cesaro, *ivi*, 231417; Id. Sez. V, 2 ottobre 2003, Mazzoleni, *ivi*, 2005, 1415; Id., Sez. V, 8 marzo 2000, Di Piazza, in *Cass. Pen.*, 2001, 1020; Id., Sez. V, 27 ottobre 1999, Zampieri, *ivi*, 1999, 519; Id., Sez. V, 27 aprile 2004, Schillizzi, in *C.E.D. Cass.*, 229867; Id., Sez. IV, 16 febbraio 2005, Marcoionni, *ivi*, 231299; Id. Sez. V, 24 febbraio 2004, Cataldo, *ivi*, 228761.

<sup>6</sup> In dottrina sul tema DINACCI, voce "Querela", in *Enc. Giur.*, XXXVIII, Milano, 1987, 59 e segg.; VALSECCHI, *Sub art. 152 c.p.*, in *Comm. C.P.* a cura di Dolcini, Marinucci, Milano, 2006, 1383 e segg.; VOLPE, voce "Querela", in *Digesto Pen.*, X, Torino, 1996, 588.

<sup>7</sup> In questo senso BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958;

STRINA-BERNASCONI, *Persona offesa e parte civile*, in *Il processo penale accusatorio*, Milano, 1997.

<sup>8</sup> A favore della concezione bilaterale del negozio di remissione, v. MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale*, Torino, 1931, II, 60, e CORDERO, *Procedura Penale*, 8<sup>a</sup> ed., Milano, 2006.

<sup>9</sup> AA.VV., *Categorie Giuridiche e rapporti sociali*, Milano, 1978; BETTI, in *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943; BETTI, voce "Negozio giuridico", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, 208; BENEDETTI, in *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969; SANTORO, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1986.

<sup>10</sup> SALTELLI-ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico al nuovo codice penale*, Torino, 1931, 698; DUBOLINO, *Commento al codice penale*, Piacenza, 2006, 615.

<sup>11</sup> Sui caratteri di univocità, obiettività e concludenza nel comportamento del querelante: Cass., Sez. V, 18 gennaio 1990, Dolciotti, in *Cass. Pen.*, 1991, 1598; Id., Sez. V, 5 maggio 1981, Valentini, *ivi*, 1982, 156; Id., Sez. V, 26 ottobre 1969, Manfre,



pensione della Corte di cassazione ad interpretare con difficoltà la sussistenza delle predette caratteristiche.

Tale contrasto interpretativo si rinviene anche nella fattispecie giudiziale che qui ci occupa. Occorre pertanto verificare se, come asserito dal giudice *a quo*, la scelta del querelante di non comparire in udienza assuma le caratteristiche di un comportamento concludente o se, invece, l'assenza ingiustificata non basti a qualificare in modo inequivoco la volontà, del querelante stesso, diretta a rimettere la querela.

3. La *quaestio iuris* evocata dal caso di specie, inerente l'idoneità o meno della mancata comparizione in udienza del querelante ad integrare remissione tacita di querela, viene risolta in sede di merito con pronunce che ravvisano la volontà di abbandonare la pretesa punitiva nella scelta del querelante di non comparire davanti al giudice<sup>12</sup>.

Tale interpretazione risulta fondata, in prevalenza, su ragioni di economia e speditezza processuale ed appare ispirata alla "tecnica di selezione", in ragione della quale l'ordinamento penale manifesta la propensione a favorire meccanismi di economia interna, operando una scelta dei casi da trattare, al fine di porre rimedio al sovraccarico giudiziario<sup>13</sup>. Nel caso di specie, la "selezione" è stata operata dal giudice di primo grado in presenza di una condotta penalmente rilevante, ma subordinata alla volontà punitiva del soggetto offeso che sembrava essere venuta meno. Cosicché risulterebbe funzionale a tale modello "autoconservativo" del sistema penale interpretare la reiterata assenza del querelante in udienza come un atteggiamento di "disinteresse" verso il processo che, se protratto, si risolverebbe in un inutile dispendio di energie giudiziarie.

In questa ottica di efficienza del "sistema giustizia", merita attenzione un altro argomento, desunto dal dettato dell'art. 111 Cost., spesso affrontato dai giudici di primo grado a sostegno dell'interpretazione secondo cui la mancata comparizione in udienza integra un'ipotesi di remissione tacita di querela. Secondo un settore della giurisprudenza di merito, infatti, una inoperatività dell'istituto della remissione tacita di querela nel caso di omessa e ingiustificata comparizione del querelante sarebbe in contrasto con il principio della durata ragionevole del processo, cristallizzato nel comma 2 dell'art. 111 Cost. Ciò in ragione dell'inutile dispendio di attività processuale conseguente alla celebrazione

di un processo subordinato alla volontà punitiva della parte lesa, là dove la prova di tale perdurante volontà difetti perché avallata solo da una condotta ambigua quale la defezione dall'udienza<sup>14</sup>.

Il suddetto indirizzo giurisprudenziale pone ulteriormente l'accento sulla posizione del querelante, il quale, spesso, assume anche il ruolo di teste principale dell'accusa. Per effetto di tale veste, la sua mancata comparizione assumerebbe una valenza peculiare, specie se analizzata alla luce dell'art. 111, comma 4, Cost., secondo cui la colpevolezza dell'imputato non può essere provata dalle dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'esame dell'imputato e del di lui difensore. Tale canone postula, infatti, la necessità che il querelante, al contempo teste d'accusa, sia presente in dibattimento e non si sottragga al controesame, onde garantire all'imputato il diritto di confrontarsi con il proprio accusatore<sup>15</sup>.

Senza contare la necessità di responsabilizzazione del querelante, motivo per il quale non può ammettersi che la pretesa punitiva dello Stato venga costosamente perseguita in presenza di una condotta noncurante della persona offesa. Sono infatti le esigenze di giustizia, sottese all'istituto della remissione tacita di querela, a giustificare la previsione che il querelante risponda delle conseguenze pregiudizievoli derivanti dalla propria inerzia o negligenza<sup>16</sup>.

4. Seppur plausibile, la lettura fornita nel caso in esame dal giudice *a quo*, non è stata avallata dalla suprema Corte nella pronuncia annotata. Si conferma, infatti, il prevalente orientamento invalso nella giurisprudenza di legittimità e confermato dalle Sezioni unite, secondo cui l'omessa comparizione del querelante in udienza difetta del requisito di univocità. Essa, pertanto, non può in nessun caso integrare una fattispecie di remissione tacita della querela, potendo tale forma di defezione, anche se reiterata, dipendere da una causa indipendente dalla volontà dell'offeso o, comunque, da ragioni che nulla hanno a che vedere con la rinuncia alla punizione del querelato. La mancata comparizione in udienza del querelante, costituisce, ad avviso della Corte di cassazione, un dato equivoco riconducibile ad una variegata gamma di cause e che, per significare la reale volontà dell'interessato, deve venir sorretto e confermato da ulteriori elementi concludenti<sup>17</sup>.

*ivi*, 1981, 1037; Id., Sez. V, 22 novembre 1978, Maltagliati, *ivi*, 1980, 1070; Id., Sez. V, 3 ottobre 1975, Paizza, *ivi*, 1976, 1072. Più di recente: Id., Sez. V, 23 settembre 2005, Coccia, in *C.E.D. Cass.*, 232311; Id., Sez. I, 22 novembre 1983, Italiano, in *Riv. Pen.*, 1984, 521; Id., Sez. V, 16 gennaio 1984, Manti, *ivi*, 1984, 1072.

<sup>12</sup> Cfr. Trib. Fermo, 2 aprile 2002, Cassignoni, in *Riv. Pen.*, 2002, 588; Id. Fermo, 21 maggio 2002, Emili, in *Cass. Pen.*, 2003, 1021; Id. Roma, 10 giugno 2002, De Nigris, *ibid.*, 2003, 1336.

<sup>13</sup> LAURINO, *La remissione tacita della querela per omessa comparizione della persona offesa dopo le leggi sul giusto processo e sulla competenza penale del giudice di pace*, in *Cass. Pen.*, 2003, 1027, e FANULI, *La remissione tacita della querela. Un istituto da "rivisitare"*, in *Riv. Pen.*, 2002, 588, con riferimento a KAISER, *Criminologia*, Milano, 1985, 129.

<sup>14</sup> NAPPI, *La ragionevole durata del giusto processo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 1540. Secondo l'autore l'interprete deve continua-

mente valutare la «coerenza e adeguatezza della disciplina del processo in rapporto agli obiettivi imposti al legislatore dai principi costituzionali del giusto processo».

<sup>15</sup> Sui rapporti tra remissione tacita di querela e principi del giusto processo v. FANULI, *op. cit.*; FILIPPI, *Tra esigenze di conciliazione e garanzie di una giustizia mite: la disciplina del giudizio davanti al magistrato di pace*, in AA.VV., *Il Giudice di Pace* a cura di Scalfati, Padova, 2001, 282; SORGATO, *Remissione tacita di querela e principi del giusto processo*, in *Guida Dir.*, 2008, 75 e segg.

<sup>16</sup> Sulle ragioni di responsabilizzazione del querelante v. FANULI, *op. cit.*

<sup>17</sup> Con riguardo agli "elementi ulteriori" dai quali desumere la volontà di rimettere la querela v. Cass., Sez. V, 15 febbraio 2005, Marcangeli, in *C.E.D. Cass.*, 231688; Id., Sez. IV, 1° dicembre 2004, Marcoionni, *ivi*, 231299; Id., Sez. V, 24 febbraio 2004, Cataldo, *ivi*, 228761; Id., Sez. II, 8 ottobre 2003, Mazzoleni, *ivi*, 227686; Id., Sez. V, 8 marzo 2000, Piazza, *ivi*, 217075.

L'assunto va condiviso senza riserve. Di per sé sola, la descritta tipologia di condotta omissiva ha, infatti, carattere neutro, non potendo essere inequivocamente riferita alla volontà della persona offesa e restando, di fatto, soggetta a plurime interpretazioni dettate, di volta in volta, dalla peculiarità dei singoli casi<sup>18</sup>. Né la legge penale sostanziale né quella processuale prevedono una remissione tacita della querela derivante da comportamenti omissivi, la qual cosa induce a ritenere che siffatte fattispecie debbano formarsi oggetto di previsione normativa espressa. Di ciò si rinviene conferma nella disciplina del procedimento penale dinanzi al giudice di pace attivato con ricorso immediato della persona offesa. L'art. 30 D.Lgs. n. 274/2000 prevede infatti, esplicitamente, che la mancata comparizione all'udienza del ricorrente o del suo procuratore speciale determini l'improcedibilità del ricorso in quanto costituisce un fatto concludente dal quale è desumibile, sulla base di una presunzione *iuris et ed iure*, la remissione della querela<sup>19</sup>.

Ad ulteriore conforto della tesi sostenuta dalla pronuncia in esame, può addursi il dato letterale dell'art. 152 c.p., il quale collega la remissione tacita di querela a "fatti", vale a dire, a comportamenti commissivi del soggetto titolare del diritto di querela, escludendo in tal modo, dal novero delle ipotesi fattuali integranti remissione tacita di querela, condotte di segno omissivo.

Più esattamente, l'art. 152 c.p., ai fini della remissione tacita della querela, esige l'intervento di comportamenti che rilevino nel mondo esterno e non rimangano confinati nel limbo di eventuali stati d'animo. In altri termini, per aversi remissione tacita è necessario un fatto specifico e determinato, non potendosi desumere da un comportamento omissivo l'esistenza di un vago, precedente perdono, di cui risultano ignote le circostanze, le modalità, il contenuto e le condizioni<sup>20</sup>.

L'art. 152 c.p. manifesta, inoltre, una trasparente *voluntas legis*: circoscrivere le ipotesi di remissione tacita a quelle catalogabili come ipotesi extra-processuali, con la conseguenza che un comportamento tipicamen-

te processuale, qual è la diserzione dall'udienza dibattimentale, non può costituire espressione dell'intento di remissione dell'istanza punitiva<sup>21</sup>.

Non resta che formulare un auspicio: possa la sentenza in esame, anche e soprattutto alla luce del richiamo in essa contenuto alla sentenza delle Sezioni unite<sup>22</sup>, contribuire a risolvere, definitivamente, un contrasto giurisprudenziale ormai troppo a lungo protrattosi.


ALESSANDRA GENTILE

## INTERCETTAZIONI DI COMUNICAZIONI

CASSAZIONE PENALE, I SEZIONE, 23 giugno 2010 (ud. 13 maggio 2010), n. 24161 — CHIEFFI *Presidente* — CASSANO *Relatore* — MONTAGNA *P.M.* (conf.) — Accomando ed altri, ricorrenti.

**Intercettazioni di conversazioni o comunicazioni — Impianti esterni — Presupposti — Decreti di intercettazione non motivati — Controllo del giudice — Inutilizzabilità** (C.p.p. artt. 267, 268).

*L'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni di intercettazione telefoniche e ambientali captate da impianti esterni alla Procura della Repubblica a decorrere dall'emissione in via d'urgenza dei decreti d'intercettazioni telefoniche non motivati per carenza dei presupposti, non si propaga agli esiti delle attività captative svolte in esecuzione dei successivi decreti di proroga, dotati di una legittimazione processuale quali autonomi decreti autorizzativi* (1).

 *Omissis*. — Sono fondati nei limiti di seguito indicati i motivi di ricorso in tema di inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali per inosservanza dell'art. 268, comma 3, c.p.p. formulati rispettivamente dalle difese. — *Omissis*.

Le Sezioni Unite di questa Corte, con una decisione condivisa dal Collegio, hanno ribadito l'importanza e la centra-

<sup>18</sup> V. Cass., Sez. V, 28 novembre 1997, Panza, in *C.E.D. Cass.*, 209798 che, con riferimento alle condotte omissive, chiarisce come «non si può inferire la volontà di non persistere nella richiesta di punizione da mere omissioni quale la mancata comparizione o mancata costituzione di parte civile, che può derivare da cause indipendenti dalla volontà dell'offeso, da circostanze contingenti e da valutazioni non abdicative». In senso conforme, Id., Sez. V, 12 dicembre 2005, n. 6771, *ivi*, 234000; Id. Sez. V, 6 maggio 1986, Pellinghelli, in *Giust. Pen.*, 1987, 243; Id., Sez. IV, 16 febbraio 2005, Marcoianni, in *Riv. Pen.*, 2006, 565; Id., Sez. V, 8 agosto 1983, Gargiulo, *ivi*, 1984, 299.

<sup>19</sup> Stando alla previsione normativa, la mancata comparizione del querelante nel processo comporta la improcedibilità solo nell'ipotesi disciplinata dall'art. 21, D.Lgs. n. 274/2000, ovvero qualora, per i reati procedibili a querela, vi sia stato il ricorso immediato al giudice, sottoscritto dalla persona offesa o dal suo legale rappresentante e dal difensore. Al di fuori di questa specifica ipotesi positivamente disciplinata, e quindi sotto il generale profilo delineato dall'art. 152 c.p., non è affatto previsto dalla legge che la mancata presentazione nel processo del querelante, pur in presenza di espresso avviso del giudice in tal senso, possa comportare l'improcedibilità dell'azione penale. Sul punto: Cass., Sez. un., 15 dicembre 2008, n. 46088, cit., nella quale così si argomenta: «Nel caso di ricorso immediato al giu-

dice da parte della persona offesa-querelante, questa assume iniziative di impulso non solo genericamente procedurali, ma anche specificamente processuali, ed il venir meno dell'impulso processuale da parte di chi, per sua diretta iniziativa, lo ha posto in essere e, nondimeno, non intenda più coltivarlo, giustifica appieno la conseguente improcedibilità dell'azione penale, non sussistendo più alcun interesse, né da parte dello Stato, né da parte della persona offesa».

<sup>20</sup> Nell'ipotesi in esame l'unico comportamento venuto in rilievo era, appunto, la mancata comparizione in udienza, vale a dire uno specifico accadimento tutto intorno al processo, anteriormente al quale non era intervenuto alcun altro fatto da cui desumere come inequivocabile conseguenza la mancata comparizione.

<sup>21</sup> BATTAGLINI, *Remissione espressa e tacita di querela*, in *Giust. Pen.*, 1951, III, 3650. In questo senso v. Cass., Sez. V, 15 febbraio 2005, Marcangeli, in *C.E.D. Cass.*, 231688 nella quale si motiva: «L'omessa comparizione del querelante all'udienza dinanzi al giudice di pace, non integra la remissione tacita di cui all'art. 152 c.p., la quale è prevista solo con riguardo alla remissione extraprocessuale, con la conseguenza che un comportamento processuale non può costituire espressione dell'intento di remissione dell'istanza punitiva».

<sup>22</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 15 dicembre 2008, n. 46088, cit.

lità della motivazione del decreto ex art. 268 c.p.p., comma 3 per fare emergere l'esistenza di una obiettiva situazione di insufficienza o di inidoneità degli impianti o anche quella inidoneità di tipo funzionale che la giurisprudenza di legittimità ha in proposito elaborato. Hanno, quindi, affermato che il decreto può essere integrato successivamente, purché prima dell'inizio delle operazioni captative, ma unicamente da parte del pubblico ministero, perché solo a lui appartiene la deliberazione in ordine alle modalità dell'attività intercettativa, e non anche al giudice. Quest'ultimo, infatti, non può integrare un atto di parte, ancorché pubblica, né, tanto meno, può sostituirsi al magistrato inquirente nel rendere una motivazione che quello non ha reso (Cass., Sez. Un. 29 novembre 2005, n. 21, rv. 232605). A maggior ragione non può riconoscersi alla Corte di Cassazione alcun potere al riguardo, perché il giudice di legittimità, con riguardo ai presupposti delle invalidità processuali, è "giudice del fatto" non nell'apprezzamento e nella valutazione di merito dello stesso, ma solo nel controllo — attività tipica del giudizio di legittimità — del rispetto della regola che presiede al prescritto percorso procedimentale, nel suo incedere in procedendo. Il fatto che il giudice di legittimità deve accertare è, quindi, se sussista un provvedimento del pubblico ministero e se detto provvedimento sia motivato congruamente; in caso di motivazione insufficiente, però, non può rendere egli stesso una motivazione, perché non si tratterebbe di attività di controllo, ma di sostanziale sostituzione del giudice al pubblico ministero, in un'abnorme supplenza di attività riservata a quest'ultimo (Cass., Sez. Un. 26 novembre 2003, n. 919; Cass., Sez. Un. 29 novembre 2005, n. 21, rv. 232605; Cass., Sez. Un. 28 gennaio 2004, n. 5876, rv. 226712). — *Omissis*.

Per le medesime ragioni non può avere alcuna efficacia sanante dell'omessa motivazione in ordine alla deroga all'utilizzo degli impianti in dotazione della Procura della Repubblica il provvedimento di convalida adottato dal g.i.p. in base all'art. 267 c.p.p., comma 2, concernente la valutazione della sussistenza delle ragioni d'urgenza addotte a fondamento dell'esigenza di attuare immediatamente le operazioni di intercettazione e legittimanti il mancato ricorso alla richiesta autorizzatoria al giudice per le indagini preliminari. — *Omissis*.

3. L'inutilizzabilità dei risultati delle operazioni di intercettazione ambientale svolte, per il periodo di quaranta giorni, a decorrere dall'emissione in via d'urgenza dei decreti di intercettazione ambientale n. 2197/02 e 2198/02 in data 4 dicembre 2002 non si propaga, però, agli esiti delle attività captative svolte in esecuzione dei successivi decreti di proroga.

In proposito la Corte osserva che il principio fissato nell'art. 185 c.p.p., comma 1, secondo cui la nullità di un atto rende invalidi gli atti consecutivi che dipendono da quello dichiarato nullo, non trova applicazione in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non altre, la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite (Cass., Sez. I, 22 dicembre 1997, rv. 209844; Cass., Sez. II, 14 novembre

1997, rv. 209149; Cass., Sez. III, 29 aprile 2004, rv. 229058). — *Omissis*.



### (1) I controlli del giudice sulla prova per intercettazioni tra divieto di integrazioni successive e sanatorie

1. La Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla delicata questione della inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ambientali captate da impianti esterni alla Procura della Repubblica, si è espressa con una pronuncia che si iscrive a pieno titolo nell'ampio e qualificato dibattito in materia, contribuendo a fissare alcuni punti fermi in una materia ancora costellata da troppi dubbi e ragionate perplessità in chiave di effettività dello *standard* minimo richiesto del giusto processo.

In questa occasione l'attenzione dell'interprete si ripropone sul profilo della possibilità o meno della c.d. integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati in ordine alla sussistenza delle eccezionali ragioni di urgenza e alla insufficienza o inidoneità delle apparecchiature legittimanti il ricorso a impianti diversi da quelli in dotazione della Procura ex art. 268, comma 3, c.p.p.

L'orientamento espresso da tempo dalle Sezioni unite<sup>1</sup> è ben noto.

La motivazione del decreto autorizzativo del P.M. deve specificare la ragione della insufficienza o dell'inidoneità degli impianti interni senza limitarsi a riprodurre la formula della corrispondente disposizione normativa. In particolare, le Sezioni unite hanno in più riprese sancito e ribadito che, a prescindere dalle espressioni lessicali usate, è necessario ed irrinunciabile che dal decreto emerga l'*iter* cognitivo e valutativo seguito dal P.M., dovendo la motivazione dimostrare la corrispondenza tra la fattispecie concreta avvalorata dalla pubblica accusa e la fattispecie astratta, che legittima il provvedimento. Diversamente, il ricorrere ad una formula che si limiti a ripetere quella legislativa non è, di per sé, idoneo ad assolvere l'obbligo motivazionale perché si limita ad esprimere, in maniera apodittica e autoreferenziale, un conclusivo giudizio senza indicare il concreto e fattuale percorso argomentativo che ad esso deve presiedere e che deve dialetticamente giustificare<sup>2</sup>.

E invero<sup>3</sup>, la motivazione del decreto autorizzativo del p.m. deve riguardare un ulteriore ordine di condizioni in via cumulativa e non alternativa: le "eccezionali ragioni di urgenza". Anche in merito alla parte di ap-

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 12 luglio 2007, Agunecche, in *Mass. Uff.*, 236755; Id., Sez. un., 29 novembre 2005, Campenni, *ivi*, 232605; Id., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, *ivi*, 226487; Id., Sez. un., 30 ottobre 2001, Policastro, *ivi*, 220093. A onor del vero, le Sezioni unite si erano già pronunciate, in passato, in ordine al contenuto della motivazione del provvedimento del p.m. in tema di intercettazioni, stabilendo che l'obbligo di motivazione del decreto di autorizzazione all'utilizzo di impianti esterni doveva valere anche per le intercettazioni c.d. "ambientali", senza tuttavia indicare quale fosse il livello di concreta specificazione che tale motivazione dovesse assumere con riferimento alla insufficienza o inidoneità degli impianti, cfr. Cass., Sez. un., 25 marzo 1998, Manno, in *Cass. Pen.*, 1998, 2595; Id., Sez. un., 27 marzo 1996, Monteleone, *ivi*, 1996, 2913.

<sup>2</sup> Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2004, Foti, in *Guida Dir.*, 2005,

11, 96; Id., Sez. VI, 9 dicembre 2004, Conti Taguali, *ibid.*, 24, 92; nello stesso senso, hanno ritenuto sufficiente l'attestazione del responsabile della sala ascolto dell'ufficio di Procura, Cass., Sez. I, 5 aprile 2005, Perronace, *ibid.*, 2005, 23, 71; Id., Sez. IV, 4 ottobre 2004, Antonietti, in *Mass. Uff.*, 230248; nonché Id., Sez. I, 3 febbraio 2005, Gallace, in *Guida Dir.*, 2005, 20, 72; Id., Sez. V, 11 maggio 2004, Mancuso, in *Mass. Uff.*, 228107; Id., Sez. I, 19 novembre 2003, Caleca, in *Giust. Pen.*, 2004, III, 602; e Id., Sez. I, 22 aprile 2004, Termini, *ivi*, 2005, III, 305.

<sup>3</sup> INSOM, *Sussulti giurisprudenziali sulla questione delle intercettazioni telefoniche mediante l'impiego di impianti esterni alla Procura*, in *Giur. It.*, 2010, 6, 1416 e segg.; SANTALUCIA, *Sulla motivazione del decreto per l'uso degli impianti esterni di intercettazione: un altro intervento, si spera risolutivo, delle sezioni unite*, in *Cass. Pen.*, 2008, 69.

parato motivazionale concernente il suddetto presupposto, la Cassazione<sup>4</sup> ha precisato che le eccezionali ragioni di urgenza non possono essere desunte dalla mancanza, insufficienza o inidoneità degli impianti a disposizione della Procura per l'esecuzione delle operazioni captative ma devono risiedere in un *quid pluris* tale da imporre e giustificare lo svolgimento delle intercettazioni mediante l'utilizzo di impianti esterni invece di attendere che gli impianti "interni" possano tornare utili per l'esecuzione delle operazioni.

2. In relazione al delicato profilo della integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati, il ragionamento del supremo Collegio prende le mosse dal seguente postulato: l'inutilizzabilità *ex art. 268, comma 3, c.p.p.* dei risultati delle operazioni di intercettazione ambientale a decorrere dall'emissione in via d'urgenza dei decreti d'intercettazione ambientale non si propaga agli esiti delle attività captative svolte in esecuzione dei successivi decreti di proroga, dotati di una legittimazione processuale quali autonomi decreti autorizzativi, osservando che «il principio fissato nell'art. 185, comma 1, c.p.p., non trova applicazione in materia di inutilizzabilità, riguardando quest'ultima solo le prove illegittimamente acquisite e non altre, la cui acquisizione sia avvenuta in modo autonomo e nelle forme consentite»<sup>5</sup>.

Sotto questo profilo, anche alla luce dei ben noti e recenti sussulti giurisprudenziali in tema di legittimità della procedura di ascolto "in deroga"<sup>6</sup>, il punto cruciale da affrontare e risolvere è essenzialmente quello della possibilità o meno di interventi additivi del p.m. in funzione di regolarizzazione postuma dei risultati delle captazioni già effettuate. Ma non è tutto.

Nella prassi delle aule di giustizia il c.d. atto integrativo prende forma regolarmente in una semplice attestazione ricognitiva di segreteria, e comunque in un

atto spurio del pubblico ministero assolutamente incontrollabile — e, di fatto, non sottoposto al controllo effettivo di alcun giudice, né quello che aveva personalmente autorizzato le operazioni, né altro giudice fisicamente diverso ovvero appartenente ad altra sede giudiziaria — proprio perché adottato a distanza di tempo.

Sia chiaro che ogni strategia che si risolvesse nell'aggiramento delle garanzie minime della giurisdizione e del giusto processo sarebbe inequivocabilmente *non iure e contra ius*, in quanto contrastante con il diritto dell'indagato e dell'imputato alla effettività dei controlli su tutte le scelte del P.M. in sintonia con la consolidata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>7</sup>, sempre più sensibile ai temi dell'invasione della sfera privata attuata con sistemi oltremodo insidiosi. Si pensi ad esempio al delicato tema — sul quale torneremo più avanti in relazione ai diversi profili di ammissibilità e utilizzabilità *ex art. 295, comma 3, c.p.p.* — delle intercettazioni finalizzate alla cattura di latitante che richiedono soprattutto in relazione alla "caratura" del latitante (si pensi a soggetti collocati ai vertici di potenti organizzazioni criminali), il dispiegamento di un "ombrello" captativo talmente ampio, da coinvolgere — naturalmente — un numero a volte elevatissimo di persone<sup>8</sup>.

Un decreto autorizzativo irregolare alla fonte — è stato acutamente osservato in letteratura<sup>9</sup> — in quanto difforme rispetto al modello legale descritto dall'art. 268 c.p.p., dovrebbe precludere *ex lege* l'utilizzabilità dei risultati conseguenti in quanto illegittimamente acquisiti, con riferimento al momento della loro formazione; e a nulla vale il sopravvenire dell'atto tardivamente integrativo, confezionato quale interessato *escamotage* sanante.

Invero, per un verso bisogna pur sempre fare i conti con il rigore formale del processo penale<sup>10</sup>, che alle

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, Campenni, cit.; Id., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, cit., secondo cui le eccezionali ragioni di urgenza «devono essere valutate con riguardo alla situazione delle indagini ed alle caratteristiche dei fatti criminosi investigati, e sussistono quando risultano in concreto inadeguate le modalità esecutive immediatamente attuabili in base ai mezzi ed alla situazione operativa della sala d'ascolto esistente presso la Procura, un ritardo dell'indagine comportante un grave pregiudizio per i relativi esiti».

<sup>5</sup> Pag. 11 della sentenza annotata.

<sup>6</sup> INSOM, *op. cit.*; SANTALUCIA, *op. cit.* Con riferimento all'orientamento delle Sezioni unite, APRILE, *L'intervento delle Sezioni unite in tema di modalità di esecuzione delle intercettazioni ambientali: una questione definitivamente risolta?*, in *Cass. Pen.*, 2002, 2820; BORRELLI, *Interpretazione delle norme ed evoluzione degli strumenti tecnici d'indagine: il rischio di «travisamento tecnologico»*, *ivi*, 2002, 2820; CAMPILONGO, *Intercettazioni ambientali, impianti esterni alla procura ed obbligo di motivazione: un ulteriore intervento delle Sezioni unite*, *ivi*, 2004, 4133.

<sup>7</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 31 maggio 2005, Vetter c. Francia, in *Cass. Pen.*, 2005, 4075; Id., 5 novembre 2002, Allan c. Regno Unito, *ivi*, 2004, 1406; Id., 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera, in *Legislazione penale*, 1998, 676; Id., 25 giugno 1997, Halford c. Gran Bretagna, *ivi*, 1997, 890; Id., 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera, *ivi*, 1993, 384; Id., 2 agosto 1984, Malone c. Regno Unito. Cfr. altresì BALSAMO, nota a Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 aprile 2007, Panarisi, in *Cass. Pen.*, 2007, 3939; FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *Procedura penale e garanzie europee* a cura di Gaito, Torino,

2006, 122; UBERTIS, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, Milano, 2000, 105.

<sup>8</sup> MOLLACE, voce "Intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante", in *Digesto Pen.*, V Agg., Torino 2010, in corso di pubblicazione; e già CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 53; DI MARTINO-PROCACCANTI, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, 77; FILIPPI, voce "Intercettazioni telefoniche", in *Enc. Dir.*, Agg., VI, Milano, 2002, 565 e segg.; PUGLISI, *Doppio binario per l'(in)utilizzabilità delle intercettazioni di comunicazioni*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 244; SURACI, *Il sistema del doppio binario nell'ambito delle indagini preliminari*, in *Legislazione antimafia e sistema del doppio binario* a cura di D'Ascola, Mollace, Reggio Calabria, 2009, 293.

<sup>9</sup> Esemplamente GAITO, *Integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 8, 929; Id., *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nelle decisioni sulla libertà personale*, in *Giur. It.*, 1992, II, 513; Id., *In tema di intercettazioni delle conversazioni in abitazioni private*, *ivi*, 1991, II, 466; PANZAVOLTA, *Ancora sulla inutilizzabilità delle intercettazioni fuori dalla procura: la cassazione si attribuisce il potere di controllare i presupposti dell'art. 268, co. 3 c.p.p.*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2522; SANTALUCIA, *Sulla motivazione del decreto per l'uso degli impianti esterni di intercettazione: un altro intervento, si spera risolutivo, delle Sezioni Unite*, *ivi*, 2008, 81; SCELLA, *Intercettazioni mediante impianti "esterni", obbligo di motivazione del decreto autorizzativi e poteri della cassazione*, *ivi*, 2007, 2514.

<sup>10</sup> CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, 1955, 67 e segg., 78 e segg.; FLORIAN, *Nuovi appunti*

parti non consente ripensamenti o spazi di recupero rispetto a scelte e/o valutazioni errate (salva specifica previsione in deroga), per la ragione semplice ma essenziale che i c.d. vizi della volontà nella procedura penale non hanno rilievo<sup>11</sup>.

Posto che il decreto autorizzativo genetico «si attegga rispetto alle intercettazioni telefoniche alla medesima stregua delle condizioni di procedibilità in riferimento all'esercizio dell'azione penale»<sup>12</sup>, il divieto di utilizzare i risultati delle intercettazioni non debitamente autorizzate non può non risultare ultrattivo, operando anche al di là della specifica successiva integrazione effettuata dal P.M. una volta avvedutosi dell'iniziale carenza invalidante<sup>13</sup>. Quella integrazione avrà bensì effetto; ma, proprio in ortodossa applicazione del *tempus regit actum*, mai potrà trattarsi di un effetto retroattivo sanante bensì unicamente *pro futuro* in chiave autorizzante per gli atti ancora a compiersi<sup>14</sup>.

In tal senso, si osserva<sup>15</sup> che, se da un lato, sotto l'egida del vecchio codice le questioni in tema di prova illecita venivano risolte secondo un principio di conservazione di tutto quanto entrato nel processo: *male captum, bene retentum*, si diceva<sup>16</sup>, in nome di un'interpretazione non ortodossa del libero convincimento del giudice; dall'altro lato, con il codice Vassalli, nel segno di un recupero della legalità, è stata coniata una norma in tema di inutilizzabilità espressione dei canoni europei, prima ancora che vi si conformasse la Costituzione: tutto il materiale probatorio illegittimamente acquisito deve essere espunto dallo scibile processuale, senza possibilità di sanatorie cronologiche, né per l'inettitudine delle parti ben potendovi supplire il giudice («l'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento»): in un modello

probatorio ancorato all'iniziativa di parte, ove i poteri di intervento del giudice risultano residuali ed eccezionali<sup>17</sup>, la purezza dei *materialia iudicii* costituisce l'essenza della decisione, ove il libero convincimento del giudice è depurato da tutto quanto non rispondente ai canoni di legalità richiesti dalla legge<sup>18</sup>.

3. In tempi di giusto processo europeo<sup>19</sup> il tema di fondo rimane, ovviamente, quello dei connotati minimali a pretendersi per il corretto esercizio da parte degli inquirenti dei penetranti poteri derogatori alla *privacy* della persona, diritto fondamentale *ex art. 6*, parr. 2 e 3, Trattato di Lisbona, già oggetto di tutela dell'art. 8 Cedu, oltre che degli artt. 14 e 15 Cost.<sup>20</sup> in linea con quanto precisato dalla Corte costituzionale<sup>21</sup>.

La delicatezza della questione è tanto più evidente quanto più si ponga mente alla circostanza che le recenti innovazioni tecnologiche hanno reso possibile la deviazione delle conversazioni captate verso punti di ascolto esterni alla Procura della Repubblica permettendo la realizzazione in remoto dei diversi segmenti che compongono l'attività d'intercettazione. Si tratta di stabilire per quali operazioni la disciplina in materia di esecuzione delle intercettazioni consenta la remotizzazione<sup>22</sup>.

In questo senso, le Sezioni unite con la sentenza *Carli*<sup>23</sup> hanno da ultimo precisato che l'utilizzo nelle operazioni di intercettazione della tecnica del c.d. ascolto remotizzato, è legittimo purché la registrazione — che consiste nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (*server*) dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico — avvenga per mezzo degli impianti installati nella Procura, essendo invece irrilevante la circostanza se le operazioni di trasferimento su supporto informatico dei dati registrati e di verba-

sugli atti giuridici processuali, I vizi delle volontà, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1920, I, 1 e segg.

<sup>11</sup> GAITO, *I vizi della volontà dell'estradato a proposito della rinuncia al principio di specialità*, in *Giur. di Merito*, 2004, 5; GUARNERI, *Irrilevanza dei vizi della volontà negli atti processuali*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957, 615; LEONE, *Il problema dei vizi della volontà nel diritto processuale penale*, in *Scritti in onore di C. Jemolo*, III, 1963, 369; PETROCELLI, *Il problema dei vizi della volontà nel processo penale*, in *Saggi di diritto penale*, 1952, 535.

<sup>12</sup> GAITO, *Limiti all'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche nelle decisioni sulla libertà personale*, in *Giur. It.*, 1992, II, 513.

<sup>13</sup> SANTORIELLO, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche e possibilità di sanatoria*, in *Giur. It.*, 2005, 6; GUGLIELMO, *L'integrazione postuma della motivazione di provvedimenti in materia di intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 6, 711.

<sup>14</sup> GAITO, *Integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati*, cit., 932.; DINACCI, *L'inutilizzabilità*, in *La prova penale*, trattato a cura di Gaito, Torino, 2008, III, 192.

<sup>15</sup> GIUNCHEDI, *Un istituto di formazione giurisprudenziale: la sanatoria dell'inutilizzabilità nel giudizio di rinvio*, in *Giur. It.*, 2009, 7.

<sup>16</sup> In questi termini GAITO, *Il procedimento probatorio (tra vischiosità della tradizione e prospettive europee)*, in *La prova penale*, trattato a cura di Gaito, Torino, 2008, I, 117.

<sup>17</sup> DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 23.

<sup>18</sup> NOBILI, *Cosa si può rispondere all'invettiva di Robespierre contenuta nel discorso per la condanna a morte del Re: "Voi invocate le forme perché non avete i principi"?*, in *Critica del diritto*, 1994, 67.

<sup>19</sup> GAITO, *Lo spazio penale europeo e cooperazione giudiziaria internazionale*, in *Procedura penale*, Torino, 2010, in corso di pubblicazione.

<sup>20</sup> GAITO, *Integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati*, cit., 930.

<sup>21</sup> GAITO, *Integrazione successiva dei decreti di intercettazione non motivati*, cit., 931, osservando che «in altre parole, l'equilibrio di costituzionalità dell'art. 268, comma 3, c.p.p. è mantenuto fin tanto che l'interpretazione di tale disciplina consenta una piena tutela dell'art. 15 Cost. e ciò è realizzabile fin tanto che si mantenga una rigorosa osservanza dello specifico sistema sanzionatorio che colpisce la violazione dei precetti posti a garanzia della libertà di comunicazione». V. pure Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, in *Giur. It.*, 1973, I, 1, 1228; e soprattutto Id., 20 luglio 2004, n. 248, in *Cass. Pen.*, 2004, 4063, nel senso che l'effettività dell'art. 15 Cost. postula anche «garanzie che attonano alla predisposizione anche materiale dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni telefoniche in modo che l'Autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario ad assicurare che si proceda alle intercettazioni autorizzate solo a queste e solo nei limiti dell'autorizzazione».

<sup>22</sup> PERONI, *Utilizzabili a fini cautelari le intercettazioni effettuate con il sistema dell'instradamento del suono agli uffici della P.G.*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 12, 1511; SAVIO, *Remotizzazione dell'ascolto: dalla recente giurisprudenza al progetto Alfano*, *ivi*, 2010, 4, 494.

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, Carli, in *Guida Dir.*, 2008, 40, 58, con nota di AMATO (nonché di DE LEO, *Il luogo dell'ascolto delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2005, 690).

lizzazione siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria.

Proprio in tema di utilizzo in procedimenti diversi dei risultati delle intercettazioni disposte per la ricerca di latitanti, la giurisprudenza di legittimità ha manifestato una marcata disomogeneità di posizioni circa l'applicabilità dei divieti di cui all'art. 271 c.p.p., ricollegabili essenzialmente alle valutazioni scaturenti dall'omesso richiamo della predetta norma all'interno della disposizione di cui all'art. 295, comma 3, c.p.p.<sup>24</sup>

Analogamente a quanto accade per quelle disposte a fini probatori, dal contesto delle disposizioni richiamate dall'art. 295, comma 3, c.p.p., è immediatamente ricavabile il principio secondo il quale anche le operazioni di intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante — in qualsiasi fase del procedimento intervengano — sono sempre autorizzate da un giudice<sup>25</sup>.

4. Inevitabile, allora, sebbene a carattere generale, una riflessione di fondo in chiave di effettività del diritto al controllo di un giudice terzo e imparziale<sup>26</sup> ex artt. 25, 111 Cost.: domandarsi se non siano maturi i tempi per tornare ad interrogarsi sulla persistente conformità alla Carta fondamentale di una norma, l'art. 33, comma 2, c.p.p., letto in combinato con gli artt. 178, comma 1, lett. a), e 179 c.p.p., obbiettivamente in contrasto con gli artt. 25 e 111, comma 2, Cost. nella parte in cui escludendo dal novero delle disposizioni concernenti la capacità del giudice quelle sulla destinazione del giudice agli uffici giudiziari e alle sezioni, sulla formazione dei collegi e sulla assegnazione dei processi a sezioni, collegi e giudici, in definitiva mortifica il diritto dell'imputato allo *iudex habilis* nel "suo" processo, non solo in termini di capacità generale, ma di legittima investitura, a garanzia di terzietà e imparzialità, in ogni specifica vicenda giudiziaria<sup>27</sup>.

Ed è certo che il tema della inutilizzabilità delle intercettazioni, vera e propria *ratio decidendi* sulle questioni di legittimità della procedura di ascolto "in deroga" ex art. 268, comma 3, c.p.p., pone l'interprete di fronte ad una svolta in ordine alle metodologie di approccio per una corretta individuazione dei parametri operativi essenziali in chiave di effettività dello *standard* minimo richiesto del giusto processo rispetto ai limiti di utilizzabilità delle stesse nelle decisioni sulla libertà personale, come da ultimo evidenziato dalle Sezioni unite *Lasala*<sup>28</sup>.

I quesiti interpretativi da ultimo rimessi alle Sezioni unite in tema di inutilizzabilità delle intercettazioni te-

lefoniche appaiono sostanzialmente nuovi e richiedono pronunce che, a prescindere dalla soluzione contingente, assicurino sufficiente chiarezza in un settore che riguarda i Diritti fondamentali del cittadino non risultando più al passo con la Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In questo senso, pur apprezzandone la presa di posizione circa il ruolo e la funzione dei controlli del giudice sulla insufficiente motivazione dei decreti che autorizzano le intercettazioni telefoniche e ambientali, va comunque stigmatizzata in negativo la decisione in commento, in quanto arroccata su posizioni di retroguardia quanto al "postulato" della "inutilizzabilità sanabile" dei risultati delle intercettazioni telefoniche e ambientali privo di riscontro nel sistema processuale vigente; va rimarcato, in contrario, che la legalità delle forme costituisce l'unica garanzia per il processo, senza le quali il giudizio diviene una roulette ove la decisione viene disancorata a regole di certezza.

Se le regole processuali costituiscono «regola superiore [e] limite al potere della Magistratura»<sup>29</sup>, è inconcepibile che in epoca di parità delle armi e di pienezza del contraddittorio possano sussistere ancora sacche incontrollabili, mentre appare chiaro che per l'ortodossia procedurale deve sempre essere ammesso un meccanismo di strumenti di controllo effettivi e penetranti, con possibilità di rimedi in funzione riparatoria<sup>30</sup>.

MARIO ANTINUCCI

## CONFISCA DEL VEICOLO

CASSAZIONE PENALE, SEZIONI UNITE, 18 giugno 2010 (ud. 25 febbraio 2010), n. 23428 — GEMELLI *Presidente* — MARASCA *Relatore* — CIANI *P.M.* (diff.) — *P.M.* in proc. A., ricorrente.

**Circolazione stradale — Guida sotto l'influenza dell'alcool — Rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolmetrico — Sanzioni — Confisca del veicolo — Natura giuridica — Sanzione penale** (C.p. art. 240; D.Lgs. 30 aprile 1992, n. 285, art. 186, comma 2, lett. c) e 7).

*La confisca del veicolo prevista, in caso di rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcolmetrico, dall'art. 186,*

<sup>24</sup> CIANI, Sub art. 295 c.p.p., in *Comm. C.P.P.* a cura di Chia-vario, Agg., II, Torino, 1993, 122.; Cass., Sez. II, 21 giugno 2002, in *Guida Dir.*, 2003, n. 13, 84; Id., Sez. V, 9 dicembre 2009, in *Mass. Uff.*, 246098; Id., Sez. I, 9 marzo 2010, *ivi*, 246631; Id., Sez. III, 15 ottobre 2009, *ivi*, 245415.; Id., Sez. VI, 26 novembre 2003, *ivi*, 228266; Id., Sez. VI, 24 gennaio 2002, in *Giur. It.*, 2003, 159.; Id., Sez. VI, 10 aprile 2003, in *Mass. Uff.*, 225484; Id., Sez. I, 6 ottobre 2005, *ivi*, 232465.

<sup>25</sup> MOLLACE, voce "Intercettazioni finalizzate alla cattura del latitante", cit., 503.

<sup>26</sup> ANTINUCCI, *Tipologie atipiche di giudizio direttissimo e immediato*, in *La giustizia penale differenziata. I procedimenti speciali* a cura di Gaito, Spangher, Torino, I, in corso di pubblicazione; DI FEDERICO, voce "Consiglio Superiore della Magistratura", in *Digesto Pen.*, V Agg., Torino, 2010, in corso di pubblicazione; GIUNCHEDI, *Il Giudice "giusto" tra Costituzione,*

*Convenzione europea e "sistema tabellare"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 12, 1523.

<sup>27</sup> SANTORIELLO, *Nuove prospettive in tema di conseguenze processuali derivanti dalla violazione dei criteri tabellari per la composizione degli uffici giudicanti*, in *Giur. It.*, 2003, 2357.

<sup>28</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, *Lasala*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 7, 804; MONTAGNA, *Mancato rilascio di copia delle registrazioni ed effetti in sede di riesame*, *ibid.*

<sup>29</sup> NOBILI, *Principio di legalità e processo penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1995, 650.

<sup>30</sup> GAITO, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo decisorio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"* a cura di Gaito, Torino, 2006, 272; ID., *Il ruolo e la funzione della cassazione penale verso nuovi equilibri*, *Editoriale*, in *Osservatorio del processo penale*, 2010, 1, 5.

comma 7, codice della strada, ha natura di sanzione penale accessoria (1).



V. già *Recentissime dalla Cassazione penale* a cura di FUMU, in *Giur. It.*, 2010, 7, 1502.



### (1) Sulla natura della confisca del veicolo prevista dal codice della strada

1. Volta a delineare in maniera definitiva la natura giuridica della confisca, la pronuncia in esame sembra avere concretato la tanto attesa decisa presa di posizione ponendo fine a quei pericolosi disorientamenti applicativi sviluppatisi in materia.

La vicenda prende le mosse dall'accertamento della violazione dell'art. 186, comma 7, c. str., cui seguiva il sequestro del veicolo esperito con riferimento al «pericolo della dispersione della prova dello stesso reato» (art. 321, comma 1, c.p.p.). Nondimeno, il G.I.P. convalidava successivamente il sequestro eseguito dalla polizia giudiziaria e disponeva la misura cautelare reale non più in base al comma 1 dell'art. 321 c.p.p., ma al comma 2 di tale articolo, essendo il sequestro preordinato alla confisca obbligatoria del veicolo, «anche se a titolo di sanzione amministrativa accessoria», in caso di condanna dell'indagato per il reato contestato<sup>1</sup>.

Su istanza di riesame, il Tribunale annullava il decreto di sequestro preventivo emesso dal G.I.P. e disponeva la restituzione dell'oggetto all'avente diritto. Sosteneva infatti il Tribunale che effettivamente l'art. 186 al comma 7 prevedeva la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo in caso di condanna per il rifiuto di sottoporsi all'alcoltest, sanzione diversa da quella di sicura natura penale disposta dal comma 2, lett. c) dello stesso articolo in caso di condanna per la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza. Il Tribunale riteneva altresì che «la natura di sanzione amministrativa accessoria della confisca prevista dal comma 7 dell'art. 186 impedisse il sequestro preventivo ai sensi del comma 2 dell'art. 321 c.p.p., poiché siffatta cautela reale sarebbe chiaramente riferita alle sole ipotesi di confisca penale e cioè di confisca avente natura di misura di sicurezza».

Con il ricorso per cassazione il procuratore della Repubblica contestava la qualificazione giuridica — operata dai giudici del riesame — della confisca prevista dal comma 7 dell'art. 186 c. str. come sanzione amministrativa accessoria e ne affermava la natura intrinsecamente penale di misura patrimoniale sanzionatoria, «come dimostrato dal rinvio alle modalità ed alle pro-

cedure della confisca prevista dal comma 2 del citato art. 186, sanzione prevista anche per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza». Il procuratore chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza impugnata, essendo legittimo in tale prospettiva il ricorso alla disposizione di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p.

Con ordinanza del 27 ottobre 2009<sup>2</sup> la IV Sezione della Corte di cassazione, in seguito a divergenti soluzioni riscontrate al suo interno, ha rimesso la questione alle Sezioni unite penali pur dando atto che «non è ravvisabile un contrasto in giurisprudenza perché, nell'unica occasione in cui fino ad ora la Corte si è occupata *ex professo* della questione, la stessa è stata risolta affermando la natura penale e non amministrativa della confisca disposta ai sensi dell'art. 186, comma 2, del codice della strada»<sup>3</sup>.

2. Prima di procedere con l'analisi della sentenza in commento, è d'uopo dare atto che i giudici rimettenti hanno osservato che il tenore letterale del comma 7 imponeva di ritenere che quella introdotta nel 2008 fosse, invece, una sanzione amministrativa accessoria, dal momento che la disposizione in questione prevede che la condanna per il rifiuto dell'accertamento alcolmetrico comporti la sanzione amministrativa accessoria «della» sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e «della» confisca del veicolo con le stesse modalità e procedure previste dal comma 2 lett. c).

Per risolvere la *quaestio iuris* sottoposta al suo giudizio, la suprema Corte ha ritenuto opportuno richiamare, in primo luogo, le più recenti modifiche normative introdotte dal legislatore volte ad individuare strumenti efficaci per contrastare il fenomeno del *drive drinking* e, successivamente, esaminare l'*iter* legislativo al fine di precisare *ratio* e finalità della normativa attualmente in vigore.

Alla originaria previsione delle sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida<sup>4</sup> — irrogate in caso di guida in stato di ebbrezza nonché nell'ipotesi di rifiuto dell'accertamento alcolmetrico — ha fatto seguito la disciplina introdotta dal D.L. n. 117/2007 che trasformava la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolmetrico prevista dal comma 7 dell'art. 186 in un illecito amministrativo punito con una sanzione pecuniaria e con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente di guida e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di centottanta giorni.

<sup>1</sup> V. CREACO, *I confini del sequestro preventivo: attuali limiti nell'accertamento dei presupposti e prospettive di riforma*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 1634, ove si evidenzia come «la figura del sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. ingloba sia l'ipotesi di un sequestro finalizzato ad eliminare le conseguenze del reato ovvero ad evitare che questo possa aggravarsi o agevolare la commissione di altre fattispecie criminose (comma 1); sia l'ipotesi — autonoma rispetto alla precedente — del sequestro strumentale alla confisca (comma 2). Con riguardo a queste due figure di sequestro, l'eterogeneità. Già *prima facie* riscontrabile in seno al suddetto articolato normativo, non ha però comportato — di contro — alcuna attenzione specifica alle differenze che sussistono con riferimento a queste diverse ipotesi di sequestro, che invero risultano disciplinate dal legislatore in modo assolutamente identico».

<sup>2</sup> Cfr. Cass., Sez. IV, 19 novembre 2009, n. 44640, Caligo.

<sup>3</sup> In tal senso Cass., Sez. IV, 13 maggio 2009, n. 21499, P.M. in proc. Benitez Gonzales.

<sup>4</sup> Questo il contenuto dell'art. 186 c. str., secondo la formulazione voluta dalla L. 1° agosto 2003, n. 214. Sanciva, infatti, il divieto di guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche e puniva tale violazione, che si verificava quando il tasso alcolemico era superiore a 0,5 grammi per litro, con l'arresto e l'ammenda, oltre che con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida. Il comma 7 prevedeva la contravvenzione di rifiuto dell'accertamento alcolmetrico punita con le stesse pene stabilite per la guida in stato di ebbrezza alcolica.

Tuttavia il legislatore, appurata la scarsa efficacia del sistema sanzionatorio complessivamente previsto per arginare il preoccupante fenomeno del *drive drinking*<sup>5</sup>, ha ritenuto opportuno inasprire la risposta punitiva prevedendo, altresì, che con la sentenza di condanna o di patteggiamento per la ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza «è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2 del codice penale» parificandovi peraltro, nella risposta sanzionatoria, la fattispecie di rifiuto dei test alcolmetrici.

Dall'analisi dell'*iter* normativo può ricavarsi, come correttamente osservato dalle Sezioni unite, che «la sospensione della patente di guida, ed ancora di più la confisca obbligatoria del veicolo prevista in caso di condanna, anche se condizionalmente sospesa, per i reati di cui ai commi 7 e 2 lettera c) dell'art. 186 del codice della strada costituiscono, sotto il profilo general-preventivo, dei deterrenti assai efficaci e si iscrivono nella condivisibile filosofia di individuare sanzioni alternative, o, come nel caso di specie, accessorie, specifiche e strettamente connesse al reato da perseguire ed al fenomeno da contrastare».

3. Dai succitati sviluppi normativi, le Sezioni unite ritengono di potere superare il «potenziale contrasto di giurisprudenza segnalato dalla ordinanza rimettente» sancendo un'indiscussa natura penale della confisca prevista dal comma 2 dell'art. 186<sup>6</sup> e, conseguentemente, di attribuire identica natura alla confisca prevista dal comma 7<sup>7</sup>. A tali conclusioni reputano possa giungersi non solo conferendo rilevanza alla *ratio legis*, ma anche e soprattutto partendo dal dato letterale della disposizione normativa in esame. Plurimi sono, infatti, gli aspetti volti a consentire l'affermazione inequivoca della natura penale della misura ablatoria. Basti pensare all'esplicito riferimento all'art. 240 c.p. la cui applicazione è subordinata alla emanazione di una sentenza di condanna «anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena». Infatti, come sottolineato dalla sentenza in esame, qualora dovesse considerarsi la confisca nel caso di specie come sanzio-

ne amministrativa, ci si troverebbe innanzi ad una fattispecie alquanto insolita, atteso che la confisca amministrativa, lungi dall'accedere ad una sanzione amministrativa principale, verrebbe correlata ad una sanzione penale. Ancora, si è rilevato come il comma 2 dell'art. 186, si sostanzia in una disposizione evidentemente derogatoria rispetto al dato normativo di cui all'art. 166 c.p., secondo il quale la sospensione condizionale della pena si estende alle pene accessorie<sup>8</sup>.

Con specifico riferimento al comma 7 dell'art. 186, dalla cui espressione letterale possono derivare equivoci interpretativi, si è rimarcato come la sequenza testuale nonché la declinazione al singolare della qualificazione in termini di sanzione amministrativa della sospensione della patente, inducano a desumere legittimamente «che tale espressione si riferisca esclusivamente alla sospensione della patente e non anche alla confisca, altrimenti si sarebbe dovuta utilizzare la declinazione plurale».

Dalle premesse poste discende, come corollario imprescindibile, che l'ambito di applicazione temporale della normativa *de quo* debba essere identificato ai sensi dell'art. 2 c.p. nonché 25 Cost. Ciò è, del resto, affermato da una recente pronuncia della Consulta<sup>9</sup> nella quale si legge che, in considerazione della natura sanzionatoria della confisca «per rendere compatibile con l'art. 7 Cedu e quindi con l'art. 117, comma 1, Cost. il novellato testo dell'art. 186, comma 2, lett. c), del codice della strada, è sufficiente limitare la dichiaratoria di illegittimità costituzionale alle sole parole "ai sensi dell'art. 240, comma 2, del codice penale", dalle quali soltanto deriva l'applicazione retroattiva della misura in questione».

Le conclusioni raggiunte si pongono, ancora una volta, in linea con la più recente elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>10</sup> nonché con una ormai consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>11</sup> volta a porre in risalto la sempre crescente accentuazione sia della finalità general-preventiva sia di quella sanzionatoria della confisca.

ROSSELLA GOVERNA

<sup>5</sup> Secondo la sentenza in esame, infatti, «la nuova normativa non fu ritenuta efficace per contrastare il fenomeno del *drive drinking* principalmente perché il conducente del veicolo poteva vantare un interesse a rifiutare di sottoporsi ai test alcolmetrici, accettando l'irrogazione della sanzione amministrativa nella consapevolezza che senza la misurazione strumentale egli poteva essere, tutto al più, riconosciuto colpevole della meno grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza».

<sup>6</sup> V. Corte cost., sent. n. 196/2010 che ha ritenuto trasparente la finalità sanzionatoria che si è inteso perseguire privando il trasgressore del veicolo di cui ha abusato guidandolo in condizioni alterate, senza che alla base di questa vi sia la finalità preventive (rispetto al rischio di recidiva) che è propria della misura di sicurezza. Ha altresì evidenziato come, la confiscabilità obbligatoria del veicolo anche quando questo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile, configuri una misura ablativa che, comunque, rispetto al paradigma della misura di sicurezza patrimoniale, non elide il rischio di recidiva, perché la sua operatività «non impedisce in sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato».

<sup>7</sup> La natura penale della confisca è evidenziata da grande parte della giurisprudenza: cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. IV, 30 marzo 2009, n. 13831, Fumagalli; Id., 5 marzo 2009, n. 9986, PG

in proc. Favè. V. altresì Corte cost., n. 97/2009. Secondo il giudice delle leggi, infatti, «la confisca avrebbe natura "eminente sanzionatoria" e, in quanto tale, sottoposta al divieto di retroattività delle sanzioni penali previsto dall'art. 25 Cost.; ciò anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione l'applicazione retroattiva di una confisca di beni effettuata, appunto, nella forma per equivalente».

<sup>8</sup> Secondo le Sezioni unite, infatti «se si fosse trattato di una misura di sicurezza patrimoniale, non vi sarebbe stato bisogno di una tale previsione perché la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza mancando una tale generica previsione».

<sup>9</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 196/2010.

<sup>10</sup> V. Corte eur. dir. uomo, causa Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia – Ricorso n. 75909/01.

<sup>11</sup> Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, in *Guida Dir.*, 2008, n. 17, 69 e segg., con nota di AMATO, *Rimosse le difficoltà operative in attesa di chiarimenti normativi*; Id., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a., in *C.E.D. Cass.*, 239926.




## GIUDIZIO DIRETTISSIMO “OBBLIGATORIO”

CASSAZIONE PENALE, II SEZIONE, 26 febbraio 2010 (ud. 4 febbraio 2010), n. 7822 — PAGANO *Presidente* — MANNA *Relatore* — GERACI P.M. (conf.) — P.M. in proc. Neccia ed altro, ricorrente.

**Giudizio direttissimo — Arresto in flagranza convalidato — Obbligatorietà del rito — Esclusione — Ragioni** (C.p.p. art. 449, comma 4; D.-L. 23 maggio 2008, n. 92, art. 2, comma 3 *ter*, lett. c), conv. dalla L. 24 luglio 2008, n. 125).

*Anche dopo le modifiche apportate dal D.-L. 23 maggio 2008, n. 92 (conv. dalla L. 24 luglio 2008, n. 125), il pubblico ministero, nel caso in cui l'arresto in flagranza sia stato già convalidato, non è tenuto a procedere con il rito direttissimo, in quanto l'obbligatorietà di tale giudizio sarebbe in contrasto con il principio del monopolio del titolare dell'azione penale in ordine alla scelta del rito (1).*

 *Omissis.* — Con ordinanza 17.11.08 il GIP del Tribunale di Velletri dichiarava inammissibile la richiesta di giudizio immediato avanzata dal PM presso lo stesso Tribunale nel procedimento per tentata rapina a carico di N.F. e D.D. ed ordinava la restituzione degli atti al PM medesimo affinché procedesse con rito direttissimo, non ostandovi l'ormai avvenuto decorso dei 30 gg. dall'arresto.

Riteneva a riguardo il GIP che, con la novella dell'art. 449 c.p.p., comma 4 realizzata dal D.L. 23 maggio 2008, n. 92, art. 2, comma 3 *ter*, lett. c) (convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125), fosse stato previsto l'obbligo del PM di procedere con rito direttissimo ogni qual volta, convalidato l'arresto in flagranza, il PM stesso non ritenesse necessarie nuove indagini e che solo la ritenuta necessità d'un approfondimento in tal senso consentisse al PM la scelta di un rito diverso.

Ricorre il PM contro detta ordinanza, di cui chiede l'annullamento per violazione di legge ed abnormità.

Sotto il primo profilo lamenta che sostanzialmente il provvedimento impugnato ha, da un lato, configurato una nuova condizione — non scritta — per l'accesso al rito immediato (vale a dire la non praticabilità del rito direttissimo) e, dall'altro, ha ritenuto derogabile il termine per la presentazione dell'imputato nel giudizio direttissimo cd. tipico.

Sotto il secondo, deduce che l'ordinanza in oggetto ha determinato una regressione ed una stasi inammissibili nel procedimento.

1. Il ricorso è fondato.

La motivazione dell'ordinanza muove da due erronei presupposti:

a) con la novella dell'art. 449 c.p.p., comma 4 realizzata dal D.-L. 23 maggio 2008, n. 92, art. 2, comma 3 *ter*, lett. c) (convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125), sarebbe stato previsto l'obbligo del PM di procedere con rito direttissimo

ogni qual volta, convalidato l'arresto in flagranza, il PM stesso non ritenga necessarie nuove indagini e che solo la ritenuta necessità d'un approfondimento in tal senso consenta al PM la scelta di un rito diverso;


b) tale obbligo sarebbe indifferente persino all'ormai avvenuto decorso (di cui dà atto la stessa impugnata ordinanza) del termine di 30 gg. per il rito direttissimo.

In realtà, osserva questa S.C., l'aver il legislatore sostituito nell'art. 449 c.p.p., comma 4 il “può procedere” con il “procede” è rilievo di ordine letterale (di per sé, per altro, debole perché compatibile anche con una previsione di normale, ancorché non esclusiva, procedibilità con rito direttissimo) che però va coniugato, come giustamente rilevato dal PG, con quello sistematico del carattere monopolistico della scelta del rito da parte del PM, mentre, quanto al termine di 30 gg. di cui all'art. 449 c.p.p. nel rito direttissimo cd. tipico, la giurisprudenza non ha mai dubitato della sua inderogabilità.

Così statuendo, l'impugnata ordinanza ha prodotto una non prevista regressione del procedimento, sicché il provvedimento risulta affetto da abnormità funzionale (per la nozione di abnormità dell'atto processuale v., ad esempio, Cass. Sez. 2 n. 27716 del 5.6.2003, dep. 26.3.2003, rv. 225857; sul principio di non regressione del procedimento e sull'abnormità del provvedimento che determini una non prevista regressione v., ad esempio, Cass. S.U. n. 5307 del 20.12.2007, dep. 1.2.2008, rv. 238240).

L'impugnato provvedimento ha altresì comportato una stasi non rimediabile del procedimento — il che avvalorava l'abnormità lamentata dal ricorrente — nel momento in cui, rigettata la richiesta di giudizio immediato, nel contempo ha affermato che via obbligata per l'esercizio dell'azione penale sarebbe, nel caso in oggetto, quella del rito direttissimo nonostante l'ormai avvenuto decorso del termine dall'arresto (avvenuto decorso che emerge dallo stesso provvedimento impugnato).

Ne discende che il provvedimento impugnato deve annullarsi senza rinvio, con ordine di trasmissione degli atti al Tribunale di Velletri. — *Omissis.*

 (1) La sentenza in commento affronta una delle questioni interpretative sollevate dalle modificazioni che il D.-L. 23 maggio 2008, n. 92, convertito dalla L. 24 luglio 2008, n. 125, ha apportato alla disciplina del giudizio direttissimo<sup>1</sup>. In particolare, la suprema Corte ha analizzato gli effetti giuridici della scelta di sostituire, per l'eventualità in cui l'arresto in flagranza sia stato già convalidato ai sensi dell'art. 449, comma 4, c.p.p.<sup>2</sup>, l'espressione «può procedere» con la «più perentoria»<sup>3</sup> «procede». Una locuzione normativa di cui, nella vicenda in esame, il P.M. e il G.I.P. avevano fornito letture opposte: l'uno, escludendo che tale innovazione conferisse carattere vincolante al rito direttissimo, optava per attivare il giudizio immediato; l'altro ne dichiarava inammissibile la richiesta, nel convincimento che la novella del 2008 avesse introdotto

<sup>1</sup> Secondo DI BUGNO, *Commento art. 2 D.L. 25 maggio 2008, n. 92 (sicurezza pubblica)*, in *Legislazione pen.*, 2009, 152, la novella avrebbe apportato alla disciplina del giudizio direttissimo «ritocchi soltanto marginali» e «scarse integrazioni». Diverso il giudizio espresso da DE CARO, *La riforma del giudizio direttissimo*, in AA.VV., *Il decreto sicurezza*, Torino, 2008, 160, per il quale la riforma «è intervenuta in modo significativo sul rito direttissimo codicistico [...] stravolgendo il suo assetto normativo o e funzionale» e delineando «un modulo procedurale sideralmente distante da quello previgente».

<sup>2</sup> Analoga innovazione riguarda l'ipotesi in cui l'indagato abbia reso confessione durante l'interrogatorio ex art. 449, comma 5, c.p.p. Di raccordo la modifica operata all'art. 450, comma 1, c.p.p., ove la locuzione «se ritiene di procedere a giudizio di-

rettissimo» è stata sostituita dall'altra «quando procede a giudizio direttissimo».

<sup>3</sup> ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2009, 652, per il quale comunque poiché «l'attribuzione di un “potere” al magistrato penale si risolve sempre nella previsione di un “dovere” subordinato al verificarsi di condizioni date [...] dalla legge processuale», anche in base alle precedenti espressioni «può altresì procedere» e «può, inoltre, procedere» la scelta del rito direttissimo «era doverosa, se ne sussistevano i presupposti (confessione, arresto convalidato) e se non si rendeva necessario un supplemento di indagine incompatibile con i tempi stretti del giudizio direttissimo».

l'obbligo di procedere con rito direttissimo là dove, una volta che l'arresto in flagranza fosse stato convalidato, «il P.M. non ritenesse necessarie nuove indagini».

A prevalere, nella ricostruzione offerta dalla Cassazione, è l'interpretazione sostenuta dall'accusa, a favore della quale i giudici di legittimità ravvisano ragioni letterali e soprattutto considerazioni sistematiche<sup>4</sup>. Non solo, infatti, anche l'attuale voce verbale «procede» appare, secondo gli stessi, «compatibile anche con una previsione di normale, ancorché non esclusiva, procedibilità con rito direttissimo», ma la presunta obbligatorietà asserita dal G.I.P. si pone in contrasto sia con il «carattere monopolistico della scelta del rito da parte del P.M.»<sup>5</sup>, sia con la natura inderogabile costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza al termine per la richiesta del rito direttissimo. Poiché la richiesta «obbligata» avanzata dal P.M. dopo la restituzione degli atti da parte del G.I.P. si collocherebbe — rileva la Corte — al di fuori del termine di 30 giorni previsto dall'art. 449, comma 4, c.p.p., il provvedimento di restituzione del G.I.P. determinerebbe una «stasi non rimediabile del procedimento», tale da configurarlo come provvedimento abnorme, di cui disporre l'annullamento senza rinvio.

In prima battuta, le conclusioni raggiunte dalla dottrina in ordine al riformulato dato normativo divergono dalla ricostruzione prospettata dalla decisione in esame: è ricorrente, infatti, l'opinione secondo cui, ai fini di imprimere una marcata accelerazione ai tempi del processo, l'odierno art. 449, comma 4, c.p.p. intende «circoscrivere la discrezionalità del P.M., rendendo doverosa la scelta di quel rito nei casi in cui, alla stregua dell'univoco tenore letterale degli artt. 449 e 450 c.p.p., essa era invece facoltativa»<sup>6</sup>. A differenza di quanto

sostiene la decisione in esame, cioè, l'impiego del verbo all'indicativo vincolerebbe il pubblico ministero «ad una sorta di automatismo» circa il *quomodo* del giudizio, «in forza del quale la scelta del rito nel caso concreto è operata *ex lege* e nessuna alternativa è data all'immediato instaurarsi del dibattimento»<sup>7</sup>.

Sul piano pratico, tuttavia, le posizioni appaiono meno distanti. Anche quanti propendono per la tesi della obbligatorietà riconoscono infatti come difficilmente le innovazioni apportate saranno capaci di incidere efficacemente sulle determinazioni del P.M. circa l'instaurazione del giudizio direttissimo nelle ipotesi previste dai commi 4 e 5. Per un verso perché, intervenendo il sindacato giurisdizionale «solamente a posteriori ed esclusivamente per vagliare se la pubblica accusa abbia promosso l'azione penale fuori dei casi esplicitamente previsti dalla legge», non vi sarebbe uno «strumento che possa contrastare la scelta negativa operata dall'organo della pubblica accusa per coercirlo in tal senso»<sup>8</sup>. La violazione dell'obbligo resta così «priva di sanzione, non potendo il giudice, una volta superato l'ambito temporale previsto, imporre all'organo dell'accusa comportamenti diversi da quelli assunti»<sup>9</sup>. Per l'altro, è la stessa clausola «sibillina»<sup>10</sup> introdotta dal c.d. «pacchetto sicurezza» — «salvo che ciò pregiudichi gravemente l'indagine» — a rendere «il connotato di obbligatorietà del rito [...] più apparente che effettivo»<sup>11</sup>: ammettere «uno spazio di verifica dei presupposti del dovere di agire dai confini tanto estesi quanto evanescenti» potrebbe di fatto «riconduurre la scelta del rito, ancora una volta, nell'alveo della più ampia discrezionalità del pubblico ministero», con il rischio di «legittimare una svalutazione della reale portata della novella»<sup>12</sup>.

<sup>4</sup> In questo senso, v. già Cass., Sez. III, 25 febbraio 2010, P. ed altro, in *C.E.D. Cass.*, 246446: «la scelta del giudizio immediato in luogo del giudizio direttissimo effettuata dal p.m. nei casi di cui all'art. 449, commi 4 e 5, c.p.p., come modificati dal d.l. n. 92 del 2008, non determina alcuna nullità, risolvendosi in una mera irregolarità».

<sup>5</sup> Di questo avviso già MARI, *I casi di arresto del clandestino e questioni di legittimità costituzionale*, in *Dir. e Giust.*, 2002, n. 37, 57, per il quale l'obbligatorietà del giudizio direttissimo «rappresenta un *vulnus* al principio di indipendenza del pubblico ministero, ed in particolare alla sua autonomia in ordine alle modalità di esercizio dell'azione penale, ma deve intendersi riduttiva delle sue garanzie di autonomia ed indipendenza, dedotte dalla giurisprudenza costituzionale in base al coordinamento tra l'art. 107 ult. comma e lo stesso art. 112 della carta fondamentale, una normativa di rango primario che gli imponga le modalità di esercizio di tale azione». Di diverso parere, CURTOTTI NAPPI, *Il "nuovo" giudizio direttissimo e l'ambiguità del "grave pregiudizio per le indagini"*, in AA.VV., *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica* a cura di Lorusso, Padova, 2008, 118 «il margine di discrezionalità del pubblico ministero [...] può restringersi sino a sottrargli la disponibilità di alcuni degli strumenti con cui realizzare la sua discrezionalità, in presenza di interessi costituzionalmente difendibili».

<sup>6</sup> BARAZZETTA-CORBETTA, *Modifiche a disposizioni del c.p.p.*, in AA.VV., *"Decreto sicurezza": tutte le novità* a cura di Spangher, Milano, 2008, 116. Ravvisa «un vero e proprio obbligo di procedere con rito direttissimo in presenza delle condizioni previste (arresto in flagranza e confessione)» anche DE CARO, *op. cit.*, 161.

<sup>7</sup> ALLEGREZZA, *La nuova fisionomia del giudizio direttissimo*, in AA.VV., *Misure urgenti di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008 n. 92 conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125)*, a cura di Mazza, Viganò, Torino, 2008, 264, che sottolinea come «comprimere quel potere d'impulso che è proprio dell'organo dell'accusa ha un forte significato politico», essendo «la scelta della forma rituale più adeguata [...] decisione indubbiamente "qualificata", foriera di cospicue ripercussioni sull'intero giudizio».

<sup>8</sup> BARAZZETTA-CORBETTA, *op. cit.*, 116.

<sup>9</sup> DE CARO, *op. cit.*, 164.

<sup>10</sup> ORLANDI, *op. cit.*, 652. Ritiene che «il grave pregiudizio per le indagini» sia «di difficile delimitazione e conseguentemente di difficile controllo» anche DE CARO, *op. cit.*, 164.

<sup>11</sup> CURTOTTI NAPPI, *op. cit.*, 118. Parla di «obbligatorietà relativa» LORUSSO, *I profili processuali*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 1488.

<sup>12</sup> DI BUGNO, *op. cit.*, 152. Il timore è condiviso da FRIGO, *Rifiuti: meglio prevedere un termine esplicito per l'attività della "superprocura" napoletana*, in *Guida Dir.*, 2008, XXIII, 10 e da BRICCHETTI-PISTORELLI, *Giudizio immediato per chi è già in carcere, ibid.*, XXIII, 80, per i quali la previsione *de qua* «rischia di tradursi in un mero "suggerimento" al titolare dell'azione penale». Sulla circostanza che l'applicazione di tale clausola sfugga al sindacato giurisdizionale, v. le considerazioni di ALLEGREZZA, *op. cit.*, 270 e di AMATO-SANTORIELLO, *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*, Torino, 2009, 44, secondo cui comunque la «mancata osservanza della nuova disposizione — specie se ripetuta o addirittura sistematica — esporrà il magistrato inquirente a responsabilità disciplinare a norma dell'art. 124 c.p.p.».

# Diritto Amministrativo

a cura di ADOLFO ANGELETTI

con ROBERTO CARANTA

## AIUTI DI STATO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, I SEZIONE, 14 ottobre 2010 (in causa C-67/09), pag. 661.

## RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZIONE, 30 settembre 2010 (in causa C-314/09), pag. 664.

**La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?**  
di SALVATORE CIMINI.

## OMESSA DICHIARAZIONE DI MORALITÀ

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 9 novembre 2010, n. 7967, pag. 674.

## DANNO A BENE CULTURALE

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7635, pag. 676.

## OFFERTE ANOMALE

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7631, pag. 679.

## CONCESSIONE EDILIZIA E VICINITAS

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 20 ottobre 2010, n. 7591, pag. 682.

## CRITERI E REQUISITI DI AGGIUDICAZIONE

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 8 ottobre 2010, n. 7346, pag. 684.

## IDONEI DI CONCORSO PUBBLICO

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 1° ottobre 2010, n. 7244, pag. 686.

## NULLA OSTA PAESAGGISTICO

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 27 agosto 2010, n. 5980, pag. 689.

## DASPO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO, ROMA, I SEZIONE TER, 29 ottobre 2010, n. 33070, pag. 692.

## CUMULO OGGETTIVO DI AZIONI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDIA, MILANO, IV SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7139, pag. 695.

## ACCESSO AGLI ATTI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO, ROMA, III SEZIONE TER, 9 ottobre 2010, n. 32736, pag. 696.



Per i testi dei provvedimenti del Consiglio di Stato, del Consiglio di giustizia amministrativa per la regione siciliana e dei Tribunali amministrativi regionali v. [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## AIUTI DI STATO

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, I SEZIONE, 14 ottobre 2010 (in causa C-67/09) — TIZZA-

NO *Presidente* — ILEŠIČ *Estensore* — Nuova Agricast s.r.l. ed altro (avv. Calabrese) - Commissione europea.

**Unione europea — Aiuti di Stato — Decisione di non sollevare obiezioni — Regime transitorio — Du-**

**rata limitata — Necessità — Parità di trattamento e certezza del diritto — Violazione — Non sussiste** (Trattato CE art. 87, n. 3; TFUE art. 107, n. 3).

*La decisione della Commissione di non sollevare obiezioni a fronte di un regime di aiuti di Stato, in applicazione dell'art. 87, n. 3, Trattato CE, costituisce una deroga al principio generale di incompatibilità di detti aiuti con il mercato comune. La sua durata, allora, deve essere limitata nel tempo. Qualsiasi autorizzazione di durata limitata implica per definizione una disparità di trattamento in funzione del fatto che una determinata situazione ricada o meno nella sfera di applicazione temporale della decisione di autorizzazione (1).*



Per il testo della sentenza, v. [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)



(1) La vicenda alla base della controversia, decisa dalla Corte di giustizia, è complicata. È opportuno riassumerla brevemente.

Le due imprese ricorrenti chiedono l'annullamento della sentenza del Tribunale di primo grado delle Comunità europee<sup>1</sup>. Tale sentenza non aveva accolto le domande di risarcimento dei danni asseritamente subiti dalle imprese a causa della decisione della Commissione di non sollevare obiezioni nei confronti di un regime di aiuti agli investimenti nelle aree depresse dell'Italia<sup>2</sup>.

Il legislatore italiano, con la L. 19 dicembre 1992, n. 488<sup>3</sup> come modificata dal D.Lgs 3 aprile 1993, n. 96<sup>4</sup>, aveva introdotto misure finanziarie di sostegno allo sviluppo a favore delle imprese, esercenti determinate attività produttive, in talune aree depresse del paese. La Commissione decideva di non sollevare obiezioni nei confronti di tali aiuti fino al 31 dicembre 1999<sup>5</sup>.

Le spese ammissibili erano quelle sostenute a partire dal giorno successivo alla data di chiusura del bando precedente rispetto a quello a cui si riferiva la domanda. Le imprese, inserite nelle graduatoria regionale, che non avevano potuto ottenere l'agevolazione, data la mancanza di fondi sufficienti, potevano ripresentare, per una sola volta, lo stesso progetto in base al bando immediatamente successivo a quello nel quale la loro domanda era stata presentata senza modificare gli elementi presi in considerazione, oppure rinunciare all'inserimento automatico e ripresentare il progetto riformulando, in tutto o in parte, la domanda al fine di renderla più competitiva senza che tale modifica giungesse a modificare gli elementi sostanziali del progetto. In entrambi i casi erano

mantenute ferme, in punto spese ammissibili, le condizioni previste per le domande originarie.

Le autorità italiane, alla fine del 1999, notificavano alla Commissione un nuovo progetto di regime di aiuti applicabile dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2006 fondato sulla legge n. 488/1992. La Commissione decideva di non sollevare obiezioni al regime e con tale decisione introduceva una disciplina che assicurasse una transizione tra il nuovo regime di aiuti e quello in vigore tra il 1997 e il 1999. Tale disposizione transitoria stabiliva che «soltanto in occasione della prima applicazione del regime in questione, ossia in occasione del primo bando che sarà organizzato in base al regime medesimo, fermo restando che in ogni caso le domande di aiuto devono essere introdotte prima dell'inizio dell'esecuzione del progetto di investimento, saranno eccezionalmente ammesse le domande introdotte in occasione dell'ultimo bando organizzato in base al [regime di aiuti 1997-1999] che sono state considerate ammissibili all'aiuto ma che non sono state evase data l'insufficienza delle risorse finanziarie assegnate a tale bando».

In seguito a tale decisione venivano emanati il decreto 14 luglio 2000<sup>6</sup> e la circolare del 14 luglio 2000<sup>7</sup> al fine di precisare le modalità di esecuzione degli aiuti.

Le due imprese ricorrenti avevano presentato domanda di aiuti nel terzo bando del regime previsto per il biennio 1997-1999. Le domande non erano state evase per mancanza di fondi. Ai sensi del terzo bando le imprese classificate in posizione non utile per ottenere il finanziamento potevano optare o per l'inserimento automatico nel quarto bando oppure potevano riformulare la loro domanda entro i termini di presentazione di un futuro quinto bando. In entrambi i casi sarebbero state mantenute valide le condizioni di ammissibilità delle spese. Le ricorrenti rinunciavano allora all'inserimento automatico nel quarto bando per presentare una domanda riformulata in base al primo bando utile successivo. Tale primo bando vedeva la luce sotto la vigenza del nuovo regime di aiuti, quello valevole dal 2000 al 2006. Le domande riformulate proposte dalle ricorrenti, non potendo beneficiare della disposizione transitoria contenuta nella decisione della Commissione che copriva solo le imprese che avevano partecipato al quarto bando ma non anche a quelle che avevano partecipato al terzo, sono state ritenute irricevibili e non sono state inserite in graduatoria.

Le due imprese hanno proposto, davanti al Tribunale, un ricorso diretto ad ottenere la condanna della Commissione al risarcimento del danno da esse subito a causa della decisione adottata<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Trib. I grado CE, 2 dicembre 2008 (in causa T-362/05 e T 363/05), in *Racc.*, II 297, pubblicazione sommaria (si è deciso di mantenere la denominazione precedente a quella introdotta dal Trattato Lisbona essendo la sentenza del 2008, si ricorda che oggi si parla semplicemente di Tribunale).

<sup>2</sup> Commissione delle Comunità europee (oggi Commissione europea), 12 luglio 2000, aiuti di Stato N 715/99-Italia, in *Gazz. Uff. CE*, C 278, 26.

<sup>3</sup> In *Gazz. Uff.*, n. 299 del 21 dicembre 1992, 3 e rettifica *ivi.*, n. 301 del 23 dicembre 1992, 40.

<sup>4</sup> In *Gazz. Uff.*, n. 79, del 5 aprile 1993, 5.

<sup>5</sup> Commissione delle Comunità europee, 1° marzo 1995 e 21 maggio 1997, aiuti di Stato N 40/95 e N 27/A/97, in *Gazz. Uff. CE*, 1° marzo 1995, C 184, 4, e 8 agosto 1997, C 242, 4.

<sup>6</sup> In *Gazz. Uff.*, n. 166 del 18 luglio 2000, 49.

<sup>7</sup> In Supplemento ordinario alla *Gazz. Uff.*, n. 175 del 28 luglio 2000.

<sup>8</sup> In precedenza le ricorrenti, con altre imprese che si trovavano nella loro medesima situazione, avevano presentato un primo ricorso dinanzi al Tribunale per ottenere l'annullamento della decisione controversa. Il Tribunale con ordinanza del 15 giugno 2005, T 98/04, SIMSA e altri c. Commissione, aveva dichiarato il ricorso irricevibile in quanto proposto dopo la scadenza del termine di due mesi previsto dall'art. 230, comma 5 del Tratt. CE. Una delle due imprese aveva anche proposto ricorso davanti al Tribunale di Roma per ottenere la condanna del Ministero della Attività produttive al risarcimento del danno subito per la mancata erogazione dell'aiuto richiesto. Il Tribu-

Le deroghe al principio del divieto di aiuti devono essere interpretate restrittivamente<sup>9</sup>. Per valutare se un aiuto<sup>10</sup> rientri nella sfera di applicazione temporale della decisione di non sollevare obiezioni a un regime di aiuti è necessario che lo stesso sia stato concesso prima della scadenza di tale decisione. Il discrimine temporale è costituito dall'atto con il quale l'autorità nazionale competente si impegna a concedere l'aiuto<sup>11</sup>.

Date queste premesse il Tribunale ritiene necessario al fine di rientrare nella sfera di applicazione della decisione controversa l'impegno delle autorità nazionali, prima della scadenza dell'autorizzazione concessa con la decisione, ad attribuire gli aiuti alle imprese che li avessero chiesti per la seconda volta.

Il Tribunale esclude che la decisione del 1997 autorizzasse le ricorrenti a presentare una domanda riformulata nell'ambito di un bando pubblicato dopo la scadenza della decisione stessa come invece sostenuto dalle ricorrenti.

Le due imprese impugnano la decisione davanti alla Corte di giustizia sostenendo che la lettura fornita dal Tribunale, con la quale si è sostenuto che la decisione del 1997 non autorizzasse la predisposizione di un bando *ad hoc*, dopo il 31 dicembre 1999, riservato alle imprese cui non era stato possibile presentare domanda nel quarto bando, violi i principi di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto e di parità di trattamento<sup>12</sup>.

La Corte ritiene che la decisione del Tribunale non abbia violato tali principi per le considerazioni che seguono.

Per quanto riguarda la compatibilità tra la decisione della Commissione ed il principio del legittimo affida-

mento<sup>13</sup> nessuno può invocare la violazione di tale principio senza dimostrare l'esistenza di assicurazioni precise, da parte di un'istituzione dell'Unione europea, che abbiano fatto sorgere fondate aspettative al riguardo<sup>14</sup>. Allo stesso modo se un operatore economico, prudente e accorto, è in grado di prevedere l'adozione di un provvedimento idoneo a ledere i suoi interessi, egli non può invocare tale principio nel caso in cui tale provvedimento venga poi effettivamente adottato<sup>15</sup>.

Nel caso concreto la decisione del 1997 indicava una precisa data di scadenza, individuata nel 31 dicembre 1999, per cui deve escludersi che le ricorrenti abbiano avuto dalla Commissione l'assicurazione di poter presentare la loro domanda riformulata dopo la scadenza di tale data. Le ricorrenti, allo stesso modo, non potevano legittimamente aspettarsi che, dopo tale data, la Commissione avrebbe autorizzato un regime di aiuti disciplinato secondo le stesse modalità di quello precedente. Gli operatori economici, infatti, non possono riporre un legittimo affidamento nella conservazione di una situazione esistente che possa essere modificata dalla Commissione nell'ambito del suo potere discrezionale<sup>16</sup>. La Commissione, ai fini dell'applicazione dell'articolo 87, n. 3, Tratt. CE (oggi art. 107, n. 3 del Trattato sul funzionamento dell'UE), dispone di un ampio potere discrezionale il cui esercizio implica valutazioni di ordine economico e sociale che devono essere effettuate a livello di Unione europea<sup>17</sup> e il giudice, nell'effettuare il sindacato di legittimità sull'esercizio di tale potere, non può sostituire la propria valutazione in materia a quella dell'autorità competente ma può solo limitarsi a stabilire se que-

nale, con decisione del 14 giugno 2006 proponeva alla Corte di giustizia questione pregiudiziale relativa alla validità della decisione adottata dalla Commissione. La Corte, con sentenza 15 aprile 2008, C 390/06, Nuova Agricast, in *Racc.*, I, 2577, ha ritenuto che l'esame della questione non rivelasse alcun elemento tale da inficiare la validità della decisione controversa.

<sup>9</sup> Trib. I grado CE, 14 gennaio 2004 (in causa T 109/01), Fleuren Compost/Commissione, in *Racc.*, II 127 punto 75.

<sup>10</sup> In dottrina sugli aiuti di Stato v. *ex multis*: TUFANO, *La disciplina degli aiuti di Stato nell'Unione Europea: dal controllo all'enforcement*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2010, 381 e segg.; LUCHENA, *Diritti degli operatori economici e aiuti di Stato alle imprese*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2004, 1035 e segg.; LARICIA, *Sull'incompatibilità degli aiuti di Stato con il diritto comunitario*, in *Giust. Civ.*, 2003, 271 e segg.; BOSCO, *Gli aiuti di Stato nella normativa comunitaria e nella recente giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Dir. Scambi Internaz.*, 2001, 529 e segg.; HUBER, "Aiuti" ex art. 87 e 88 del Trattato CE 1999 e tutela dell'affidamento nel diritto comunitario e nel diritto amministrativo nazionale, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 321 e segg.; CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, 1259.

<sup>11</sup> Trib. I grado, 14 gennaio 2004, cit., punti 68 e 71-74.

<sup>12</sup> Si ricorda che se un aiuto di Stato viola i principi di parità di trattamento, certezza del diritto o legittimo affidamento, non può essere dichiarato dalla Commissione compatibile con il mercato comune. V. Corte giust. CE, 15 aprile 2008 (in causa C 390/06), Nuova Agricast, cit. punto 51. In tale sentenza la Corte ha escluso che la Commissione, autorizzando il regime transitorio nell'ambito degli aiuti 2000-2006, abbia violato il principio di parità di trattamento.

<sup>13</sup> Si ricorda che qualora la Commissione non avesse adottato le misure opportune a tutelare il legittimo affidamento che

l'operatore economico poteva nutrire sulla disciplina adottata dall'Unione si rende responsabile della violazione di un principio giuridico superiore. V. Corte giust. CE, 22 giugno 2006 (in causa C 182/03 e C 217/03), Belgio e Forum 187/Commissione, in *Racc.*, I 5479.

<sup>14</sup> Corte giust. CE, 24 novembre 2005, C 506/03, Germania/Commissione, non pubblicata, punto 58.

<sup>15</sup> Corte giust. CE, 17 settembre 2009, C 519/07, Commissione/Koninklijke Friesland Campina, in *Racc.*, I 8495, punto 84, su tale pronuncia: ROSSI MACCANICO, *The Koninklijke Friesland Food Case Law: more legal certainty in legitimate expectation*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2008, 112 e segg.; Id., 22 giugno 2006 (in causa C 182/03 e C 217/03), Belgio e Forum 187/Commissione, cit., punti 147-149; Id., 11 marzo 1987 (in causa C 265/85), Van Den Bergh en Jurgens e Van Dijk Food products Lopik/Commissione, in *Racc.*, I 1155, punto 44.

<sup>16</sup> Corte giust. CE, 14 febbraio 1990 (in causa C 350/88), Delacre e altri/Commissione, in *Racc.*, I 395, punto 33. In materia di politica della concorrenza v. Id., 28 giugno 2005, Dansk Rørindustri A/S e altri/Commissione, in *Racc.*, I 5425.

<sup>17</sup> V. Corte giust. CE, 7 marzo 2002 (in causa C 310/99), Italia/Commissione, in *Racc.*, I 2289, punto 45 su tale sentenza v. i contributi di TIRABOSCHI, *Aiuti di Stato e contratti di formazione e lavoro nella decisione della Corte di giustizia del 7 marzo 2002: sentenza annunciata, risultato giusti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2002, 435 e segg. e VALENTINO, *Aiuti statali all'occupazione: quando la precarietà degli stessi rappresenta l'unico affidamento legittimo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, 1263 e segg.; Id., 19 settembre 2000, C 156/98, Germania/Commissione, in *Racc.*, I 6857, punto 67 su tale sentenza si rinvia a RAIMONDI, *Osservazioni in merito ai rapporti tra procedimento di controllo degli aiuti di Stato e procedura di infrazione*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2002, 349 e segg.

st'ultima non sia viziata da errore manifesto o da sviamento di potere<sup>18</sup>.

La precisa indicazione della data di scadenza esclude anche la violazione del principio di certezza del diritto<sup>19</sup> essendo prevedibile che, dopo detta data, nessun bando poteva essere indetto in applicazione del regime valevole per il biennio 1997-1999.

La disparità di trattamento<sup>20</sup> fra le imprese che hanno avuto la possibilità di partecipare una seconda volta e quelle, come le ricorrenti, per le quali tale possibilità è stata esclusa a priori è oggettivamente giustificata.

La decisione della Commissione di non sollevare obiezioni ad un regime di aiuti di Stato, costituendo una deroga al principio generale di incompatibilità degli aiuti con il mercato comune<sup>21</sup>, deve avere una durata limitata nel tempo. La disparità di trattamento è diretta conseguenza di tale limitazione temporale e discende direttamente dal fatto che una determinata situazione ricada o meno nella sfera di applicazione temporale dell'autorizzazione.

## RESPONSABILITÀ DELLA P.A.

CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA, III SEZIONE, 30 settembre 2010 (in causa C-314/09) — LENAERTS *Presidente e Relatore* — Stadt Graz - Strabag AG ed altri.

**Responsabilità civile — Contratti della P.A. — Illegittima aggiudicazione — Risarcimento del danno — Norma nazionale fondata sulla colpa e su una presunzione di colpevolezza della P.A. — Diritto comunitario — Incompatibilità (Dir. 89/665/CEE).**

*Il diritto comunitario (Dir. 89/665/CEE e Dir. 92/50/CEE) osta a una normativa nazionale che subordini il diritto a ottenere il risarcimento del danno per una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione, anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in questione sia incentrata su una pre-*

*sunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (1).*



Per il testo della sentenza, v. [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)



### (1) La colpa è ancora un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.?

**SOMMARIO:** 1. L'incompatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale fondata sulla colpa. — 2. L'ambito di applicazione della responsabilità oggettiva delineata dalla Corte di giustizia. — 3. Il carattere eccezionale della responsabilità oggettiva. — 4. L'incerta natura della responsabilità comunitaria. — 5. Un'interpretazione contro-intuitiva della sentenza in esame. — 6. Colpa professionale e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.

#### 1. L'incompatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale fondata sulla colpa.

L'interrogativo che dà il titolo alla presente nota sorge dopo aver letto la sentenza della Corte di giustizia in commento. In questa decisione il giudice del Lussemburgo afferma a chiare lettere che il diritto comunitario<sup>1</sup> osta a una normativa nazionale che nelle ipotesi di violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di una amministrazione aggiudicatrice subordini il diritto a ottenere il risarcimento dei danni al carattere colpevole di tale violazione, precisando che non sono ammesse né presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione né la possibilità di far valere un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata.

Questa sentenza si inserisce in un solco già tracciato dal giudice del Lussemburgo, il quale da tempo è fermo nel ritenere che si pone in contrasto con il livello minimo di tutela comunitaria quella normativa nazionale che richiede come condizione di risarcibilità la prova di un comportamento colposo o doloso dell'agente<sup>2</sup>. Detto indirizzo giurisprudenziale è stato ri-

<sup>18</sup> Corte giust. CE, 12 dicembre 2002 (in causa C 456/00), Francia/Commissione, in *Racc.*, I 11949, punto 41; Id., 7 marzo 2002 (in causa C 310/99), Italia/Commissione, cit., punto 46. Nella giurisprudenza di primo grado: Trib I grado CE., 13 giugno 2000 (in causa T 204/97 e T 270/97), Epac/Commissione, in *Racc.*, II 2267, punto 97

<sup>19</sup> Principio che implica che la legislazione dell'Unione europea sia certa e che la sua applicazione sia prevedibile. V. Corte giust. CE, 22 giugno 2006 (in causa C 182/03 e C 217/03), Belgio e Forum 187/Commissione, cit., punto 69; Id., 15 febbraio 1996 (in causa C 63/93), Duff e altri, in *Racc.*, I 569, punto 20; Id., 15 dicembre 1987, C 325/85, Irlanda/Commissione, *ivi*, 5041, punto 18.

<sup>20</sup> Il principio di parità di trattamento è diretto ad evitare che situazioni analoghe siano trattate in maniera diversa, salvo che tale diversità sia giustificata. Da ultimo, Corte giust. CE, 17 giugno 2010 (in causa C 413/08) P, Lafarge/Commissione, non ancora pubblicata nella *Racc.*, punto 40.

<sup>21</sup> Tali deroghe devono essere interpretate restrittivamente. V. Corte giust. CE, 23 febbraio 2006 (in causa C 346/03 e C 529/03), Atzeni e altri, in *Racc.*, I 1875, punto 79; Id., 29 aprile 2004 (in causa C 277/00), Germania/Commissione, in *Racc.*, I 3925, punto 20.

<sup>1</sup> In particolare la Dir. 89/665/CEE, come modificata dalla Dir. 92/50/CEE, su cui v., per tutti, in dottrina, MORBIDELLI, *Note introduttive sulla direttiva ricorsi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, 829 e segg. Com'è noto, la recente Dir. 2007/66/CE ha di nuovo modificato le Dirr. 89/665/CEE e 92/13/CEE, con l'intento di migliorare l'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici in modo da garantire l'effettiva applicazione delle Dirr. 2004/18/CE e 2004/17/CE. Sulla Dir. 2007/66/CE v. il commento di BARTOLINI-FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 1093 e segg. Quest'ultima direttiva è stata recepita nel nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 53/2010, il cui contenuto è stato in parte riversato nel codice del processo amministrativo, approvato con il D.Lgs. n. 104/2010. Per un commento al D.Lgs. n. 53/2010 v. BARTOLINI-FANTINI-FIGORILLI, *Il decreto legislativo di recepimento della direttiva ricorsi*, *ivi*, 2010, 638 e segg., e, con particolare attenzione alla tematica del risarcimento dei danni, RENNA, *Il risarcimento dei danni in materia di appalti pubblici dopo il recepimento della «direttiva ricorsi»*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>2</sup> Com'è noto, il giudice comunitario richiede per il risarcimento del danno la sussistenza di una violazione sufficientemente grave e manifesta di una norma del diritto comunitario

badito con fermezza nel 2004, e più di recente nel 2008<sup>3</sup>. Con riferimento alle controversie in tema di appalti pubblici, infatti, nell'ottobre 2004 la Corte di giustizia ha affermato l'incompatibilità con il diritto europeo (segnatamente con la Dir. 89/665/CEE) della disciplina nazionale che subordina il risarcimento del danno alla prova da parte del danneggiato del dolo o della colpa «dei titolari degli organi o degli agenti amministrativi», poiché, in questo modo, il soggetto leso da un atto illegittimo rischia di essere privato della possibilità di essere risarcito per il pregiudizio causato dal provvedimento o di ottenerlo tardivamente a motivo del fatto che non è in grado di fornire la prova del dolo o della colpa<sup>4</sup>.

I giudici italiani, e una parte della dottrina, hanno interpretato la sentenza del 2004 nel senso di ritenere compatibile con la responsabilità comunitaria l'utilizzo di presunzioni semplici, che ammettono la prova contraria<sup>5</sup>. La giurisprudenza nazionale, infatti, ha osservato che dal contesto della pronuncia del 2004 emerge «come il diritto comunitario vieti soltanto di condizionare il risarcimento ad una prova della colpevolezza eccessivamente difficoltosa per il danneggiato»<sup>6</sup>, precisando che tale decisione del giudice del Lussemburgo si riferisce all'onere della prova in relazione all'elemento soggettivo della responsabilità della P.A. e non alla esigenza di accertare la responsabilità prescindendo dalla colpa dell'amministrazione<sup>7</sup>. Per i giudici amministrativi, quindi, la semplificazione dell'onere probatorio, attraverso l'utilizzo di presunzioni semplici, è in grado di rendere i ricorsi rapidi ed efficaci e perciò di superare le limitazioni poste a livello europeo con la Dir. 89/665/CEE, la quale esclude che nel settore degli appalti pubblici i ricorsi intentati dai danneggiati per ottenere il risarcimento possano essere lenti e inefficaci.

Con la sentenza che si annota, però, il giudice del Lussemburgo è stato chiaro e perentorio nel precisare che si pone in contrasto con la normativa comunitaria anche l'utilizzo di presunzioni di colpevolezza in capo all'amministrazione danneggiante.

Non solo: nella sentenza in commento, la Corte di giustizia puntualizza che l'amministrazione non può

far valere nemmeno la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata. In proposito, però, si deve osservare che, in linea generale, il concetto di imputabilità è richiesto per l'illecito della persona fisica, ma sembra di difficile applicazione nei confronti di una persona giuridica, come l'amministrazione pubblica. Quest'ultima, infatti, non può eccepire la mancanza di proprie capacità individuali, essendo per definizione la P.A. e i suoi funzionari esperti nel settore in cui operano. Probabilmente qui si fa riferimento ad una incapacità oggettiva della P.A., dovuta, ad esempio, ad una grave mancanza di personale. Se così è, ci si trova di fronte ad una indicazione che sembra escludere addirittura il ricorso a esimenti di responsabilità come il caso fortuito e la forza maggiore.

## 2. *L'ambito di applicazione della responsabilità oggettiva delineata dalla Corte di giustizia.*

Dalla lettura della sentenza in esame emerge chiaramente che per il giudice comunitario la responsabilità della P.A. è una responsabilità senza colpa, e quindi una responsabilità oggettiva. In questa direzione si è subito orientato anche il nostro giudice amministrativo, il quale ha evidenziato come il requisito della colpa sia destinato a perdere consistenza proprio alla luce della sentenza della Corte di giustizia che qui si annota<sup>8</sup>.

Se questa è l'interpretazione che si ricava dalla sentenza in commento, conviene precisare subito però quale possa essere il suo ambito di applicazione.

Ebbene, considerato che il giudice comunitario riconosce in capo alla P.A. una responsabilità particolarmente grave (il massimo grado di responsabilità possibile, cioè una responsabilità oggettiva), essa dovrebbe applicarsi esclusivamente al settore disciplinato dalle Dirr. 89/665/CEE e 92/13/CEE, vale a dire alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Solo in questo campo, infatti, sembra che si possa giustificare una responsabilità aggravata in capo alla P.A., e questo perché, in detto settore, quello che viene tutelato dall'ordinamento comunitario è il mercato e l'interesse oggettivo alla concorrenza<sup>9</sup>. Come chiarito dal terzo *con-*

preordinata a conferire diritti ai singoli, nonché un nesso causale tra tale violazione e il danno subito dai singoli: in tal senso v., *ex multis*, Corte giust. CE, 23 maggio 1996, in causa C-5/1994, Hedley Lomas Ltd, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 1003, con nota di CARANTA, *Illegittimo diniego di autorizzazione all'esportazione e responsabilità della pubblica Amministrazione alla luce del diritto comunitario*; Id., 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, in *Foro Amm.*, 1997, 1 e segg., con nota di CARANTA, *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario*, 59 e segg.

<sup>3</sup> Il riferimento è a Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, Commissione c. Repubblica Portoghese (in causa C-275/03), in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 36, con commento di PROTTO, *Per il diritto europeo la responsabilità della P.A. non richiede la prova dell'elemento soggettivo*; Id., 10 gennaio 2008, Commissione c. Repubblica Portoghese, in causa C-70/06, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 1.

<sup>4</sup> Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, Commissione c. Repubblica Portoghese, in causa C-275/03, cit. Nella stessa direzione va la sentenza che si annota.

<sup>5</sup> In giurisprudenza seguono questo indirizzo, ad esempio, Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, in *Giur. It.*, 2008,

230; Id., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, *ivi*, 2007, 1275; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 14 marzo 2005, n. 328, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 888. In dottrina v., tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, 37 e segg., spec. par. 5; CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle Amministrazioni pubbliche*, Torino, 2008, 513 e segg. Secondo PROTTO, *op. cit.*, 36 e segg., invece, la richiamata sentenza della Corte di giustizia può costituire l'occasione per il definitivo affermarsi della tesi della responsabilità c.d. da "contatto amministrativo".

<sup>6</sup> Così T.A.R. Sardegna, Sez. I, 14 marzo 2005, n. 328, cit.

<sup>7</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 9 marzo 2007, n. 1114, cit.; Id., Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, cit.

<sup>8</sup> T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 novembre 2010, n. 4552, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 19 novembre 2010, n. 4660, *ibid.*

<sup>9</sup> Sulla concorrenza si vedano i recenti lavori monografici di CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e diritto pubblico*, Milano, 2010; FRACCHIA, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica Amministrazione*, Napoli, 2010; nonché, indicativamente, CAVALLO PERIN-RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325 e segg.; POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di di-*

siderando della Dir. 89/665/CEE, infatti, «l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie di trasparenza e di non discriminazione», per questo occorre che esistano «mezzi di ricorso efficaci e rapidi in caso di violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle norme che recepiscono tale diritto».

È poi lo stesso legislatore comunitario che, al secondo *considerando* della recente Dir. 2007/66/CE, si preoccupa di puntualizzare espressamente che le Dirr. 89/665/CEE e 92/13/CEE, e di conseguenza le garanzie e i principi relativi ai mezzi di ricorso ivi disciplinati, si applicano «unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle Dirr. 2004/18/CE e 2004/17/CE»<sup>10</sup>. Quindi, i principi comunitari richiamati dalla Corte di giustizia dovrebbero applicarsi soltanto alle procedure di aggiudicazione dei contratti, dove maggiormente rileva la concorrenza, e non all'intero settore degli appalti pubblici. Anche se si deve notare che la concorrenza va assicurata sia nella fase di aggiudicazione del contratto, sia nella fase di esecuzione del contratto stesso<sup>11</sup>.

Dunque, pur se invero l'interesse alla tutela della concorrenza si trova anche in altri settori, è l'importanza delle norme sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e il considerevole impatto che la loro violazione comporta su interessi generali e particolari a giustificare una responsabilità oggettiva dell'amministrazione aggiudicatrice, che non ammette l'utilizzo di presunzioni di colpevolezza (del resto, nelle ipotesi di responsabilità senza colpa ammettere presunzioni di colpevolezza non ha senso). In dette fattispecie, l'obiettivo è chiaramente quello di garantire l'effettività delle regole comunitarie sulla concorrenza attraverso ricorsi rapidi ed efficaci. Il rischio che si vuole evitare, cioè, è che l'offerente pregiudicato da una decisione illegittima di un'amministrazione aggiudicatrice, che non vuole o non può più ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, sia privato del diritto di ottenere il risarcimento per il danno causato da tale decisione in tempi certi e rapidi.

Peraltro, si deve evidenziare che il risarcimento rimane un mero rimedio alternativo. La concorrenza, infatti, viene realizzata in pieno solo con l'aggiudicazione dell'appalto al soggetto che legittimamente ne aveva diritto. La stessa Dir. 2007/66/CE sottolinea che l'effettività di tutela è garantita soprattutto da misure dirette ad assicurare la tutela in forma specifica, per questo sono stati rafforzati i mezzi di ricorso volti a garantire l'aggiudicazione del contratto in luogo del risarcimento ed è stato introdotto il c.d. *standstill period*<sup>12</sup>. È proprio perché il rimedio risarcitorio costituisce una mera alternativa alle altre procedure di ricorso, la Corte di giustizia, nella sentenza in esame, rimarca come esso possa considerarsi compatibile con il principio di effettività soltanto se il risarcimento non sia subordinato — così come non lo sono gli altri mezzi di ricorso previsti dall'art. 2, n. 1, Dir. 89/665/CEE — alla constatazione dell'esistenza di un comportamento colpevole tenuto dall'amministrazione aggiudicatrice.

### 3. Il carattere eccezionale della responsabilità oggettiva.

In definitiva, nel "microcosmo" degli appalti pubblici, o meglio delle procedure di aggiudicazione degli stessi, l'ordinamento comunitario è particolarmente attento nell'assicurare il principio di effettività e le esigenze di rapidità e di certezza del diritto, perché, per usare i termini della Dir. 89/665/CEE, l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria rende necessario un aumento notevole delle garanzie.

Negli altri settori in cui opera l'amministrazione pubblica, però, dove l'interesse alla concorrenza non si rinviene o non è così rilevante, e dove non sono così pressanti le esigenze di rapidità e di efficacia dei mezzi di ricorso, non sembra possibile ricondurre la responsabilità del soggetto pubblico nello schema della responsabilità senza colpa.

Infatti, sebbene siano sempre più numerose e autorevoli le voci in dottrina che affermano la natura oggettiva della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.<sup>13</sup>, gli studiosi del diritto civile ci rammentano che lo schema generale di responsabilità che vige

ritto amministrativo nella disciplina antitrust, Torino, 2007; DELLA CANANEA, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazioni elettroniche*, in *Atti del Convegno su Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni*, Firenze, gennaio 2005, in *www.iisa.it*, 135 e segg.; D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. Amm.*, 2004, 705 e segg.

<sup>10</sup> Infatti, la recente Dir. 2007/66/CE, dopo aver chiarito, al primo *considerando*, che «le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE mirano a garantire l'effettiva applicazione delle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE», puntualizza, al secondo *considerando*, che le «direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE pertanto si applicano unicamente alle procedure di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE, come interpretate dalla Corte di giustizia delle Comunità europee a prescindere dalla procedura di evidenza pubblica utilizzata e dai mezzi con cui si indice una gara, compresi i concorsi di progettazione, i sistemi di qualificazione e i sistemi dinamici di acquisizione».

<sup>11</sup> Secondo CAVALLO PERIN-RACCA, *op. cit.*, 330 e 332, la disciplina sulla concorrenza si è espressa per tradizione nella fase di scelta del contraente, ma empiricamente si è rilevato che

la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, poiché la ragione dell'aggiudicazione è tralasciata dall'inesatta o infedele esecuzione contrattuale.

<sup>12</sup> Sul punto v. BARTOLINI-FANTINI, *La nuova direttiva ricorsi*, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 1093 e segg.; BARTOLINI, *Commento sub art. 340 Trattato UE*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità* a cura di Bartolini, Fantini, Ferrari, Roma, 2010, 45 e seg.

<sup>13</sup> In questa direzione, pur se con diverse ricostruzioni, v. ZITO, *Il danno da illegittimo esercizio della funzione amministrativa. Riflessioni sulla tutela dell'interesse legittimo*, Napoli 2003; GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'Amministrazione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 1060 e segg.; ID., *La responsabilità dell'Amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, 2005, 1 segg.; FOLLIERI, *Il modello di responsabilità per lesione di interessi legittimi nella giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo: la responsabilità amministrativa di diritto pubblico*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 18 e segg.; VALAGUZZA, *Percorsi verso una «responsabilità oggettiva» della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2009, 50 e segg.; COMPORI, *Il cittadino viandante tra insidie e trabocchetti: viaggio alla ricerca di una tutela risarcitoria pratica-*



nel nostro ordinamento è quello della responsabilità per colpa<sup>14</sup>. Per cui, una nuova ipotesi di responsabilità oggettiva, pur non essendo impraticabile, sembra necessitare di una espressa previsione legislativa<sup>15</sup>. E attualmente, nel nostro ordinamento, se si esclude il settore degli appalti, dove si può ipotizzare di trovare un riferimento normativo indiretto alla responsabilità oggettiva nel diritto comunitario, non esiste alcun agganancio normativo idoneo a giustificare in tema di responsabilità una differenziazione tra la posizione della pubblica amministrazione e quella degli altri soggetti dell'ordinamento, di guisa che, anche con riferimento agli enti pubblici, non è dato prescindere dal requisito soggettivo della responsabilità<sup>16</sup>.

Anzi, il recente legislatore ha previsto espressamente la necessità dell'elemento soggettivo nelle ipotesi di responsabilità di danno da ritardo, disciplinate dall'art. 2 *bis* della legge n. 241/1990.

Un ulteriore ostacolo ad accedere ad una responsabilità oggettiva, senza che vi sia un esplicito richiamo legislativo, si potrebbe rinvenire nel principio di eguaglianza, scolpito nell'art. 3 della nostra Costituzione<sup>17</sup>.

Giova sottolineare, altresì, che sembra problematico pure attribuire una natura pubblicistica alla responsabilità della P.A., dal momento che l'art. 28 Cost., vale a dire l'unica disposizione della nostra Carta fondamentale che si occupa espressamente di responsabilità (segnatamente di quella dei dipendenti pubblici), contie-

ne un esplicito richiamo al diritto civile. Com'è noto, infatti, la citata norma costituzionale dispone che i funzionari e i dipendenti pubblici sono chiamati a rispondere secondo le leggi «civili»<sup>18</sup> degli atti compiuti in violazione di diritti e statuisce che la loro «responsabilità civile» si estende allo Stato e agli enti pubblici. La formulazione dell'art. 28 Cost., pertanto, sembra legittimare l'applicazione della disciplina codicistica alla responsabilità dell'amministrazione pubblica<sup>19</sup>.

D'altra parte, i principi comuni in tema di responsabilità si applicano agli enti pubblici se non esistono leggi speciali che vi derogano ovvero se non vi siano ragioni di incompatibilità<sup>20</sup>.

E, con riguardo all'attività provvedimentale della P.A., non sembrano profilarsi particolari incompatibilità: il diritto comune deve essere meramente «adattato» all'amministrazione, dovendosi necessariamente tener conto della particolare attività posta in essere dal soggetto pubblico e del fatto che esso deve perseguire le finalità di pubblico interesse tramite un'attività procedimentalizzata.

Quanto al limite costituito dalle leggi speciali, è proprio la scarna formulazione della disciplina legislativa che riconosce l'azione di condanna in capo al giudice amministrativo, prevista oggi dall'art. 30 D.Lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo) e prima dalle disposizioni legislative del biennio 1998-2000, a non legittimare l'interprete ad avventurarsi ver-

*bile*, in *Dir. Amm.*, 2009, 663 e segg.; si avvicina ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva della P.A. anche SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'Amministrazione tra realtà e uguaglianza*, *ibid.*, 580 e segg.

<sup>14</sup> In tal senso, indicativamente, BIGLIAZZI GERI-BRECCIA-BUSNELLI-NATOLI, *Diritto civile*, III, *Obbligazioni e contratti*, Torino, 1992, 684, secondo cui nel vigente sistema di responsabilità civile la «regola generale è imprescindibilmente fondata sul principio della colpa, assunta nel suo ruolo di criterio unico di imputazione della responsabilità per tutti i danni ingiusti derivanti da fatti che non trovano (né direttamente né indirettamente) la loro disciplina in una previsione normativa speciale».

<sup>15</sup> Sottolineano la tipizzazione delle ipotesi di responsabilità oggettiva, tra gli altri, BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato italiano*, Torino 1949, II, 736; RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli 1992, 751; CARRÀ, *L'esercizio illecito della funzione pubblica. Fondamento, presupposti e regime*, Torino, 2005, 89 e segg., spec. 96.

<sup>16</sup> In tal senso Cass., Sez. III, 9 febbraio 2004, n. 2424, in *Giur. It.*, 2004, 1729. Ha ribadito la necessità della presenza della colpa anche Cass., Sez. III, 3 settembre 2007, n. 18511, in *Danno e Resp.*, 2008, 761 e segg., con nota di GIAZZI, *Colpa della pubblica Amministrazione e responsabilità aquiliana*. Da ultimo, riafferma la «necessità della prova specifica e dell'accertamento in concreto della colpa dell'agente in tema di risarcibilità del danno da interessi legittimi» Cass., Sez. III, 28 ottobre 2010, n. 22021, in *www.lexitalia.it*. Pure il giudice amministrativo ha avuto modo di puntualizzare che nell'assetto attuale non è possibile far ricorso a forme di imputazione oggettiva, ma occorre restare ancorati all'interno del sistema di responsabilità civile: v., ad esempio, Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, in *Giur. It.*, 2001, 2163. E anche quando una giurisprudenza minoritaria ha aderito ad un modello di responsabilità di stampo pubblicistico, svincolandosi così dalle maglie del diritto privato, ha sempre ritenuto come indefettibile la presenza del requisito della colpevolezza: il riferimento è a Id., Sez. VI, 14 marzo 2005, n. 1047, in *Urbanistica e Appalti*, 2005, 1060, con nota di GAROFALO, *Verso un modello autonomo di responsabilità dell'Amministrazione*. Anche la Consulta, con riguardo all'illecito extracontrattuale delle P.A. da illegittima attività provvedimenta-

le, ha affermato la necessità di accertare in concreto la sussistenza della colpa del soggetto pubblico: v. Corte cost., 7 aprile 2006, n. 149 (ord.), in *Giur. Cost.*, 2006, 1376.

<sup>17</sup> Ritiene il principio di eguaglianza fondamento e misura della responsabilità della pubblica amministrazione CARIOLO, *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, par. 3.

<sup>18</sup> L'art. 28 Cost., com'è ben noto, richiama anche le leggi penali e amministrative.

<sup>19</sup> Come notato da CARRÀ, *op. cit.*, 127. In questo senso già CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, 3<sup>a</sup> ed., Torino 2006, 371, secondo cui, in virtù del richiamato rinvio, la responsabilità civile degli agenti pubblici e quella della P.A. sono, almeno tendenzialmente, disciplinate dalle stesse regole che valgono nei rapporti tra privati. Anche per TORCHIA, *La responsabilità, in Istituzioni di diritto amministrativo* a cura di Cassese, Milano 2004, 365, con il richiamo alle leggi civili, l'art. 28 Cost. «conferma che la responsabilità della pubblica amministrazione trova la sua base giuridica nel codice civile e conosce la stessa articolazione della responsabilità dei privati in responsabilità precontrattuale, contrattuale ed extracontrattuale». Attenta dottrina, però, configura la responsabilità da attività provvedimentale della P.A. come una responsabilità oggettiva di diritto pubblico slegata dai moduli civilistici: v., pur se con argomentazioni diverse, ZITO, *op. cit.*, *passim*; ID., *Il problema della colpa nella tutela risarcitoria degli interessi legittimi: spunti ricostruttivi*, in AA.VV., *Studi economici-giuridici. In memoria di Franco Ledda*, II, Torino, 2004, 1381 e segg.; FOLLIERI, *op. cit.*, 18 e segg.; GAROFALO, *La responsabilità dell'Amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, cit., 1 segg.

<sup>20</sup> Sottolinea questo aspetto CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione nel diritto italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1988, 1086 e segg. Perspicuamente CORSO, *op. cit.*, 376, afferma che anche «se fra le leggi possono esservene alcune che riguardano specificamente la pubblica amministrazione o singole amministrazioni e che prevedono deroghe al diritto comune, è certo che il diritto comune è la regola: con la conseguenza che le eventuali deroghe devono trovare una giustificazione rispetto ai modelli, peraltro largamente differenziati, offerti dal codice civile».

so una nuova figura di responsabilità *sui generis*. Operazione che, viceversa, trova una sua giustificazione nel caso della responsabilità amministrativa e contabile, che può a ragione essere qualificata una responsabilità di diritto speciale<sup>21</sup>, giacché essa trova nell'art. 1 della legge n. 20/1994 una dettagliata e peculiare disciplina<sup>22</sup>.

Pertanto, come notato da tempo da un'attenta dottrina, non sussiste alcuna valida ragione per escludere che i principi generali posti dal codice civile in materia di obbligo di risarcimento per danno ingiusto si applichino anche alle amministrazioni pubbliche, neppure quando il danno consegua a una attività di diritto pubblico degli enti medesimi<sup>23</sup>. È il carattere unitario del nostro sistema positivo ad avvalorare siffatta tesi.

Senza dire poi che diversi sono gli inconvenienti di una responsabilità oggettiva: primo fra tutti un insostenibile esborso per le finanze pubbliche e un certo effetto di *overdeterrence* che rischierebbe di bloccare l'attività amministrativa, per non citarne altri. Oltretutto, se si passa da una responsabilità per colpa a una responsabilità oggettiva, arrivando a far pagare alle amministrazioni pubbliche tutti i danni connessi all'illegittimo esercizio del potere, ci si sposta dal concetto di «responsabilità» a quello di «solidarietà sociale»<sup>24</sup> o di «socializzazione del rischio»<sup>25</sup>. Sarebbe una scelta politica difficile da seguire e da attuare in un paese, come il nostro, che ha un debito pubblico tra i più alti al mondo.

Le difficoltà di applicare rigorosamente un sistema oggettivo di responsabilità per le amministrazioni pubbliche emergono anche dall'esperienza spagnola, il paese europeo dove tale tipo di responsabilità è espressamente previsto a livello legislativo. Ebbene, in Spagna la colpa, cacciata legislativamente dalla porta, rientra dalla finestra, grazie all'opera di una parte della giurisprudenza e della dottrina. Non di rado, infatti,

attraverso l'elemento dell'antigiuridicità (e talvolta del nesso causale), una parte della giurisprudenza e della dottrina di quel paese, pur rimanendo formalmente fedele al carattere oggettivo della responsabilità della P.A., di fatto finisce con l'avvicinarla ad uno schema di responsabilità per colpa<sup>26</sup>.

In definitiva, pare ragionevole ritenere che nel nostro ordinamento la responsabilità della P.A. per i danni cagionati dall'illegittimo esercizio della funzione non possa che rimanere attratta nell'orbita civilistica, almeno fino a quando non ci sarà una espressa e compiuta disciplina legislativa che indichi e costruisca per le amministrazioni pubbliche un regime diverso.

Di conseguenza, di responsabilità oggettiva della P.A. si può parlare oggi, dopo la sentenza della Corte di giustizia in esame, certamente con riferimento ai danni conseguenti alla violazione della normativa sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Ma, al di fuori del "microcosmo" degli appalti, nel nostro ordinamento sembra difficile ricondurre la responsabilità della P.A. per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere ad uno schema di responsabilità senza colpa.

#### 4. *L'incerta natura della responsabilità comunitaria.*

Quanto detto nel paragrafo precedente trova conferma nel fatto che anche in ambito comunitario la responsabilità è subordinata alla dimostrazione della violazione grave e manifesta<sup>27</sup>.

Pertanto, e più in generale, ci si deve chiedere se la responsabilità voluta dall'ordinamento comunitario sia realmente una responsabilità oggettiva. Sicuramente la Corte di giustizia non subordina *expressis verbis* la responsabilità della P.A. alla prova dell'elemento soggettivo. Il che non significa, però, che per i giudici europei la colpa non rilevi affatto, posto che per il risarcimento del danno essi richiedono, come detto, il

<sup>21</sup> Come fa POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in *La responsabilità amministrativa e il suo processo* a cura di Scoca, Padova 1997, 61 e segg.

<sup>22</sup> Sul punto sia consentito rinviare a CIMINI, *La responsabilità amministrativa e contabile. Introduzione al tema ad un decennio dalla riforma*, Milano, 2003.

<sup>23</sup> CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953, 106 e seg. Anche CANNADA BARTOLI, *Introduzione alla responsabilità della pubblica Amministrazione in Italia*, in *La responsabilità della pubblica amministrazione* a cura del medesimo autore, Torino, 1976, 29, ritiene «che la responsabilità civile della P.A. dev'essere esaminata, dallo studioso e dal giudice, secondo la tecnica che si trae dalle norme comuni; salvo diversa disciplina». Nella medesima direzione, tra gli altri, MAGGIOLO, *Responsabilità della pubblica Amministrazione per danni non patrimoniali?*, in *Studium Iuris*, 2005, 736; LAMORGESE, *Interessi oppositivi e responsabilità «civile» della P.A.*, in *Corriere Giur.*, 2005, 1222.

<sup>24</sup> In questo senso, pur se con riferimento agli incidenti medici, sembra andare BELL, *La responsabilità del governo: alcune riflessioni comparate*, in AA.VV., *Verso un'Amministrazione responsabile*, Milano, 2005, 34.

<sup>25</sup> Secondo il rapporto annuale 2005 del *Conseil d'État* francese, dal titolo *Responsabilité et socialisation du risque*, l'estensione della responsabilità *sans faute* partecipa al movimento di socializzazione del rischio e alla evoluzione generale verso una responsabilità allargata dei soggetti pubblici. Si è occupato del tema DELFINO, *Responsabilità e socializzazione del rischio*, in *www.giustamm.it*, 2, 2006, il quale, con riferimento alla «socializzazione del rischio», chiarisce che si tratta «di una locuzione che è espressione di una solidarietà allargata e che risponde all'idea che esistono certi rischi sociali il cui peso sarebbe ingiusto che fosse lasciato gravare soltanto sulle vittime senza ripartirlo sulla collettività, attesa l'impossibilità per queste ultime di premunirsi contro di esse». Sul punto non si può che rinviare a TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; nonché a CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

lizzazione del rischio», chiarisce che si tratta «di una locuzione che è espressione di una solidarietà allargata e che risponde all'idea che esistono certi rischi sociali il cui peso sarebbe ingiusto che fosse lasciato gravare soltanto sulle vittime senza ripartirlo sulla collettività, attesa l'impossibilità per queste ultime di premunirsi contro di esse». Sul punto non si può che rinviare a TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961; nonché a CALABRESI, *Costo degli incidenti e responsabilità civile*, Milano, 1975.

<sup>26</sup> In argomento v. AVELINO BLASCO ESTEVE, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, 2ª ed., Madrid, 1985, 226 e segg. Fa rientrare la colpa in gioco per mezzo del nesso causale LEGUINA VILLA, *Prólogo a M. Beladiez Rojo, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Madrid, 1997, secondo il quale se non vi è colpa non vi è, in definitiva, nesso causale. Su questi aspetti, nonché per ulteriori indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali, si rinvia allo scritto di BRIANI, *Problemi, tendenze e prospettive della responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione in Spagna*, in *Dir. Pubbl.*, 2006, 278 e segg., la quale conclude la sua indagine osservando che l'attenzione e gli sforzi dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in Spagna sono in larga parte tesi a ridimensionare o attenuare il carattere oggettivo della responsabilità pubblica (285).

<sup>27</sup> Peraltro, da tempo la dottrina ha notato come la responsabilità delle istituzioni comunitarie sia intesa in maniera più attenuata rispetto a quella degli Stati: v., ad esempio, MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2001, 63.

presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata.

Non a caso, sul punto esiste un acceso dibattito dottrinale, che ricorda un po' quello nostro interno sulla rilevanza o meno dell'elemento soggettivo nella responsabilità contrattuale: da un lato, c'è chi sostiene la tesi della responsabilità oggettiva<sup>28</sup>; dall'altro, c'è chi non esclude la rilevanza della colpa anche nella responsabilità comunitaria<sup>29</sup>. Tra le due posizioni si pone chi parla di sistema semi-oggettivo di responsabilità<sup>30</sup>; chi osserva che la sussistenza del dolo o della colpa non costituisce presupposto imprescindibile della responsabilità comunitaria<sup>31</sup>; chi ritiene che il giudizio sulla violazione grave e manifesta debba svolgersi alla luce del parametro oggettivo dell'obbligo di correttezza<sup>32</sup>; chi esclude che la colpa possa costituire un elemento ulteriore e aggiuntivo rispetto alla violazione grave e manifesta, ma non qualifica come obiettiva la responsabilità di cui si discorre assumendo che elementi soggettivi attinenti alla diligenza possano concorrere alla valutazione del carattere grave e manifesto della violazione<sup>33</sup>; e così via.

A ben vedere, la tesi della responsabilità oggettiva sembra essere implicitamente smentita dalla stessa Corte di giustizia, quando afferma che «determinati elementi obiettivi e subiettivi riconducibili alla nozione di colpa nell'ambito di un ordinamento giuridico nazionale sono pertinenti per valutare se una violazione del diritto comunitario sia o no manifesta e grave». Anche se subito dopo la Corte si affretta a precisare i confini dell'illecito comunitario, chiarendo che «l'obbligo di risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di colpa imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la nozione grave e manifesta»<sup>34</sup>.

Dunque, per il giudice del Lussemburgo non tutte le violazioni del diritto comunitario portano alla condanna dell'autorità, ma solo alcune di esse, quelle gravi e manifeste. E, sempre secondo il giudice comunitario, la violazione grave e manifesta può essere individuata attraverso indici non solo oggettivi, ma anche soggettivi, come il carattere intenzionale o involontario della trasgressione, l'errore scusabile, e così via<sup>35</sup>. Pertanto, non si può escludere la rilevanza della colpa, o di qualcosa di simile, anche nella responsabilità comunitaria.

Solo in alcune limitate fattispecie si può effettivamente parlare di responsabilità oggettiva: ad esempio, allorché la violazione del diritto comunitario venga posta in essere nonostante ci sia una pronuncia di una sentenza o una giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia in materia<sup>36</sup>. Per il giudice del Lussemburgo, infatti, la mancata osservanza dei precedenti giurisprudenziali costituisce in ogni caso una trasgressione sufficientemente caratterizzata. In questa eventualità si ha una presunzione assoluta di colpevolezza che non ammette la prova contraria e si può perciò a ragione parlare di responsabilità oggettiva.

Un'altra fattispecie di responsabilità oggettiva può rinvenirsi nella mancata attuazione entro i termini stabiliti di una direttiva che ingenera diritti a favore dei singoli il cui contenuto può essere identificato sulla base delle disposizioni della direttiva: per il giudice comunitario, difatti, la mancanza di qualsiasi provvedimento di attuazione di una direttiva per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima entro il termine a tal fine fissato costituisce di per sé una violazione grave e manifesta del diritto comunitario<sup>37</sup>.

Anche nell'ipotesi di attività vincolata o dove la discrezionalità è molto ridotta, lo spazio per la colpa

<sup>28</sup> Ad esempio FINES, *Quelle obligation de rapar pour la violation du droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, 90; SENKOVIC, *L'évolution de la responsabilité de l'Etat législateur sous l'influence du droit communautaire*, Bruxelles, 2000, 142.

<sup>29</sup> In tal senso v., indicativamente, CARTEI, *La Corte di giustizia e la responsabilità dello Stato per violazione di norme comunitarie: una nuova pronuncia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 741 e seg. In questa direzione sembra andare anche FALCON, *La tutela giurisdizionale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* a cura di Chiti, Greco, *Parte generale*, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, 743. Rinviene nella violazione grave e manifesta il carattere colposo della responsabilità delle istituzioni comunitarie pure VENTURINI, *Commento sub art. 288 CE*, in *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea* a cura di Pocar, Milano, 2001, 975; nonché DI MAJO, *Responsabilità e danni nelle violazioni ad opera dello Stato*, in *Europa e Dir. Priv.*, 1998, II, 776; CALZOLAIO, *L'illecito dello Stato tra diritto comunitario e diritto interno. Una prospettiva comparata*, Milano, 2004, 54, secondo il quale «per la Corte di giustizia in realtà non è in discussione se la responsabilità si fonda sulla colpevolezza (la Corte sembra quasi presupporlo); si tratta invece di precisare quale contenuto rivesta tale nozione». V., altresì, FERRI, *La tutela risarcitoria del diritto comunitario degli appalti pubblici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, 1265, il quale dà risalto addirittura al dolo, ritenendo che c'è un allineamento della disciplina comunitaria «alla regola britannica, che ammette la responsabilità per danni della pubblica Amministrazione solo quando l'atto, oltre ad essere illegittimo, è anche arbitrario ed espressione di un *animus nocendi* del funzionario nei confronti dell'amministrato».

<sup>30</sup> LAZARI, *Modelli e paradigmi della responsabilità dello Stato*, Torino, 2005, 279, il quale ritiene che ci sia «un sistema

semi-oggettivo di responsabilità, che ruota attorno al concetto di violazione sufficientemente caratterizzata. La categoria della responsabilità oggettiva è relegata solo a determinate fattispecie di violazione *in re ipsa*: per esempio la violazione di una direttiva».

<sup>31</sup> D'ORSOGNA, *La tutela risarcitoria dinanzi al giudice amministrativo*, in *Processo amministrativo e diritto comunitario* a cura di Picozza, Padova, 2003, 636, per il quale la presenza dell'elemento soggettivo può integrare, in alternativa ad altri elementi (quali la minore ampiezza dei poteri riconosciuti all'autorità nazionale), il requisito della violazione grave e manifesta.

<sup>32</sup> BARTOLINI, *op. cit.*, 44.

<sup>33</sup> PECCHIOLI, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2001, 363.

<sup>34</sup> Il riferimento è a Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factor-tame*, cit., punti 78-79.

<sup>35</sup> Ritiene che il richiamo fatto dalla Corte di giustizia a questi caratteri psichici non costituisca un'adesione alla concezione soggettiva della responsabilità, ma unicamente «uno dei criteri di valutazione della gravità della violazione, accanto ad altri che rimangono oggettivi», PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, Milano, 1997, 520 e seg.

<sup>36</sup> È questa la conclusione cui perviene BARTOLINI, *Il risarcimento del danno tra giudice comunitario e giudice amministrativo. La nuova tutela del c.d. interesse legittimo*, Torino, 2005, 213.

<sup>37</sup> Questo principio si trova affermato in Corte giust. CE, 24 settembre 1998, *Brinkmann Tabakfabriken*, in causa C-319/96, in *Racc.*, 1998, 5255; Id., *Seduta plenaria*, 8 ottobre 1996, nelle

sembra non esserci: in questo caso, l'attività dell'autorità si avvicina molto ad un *obligation de résultat*. Ma, in tale ultima eventualità, l'esame della giurisprudenza ci porta a escludere che ci si trovi di fronte ad una responsabilità oggettiva, dato che non di una presunzione assoluta di colpevolezza si tratta, ma di una presunzione relativa che ammette la prova contraria.

Dunque, al di fuori delle richiamate ipotesi in cui è confinata la responsabilità oggettiva, fattispecie che sono tra l'altro da ricondurre ad eventualità in cui il potere discrezionale dell'autorità è insussistente, nell'illecito comunitario sembra esservi spazio per la colpa: basti pensare che non sempre la violazione della normativa comunitaria comporta il diritto ad essere risarciti. Per la Corte di giustizia l'importante è che non si fuoriesca dal recinto della «violazione manifesta e grave» e che si aderisca ad una nozione «oggettiva» di colpa che non postuli alcuna indagine sulle intenzioni dell'autorità che ha violato la legalità comunitaria<sup>38</sup>.

Con la sentenza che si annota, il giudice comunitario ha individuato una nuova fattispecie tipizzata di comportamento non corretto che realizza una violazione grave e manifesta, configurando così un ulteriore caso di responsabilità oggettiva, che scatta nelle ipotesi di violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice. L'inosservanza della normativa sulle procedure di aggiudicazione degli appalti, infatti, viene sempre considerata dal diritto europeo una violazione sufficientemente caratterizzata, che non ammette prova contraria, essa perciò non può che essere ricondotta nello schema della responsabilità senza colpa.

Questa precisazione della giurisprudenza comunitaria è importante per il nostro giudice nazionale, il quale, com'è noto, è tenuto ad applicare direttamente il paradigma di illecito individuato dalla Corte di giustizia nelle ipotesi di violazioni rilevanti per il diritto comunitario. L'autorità giurisdizionale domestica può applicare il diritto interno solo se la disciplina nazionale sulla responsabilità si pone al di sopra della soglia di tutela minima stabilita a livello comunitario<sup>39</sup>. Ma se lo *standard* richiesto dalla Corte di giustizia è quello

della responsabilità oggettiva, non è possibile individuare forme di tutela che si pongano al di sopra di tale soglia. Nelle procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici, pertanto, il modello di responsabilità dovrà prescindere dal requisito della colpevolezza. E ciò dovrà avvenire sicuramente nelle ipotesi di appalti sopra soglia comunitaria, ma è auspicabile e opportuno che lo stesso accada anche nei casi di appalti sotto soglia, per evitare che si formi nello stesso settore un sistema duale di responsabilità.

Tra l'altro, trattandosi di responsabilità oggettiva, non sembra nemmeno ipotizzabile la riconducibilità dei pregiudizi derivanti dalla violazione della normativa sugli appalti nello schema della responsabilità contrattuale, dove pure, secondo alcuni in dottrina, la colpa ha un qualche ruolo, soprattutto nelle obbligazioni di mezzi<sup>40</sup>.

Nel campo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si potrebbe parlare di colpa probabilmente nelle ipotesi di responsabilità da atto legittimo, per violazione dei generali doveri di correttezza e buona fede nel corso delle trattative negoziali. Il giudice amministrativo, infatti, ha configurato una responsabilità precontrattuale *ex art. 1337 c.c. in capo alla P.A.* nei casi di revoca legittima dell'aggiudicazione definitiva, condannando l'Amministrazione per aver tenuto un comportamento contrario ai doveri di correttezza e buona fede (ad esempio, perché ha emanato l'atto di revoca in modo legittimo ma con colpevole ritardo)<sup>41</sup>. A ben vedere, però, in queste fattispecie non vi è una violazione della disciplina sugli appalti, visto che il provvedimento dell'amministrazione è legittimo. L'illegittimità è riferibile al comportamento, ossia all'attività della P.A., che con ingiustificato ritardo assume una legittima determinazione in via di autotutela. Peraltro, al di là delle ipotesi di ritardo, nei casi di danni provocati da atto legittimo, quando il danno non è ingiusto perché non vi è illegittimità, è da ritenere che si debba far ricorso a forme di indennizzo, come previsto dall'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, piuttosto che al risarcimento del danno, almeno se si aderisce alla natura aquiliana della responsabilità da attività provvedimento della P.A.<sup>42</sup>

cause riunite C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 e C-190/94, Dillenkofer, in *Giur. It.*, 1997, I, 1, 1009. Sul punto v. DELLA CANANEA, *La Corte di giustizia e i rimedi contro le omissioni del legislatore*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, 827, che sottolinea come sul legislatore nazionale incombono «obblighi di risultato assai stringenti, che ne restringono la discrezionalità, fin quasi ad escluderla del tutto»; CALZOLAIO, *op. cit.*, 42.

<sup>38</sup> Come notato da TORCHIA, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, in *Diritto amministrativo comparato* a cura di Napolitano, Milano, 2007, 279, «l'ordinamento comunitario tende a far prevalere un criterio di oggettivazione della colpa, corretto, però, mediante la condizione della violazione sufficientemente qualificata, con la necessità di verificare, volta per volta, le specifiche circostanze — ivi compreso l'elemento soggettivo — della situazione rilevante».

<sup>39</sup> Sul punto la giurisprudenza comunitaria è chiara: v. Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, Brasserie du Pêcheur e Factortame, *cit.*, punto 66, secondo cui le condizioni da essa individuate «sono necessarie e sufficienti per attribuire ai singoli un diritto al risarcimento, senza tuttavia escludere che la responsabilità dello Stato possa essere accerta-

ta, a condizioni meno restrittive, sulla base del diritto nazionale».

<sup>40</sup> Sul ruolo che la colpa svolge nella responsabilità contrattuale sia consentito rinviare a CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, *cit.*, 45 e segg., *ivi* i necessari riferimenti dottrinali. Si sofferma sul rapporto tra art. 1218 c.c. e colpa anche FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'Amministrazione pubblica*, Napoli, 2009, 20 e segg.

<sup>41</sup> T.A.R. Lazio, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 76, in *Foro Amm.* TAR, 2007, 135 e segg., con nota di CAPUTI JAMBRENGHI, *Assorbimento dell'indennizzo da revoca dell'aggiudicazione e responsabilità precontrattuale dell'Amministrazione*; Id. Lombardia, Sez. II, 2 ottobre 2003, n. 4503, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 527, con nota di CORTESE, *Ancora sulla responsabilità precontrattuale della P.A.: prove tecniche di giudizio ed ipotesi ricostruttive*, 544 e segg.; Cons. di Stato, Sez. IV, 19 marzo 2003, n. 1457, in *Urbanistica e Appalti*, 2003, 943 e segg., con nota adesiva di RACCA, *Comportamento scorretto, atto legittimo e responsabilità della pubblica Amministrazione*, 944 segg.

<sup>42</sup> Secondo MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «Trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001, 275, il provvedimento che legittimamente disattenda un affidamento è

E ancora, il giudice amministrativo ha affermato la rilevanza della colpa dell'amministrazione nella responsabilità per i danni derivanti dall'esecuzione di un appalto pubblico. Segnatamente, il Consiglio di Stato, facendo leva sulla c.d. *culpa in eligendo* (mancato controllo prima e nel corso dell'esecuzione dei lavori), ha ritenuto il committente (cioè l'amministrazione pubblica) corresponsabile in via diretta con l'appaltatore per i danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'appalto<sup>43</sup>. Anche in questo caso, però, si tratta, com'è di tutta evidenza, di una fattispecie diversa rispetto a quella presa in considerazione dalle direttive ricorsi, non concernente, cioè, le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

##### 5. *Un'interpretazione contro-intuitiva della sentenza in esame.*

L'interpretazione sopra prospettata della sentenza in commento — secondo cui l'inosservanza della normativa sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici configura sempre una violazione grave e manifesta — sembra essere quella più convincente e intuitiva.

Si potrebbe però avanzare anche una lettura diversa, per così dire, contro-intuitiva, della sentenza in esame: e cioè che, anche nelle ipotesi in cui l'amministrazione pubblica ponga in essere una violazione della normativa sugli appalti, per configurare la responsabilità della P.A. sia necessario dimostrare la sussistenza del presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata. Si potrebbe ritenere, in altre parole, che la violazione grave e manifesta non si realizzi *in re ipsa* con la mera inosservanza della disciplina sulla aggiudicazione dei contratti, ma debba essere dimostrata caso per caso alla stregua dei criteri fissati dallo stesso giudice comunitario.

Se si seguisse quest'ultima via interpretativa, nel nostro ordinamento non si avrebbero grossi cambiamenti rispetto alla situazione attuale, dal momento che è proprio dal parametro della violazione sufficientemente caratterizzata che ha preso spunto il nostro giudice amministrativo nell'individuare gli indici dell'errore scusabile che escludono la responsabilità della P.A.

A tal proposito, giova ricordare che per il giudice

europeo i criteri che rendono la violazione «manifesta e grave» sono «il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario»<sup>44</sup>. Nelle altre ipotesi di attività più complessa il giudice comunitario, invece, esclude la violazione grave e manifesta e quindi nega la responsabilità del soggetto pubblico. Così, ad esempio, la Corte di giustizia ha ritenuto che non integra gli estremi di una violazione grave e manifesta l'erronea applicazione di una norma comunitaria ambigua<sup>45</sup>.

Analogamente, i giudici amministrativi nazionali escludono la responsabilità della P.A., considerando «scusabile» il suo errore, nelle ipotesi di formulazione incerta delle norme applicate, di oscillazioni interpretative della giurisprudenza, di rilevante complessità del fatto, di novità delle questioni, di errore causato dal comportamento del privato<sup>46</sup>.

In alcune sentenze, anzi, il nostro giudice amministrativo si richiama espressamente agli indici elaborati dalla Corte di giustizia europea, assumendo come indispensabile «accedere direttamente ad una nozione oggettiva di colpa, che tenga conto dei vizi che inficiano il provvedimento e, in linea con le indicazioni della giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento»<sup>47</sup>.

Dunque, accedendo all'interpretazione da ultimo prospettata, e cioè ritenendo che anche nel settore degli appalti sia necessaria la verifica del presupposto della violazione sufficientemente caratterizzata per affermare la responsabilità dell'amministrazione, si arriva giocoforza alla conclusione che il livello di responsabilità garantito attualmente dai giudici italiani attraverso

assimilabile ad un atto ablativo e può essere, perciò, indennizzabile. Osserva TORCHIA, *La responsabilità*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale* a cura di Casse, Milano 2003, II, 1665, che di «responsabilità derivante da atti legittimi si parla con riguardo alla previsione di indennizzo a seguito di espropriazione: ma si tratta, per l'appunto, di un indennizzo e non di un risarcimento, secondo alcuni configurabile più come un onere per il legittimo esercizio del potere, che non come una misura riparatoria del danno provocato, qual è il risarcimento, in quanto viene a mancare, in questi casi, il carattere dell'ingiustizia del danno». Anche IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999, 193 e *passim*, propone che nell'attività legittimità della P.A. (con particolare riferimento alla revoca) vi sia un indennizzo come tutela del danno da lesione del legittimo affidamento subito dal privato, non ritenendo possibile arrivare ad una soluzione, come quella adottata dall'ordinamento tedesco, ove si parla di risarcimento. Secondo questa Autrice il risarcimento «non avrebbe motivo di porsi in quanto il danno arrecato con la revoca non potrebbe mai qualificarsi come ingiusto a motivo del fatto che si tratta pur sempre di un'attività legittimamente posta in essere

dalla pubblica Amministrazione» (199). Di diverso avviso è GIANI, *Funzione amministrativa e obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005, 255 e segg., la quale ritiene che vi possa essere una tutela risarcitoria anche nelle ipotesi di attività legittima della P.A.

<sup>43</sup> L'affermazione di questo principio si trova in Cons. di Stato, 28 ottobre 2010, n. 7635, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>44</sup> Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit., punto 56.

<sup>45</sup> Corte giust. CE, 26 marzo 1996, in causa C-392/93, *British Telecommunications*, in *Foro It.*, 1996, IV, 321, con nota di CATALANO, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*.

<sup>46</sup> Per maggiori approfondimenti sul punto sia consentito rinviare a CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., spec. 265 e segg., ivi numerosi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>47</sup> Così, tra le prime decisioni, Cons. di Stato, Sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169 in *Giur. It.*, 2001, 2386.

l'utilizzo dell'istituto dell'errore scusabile è già conforme allo *standard* richiesto dal giudice comunitario.

Questa linea interpretativa, però, non sembra che si possa seguire perché, come visto, l'obiettivo dell'ordinamento comunitario, nel settore in esame, è chiaramente quello di garantire con certezza che il soggetto che ha subito un danno dall'illegittima violazione delle norme sugli appalti sia risarcito in modo rapido ed efficace, ed è proprio la lunghezza dei tempi che possono rendersi necessari per un procedimento civile inteso ad accertare l'elemento soggettivo che preoccupa il giudice europeo. In altre parole, per la normativa comunitaria occorre evitare che dopo la conclusione del contratto successiva all'illegittima aggiudicazione dell'appalto pubblico ci sia una qualche limitazione alla concessione di un risarcimento. Per questo non è ammesso il ricorso a presunzioni, ma sembra che si debba escludere anche la possibilità che il risarcimento sia subordinato alla prova della sussistenza di una violazione sufficientemente caratterizzata. Non è consentito, di conseguenza, nemmeno l'utilizzo dell'istituto dell'errore scusabile, come si ricava dalla lettura della sentenza in commento, la quale, al punto 41, esclude il ricorso a un meccanismo di presunzioni di colpevolezza che possa essere vinto invocando «il carattere scusabile dell'errore di diritto»; istituto a cui fa spesso riferimento il giudice amministrativo italiano per escludere la responsabilità dell'amministrazione aggiudicatrice nelle ipotesi di complessità della normativa, di ambiguità delle clausole del bando di gara, e così via<sup>48</sup>.

In definitiva, per l'ordinamento comunitario, secondo l'interpretazione fornita dalla Corte di giustizia, ogni violazione della normativa sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici è da considerare grave e manifesta; essa, pertanto, porta sempre alla condanna dell'amministrazione aggiudicatrice, la quale può andare esente da responsabilità solo se la decisione illegittima non sia dannosa, cioè non abbia arrecato un pregiudizio al soggetto ricorrente: ipotesi peraltro difficile da dimostrare.

Sembra così che il risarcimento del danno stia diventando sempre più una sorta di sanzione nei confronti del soggetto pubblico che sbaglia, da utilizzare quando non si vuole o non è più possibile chiedere l'aggiudicazione del contratto<sup>49</sup>.

Quanto alla quantificazione del danno, si deve ricordare che la normativa italiana sulla responsabilità per

violazione della disciplina sugli appalti pubblici prende in considerazione il fatto colposo e la diligenza del soggetto privato danneggiato: l'art. 124 D.Lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo), infatti, richiama espressamente l'art. 1227 c.c.<sup>50</sup> Più in generale, il principio scolpito nell'art. 1227 c.c., secondo cui nella determinazione del danno è necessario valutare il comportamento delle parti e la diligenza del soggetto danneggiato, è richiamato dall'art. 30, comma 3, D.Lgs. n. 104/2010. Anche il giudice comunitario precisa che nella quantificazione del danno si deve tener conto della diligenza del danneggiato<sup>51</sup>.

Emerge così un paradosso: nelle ipotesi di violazione della normativa sugli appalti rileva la colpa del privato danneggiato (pur se al fine della quantificazione del danno), ma non la colpa dell'amministrazione danneggiante<sup>52</sup>.

#### 6. Colpa professionale e responsabilità da attività provvedimentale della P.A.

Dunque, seguendo la lettura qui preferita della sentenza in esame, si può così rispondere all'interrogativo iniziale: nelle illegittimità compiute nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, la colpa non rappresenta più un elemento essenziale della responsabilità da attività provvedimentale della P.A.; ma, negli altri casi di danni conseguenti alla violazione di interessi legittimi è ragionevole continuare a ritenere che ai fini del risarcimento del danno non si possa prescindere dal carattere colpevole della violazione posta in essere dal soggetto pubblico, attenuata attraverso l'utilizzo di una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione danneggiante, proprio per non rendere eccessivamente difficoltoso e lento il risarcimento.

Si introduce così un doppio binario di tutela tra le situazioni che hanno un rilievo comunitario e quelle interne. O meglio, tra quelle situazioni che riguardano le procedure di aggiudicazione degli appalti (anche quelle sotto soglia comunitaria) e gli altri campi di attività dell'amministrazione pubblica.

Certo, in linea generale, è sicuramente preferibile che all'interno di un singolo ordinamento non si formi un sistema duale di responsabilità, uno comunitario e l'altro di matrice interna<sup>53</sup>. È auspicabile, cioè, che si eviti il ricorso al c.d. «principio di discriminazione alla rovescia», riconoscendo alle situazioni giuridiche sogget-

<sup>48</sup> A titolo meramente esemplificativo v. Cons. di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6000, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 2942; Id., Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6393, *ivi*, 2918.

<sup>49</sup> Più in generale, è stato notato che in ambito comunitario la tutela della situazione soggettiva non sempre rileva come tale, quanto come strumento per garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario negli Stati membri: così MORBIDELLI, *Corte costituzionale e Corti europee: la tutela dei diritti (dal punto di vista della Corte del Lussemburgo)*, in *www.giustamm.it*, 27 (anche in *Dir. Proc. Amm.*, 2006, 285 e segg.), secondo cui «la responsabilità viene a configurarsi come una sanzione contro lo Stato che tiene un comportamento anticomunitario» (28).

<sup>50</sup> Sull'art. 1227 c.c. e la responsabilità in materia di appalti pubblici v. le osservazioni di RENNA, *op. cit.*, spec. par. 3 e *passim*.

<sup>51</sup> Corte giust. CE, 5 marzo 1996, nelle cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, cit.

<sup>52</sup> Il che peraltro accade anche nelle ipotesi di responsabilità

contrattuale, almeno se si aderisce alla tesi dottrinale che sostiene che in questo tipo di responsabilità non ha rilevanza l'elemento soggettivo.

<sup>53</sup> Sull'opportunità di evitare la formazione di «un doppio binario» della giustizia amministrativa quando esamina controversie che attengono al diritto comunitario o al diritto interno, v., tra gli altri, PICOZZA, *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1997, 206; TARULLO, *Il giusto processo amministrativo. Studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, 2004, 375, ID., *La colpa della pubblica Amministrazione nel nascente modello di responsabilità risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo. Proposte e prospettive*, in *TAR*, 2001, II, 206, il quale ritiene che il giudice amministrativo, pur non essendo obbligato ad applicare l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di giustizia, cionondimeno «dovrebbe preoccuparsi di utilizzare la giurisprudenza comunitaria almeno come termine di paragone e parametro interpretativo delle soluzioni adottate».

tive che hanno un mero rilievo nazionale una tutela minore rispetto a quelle che invece hanno un rilievo comunitario<sup>54</sup>. Un argomento in tal senso si potrebbe trarre dall'art. 1, comma 1, della legge n. 241/1990 (come novellato dalla legge n. 69/2009), che, richiamando il rispetto dei principi del diritto comunitario, sembra includere anche i principi in tema di responsabilità e, di conseguenza, pare implicare l'obbligo di rendere il risarcimento dei danni per violazione degli interessi legittimi conforme allo *standard* comunitario<sup>55</sup>. In questa direzione sembra andare anche l'art. 1 D.Lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo), che impone al giudice amministrativo di assicurare una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo.

Per evitare la formazione di un sistema duale, le strade che si possono percorrere sono fondamentalmente due: o si innalza la soglia di protezione delle situazioni giuridiche soggettive risarcibili al di sopra dello *standard* europeo, oppure si uniforma la responsabilità di diritto interno a quello comunitario, attraverso il c.d. "effetto *spill over*", che — com'è noto — consiste nell'estendere volontariamente il trattamento previsto dal diritto comunitario anche a quelle situazioni di diritto interno per le quali esso non è obbligatorio, come, ad esempio, la risarcibilità per lesioni arrecate da una violazione del diritto interno e non di quello europeo<sup>56</sup>.

Nel caso qui in esame, però, come s'è già detto, non è ipotizzabile un livello di tutela superiore rispetto allo *standard* comunitario, dal momento che quest'ultimo prevede espressamente una responsabilità di tipo oggettivo. Ma non è auspicabile neppure fare ricorso all'effetto *spill over*, perché, come s'è visto, la responsabilità oggettiva trova una sua legittimazione nel settore degli appalti, dove è necessario tutelare l'oggettivo interesse alla concorrenza, ma non si giustifica negli altri settori in cui opera la P.A., se non attraverso una esplicita scelta del legislatore. E, d'altra parte, come s'è cercato di mettere in evidenza, anche nell'ordinamento comunitario questo sistema così rigoroso di responsabilità oggettiva è limitato "unicamente" alle procedure

di aggiudicazione degli appalti disciplinate dalle Dirr. 2004/18/CE e 2004/17/CE.

Dunque, secondo la tesi qui seguita, al di fuori delle ipotesi di violazione della disciplina sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, la colpa continua ad essere uno strumento di imputazione della responsabilità alla pubblica amministrazione per i danni conseguenti all'illegittimo esercizio del potere provvedimentale.

Come si è cercato di dimostrare in un altro lavoro, però, il modello di responsabilità utilizzato attualmente dal giudice amministrativo, che esclude la responsabilità dell'amministrazione pubblica nelle ipotesi di errore scusabile, non è convincente, dato che esso è sì in linea con lo *standard* di tutela fissato a livello comunitario (dal quale mutua gli indici), ma non sembra conforme alla legislazione nazionale, perché finisce con l'innalzare la soglia di responsabilità della P.A. per l'illegittimo esercizio del potere alla colpa grave senza alcun aggancio normativo<sup>57</sup>.

Per questo, nei casi di attività amministrativa complessa, sembra più corretto far ricorso alla colpa professionale *ex art. 2236 c.c.*, piuttosto che all'istituto dell'errore scusabile. Come chiarito da un'attenta dottrina civilistica, la regola contenuta nell'art. 2236 c.c. può estendersi anche all'attività provvedimentale della P.A., la quale può sicuramente inquadarsi tra le prestazioni d'opera intellettuale<sup>58</sup>. Sul punto, giova precisare che nell'art. 2236 c.c. il riferimento alla colpa grave non va inteso come uno scarto considerevole dal parametro di diligenza media, cioè come una colpa grave in senso proprio, bensì come una colpa speciale esigibile dal tipo di professionista convenuto, nel nostro caso l'amministratore o il funzionario pubblico: si tratta, pertanto, di una colpa che fa riferimento ad uno *standard* di comportamento particolarmente elevato e rigoroso<sup>59</sup>.

Diversi sono i vantaggi che si possono conseguire accedendo ad una colpa speciale professionale.

Anzitutto si ha un modello di colpa maggiormente fedele al dato normativo nazionale<sup>60</sup>.

<sup>54</sup> Situazione che purtroppo nel nostro Paese si è verificata per molti anni, se si considera che fino al 1999 gli unici interessi legittimi pretensivi risarcibili erano quelli relativi al settore degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria. Facendo leva sul principio di eguaglianza, anche il Consiglio di Stato ha rimarcato la necessità di non introdurre sistemi duali di tutela: Cons. di Stato, Ad. plen., 30 marzo 2000, n. 1 (ord.), in *Giur. It.*, 2000, 2177.

<sup>55</sup> In tal senso BARTOLINI, *Commento sub art. 340 Trattato UE*, cit., 45, secondo il quale «il rinvio operato ai principi del diritto comunitario da parte dell'art. 1, comma 1, attiene a tutti gli oggetti disciplinati dalla l. n. 241 del 1990, per cui anche al tema della responsabilità».

<sup>56</sup> Sul c.d. "effetto *spill over*" v., indicativamente, CARANTA, *La «comunitarizzazione» del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 451; PROTTO, *L'effettività della tutela giurisdizionale nelle procedure di aggiudicazione di pubblici appalti*, cit., 5.

<sup>57</sup> Sul punto sia consentito il rinvio a CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., 436 e segg. Nella stessa direzione v. anche FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., 61.

<sup>58</sup> Il riferimento è a MOSCARINI, *Risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi e nuovo riparto di giurisdizione*, in

*Dir. Proc. Amm.*, 1998, 834. Anche una parte della giurisprudenza amministrativa applica alla responsabilità da attività provvedimentale della P.A. il criterio di cui all'art. 2236 c.c.: v., indicativamente, Cons. di Stato, Sez. V, 19 marzo 2007, n. 1300, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 908; Id., Sez. IV, 6 luglio 2004, n. 5012, in *Foro It.*, 2005, III, 247, con nota di TRAVI.

<sup>59</sup> Secondo FRACCHIA, *Elemento soggettivo e illecito civile dell'amministrazione pubblica*, cit., 74 e segg., l'art. 2236 c.c. rappresenta un meccanismo in grado di valorizzare le oggettive difficoltà dell'attività amministrativa e di tener conto della diligenza dell'amministrazione. Per più ampie considerazioni sul punto sia consentito rinviare a CIMINI, *La colpa nella responsabilità civile delle amministrazioni pubbliche*, cit., spec. 237 e segg. e 248 e segg.

<sup>60</sup> Da ultimo, un richiamo alla colpa professionale sembra che sia contenuto nel comma 6 *bis* dell'art. 24 della L. 28 dicembre 2005, n. 262 (introdotto dall'art. 4 del D.Lgs. n. 303/2006), il quale ha espressamente previsto che nell'esercizio delle proprie funzioni di controllo, talune autorità indipendenti, i componenti dei loro organi e i loro dipendenti rispondono solamente dei danni cagionati da atti o comportamenti posti in essere con dolo o colpa grave. Come notato da attenta dottrina (POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, cit., 155), la ri-

In secondo luogo, si garantisce al privato una maggiore effettività di tutela delle situazioni giuridiche risarcibili anche rispetto allo *standard* di risarcibilità fissato a livello comunitario. Infatti, l'abbandono dell'errore scusabile e l'utilizzo della colpa professionale non fanno altro che rendere lo schema di responsabilità interno più rigoroso rispetto a quello comunitario, che si fonda, invece, come s'è visto, sulla «violazione sufficientemente caratterizzata», parametro ben più favorevole per l'amministrazione e dal quale ha preso spunto il nostro giudice amministrativo nell'individuare gli indici dell'errore scusabile. Più in particolare, seguendo il modello di colpa comunitario, nelle ipotesi di violazione non grave e manifesta, la P.A. andrebbe sempre immune da responsabilità. Al contrario, facendo ricorso al parametro di colpa di cui all'art. 2236 c.c., nei casi di violazione non grave e manifesta (che sono poi quelle fattispecie nelle quali il nostro giudice amministrativo manda esente da responsabilità l'amministrazione ritenendo scusabile il suo errore), la responsabilità della P.A. non andrebbe sempre esclusa, ma dovrebbe essere vagliata caso per caso sulla base del parametro della colpa professionale. Tale soluzione, di conseguenza, è del tutto compatibile — perché migliorativa — con lo *standard* di risarcibilità individuato a livello europeo.

E, infine, il ricorso all'art. 2236 c.c. attenuerebbe, se non eliminerebbe del tutto, le differenze in punto di elemento soggettivo che corrono tra le due principali tesi che si contendono il campo sulla natura da attribuire alla responsabilità da attività provvedimentale della P.A.: la tesi contrattuale e quella extracontrattuale<sup>61</sup>. L'art. 2236 c.c., infatti, nasce in ambito contrattuale ma può essere esportato, almeno secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza civilistica, anche sul terreno dell'illecito extracontrattuale<sup>62</sup>. Questo significa che il ricorso alla colpa professionale è possibile sia che si riconduca la responsabilità da attività provvedimentale della P.A. nello schema contrattuale, sia che la si riconduca nello schema dell'illecito aquiliano. Si raggiungerebbe così l'importante risultato di avere in entrambi i casi lo stesso parametro di colpa. Non solo, si avrebbe un parametro di colpa che, come s'è già detto, rispetto al modello attuale di responsabilità fondato sull'istituto dell'errore scusabile, garantirebbe, da un lato, una maggiore aderenza al dato normativo e, dall'altro, una maggiore effettività di tutela al cittadino che subisce un danno dall'illegittimo esercizio del potere amministrativo.

SALVATORE CIMINI

## OMESSA DICHIARAZIONE DI MORALITÀ

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 9 novembre 2010, n. 7967 — BACCARINI *Presidente* — QUADRI

chiamata disposizione estende legislativamente ad alcune autorità, in considerazione della natura e della complessità dell'attività svolta, il precetto di cui all'art. 2236 c.c.

<sup>61</sup> Differenze che spesso hanno spinto la giurisprudenza amministrativa ad aderire al modello contrattuale piuttosto che a quello extracontrattuale.

*Relatore* — Sodexo Italia s.p.a. (avv.ti Invernizzi, Sandulli) - Estav Nord Ovest (avv. Iaria) ed altro.

*Riforma T.A.R. Toscana, Firenze, Sez. I, 23 febbraio 2010, n. 451.*

**Amministrazione pubblica — Appalti — Gara — Condizioni ostative alla partecipazione ex art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 — Sussistenza — Da verificare in concreto — Omissione ex se della dichiarazione di moralità — In mancanza del dato sostanziale — Non sufficiente ai fini dell'esclusione** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 38).

**Amministrazione pubblica — Appalti — Gara — Requisito della moralità professionale — Precedente condanna dell'amministratore cessato nel triennio precedente alla pubblicazione del bando — Dissociazione della società — Tempestiva e inequivoca — Revoca dalla carica — Tardiva e a seguito di dimissioni volontarie — Insufficiente** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 38).

*L'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 va interpretato nel senso che solo la sussistenza in concreto di una delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara determina l'effetto espulsivo. Diversamente, il partecipante che non si trovi in una delle situazioni contemplate dalla suddetta disposizione, in assenza di previsioni specifiche previste dal bando di gara, non può essere estromesso dalla procedura per effetto di una dichiarazione di moralità omessa o imprecisa. L'omissione, in particolare, non produce alcun pregiudizio agli interessi presidiati dalla norma, ricorrendo un'ipotesi di "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa (o della legge di gara) a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative (1).*

*La dissociazione di una società da una condotta penalmente sanzionata di un proprio amministratore deve risultare da una tempestiva e inequivoca volontà. Non può considerarsi tale la revoca dalla carica quando dalla documentazione in atti emerga la sua natura necessitata e meramente strumentale, volta a evitare effetti negativi nei confronti della società (2).*



(1) Nella pronuncia in epigrafe, il Consiglio di Stato quale giudice d'appello è adito dalla società Sodexo Italia lesa dal mancato affidamento, all'esito di gara pubblica, del servizio di pulizia e sanificazione da effettuarsi presso le strutture ospedaliere del territorio.

Il giudice amministrativo, accertata l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione, riconosce in favore della ricorrente, posizionatasi seconda in graduatoria, il diritto all'affidamento del servizio nonché quello alla successiva stipulazione del contratto con la stazione appaltante, previa declaratoria di inefficacia *ex nunc* di quello concluso con il primo aggiudicatario.

<sup>62</sup> Si segnalano, *ex multis*, Cass., 20 novembre 1998, n. 11743, in *Danno e Resp.*, 1999, 344; Id., 17 marzo 1979, n. 116, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1979, 515; Id., Sez. un., 6 maggio 1971, n. 1282, in *Giust. Civ.*, 1971, I, 1417. In dottrina v. ALPA, *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile* a cura del medesimo autore, Milano, 1999, IV, 246.



La non conformità a legge del provvedimento amministrativo è dai giudici di Palazzo Spada ricondotta al difetto del requisito di moralità prescritto in capo ai soggetti che, all'interno dell'impresa interessata a concorrere, risultano titolari dei poteri di rappresentanza, di gestione ovvero di spesa.

In particolare, la predetta illegittimità è ricondotta alla carenza sostanziale del requisito *ex art.* 38, comma 1, lett. c), D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163<sup>1</sup> per avere un amministratore dell'impresa esecutrice del servizio, cessato nel triennio antecedente la pubblicazione del bando, riportato condanne per reati gravi ed influenti sulla sua affidabilità e per non avere l'impresa medesima dimostrato l'adozione effettiva di atti o misure comprovanti la completa dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata.

Due le questioni cui i giudici d'appello offrono soluzione.

La prima concerne l'individuazione dell'esatta portata applicativa del citato art. 38, considerato nella parte in cui disciplina le condizioni in presenza delle quali è preclusa la partecipazione alla gara, la seconda il tipo di comportamento di per sé idoneo a comprovare la dissociazione dell'impresa concorrente rispetto al reato contestato al soggetto cessato dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando (comma 1, lett. c), ultimo inciso).

Procedendo con ordine, deve dirsi che in primo grado il giudice amministrativo, accogliendo il ricorso incidentale proposto dall'impresa poi risultata aggiudicataria, aveva riscontrato la ricorrenza di una delle condizioni ostative alla partecipazione alla gara di Sodexo s.p.a. conseguentemente dichiarando improcedibile il ricorso principale dalla stessa proposto per difetto di interesse ad agire.

In particolare, stando alle considerazioni del giudice di prime cure, l'impresa *de qua* avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura pubblica a causa dell'omessa presentazione della dichiarazione di moralità relativa all'amministratore cessato nel triennio nonché al pre-

posto alla gestione tecnica, in violazione dell'art. 38, comma 1, lett. c).

Incontestata la circostanza che gli interessati non abbiano riportato condanne penali, considerata altresì l'integrazione documentale intervenuta su richiesta della stazione appaltante ai sensi dell'art. 46 del codice dei contratti, il Consiglio di Stato dà risposta al quesito se ai fini dell'applicazione dell'art. 38 sia sufficiente un'omessa (o semplicemente imprecisa) dichiarazione dell'aspirante aggiudicatario o se, invece, in omaggio ad una valutazione sostanzialistica, spetti all'amministrazione pubblica verificare la sussistenza in concreto della causa impeditiva della partecipazione (nella specie, la condanna per un reato incidente sull'affidabilità del futuro contraente privato).

Sul punto la giurisprudenza si divide.

La tesi tradizionale, valorizzando la *ratio* sottesa all'art. 38<sup>2</sup>, muove dalla piena obbligatorietà delle dichiarazioni in esame in quanto indicative, non solo dell'assenza di ostacoli, anche di natura etica, all'aggiudicazione del contratto, ma soprattutto dell'affidabilità dei soggetti partecipanti<sup>3</sup>.

La norma in esame disciplina, invero, la possibilità di presentare dichiarazioni sostitutive a riprova dell'astratta fiducia riposta nel concorrente il quale, anziché reperire *ex ante* tutta la documentazione necessaria alla partecipazione alla gara, è abilitato dalla legge ad autocertificare la sussistenza dei requisiti a tal fine richiesti. Pertanto, la presentazione di dichiarazioni non veritiere costituisce ragione di per sé sufficiente a escludere un concorrente dalla fase dell'evidenza pubblica<sup>4</sup>.

Diversa è l'opinione di quella parte della giurisprudenza amministrativa convinta che non già l'omessa o incompleta dichiarazione, bensì soltanto l'effettiva carenza dei requisiti di moralità *ex art.* 38 costituisca ragione di esclusione dalla procedura a evidenza pubblica<sup>5</sup>.

I fautori di tale orientamento rilevano come le prescrizioni previste ai fini della partecipazione alle gare

<sup>1</sup> D'ora innanzi codice dei contratti pubblici.

<sup>2</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2010, n. 3759; Id., Sez. VI, 4 giugno 2010, n. 3560, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 giugno 2010, n. 7203; Id. Campania, Napoli, Sez. I, 27 maggio 2010, n. 9649; Id. Veneto, Venezia, 7 maggio 2010, n. 1838; Id. Liguria, Genova, 4 marzo 2010, n. 962, nella quale i giudici di prime cure chiariscono che la *ratio* della normativa di cui agli artt. 38 D.Lgs. n. 163/2006 e, prima di esso, 75 D.P.R. n. 554/1999, risiede nell'esigenza di verificare l'affidabilità complessivamente considerata dell'operatore economico che andrà a contrattare con la P.A. per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che quest'ultima entri in contatto con i soggetti privi di affidabilità morale e professionale. Tutte le citate pronunce dei T.A.R. sono reperibili in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>3</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 12 giugno 2009, n. 3742, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Nella pronuncia riferita il giudice amministrativo pone in evidenza come la sussistenza in concreto di condizioni ostative alla partecipazione alla gara costituisca un elemento successivo rispetto all'autocertificazione e, dunque, alla conoscenza da parte della stazione appaltante di una situazione di astratta sussistenza dei requisiti morali e giuridici che lambiscono in modo determinante la professionalità degli amministratori. Il meccanismo di verifica a campione, comprovan-

te la lealtà degli aspiranti aggiudicatari, non si spiegherebbe se non in connessione all'obbligatorietà delle dichiarazioni *ex art.* 38; Id., Sez. V, 15 marzo 2010, n. 1500; Id., Sez. VI, 11 agosto 2009, n. 4928; Id., Sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra le pronunce rese in primo grado, v. T.A.R. Campania, Napoli, 1° marzo 2010, n. 1206; Id. Molise, Campobasso, Sez. I, 10 marzo 2010, n. 172; Id. Abruzzo, Pescara, 2 novembre 2009, n. 646, tutte *ivi*.

<sup>4</sup> Così testualmente, T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 14 gennaio 2010, n. 49, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017; Id., Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4906; Id., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 829, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Trentino Alto Adige, Trento, Sez. I, 7 giugno 2010, n. 151; Id. Sardegna, Cagliari, 28 maggio 2010, n. 1361; Id. Campania, Napoli, 1° marzo 2010, 1206, tutte *ivi*. Sull'insufficienza dell'omessa dichiarazione *ex art.* 38 del codice dei contratti pubblici ai fini dell'esclusione del concorrente dalla gara, v. in particolare T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 20 aprile 2009, n. 3984, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, luglio, 858 con nota di PATRITO, *L'art. 38 del Codice dei contratti pubblici nuovamente al vaglio della giurisprudenza*. L'oggetto dell'indagine è costituito dalla effettiva incidenza dei reati sulla moralità professionale dell'impresa e dalla sussistenza (o meno) di un potere di valutazione discrezionale in capo alla stazione appaltante.

rispondano a due esigenze contrapposte quali quella di garantire la certezza dei rapporti giuridici nell'ambito di procedure rette dal principio concorrenziale, da un lato, nonché quella di assicurare la tassatività dei casi di esclusione dalle gare stesse, dall'altro.

Del resto la stessa disamina comparativa dei primi due commi dell'art. 38 fornisce una prova della volontà del legislatore di coniugare le due richiamate esigenze e, comunque, di non aggravare oltremodo il rilievo del dato formale (obbligo di rendere una determinata dichiarazione secondo precise modalità di carattere estrinseco) a scapito dell'in sé del sotteso dato sostanziale (obbligo di possedere determinati requisiti di partecipazione). E, infatti, mentre il comma 1 dell'articolo in commento — e segnatamente la lett. c) — prevede in modo inequivoco che sia il possesso in sé di determinati requisiti a condizionare la possibilità di partecipazione alle gare, il successivo comma 2 prescrive *tout court* le modalità ordinarie per attestare il possesso delle condizioni richieste ai fini della partecipazione in capo a ciascun candidato, senza ulteriormente accennare alla necessità di sanzionare con l'esclusione l'ipotesi di omissione delle relative dichiarazioni<sup>6</sup>.

Conformandosi al secondo degli indirizzi riferiti, il Consiglio di Stato nella pronuncia in commento conclude nel senso che solo l'insussistenza in concreto delle cause di esclusione descritte dall'art. 38 del codice dei contratti comporta, *ope legis*, l'effetto espulsivo.

A conclusioni diverse potrebbe giungersi solo laddove l'amministrazione includesse nell'ambito della *lex specialis* di gara puntuali prescrizioni le quali comportino l'esclusione del partecipante come mera conseguenza di dichiarazioni di moralità non conformi alla situazione sottostante (e non anche come conseguenza dell'obiettivo carenza di uno dei tali requisiti).

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in epigrafe, mutuando categorie proprie del diritto penale, ravvisa nel fatto della Sodexo un'ipotesi di «falso innocuo», come tale privo di qualsivoglia offensività rispetto agli interessi presidiati dalle regole che governano l'evidenza pubblica e, dunque, non sanzionabile con l'esclusione.

(2) Si passa ora a esaminare la questione relativa all'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

Si tratta, giova ripeterlo, di un aspetto rimasto assorbito in primo grado dalla declaratoria di improcedibilità del ricorso principale.

Com'è noto, l'art. 38, comma 1, lett. c), nel suo ultimo inciso, estende l'operatività delle condizioni ostative alla partecipazione ai soggetti preposti alla rappresentanza o alla gestione dell'ente aspirante aggiudicatario che siano cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

La *ratio* del disposto è quella di favorire l'emersione — a tutela della correttezza e trasparenza della gara pubblica — dei pregiudizi penali sussistenti a carico di soggetti i quali, ancorché formalmente cessati dalla carica, risultino nei fatti ancora capaci di influenzare le scelte dell'impresa concorrente.

Quest'ultima tuttavia è ammessa dal legislatore ad una prova liberatoria qual è quella di aver adottato tutte le misure idonee a comprovare la sua dissociazione dai reati imputati al soggetto cessato.

Orbene, come ampiamente chiarito dai giudici d'appello, la suddetta prova può essere vinta solo a fronte di comportamenti espressivi di una tempestiva e inequivoca volontà di dissociarsi dalla condotta penalmente sanzionata posta in essere dall'amministratore cessato.

In questo senso, non può considerarsi atto idoneo la revoca disposta per ragioni meramente strumentali e di opportunità, al fine di evitare effetti negativi nei confronti della società di appartenenza<sup>7</sup>.

Nel caso di specie la strumentalità dell'atto di rimozione dalla carica gestoria del soggetto pregiudicato è dai giudici amministrativi ricondotta alla tardività del provvedimento di revoca, emesso a distanza di tempo dalla contestazione penale dei fatti, al risalto mediatico delle vicende involgenti l'incaricato con conseguente esclusione della buona fede soggettiva, nonché, infine, alla circostanza che la revoca della procura sia avvenuta a seguito di dimissioni volontarie.

Il Consiglio di Stato, accertata dunque l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione per le motivazioni suesposte, risarcisce in forma specifica l'impresa ricorrente ammessa, per l'effetto, a contrattare con la stazione appaltante in luogo della prima aggiudicataria, almeno per la parte di contratto ancora da eseguirsi.

#### DANNO A BENE CULTURALE

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7635 — RUOPPOLO *Presidente* — CAFINI *Estensore* — Comune di Bitonto (avv. Valla) - Ministero per i beni e le attività culturali (Avv. Gen. Stato) ed altri.

*Previa riunione degli appelli, conferma T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, nn. 155/2005 e 1148/2007.*

**Giustizia amministrativa — Sanzioni amministrative — Danno a bene culturale — Impossibilità della reintegrazione del bene protetto — Pagamento di una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione del valore della stessa** (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 160).

**Giustizia amministrativa — Sanzioni amministrative — Corresponsabilità dell'amministrazione appaltante con l'appaltatore — In caso di culpa in eligendo — Sussistenza** (C.c. artt. 2043, 2049; D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 160).


*Ai sensi dell'art. 160, comma 4, D.Lgs. n. 42/2004, qualora, a seguito di danno a bene culturale, non ne sia possibile la reintegrazione, il responsabile deve corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla stessa (1).*

*La responsabilità del committente per danni derivati a terzi dall'appalto non si basa soltanto sull'art. 2049 c.c.,*

<sup>6</sup> Così testualmente, Cons. di Stato, Sez. VI, 22 febbraio 2010, n. 1017, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>7</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 26 ottobre 2006, n. 6402, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

secondo cui la particolare autonomia contrattuale di cui gode l'appaltatore esclude la possibilità di configurare in genere la esistenza di un rapporto di preposizione che giustificerebbe la responsabilità del committente stesso (il quale non risponde, quindi, normalmente, dei danni cagionati a terzi dall'appaltatore), ma si basa, in talune ipotesi sulla clausola generale dell'art. 2043 c.c., e cioè sulla colpa in eligendo, potendo il committente essere eccezionalmente corresponsabile in via diretta con l'appaltatore per i danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'appalto (2).

 (1-2) La sentenza in epigrafe, facendo applicazione di consolidati principi civilistici in tema di responsabilità del committente per danni cagionati a terzi da parte dell'appaltatore, conferma la legittimità del provvedimento sanzionatorio emesso dal Ministero per i beni e le attività culturali nei confronti del Comune appaltante e dell'impresa appaltatrice per avere quest'ultima demolito senza autorizzazione un bene sottoposto a vincolo storico-artistico durante la realizzazione di lavori commissionati dal Comune appellante.

Tre sono le disposizioni normative che vengono in rilievo nella vicenda: si tratta dell'art. 160 D.Lgs. n. 42/2004 (c.d. codice dei beni culturali e paesaggio); dell'art. 2049 c.c.; dell'art. 2043 c.c.

L'art. 160, cit. (il cui antecedente era costituito dall'art. dell'art. 59 L. 1° giugno 1939, n. 1089, poi modificato dall'art. 131 D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490), apre il Titolo I, Parte IV, del codice dei beni culturali e del paesaggio (rubricato "Sanzioni amministrative") e prevede che «se per effetto della violazione degli obblighi di protezione e conservazione stabiliti dalle disposizioni del Capo III del Titolo I della Parte II il bene culturale subisce un danno, il Ministero ordina al responsabile l'esecuzione a sue spese delle opere neces-

sarie alla reintegrazione [...]. Quando la reintegrazione non sia possibile il responsabile è tenuto a corrispondere allo Stato una somma pari al valore della cosa perduta o alla diminuzione di valore subita dalla cosa»<sup>1</sup>.

Nonostante l'art. 160, cit., sia ricompreso nel Titolo dedicato alle «sanzioni amministrative»<sup>2</sup>, in dottrina si è dubitato dell'effettiva riconducibilità a siffatta categoria della disposizione in parola<sup>3</sup>: in particolare, si è sostenuto che essa è da annoverare tra le misure ripristinatorie, le quali hanno la funzione di «ristabilire l'ordine materiale e giuridico violato»<sup>4</sup>, a differenza delle sanzioni amministrative, che hanno «portata punitiva nei confronti del responsabile della violazione di un precetto e [...] finalità di prevenzione speciale e generale»<sup>5</sup>.

Peraltro, come (giustamente) osservato da altri autori, può essere mantenuto il *nomen* di "sanzioni amministrative" anche alle misure ripristinatorie sul rilievo che «la giurisprudenza, pur apprezzandone e stigmatizzandone le differenze con le sanzioni amministrative, continua a definirle sanzioni, così come la dottrina. Del resto, non si può eliminare il riferimento puntuale del codice che include tutte queste misure tra le "sanzioni amministrative"»<sup>6</sup>.

In ogni caso, va sottolineata la profonda differenza che, sotto più profili, caratterizza le sanzioni amministrative tout court rispetto a quelle ripristinatorie: a queste ultime, non si applica la legge n. 689/1981<sup>7</sup>, bensì le disposizioni e gli istituti di cui alla legge n. 241/1990 (comunicazione dell'avvio del procedimento, partecipazione al procedimento, con correlato diritto di accesso)<sup>8</sup>; la sanzione non è soggetta al termine quinquennale di prescrizione *ex art. 28*, legge n. 689/1981, essendo, al contrario imprescrittibile<sup>9</sup>; le controversie in tema di validità ed efficacia del provvedimento sono attribuite alla giurisdizione — estesa

<sup>1</sup> La legge n. 1089/1939 è stata abrogata dall'art. 166 D.Lgs. 29 ottobre 1999, n. 490, poi sostituito dal D.Lgs. n. 42/2004. A commento dell'art. 160 del codice dei beni culturali e del paesaggio, v. SANDULLI, *Sub art. 160*, in *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Leone, Tarasco, Padova, 2006, 951 segg.; *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Angiuli, Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 414; *Codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Sandulli, Milano, 2006, 1040. Sul sistema sanzionatorio in materia di tutela dei beni culturali e del paesaggio, v. soprattutto FOLLIERI, *Le «sanzioni amministrative» a tutela dei beni culturali*, in FOLLIERI, *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, I, *I beni culturali*, Napoli, 2005, 329 segg.; v. anche PADALINO MORICHINI, *I beni paesaggistici: sanzioni penali e amministrative*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi* a cura di Piergigli, Maccari, Milano, 2006, 758.

<sup>2</sup> In argomento, v., in generale, ANGELETTI, voce "Sanzioni amministrative", *Noviss. Dig. It.*, appendice, Torino, VI, 1986, 938; PALIERO-TRAVI, *Le sanzioni amministrative. Profili sistematici*, Milano, 1988; SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983; ROSINI, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1991.

<sup>3</sup> CERBO, *Sub art. 160*, in *Il codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di Cammelli, Bologna, 2004, 623.

<sup>4</sup> Così CERBO, *op. cit.*

<sup>5</sup> CERBO, *op. cit.*, 621.

<sup>6</sup> FOLLIERI, *op. cit.*, 331.

<sup>7</sup> Al riguardo, v. FOLLIERI, *cit.*, 331 segg.

<sup>8</sup> In giurisprudenza, v. Cons. di Stato, Sez. VI, 2 febbraio

2009, n. 543, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 471; Id., 14 giugno 2004, n. 3860, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2004, I, 2181.

<sup>9</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5904, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2006, I, 237. In particolare, la citata decisione afferma che «di norma il potere amministrativo non è soggetto a prescrizione, ma, al più, a decadenza, verificandosi la quale la posizione giuridica che fronteggia il potere torna ad essere di diritto soggettivo (e si pensi alla decadenza della dichiarazione di pubblica utilità). Se la legge non prevede termini di decadenza, si deve ritenere che il potere non sia soggetto ad alcun termine (art. 2964 c.c. stabilisce che la decadenza deve essere espressamente prevista dalla legge). Inoltre va considerato che, nella specie, il potere sanzionatorio è esercitato in surroga del potere ripristinatorio, per cui come quest'ultimo può essere azionato senza termine (si è infatti ritenuto che il potere dell'Amministrazione di ordinare la demolizione di edifici costruiti su beni d'interesse storico artistico non viene meno per il fatto che l'Autorità competente abbia lasciato trascorrere un lungo periodo di tempo prima di avvalersene, dato che né l'art. 59 L. 1° giugno 1939 n. 1089 né altra norma ne subordina l'esercizio al rispetto di un termine in tal senso T.A.R. Puglia 22 giugno 1994 n. 1062 e CdS 11 marzo 1966 n. 255) così anche la sanzione pecuniaria può sempre essere irrogata nel caso in cui il ripristino non risulti possibile». *Contra*, T.A.R. Puglia, Lecce, 21 marzo 2005, n. 1563, in *Foro Amm. TAR*, 846, secondo cui «la specifica condotta consistente nella rimozione, modificazione, demolizione o restauro delle cose sottoposte a vincolo storico-artistico senza l'autorizzazione dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, ha natura di illecito permanente, con la conseguenza che la

anche al merito, giusta l'art. 134 codice del processo amministrativo<sup>10</sup> — del giudice amministrativo<sup>11</sup>.

E ancora, la sanzione pecuniaria di cui all'art. 160 cit., presenta notevoli differenze rispetto al risarcimento dei danni: in particolare, essa trova il proprio fondamento nella «riscontrata impossibilità dell'esecuzione del ripristino dello stato dei luoghi e, quindi, della sua monetizzazione, senza che al riguardo rilevi l'elemento psicologico (dolo o colpa)»<sup>12</sup>.

L'elemento soggettivo, peraltro, viene recuperato dalla decisione in epigrafe in punto di responsabilità della stazione appaltante per il danno cagionato dall'appaltatore.

Al riguardo, come già anticipato, la Sezione, richiamando gli approdi cui è giunta la giurisprudenza civile in tema di appalti privati, spiega che la responsabilità del committente per fatto dell'appaltatore non si rinviene nell'art. 2049 c.c., secondo cui, come noto, «i padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti», bensì, sussistendone i presupposti, nell'art. 2043 c.c., e in specie nella figura della *culpa in eligendo*<sup>13</sup>.

L'esclusione dell'applicabilità dell'art. 2049 c.c. riposa sulla circostanza che l'autonomia dell'appaltatore comporta che, di regola, quest'ultimo deve ritenersi unico responsabile dei danni derivati a terzi dall'esecuzione dell'opera. Una corresponsabilità del committente può configurarsi in caso di specifica violazione di regole di cautela nascenti *ex art.* 2043 c.c. dal precetto di *neminem laedere*, ovvero in caso di riferibilità del-

l'evento al committente stesso per *culpa in eligendo* per essere stata affidata l'opera ad un'impresa assolutamente inadeguata, ovvero quando l'appaltatore in base a patti contrattuali sia stato un semplice esecutore degli ordini del committente e abbia agito quale *nudus minister* attuandone specifiche direttive<sup>14</sup>.

In relazione a tale ultimo aspetto, si è ulteriormente specificato che l'appaltatore è responsabile in via esclusiva dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera anche nel caso in cui il committente abbia esercitato un controllo sui relativi lavori, designando, nel proprio interesse, un direttore dei lavori o un sorvegliante, privo, però, di poteri d'ingerenza<sup>15</sup>.

La giurisprudenza in tema di appalti pubblici ha espresso principi sostanzialmente analoghi<sup>16</sup>: la Corte di cassazione, infatti, ha sostenuto che «anche nell'appalto di opera pubblica, l'unico responsabile dei danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera è l'appaltatore, in quanto i limiti dell'autonomia dell'appaltatore derivanti dall'obbligatorietà della nomina del direttore dei lavori, nonché dalla intensa e continua ingerenza dell'amministrazione appaltante, non fanno venir meno il dovere dell'appaltatore medesimo di prendere tutte le iniziative necessarie per la corretta attuazione del contratto, anche a tutela dei diritti dei terzi, né il dovere di controllare gli atti attraverso i quali si esplica detta ingerenza. Pertanto, sussiste una responsabilità dell'amministrazione committente in via concorrente e solidale solamente quando il fatto dannoso sia stato posto in essere in esecuzione del progetto o di direttive impartite da essa committente, mentre resta configurabile una responsabilità esclusiva solo quando essa

prescrizione per l'applicazione della sanzione di cui all'art. 59, L. 1° giugno 1939 n. 1089 inizia a decorrere solo dalla cessazione della permanenza; mentre, nell'ipotesi di totale demolizione di parti di un bene immobile vincolato con conseguente impossibilità della riduzione in pristino, la condotta antiggiuridica si esaurisce nella disposta demolizione e la lesione del bene tutelato non si protrae per effetto della volontà dell'agente sino a che questo ponga in essere una condotta uguale e contraria a quella iniziale. In tale ultima ipotesi, pertanto, ci si trova di fronte ad un illecito non permanente, con conseguente applicabilità della prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 comma 1, L. 24 novembre 1981 n. 689, decorrente dal giorno in cui è stata commessa la condotta antiggiuridica».

<sup>10</sup> Al riguardo, sul rilievo che la determinazione del *quantum* della sanzione pecuniaria irrogata costituisce espressione di esercizio di discrezionalità tecnica, la decisione in commento rammenta che essa può essere contestata soltanto per irragionevolezza e illogicità.

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 4 aprile 2000, n. 94, in *Foro It.*, 2000, I, 1120, secondo cui «la sanzione pecuniaria irrogata dall'amministrazione al proprietario di un immobile di interesse artistico e storico, a norma dell'art. 59 legge n. 1089/1939, [...] rientra [...] nell'area dei poteri autoritativi dell'amministrazione medesima a tutela diretta di interessi pubblici. Ne consegue che la controversia rivolta a contestare la validità ed efficacia del provvedimento applicativo di detta sanzione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto si ricollega a posizioni di interesse legittimo».

<sup>12</sup> T.A.R. Lazio, Roma, 10 luglio 2008, n. 6643, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 2055. È ancora da precisare, in conclusione della breve rassegna, che la giurisprudenza (T.A.R. Sicilia, Palermo, 18 aprile 2005, n. 536, in *Foro Amm. TAR*, 2005, 1246) ha avuto modo di affermare che «sebbene [...] l'art. 59 L. 1° giugno 1939 n. 1089, preveda in linea generale l'alternatività tra il ripristino dei luoghi illegittimamente modificati ed il risarcimento del dan-

no subito dal patrimonio archeologico, non può escludersi che l'opera di ripristino non sia idonea a elidere completamente il danno inferto al patrimonio archeologico e, pertanto, nonostante tale doveroso ripristino, residui in concreto un danno risarcibile»; e ha puntualizzato che l'Amministrazione, ove intenda cumulare le misure del ripristino dei luoghi e del risarcimento, deve precisare sulla base di quali elementi giunge alla conclusione che il ripristino del territorio non è idoneo ad eliminare tutti i danni subiti, ed evidenziare i criteri seguiti per la quantificazione del danno residuo.

<sup>13</sup> Principio pacifico: v., ad es., Cass., Sez. III, 23 aprile 2008, n. 10588, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Id., 12 luglio 2006, n. 15782, in *Nuova Giur. Civ.*, 2007, I, 421, con nota di BERTINO, *Il dovere di ingerenza del committente per la sicurezza nei cantieri*; Id., 21 giugno 2004, n. 11478, in *Mass. Giur. It.*, 2004; Id., 15 luglio 2003, n. 11064, in *Giurisprudenza Bollettino legislazione tecnica*, 2004, 85; Id., 15 novembre 2002, n. 16080, in *Danno e Resp.*, 2003, 55. In dottrina, v. FRANZONI, *Dei fatti illeciti, art. 2043-2059*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna, 1993, 401 e segg.; BENEDETTI, *Corresponsabilità del committente per danni causati dall'appaltatore? Una discutibile applicazione dell'art. 1122 c.c.*, in *Danno e Resp.*, 1998, 357; PUGLIESE, *La responsabilità dell'appaltatore e del committente per i danni arrecati a terzi*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1988, II, 44.

<sup>14</sup> Cass., n. 11478/2004, cit.

<sup>15</sup> Cass., n. 11064/2003, cit.

<sup>16</sup> Diverso ancora è il caso della concessione di opera pubblica: in tale ambito, è costante affermazione quella per cui «il concessionario risponde direttamente dei danni cagionati a terzi dall'opera pubblica, sia per l'attività legittima che per l'illecito aquiliano, ed in questo secondo caso anche se la colpa sia riferibile al concedente nella predisposizione del progetto e nella imposizione delle direttive, salvo l'eventuale rivalsa nei rapporti interni derivanti dalla concessione» (Cass., 21 marzo 2003, n. 4145, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 569).

abbia rigidamente vincolato l'attività dell'appaltatore, così da neutralizzare completamente la sua libertà di decisione»<sup>17</sup>.

## OFFERTE ANOMALE


CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7631 — BACCARINI *Presidente* — SCOLA *Estensore* — Fontana Costruzioni s.p.a. (avv. Capasso) - Comune di Napoli (avv.ti Pulcini, Tarallo) ed altro.

**Contratti della pubblica amministrazione — Gara d'appalto — Anomalia dell'offerta — Verifica — Valutazione globale — Attendibilità analisi dei prezzi — Necessità** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 87, 88).

**Contratti della pubblica amministrazione — Gara d'appalto — Anomalia dell'offerta — Verifica — Giudizio del giudice amministrativo — Limiti — Casi in cui si può modificare l'esito della gara** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 87, 88).

*Nelle gare per la realizzazione di un'opera pubblica si esige che, durante il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, la relativa verifica si svolga sulla base di una valutazione globale, quale risultato di un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti dell'offerta, previa attendibilità dell'analisi dei prezzi redatta dall'interessata offerente (1).*

*In tema di anomalia delle offerte il giudice amministrativo, relativamente ai giudizi che sono espressione di discrezionalità tecnica, deve limitarsi a effettuare un controllo sostanzialmente formale dell'iter logico seguito dall'amministrazione. Tale controllo può altresì riguardare la verifica delle operazioni tecniche svolte, con particolare riferimento alla loro correttezza per quanto riguarda i criteri tecnici, nonché il relativo procedimento applicativo. Esula comunque dalle competenze del giudice amministrativo il riesame delle valutazioni, già effettuate dalla pubblica amministrazione, circa l'interesse pubblico. Infine il giudice amministrativo può travolgere con la propria pronuncia l'esito della gara solamente qualora si riscontri un giudizio negativo circa l'attendibilità di quelle voci che, per la loro rilevanza o incidenza complessiva, rendono l'intera offerta non plausibile e pertanto non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante (2).*

 (1) I giudici di Palazzo Spada nel tempo hanno sempre più consolidato il loro orientamento in materia di gare d'appalto e di offerte anomale, con particolare riferimento al procedimento previsto per la loro valutazione e verifica. Di regola il giudizio di anomalia dell'offerta si estrinseca in un sub-procedimento, formalmente distinto da quello ad evidenza pubblica avente come fine ultimo l'aggiudicazione, ma che nel complesso rimase ad esso collegato<sup>1</sup>. In buona sostanza si tratta di un sub-procedimento che si svolge all'interno di quel procedimento specificatamente diretto alla selezione del contraente migliore e che viene in essere in un ben determinato momento: dopo l'apertura delle buste contenenti le varie offerte e prima, logicamente, dell'individuazione dell'offerente vincitore e della sua conseguente aggiudicazione dell'appalto. Tale fase di controllo delle offerte anomale si articola in tre distinti momenti<sup>2</sup> (la richiesta, da parte dell'amministrazione selezionatrice, ai vari offerenti delle ragioni e dei motivi che giustificano tale offerta; la presentazione da parte degli offerenti di tutte le precisazioni e di tutti gli elementi giustificativi dell'offerta; la verifica, nonché la valutazione da parte dell'amministrazione aggiudicatrice delle varie giustificazioni presentate) e trova la sua ragion d'essere sia nella volontà di rispettare i principi comunitari in materia d'appalto, quali la libertà di concorrenza e l'uguale trattamento di ciascun partecipante, sia il più generale principio, espresso nella nostra costituzione all'art. 97, dell'imparzialità, legalità e buon andamento dell'azione amministrativa<sup>3</sup>.

Tale sub-procedimento trova dettagliata disciplina legislativa, circa le sue modalità di svolgimento e gli obiettivi che deve raggiungere, nel dispositivo degli artt. 86 e segg. D.L. 12 aprile 2006, n. 163, meglio noto come codice degli appalti. Il legislatore ha qui voluto specificare le modalità attraverso cui si deve svolgere l'attività di controllo e ha vincolato tale verifica al c.d. *an* delle singole offerte, andando poi a qualificare, nel momento in cui si realizza il superamento di una specifica soglia limite determinata con riferimento al criterio da seguire per l'aggiudicazione<sup>4</sup>, un'offerta nei termini di anomalia.

Sulla base pertanto di tali criteri può venir riscontrata, fra le diverse presentate, l'esistenza di una o più offerte anomale e la conseguente instaurazione di quel preciso procedimento diretto alla loro valutazione e

<sup>17</sup> Cass., Sez. II, 20 agosto 1999, n. 8802, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2000, 1049, con nota di PEILA, *Responsabilità della pubblica amministrazione per i danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'appalto*. In *terminis*, Id., 20 ottobre 2002, n. 14905; Id., 9 dicembre 1997, n. 12449, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2352; Id., 27 agosto 1996, 7862, *ivi*, 1996, 1226, secondo cui «nell'appalto di opera pubblica, l'appaltatore, essendo tenuto a rilevare — nei limiti delle sue capacità tecniche e delle cognizioni richiestegli quale imprenditore del particolare ramo — eventuali carenze od errori nelle disposizioni impartitegli dal committente o dal direttore dei lavori nominato dallo stesso, è responsabile per i danni cagionati a terzi nell'esecuzione dell'opera, anche se derivanti dall'imperfezione del progetto, a meno che non dimostri di aver manifestato il proprio dissenso e di essere stato indotto a seguire il progetto medesimo quale *nudus minister* nella ragionevole opinione che dalla fedele attuazione di esso non sarebbe derivato alcun danno.

<sup>1</sup> Sul punto v. Cons. di Stato, Sez. VI, 3 aprile 2002, n. 1853, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 952 (s.m.).

<sup>2</sup> In particolare si è valutata in dottrina l'illegittimità dell'esclusione automatica di un'offerta anomala, senza previa instaurazione di un contraddittorio fra le parti interessate. V. sul punto in particolare la nota di PIGNATTI, *Il giudizio sulle offerte anomale fra effettività del contraddittorio ed oggettività nelle valutazioni*, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 5, 1303.

<sup>3</sup> V. in dottrina l'analisi di LONGO, *Principio del contraddittorio e valutazione sull'anomalia delle offerte*, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 11, 3212.

<sup>4</sup> I criteri in questione sono quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa o quello del prezzo più basso.

verifica, che deve sempre e comunque svolgersi in contraddittorio<sup>5</sup> con l'offerente "anomalo". Infatti, nel caso in cui le giustificazioni preventivamente presentate a corredo dell'offerta non risultino sufficienti, «al candidato può essere richiesto di integrare la documentazione con ulteriori chiarimenti, in un dialogo tra offerente e amministrazione che, per la natura flessibile ed aperta, si configura quale momento di reale negoziazione tra i contraenti»<sup>6</sup>. In questo modo si consente al concorrente la cui offerta è ritenuta anomala di conoscere con esattezza le ragioni poste alla base della valutazione di anomalia, garantendo così allo stesso tempo il suo diritto a presentare le relative giustificazioni.

Si tenga però presente che «in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, non esiste alcuna norma che rigidamente ne regoli lo svolgimento, con la conseguenza che l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può essere condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese e con più richieste di integrazioni e chiarimenti»<sup>7</sup> e che non risulta sempre obbligatoria la verifica e il controllo da parte della stazione appaltante, visto anche quanto stabilito dall'art. 86, comma 3<sup>8</sup>, D.Lgs. n. 163/2006.

Nel caso di specie quello che tuttavia rileva, e che più ci preme sottolineare in questa sede, è che, come già più volte ripetuto in precedenti decisioni, il Consiglio di Stato, seguendo anche quanto statuito dagli artt. 87 e 88 del codice degli appalti, ha specificatamente chiarito che l'analisi delle varie offerte anomale, ai fini della valutazione di congruità o meno, debba riguardare non solamente i singoli elementi compositivi di ciascuna offerta, ma debba altresì considerare le offerte nella loro interezza o, per meglio dire, nella loro globalità. Operando secondo tali criteri modali si ottiene sicuramente un quadro più completo delle varie componenti dell'offerta e si può quindi apprezzarne maggiormente l'attendibilità complessiva, con riguardo anche per la capacità imprenditoriale di ciascun offerente partecipante alla gara. Avendosi quindi come fine ultimo il riscontro dell'attendibilità complessiva dell'offerta ritenuta anomala, durante il relativo sub procedimento di analisi, non può essere ritenuto fondamentale, ai fini della dichiarazione di ingiustificata offerta anomala, la tenuità dell'utile che «il concorrente si prefigge di conseguire, sempre che ci sia un margine di utile, dal mo-

mento che elementi rilevanti sono sia la certezza che l'offerta è da ritenersi seria, nel senso che il concorrente non ha l'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali, sia i vantaggi indiretti che l'appalto può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di prequalificazione per i successivi appalti»<sup>9</sup>.

È stato, infatti, più volte rilevato sia in dottrina che in giurisprudenza che un'offerta, che al netto dei costi preveda un guadagno esiguo per l'imprenditore, non può essere automaticamente oggetto di esclusione dalla gara<sup>10</sup>, in quanto la voce dell'utile d'impresa «può essere compressa e ridotta, nel quadro delle scelte imprenditoriali del concorrente, con i soli limiti correlati all'anomalia dell'offerta proposta, verificabile nel complesso del procedimento di verifica». D'altronde — prosegue il Consiglio — «un margine di guadagno irrisorio può costituire serio indice presuntivo dell'inaffidabilità dell'offerta solo qualora sia dimostrato che l'offerta corrisponda ad un prezzo inidoneo a remunerare le diverse componenti dell'organizzazione imprenditoriale e non consenta di ipotizzare, nemmeno in proiezione, significative prospettive di espansione dell'azienda nel settore»<sup>11</sup>.

Pertanto la *ratio* di fondo è che nelle gare d'appalto il giudizio di anomalia abbia come obiettivo quello di accertare se l'offerta presentata e ritenuta anomala sia attendibile o meno nella sua interezza, e non piuttosto quello di ricercare singole voci od elementi dell'offerta che risultino inesatti. L'imprenditore, in ossequio al principio comunitario della libera concorrenza, risulta quindi pienamente libero nella determinazione della propria offerta e non è possibile fissare a priori una «quota di utile rigida al di sotto della quale la proposta dell'appaltatore debba considerarsi per definizione incongrua, assumendo invece rilievo la circostanza che l'offerta si appalesi seria, e cioè non animata dall'intenzione di trarre lucro dal futuro inadempimento delle obbligazioni contrattuali. Solo infatti un utile pari a zero è ingiustificabile»<sup>12</sup>. La verifica sulla congruità della proposta formulata dal concorrente, pertanto, si profila quale valutazione tesa ad apprezzare l'attendibilità dell'offerta valutata nella sua interezza e unicamente in vista della successiva esecuzione dell'appalto: l'interesse ultimo della stazione appaltante infatti deve

<sup>5</sup> Sul punto v. in particolare l'art. 55 Dir. 2004/18/CE e l'art. 57 Dir. 2004/17/CE. Sulla base di quanto stabilito da questi due articoli e sulla specifica disposizione che il procedimento di verifica dell'anomalia avvenga consultando l'offerente interessato, in dottrina ha avvalorato la tesi in base alla quale a livello comunitario si voglia accentuare il contraddittorio fra le diverse parti coinvolte nella gara d'appalto. In particolare v. DE NICOTLIS, *Le offerte anomale ed i criteri di rilevazione di congruità dei prezzi*, in *Trattato sui contratti pubblici* a cura di Sandulli, Milano, 2008, 2207, dove l'autrice sostiene che «le amministrazioni aggiudicatrici, dopo aver chiesto le giustificazioni all'offerente, dovranno procedere all'esame di tali giustificazioni in una seduta cui assiste l'offerente medesimo, che va consultato ed invitato a fornire i chiarimenti necessari».

<sup>6</sup> Cfr. DEL GIUDICE, *La rilevanza della concorrenza effettiva nel giudizio di anomalia dell'offerta: riflessioni in ordine alla compressione dell'utile d'impresa*, in *Foro Amm.* TAR, 2009, 06, 1927.

<sup>7</sup> Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 1° aprile 2008, n. 2780, in *Foro Amm.* TAR, 2008, 4, 1037 (s.m.).

<sup>8</sup> Infatti «in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa».

<sup>9</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 28 gennaio 2009, n. 466, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1, 182 (s.m.). Nonché Cons. di Stato, Sez. IV, 14 febbraio 2002, n. 882, in *Appalti Urbanistica Edilizia*, 2002, 93.

<sup>10</sup> Sull'illegittimità di un'automatica equiparazione tra irrisorietà dell'utile e anomalia delle offerte: T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 5 marzo 1999, n. 504, in *Urbanistica e Appalti*, 1999, 878, con nota di GAVIANO.

<sup>11</sup> Cfr. Corte giust. amm. sic., Sez. giur., 15 aprile 2009 n. 241, in *www.lexitalia.it*. Pur riconoscendosi non ammissibili offerte in perdita, la soglia di anomalia di un utile irrisorio deve essere circoscritta ai soli casi in cui la percentuale di guadagno non sia sufficiente a dimostrare l'esistenza di un adeguato equilibrio economico fra costi e ricavi.

<sup>12</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2384, in *Pubblica*, 2009 e Cons. di Stato, Sez. VI, 8 marzo 2004, n. 1072, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2004, I, 1473 (s.m.).

essere quello di evitare comportamenti negoziali imprudenti nella fase pubblicistica delle trattative contrattuali, che potrebbero poi causare in futuro un'irregolare o non corretta esecuzione dell'appalto.

(2) Con la decisione in commento il Consiglio di Stato precisa ancora una volta<sup>13</sup> quali siano i limiti posti al sindacato del giudice amministrativo in sede di controllo giurisdizionale della valutazione delle offerte anomale effettuata dalla pubblica amministrazione nel relativo giudizio di verifica<sup>14</sup>. In particolare è necessario premettere che essenziale ai fini di una tale valutazione da parte del giudice amministrativo è la motivazione adottata dalla pubblica amministrazione al termine del sub-procedimento, intesa come vero e proprio elemento decisivo poiché permette di controllarne l'effettiva logicità, senza al contempo alcuna possibilità per il giudice di sostituirsi alla pubblica amministrazione nella valutazione effettiva.

In tema di sindacato e di motivazione amministrativa oggetto del controllo del giudice, risulta importante indicare e sottolineare il recente indirizzo dell'organo collegiale circa la necessità che quest'ultima sia più o meno specifica: in particolare, in diverse recenti decisioni, il Collegio ha statuito che una motivazione puntuale e dettagliata da parte della stazione appaltante è richiesta solamente qualora esso si concluda in senso negativo, facendo quindi venir meno l'aggiudicazione. In caso, invece, di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non si richiede che la relativa motivazione sia particolarmente analitica e puntuale, «essendo sufficiente una motivazione espressa *per relationem* alle giustificazioni già rese dall'impresa concorrente, sempre che queste siano a loro volta congrue ed adeguate»<sup>15</sup>. In particolare l'organo collegiale ha affermato che qualora la stazione appaltante ritenga convincenti le giustificazioni presentate dal concorrente, non è necessario «che la determinazione si basi su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni: spetta in tal caso a chi contesta contro l'aggiudicazione l'onere di individuare gli specifici elementi da cui il giudice amministrativo può evincere che la valutazione tecnico-discrezionale dell'amministrazione sia manifestamente irragionevole»<sup>16</sup>.

In sede di verifica giurisdizionale il giudice amministrativo deve quindi basarsi sulla motivazione adottata dall'amministrazione e utilizzarla per controllare che il ragionamento seguito dalla stazione appaltante non pecchi di illogicità.

È comunque necessario precisare che le valutazioni effettuate dell'amministrazione costituiscono espressione di un potere di natura tecnico discrezionale, e quindi di per sé insindacabile in sede giurisdizionale, fatte salve solamente quelle ipotesi in cui le stesse siano

manifestamente illogiche, fondate su insufficiente motivazione o su errori di fatto<sup>17</sup>, di tale che, nel corso dell'apposito sub-procedimento valutativo, la P.A. procedente deve valutare le giustificazioni dell'impresa in ordine alla contestata anomalia, richiedendo, quando sia convinta che l'offerta migliore o più conveniente sia effettivamente anomala e non consenta un reale affidamento circa il contratto da stipulare, una congrua e adeguata istruttoria e una compiuta motivazione che dimostri l'insufficienza delle giustificazioni presentate. Mentre tale apparato giustificatorio non è necessario se le giustificazioni si dimostrino sufficienti, spettando invece a chi intende dolersi dell'aggiudicazione conclusasi presentare al giudice adito gli argomenti da cui questi possa evincere che la valutazione tecnico-discrezionale sia manifestamente irragionevole. Tuttavia tutto questo non vuol dire che la c.d. discrezionalità tecnica della pubblica amministrazione, a differenza di quello che avviene per il merito amministrativo, è a priori sottratta alla valutazione del giudice amministrativo, in termini generali di legittimità, in quanto essa identifica i casi in cui, con riferimento a determinate materie, l'operato della stessa si deve svolgere secondo criteri, regole o parametri tecnici o scientifici, direttamente o indirettamente richiamati dalla norma regolatrice del potere esercitato<sup>18</sup>. Il sindacato del giudice amministrativo, pertanto, quando ha per oggetto giudizi che sono espressione di una discrezionalità tecnica dovrebbe limitarsi a verificare l'*iter* logico seguito dall'amministrazione appaltante, ma, ove necessario ai fini di una verifica di legittimità, potrebbe anche estendersi «al controllo dell'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della loro correttezza quanto ai criteri tecnici e relativo procedimento applicativo». Resta, in ogni caso, fermo il principio secondo cui non spetta al giudice amministrativo riesaminare le autonome valutazioni dell'interesse pubblico compiute dall'amministrazione, sulla base delle cognizioni tecniche acquisite; la frequente contestualità, se non commistione, fra i due profili lascia, infatti, intatta la necessità di distinguere accuratamente i due aspetti, che riflettono il confine tra legittimità e merito del provvedimento<sup>19</sup>. In pratica in tema di anomalia, compito primario del giudice resta quello di verificare se il potere amministrativo sia stato tecnicamente esercitato in modo conforme ai criteri di logicità, congruità, razionalità e corretto apprezzamento dei fatti. Tale attività di controllo è resa ancora più agevole dalla possibilità per il giudice, introdotta dall'art. 16 legge n. 205/2000, di richiedere una consulenza tecnica, avente per oggetto la verifica dell'attendibilità delle varie operazioni poste in atto dall'amministrazione. Sul punto, infatti si conferma l'orientamento che il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della pubblica ammi-

<sup>13</sup> Più volte il Consiglio si è già espresso sul punto ed in particolare v. Cons. di Stato, Sez. VI, 15 giugno 2009, n. 3827, in *Foro Amm. CdS*, 2009 6, 1541 (s.m.).

<sup>14</sup> Interessante sul punto è l'analisi di FALITI, *Recenti orientamenti giurisprudenziali sulla discrezionalità tecnica con particolare riferimento al sindacato giurisdizionale in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta nelle gare di appalto*, in *Giur. di Merito*, 2007, 4, 1141.

<sup>15</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 20 maggio 2008, n. 2348, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 5, 1476 (s.m.).

<sup>16</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 10 febbraio 2009, n. 748, in *Ragiusan*, 2009, 305 e seg., 99.

<sup>17</sup> In giurisprudenza sono numerosi i casi in cui ci si è espressi in tali termini e v. Cons. di Stato, Sez. V, 1° ottobre 2001, n. 5188, in *Foro Amm.*, 2001, 2786 (s.m.); Cons. di Stato, Sez. V, 6 agosto 2001, n. 4228, in *Dir. e Giust.*, 2001, 33, 70.

<sup>18</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urbanistica e Appalti*, 2001, 866, con nota di PROTO.

<sup>19</sup> Cons. di Stato, 5 marzo 2001 n. 1247, cit.

nistrazione può oggi anche riguardare, al di là del semplice e mero controllo formale ed estrinseco, la verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza dal punto di vista tecnico ed da quello del relativo procedimento applicativo, potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica, sia la nuova consulenza tecnica<sup>20</sup>.

Tale tipologia di controllo da parte del giudice amministrativo viene comunque definita in dottrina<sup>21</sup> come sindacato debole, in quanto, seppur possono ripetersi le valutazioni tecniche sulla base delle risultanze emerse in giudizio, tuttavia non è sicuramente consentito al giudice di sostituirsi *in toto* all'amministrazione. Si tratta pertanto di un sindacato che va a valutare in maniera meramente estrinseca l'operato della stazione appaltante e che, come già ricordato sopra, lo valuta in termini di coerenza logica e attendibilità della decisione assunta in rapporto alle premesse di fatto e alle regole tecniche<sup>22</sup>.

Infine è essenziale sottolineare che nella presente decisione il Collegio ha confermato che, nella verifica dell'anomalia, l'esito della gara può essere travolto dalla pronuncia del giudice amministrativo solo allorché il giudizio negativo sul piano dell'attendibilità riguardi voci che, per la loro rilevanza e incidenza complessiva, rendano l'intera operazione economica non plausibile e, per l'effetto, non suscettibile di accettazione da parte della stazione appaltante, e ciò a causa del residuo di dubbi circa l'idoneità dell'offerta minata da spie strutturali di inaffidabilità, a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico<sup>23</sup>.

### CONCESSIONE EDILIZIA E VICINITAS

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 20 ottobre 2010, n. 7591 — SEVERINI *Presidente* — TAORMINA *Estensore* — Parolini ed altri (avv.ti Ambrosini, Dal Molin) - Comune di Morbegno ed altri (avv.ti Ambrosio, Venosta).

**Edilizia e urbanistica — Concessione edilizia — Impugnazione — Legittimazione attiva del terzo — Vicinitas — Definizione** (L. 17 agosto 1942, n. 1150, art. 31, comma 9).

*La legittimazione a impugnare una concessione edilizia sussiste ove sia presente una posizione qualificata e differenziata, quale quella dei proprietari di immobili*

<sup>20</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 9 novembre 2006, n. 6607, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1, 242 (s.m.) con nota di PAPANIA.

<sup>21</sup> V. in particolare DEL GIUDICE, *op. cit.*

<sup>22</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 11 luglio 2008, n. 3481, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 7-8, 2086 (s.m.); Id., Sez. VI, 22 maggio 2008, n. 2449, *ibid.*, 5, 1542 (s.m.); Id., Sez. IV, 21 maggio 2008, n. 2404, *ibid.*, 5, 1422 (s.m.).

<sup>23</sup> Cfr Cons. di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002, n. 2334, *Foro Amm. CdS*, 2002, 1278 (s.m.), T.A.R. Toscana, Sez. II, 4 giugno 2007, n. 825; Cons. di Stato, Sez. VI, 3 maggio 2002 n. 2334.

<sup>1</sup> In dottrina SAITTA, *L'impugnazione del permesso di costruire nell'evoluzione giurisprudenziale: da azione popolare a mero ampliamento della legittimazione a ricorrere*, in *www.lexitalia.it*;

*siti nella zona in cui la costruzione è permessa, e quella di coloro che si trovano in una situazione di stabile collegamento con la stessa. Tale situazione non postula necessariamente l'adiacenza tra gli immobili, essendo sufficiente la semplice prossimità, senza che sia necessario dimostrare ulteriormente la sussistenza di un interesse qualificato alla tutela giurisdizionale. Ne consegue che il presupposto processuale ricorre allorché si giustifichi nell'impugnativa il petitum, indicando la natura del collegamento e il danno asseritamente subito (1).*



(1) La sentenza in epigrafe compendia in maniera esaustiva l'evoluzione giurisprudenziale del concetto di *vicinitas* quale requisito legittimante il singolo a impugnare una concessione edilizia che si assume lesiva<sup>1</sup>.

Nel caso di specie, privati cittadini residenti nel comune di Morbegno, in una zona prossima a quella nella quale era prevista l'installazione di una stazione radio per telefonia cellulare, ricorrono in giudizio avverso i provvedimenti abilitativi alla realizzazione del suddetto impianto. In particolare l'opera sarebbe sorta in un'area ad alto dissesto idrogeologico. Tale area non era contraddistinta da un vincolo di assoluta inedificabilità, quanto alla realizzazione di infrastrutture pubbliche, stante la condizione di non localizzabilità altrove dell'opera, prevista dalla delibera della Regione Lombardia n. 7/6645 del 29 ottobre 2001.

Il Consiglio di Stato, in riforma della decisione del T.A.R. lombardo, censura l'operato dell'amministrazione comunale per aver omesso di accertare se l'infrastruttura fosse altrimenti localizzabile.

In ordine alla legittimazione attiva i giudici ricorrono alla nozione di *vicinitas*.

Tale concetto si iscrive nel più ampio sforzo compiuto dalla giurisprudenza, teso al riconoscimento della legittimazione processuale ad agire a tutela di interessi sovra individuali. Tale legittimazione passa per la trasformazione degli stessi da interessi adespoti, indifferenziati e indistinti rispetto alla collettività, in autentici interessi legittimi, riferibili non già ad una persona fisica, quanto piuttosto a organismi esponenziali abilitati a rappresentare l'interesse collettivo.

La *vicinitas* offre un criterio di soggettivazione, differenziazione dell'interesse diffuso, il quale acquisisce *legitimatō ad causam*.

L'art. 31, comma 9, L. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dall'art. 10 L. 6 agosto 1967, n. 765, dispone che «chiunque può ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia in quanto in contrasto con le disposi-

TASSONE, voce "Situazione giuridiche soggettive", in *Dizionario di diritto amministrativo* a cura di Clarich, Fonderico, Milano, 2007; SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004; GUICCIARDI, *Interesse personale diretto ed attuale*, in *Giur. It.*, 1961, 1; TULUMELLO, *L'impugnabilità degli atti amministrativi in materia edilizia*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2009, 59; DE PAOLIS, *Bacino d'utenza e interesse a ricorrere: la giurisprudenza più recente*, *ivi*, 2008, 1121; MARTINEZ, *Finis vicinitas ed interesse a ricorrere: il diritto di proprietà si estende sino alla tutela della servitù di panorama incisa da un provvedimento di localizzazione di opera pubblica*, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3498; MAESTRONI, *Nuovi orientamenti giurisprudenziali in tema di impugnazione di provvedimenti localizzazione di discariche*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1999, 914.



zioni di legge e regolamenti o con le prescrizioni di piano regolatore generale e dei piani particolareggiati di esecuzione».

Un'interpretazione letterale della norma legittimerebbe un'azione popolare urbanistica, diretta a tutelare l'interesse generale a un corretto utilizzo del territorio.

La giurisprudenza amministrativa ha escluso che tale disposizione introduca un'azione popolare tale da consentire a qualsiasi cittadino di impugnare un provvedimento che prevede la realizzazione di un'opera per far comunque valere l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione<sup>2</sup>.

Il Consiglio di Stato ha preteso, per l'esperimento dell'azione, la presenza in capo al ricorrente, di una posizione qualificata rappresentata dalla *vicinitas*.

Inizialmente la legittimazione ad agire era riconosciuta, esclusivamente entro limiti ristretti, ai soli proprietari frontisti. Nel 1961 il Consiglio di Stato<sup>3</sup> affermava che vi è interesse del proprietario di un edificio a impugnare la licenza di costruzione rilasciata sull'area vicina, quando la costruzione autorizzata possa determinare una diminuzione dell'effettivo godimento del bene di proprietà del ricorrente, limitandone l'aria, la visuale o la luminosità, indipendentemente dall'entità di tale limitazione.

Progressivamente è stato esteso il numero dei soggetti abilitati attraverso il riconoscimento di un più ampio interesse di zona. Una sentenza del Consiglio di Stato<sup>4</sup> estende il concetto di *vicinitas* entro ambiti meno ristretti e afferma che sussiste legittimazione al ricorso in capo a colui che si trovi in una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato, e che faccia valere un interesse giuridicamente protetto di natura urbanistica, quale ad esempio quello inerente l'osservanza delle prescrizioni regolatrici dell'edificazione. In tale pronuncia era stata negata ad un'associazione di categoria la legittimazione ad impugnare una concessione edilizia per il solo fatto che alcuni associati esercitassero la loro professione in edifici vicini. Secondo i giudici amministrativi solo chi abbia una determinata relazione di vicinanza rispetto a un'area oggetto di concessione edilizia, o chi si trovi in una situazione di stabile collegamento con essa, può ricorrere contro il rilascio dell'atto, non bastando la mera residenza o sede nel comune in cui si svolge l'attività edilizia.

In particolare la sentenza in epigrafe aderisce all'orientamento giurisprudenziale già espresso dal Consiglio di Stato<sup>5</sup> secondo il quale l'art. 31, comma 9, L. 17 agosto 1942, n. 1150, come modificato dall'art. 10 L. 6 agosto 1967, n. 765, non ha introdotto un'azione popolare che consente a qualsiasi cittadino di impugnare il provvedimento che prevede la realizzazione di

un'opera per far valere comunque l'osservanza delle prescrizioni che regolano l'edificazione. Al contrario deve essere riconosciuta una posizione qualificata e differenziata solo in favore dei proprietari di immobili siti nella zona in cui la costruzione è permessa e a coloro che si trovano in una situazione di «stabile collegamento» con la stessa. La legittimazione deve essere per lo meno specificata nell'impugnativa, con riferimento alla situazione concreta e fattuale, indicando la ragione, il come e la misura con cui il provvedimento impugnato si riflette sulla propria posizione sostanziale determinandone una lesione concreta, immediata e attuale.

Viene in rilievo una sentenza del Consiglio di Stato del 2007<sup>6</sup>, in cui i giudici fissano tre requisiti ai fini della sussistenza della legittimazione ad impugnare: a) l'ambito territoriale all'interno del quale si trova il soggetto che lamenta la lesione sia costituito da un comparto urbanisticamente delineato; b) il danno che in concreto possa derivare; c) la compromissione dell'assetto urbanistico e edilizio.

In altri precedenti è stato sottolineato come l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo del permesso di costruire non attenga a una controversia tra privati confinanti, ma al rapporto pubblicistico tra ricorrente e amministrazione che rilascia il provvedimento concessorio<sup>7</sup>.

Anche alla concessione edilizia in sanatoria di cui all'art. 31 L. 28 febbraio 1985, n. 47, il Consiglio di Stato ha ritenuto applicabili i principi in materia di legittimazione all'impugnazione da parte dei proprietari di fondi confinanti incisi dalla sanatoria dell'illecito, se non conforme a legge. Tale legittimazione sussiste per il fatto stesso che il terzo si trovi in una situazione di stabile collegamento con la zona interessata dalla costruzione oggetto di sanatoria<sup>8</sup>.

La giurisprudenza amministrativa si è spinta oltre affermando che il possesso del titolo di legittimazione alla proposizione del ricorso per l'annullamento di una concessione edilizia, discende dalla c.d. *vicinitas*, cioè da una situazione di stabile collegamento giuridico con il terreno oggetto dell'intervento costruttivo autorizzato. La sussistenza di tale titolo esime da qualsiasi indagine al fine di accertare, in concreto, se i lavori assentiti dall'atto impugnato comportino o meno un effettivo pregiudizio per il soggetto che propone l'impugnazione. Infatti l'esistenza della suddetta posizione legittimante abilita il soggetto ad agire per il rispetto delle norme urbanistiche, che assuma violate, a prescindere da qualsiasi esame sul tipo di lesione, che i lavori in concreto gli potrebbero arrecare<sup>9</sup>.

Tale orientamento è basato sull'identificazione del concetto di *vicinitas* e *legitimitas ad causam*. Sembra superata un più restrittiva posizione espressa dalla giu-

<sup>2</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3757, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2249. Negli stessi termini Id., Sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7490, *ivi*, 2009, 2547.

<sup>3</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 2 dicembre 1961, n. 692, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

<sup>4</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 13 luglio 2000, n. 3904, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2000, 1138.

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3757, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 2249.

<sup>6</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 4 dicembre 2007, n. 6157, in *Urbanistica e Appalti*, 2008, 334.

<sup>7</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7490, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2547.

<sup>8</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7491, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 177.

<sup>9</sup> Cons. di Stato, Sez. IV, 12 maggio 2009, n. 2908, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1250.

risprudenza amministrativa secondo cui, ai fini dell'impugnazione della concessione, la condizione della *vicinanza*, ossia dello stabile collegamento tra il ricorrente e la zona interessata dall'intervento assentito, va valutata alla stregua di un giudizio che tenga conto della natura e delle dimensioni dell'opera realizzata, della sua destinazione, delle sue implicazioni urbanistiche e anche delle conseguenze prodotte dal nuovo insediamento sulla qualità della vita che per residenza e attività lavorativa sono in durevole rapporto con la zona in cui sorge la nuova opera<sup>10</sup>.

La sentenza in epigrafe afferma che in tema di denuncia di condotte impicanti compromissione dell'ambiente o pericoli rilevanti per la pubblica incolumità si deve prescindere dalla prova del danno arrecato ove ci si dolga di un paventato pericolo per l'ambiente o per l'incolumità pubblica e non si prospettino interessi patrimoniali egoistici.

I giudici richiamano la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha classificato forme di interesse meno meritevoli di tutela, come ad esempio il godimento delle vedute, come posizioni giuridiche suscettibili di tutela a prescindere dalla prova dell'effettivo danno subito. Nel merito i giudici amministrativi, pur non introducendo una forma di azione popolare, hanno preso in considerazione interessi qualificati al mantenimento delle caratteristiche urbanistiche assegnate ad una determinata zona, cosicché l'interesse a impugnare sussiste in capo al proprietario limitrofo a prescindere dalla circostanza che abbia a ricevere uno specifico danno in tema di sottrazione di visuale, luce o aria<sup>11</sup>.

Si deve, infine, rilevare che la legittimazione all'azione deve essere specificata nell'impugnativa allegando la situazione concreta e fattuale e indicando la natura del collegamento con la zona edificanda e il danno asseritamente subito, o meglio come il provvedimento impugnato incida sulla propria posizione sostanziale, determinandone una concreta lesione.

## CRITERI E REQUISITI DI AGGIUDICAZIONE

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 8 ottobre 2010, n. 7346 — LAMBERTI *Presidente* — METRO *Estensore* — Consorzio regionale territoriale Network etico soc. coop. sociale consortile onlus (avv. Ballero) - Comune di Pula (avv. Patta).

**Amministrazione pubblica — Appalto pubblico — Servizi ex allegato II B D.Lgs. n. 163/2006 — Applicabilità disciplina ex art. 35 D.Lgs. n. 163/2006 — Esclusione** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 35).

**Amministrazione pubblica — Appalto pubblico — Criterio dell'offerta più vantaggiosa — Specificazione dei criteri nel bando — Adeguatezza** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 83).

*All'affidamento di appalti di servizi di cui all'allegato II B del codice dei contratti non è applicabile l'art. 35 del medesimo, relativo ai requisiti tecnici ed economici. Trova invece applicazione la disciplina specialistica ex art. 8 legge n. 381/1990, con la conseguenza che un consorzio di cooperative non può essere escluso qualora sia privo dei requisiti di capacità tecnica ed economica, essendo sufficiente che i suddetti requisiti siano posseduti dalle consorziate* (1).

*La serie procedimentale di una gara di appalto, concretizzandosi nel principio di concorsualità, richiede la completezza e compiutezza delle prescrizioni del bando e la previa predisposizione da parte dell'amministrazione appaltante dei criteri di valutazione delle offerte sufficientemente analitici per individuare i parametri da utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche* (2).



(1-2) La sentenza in epigrafe riguarda il caso di affidamento ad un Consorzio di un «servizio di assistenza domiciliare»<sup>1</sup>.

Tale servizio è ricompreso tra quelli di cui all'allegato II B D.Lgs. n. 163/2006. Il Consiglio di Stato, disattendendo la statuizione di primo grado, ha ritenuto applicabile la disciplina speciale dettata dall'art. 8 legge n. 381/1990 e non l'art. 35 D.Lgs. n. 165/2006.

I giudici di primo grado hanno ritenuto che il consorzio avrebbe dovuto provare il possesso, in proprio, dei requisiti previsti dal bando ai sensi dell'art. 35 D.Lgs. n. 165/2006, senza poter fare riferimento a quelli posseduti dalle consorziate designate per l'esecuzione del servizio e che, inoltre, non avrebbe potuto avvalersi ai sensi dell'art. 49 del codice dell'istituto dell'avvalimento, mancando nella fattispecie la dichiarazione delle imprese ausiliarie con cui queste si dovevano obbligare, verso il concorrente e verso la stazione appaltante, a mettere a disposizione, per tutta la durata dell'appalto, le risorse necessarie di cui il consorzio era carente.

Il Consiglio di Stato disattende il giudizio di primo grado e precisa che nel caso di specie non trova applicazione l'istituto dell'avvalimento. Infatti, nel caso di consorzio di cooperative, si è in presenza di un rapporto organico in conseguenza del quale l'attività posta in essere da ciascuna cooperativa, nella sua qualità di consorziate, è immediatamente imputabile al consorzio, con conseguente irrilevanza della mancanza dei requisiti di capacità tecnica e di fatturato in capo al consorzio stesso, atteso il possesso di tali requisiti da parte delle consorziate.

<sup>10</sup> *Ex multis* Cons. di Stato, Sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2849, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1485.

<sup>11</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 27 marzo 1981, n. 113, in *Foro Amm.*, 1981, 595.

<sup>1</sup> In dottrina CAVALLO PERIN-RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 1246. FISCHIONE, *La disciplina delle associazioni temporanee di impresa dopo il decreto correttivo 113/07*, in *www.giustamm.it*. ILACQUA, *Il contratto di avvalimento ex art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006*, in *www.giustamm.it*; LAMBERTI, *I criteri di gara possono essere*

*integrati ma non modificati dalle commissioni di gara*, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 399; LIPARI, *L'offerta economicamente più vantaggiosa*, *ivi*, 2007, 7; LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità dei criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1950; D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2008, 297; D'ELIA, *Il bando come lex specialis e la natura degli atti a contenuto generale*, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 327; MONTEDURO, *Dichiarazioni non conformi a clausole del bando sanzionate con l'esclusione: labile discrimen tra "integrazione" e "modificazione"*, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 3667.

I giudici ritengono, infatti, che la normativa applicabile alla fattispecie rende possibile, senza limitazioni, il cumulo dei requisiti, in forza del rapporto organico che regola le società cooperative.

Viene in rilievo la giurisprudenza<sup>2</sup> che ha chiarito come il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è in sostanza non dissimile, *mutatis mutandis*, da quello che avvince i singoli soci ad una società, ed è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata organicamente al consorzio, come unico e autonomo centro di imputazione di riferimento e di interessi, e ciò diversamente da quanto accade in tema di associazioni temporanee e di consorzi stabili.

In tema di requisiti di idoneità tecnica e finanziaria la giurisprudenza afferma che essi devono essere posseduti e comprovati dal consorzio, salvo per i requisiti relativi all'attrezzatura e ai mezzi d'opera nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate<sup>3</sup>.

Ancor più chiaramente il Consiglio di Stato<sup>4</sup> afferma che il requisito di qualificazione richiesto in relazione al rapporto contrattuale deve essere posseduto dall'intero consorzio e non dalla singola consorziata incaricata dell'espletamento dei servizi, alla quale la legittimazione a eseguire questi ultimi si acquisisce in virtù della sua appartenenza al consorzio stesso.

Da segnalare un precedente non conforme secondo cui i requisiti di idoneità tecnico finanziaria devono essere posseduti e documentati non solo dal consorzio in quanto tale, ma anche dalle singole imprese consorziate eventualmente designate quali esecutrici dei lavori e dei servizi; invero, malgrado il consorzio costituisca di per sé un soggetto autonomo, non può non riconoscersi che le singole consorziate, soggetti non privi di autonoma personalità e soprattutto di distinta organizzazione aziendale, siano idonee ad assumere concretamente, attraverso il consorzio appositamente costituito, le opere e i servizi in appalto<sup>5</sup>.

Le argomentazioni della Corte rendono evidente come non venisse in rilievo nel caso di specie dell'istituto dell'avvalimento.

L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria, introdotto nell'ordinamento interno attraverso il codice dei contratti, artt. 49 e 50. Si tratta di un contratto atipico assimilabile al mandato, per mezzo del quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda. Con tale istituto si riconosce la possibilità di servirsi per partecipare alla gara dei requisiti prestati da altri soggetti, distinti dal concorrente ma allo stesso legati da una relazione giuridica qualificata.

L'ambito elettivo di operatività del contratto di avvalimento è rappresentato dal rapporto tra società appartenenti allo stesso gruppo. Infatti la Corte di giu-

stizia ha più volte affermato che, ai fini della valutazione della sussistenza dei requisiti di partecipazione alle procedure di aggiudicazione degli appalti di opere pubbliche in riferimento ad una società *holding*, le amministrazioni aggiudicatrici devono tenere conto anche delle capacità tecniche, finanziarie ed economiche delle sue consociate, purché la capogruppo provi di poter effettivamente disporre dei mezzi produttivi, finanziari ed economici pertinenti a tali società necessari per l'esecuzione degli appalti<sup>6</sup>.

Con riferimento alla seconda massima vengono in rilievo i criteri di aggiudicazione e il potere di integrazione della commissione aggiudicatrice.

Nel caso di specie l'affidamento del servizio di assistenza domiciliare doveva essere deciso sulla base del criterio dell'offerta più vantaggiosa. L'appellante lamentava la genericità dei parametri di assegnazione dei punteggi inerenti l'offerta tecnica, e di conseguenza l'illegittimità del margine di discrezionalità lasciato alla commissione. I giudici hanno ritenuto che i parametri inerenti all'offerta tecnica, articolati in sub-criteri, fossero sufficientemente analitici per individuare i parametri da utilizzare per la valutazione delle offerte tecniche.

I criteri di aggiudicazione sono i metodi che permettono di individuare l'offerta aggiudicataria all'esito della gara. Quanto agli elementi di valutazione che confluiscono nel criterio dell'offerta più vantaggiosa, la competenza esclusiva a definirli è riservata al bando di gara. In tal modo si sottrae tale aspetto alle determinazioni della commissione di gara che deve provvedere a valutare le offerte.

La Corte di giustizia ha chiarito quali sono i limiti che le commissioni aggiudicatrici devono rispettare nell'interpretazione e specificazione dei criteri del bando. Le commissioni di aggiudicazioni possono soltanto integrare, ma non modificare i criteri di aggiudicazione, a condizione che peraltro che tale opera di integrazione non si risolva in una surrettizia modifica dei criteri fissati nel bando o nel capitolato, non abbia l'effetto di influenzare la preparazione delle offerte, e non si riverberi in danno nei confronti di taluno dei partecipanti<sup>7</sup>.

Tale sentenza ha stabilito che il diritto comunitario non osta a che una commissione aggiudicatrice attribuisca peso relativo ai sub-elementi di un criterio di aggiudicazione stabilito precedentemente, purché tale decisione non modifichi i criteri di decisione dell'appalto definiti nel capitolato d'onori o nel bando di gara e non contenga elementi che, se fossero stati noti al momento della preparazione delle offerte, avrebbero potuto influenzare detta preparazione in ossequio al principio di parità di trattamento e di *par condicio* tra imprese.

Tale obbligo è connesso ai principi della trasparenza e della parità di trattamento, fulcro del diritto comunitario degli appalti pubblici, i quali vincolano le am-

<sup>2</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 22 giugno 2000, n. 3477, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1908.

<sup>3</sup> Cons. di Stato, Sez. II, 30 aprile 2003, n. 1036, in *Foro It.*, 2004, 223.

<sup>4</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 503.

<sup>5</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 30 gennaio 2002, n. 507, in *Foro*

*Amm. CdS*, 2002, 116. In senso conforme Id., Sez. V, 24 novembre 1997, n. 1367, in *Giust. Civ.*, 1998, 2049.

<sup>6</sup> Corte giust. CE, Sez. V, 14 aprile 1994, in causa C-389/94, in *Giur. It.*, 1995, 545.

<sup>7</sup> Corte giust. CE, Sez. II, 24 novembre 2005, in causa C-331/04, in *Urbanistica e Appalti*, 2006, 339.

ministrazioni e gli enti nel momento di formulazione dei criteri di attribuzione della gara secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>8</sup>.

In relazione alla specifica fattispecie la giurisprudenza di matrice europea afferma che l'amministrazione nel cui interesse è indetta la gara non è titolare di un potere incondizionato sui criteri di aggiudicazione ma deve formularli, nel capitolato d'oneri o nel bando, in maniera tale da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti, di interpretarli allo stesso modo<sup>9</sup>. La commissione giudicatrice deve perciò attenersi agli stessi criteri di aggiudicazione durante tutta la procedura e deve essere in grado di verificare la corrispondenza a tali criteri delle informazioni fornite dai concorrenti<sup>10</sup>.

La giurisprudenza amministrativa ammette il poterdovere della commissione di gara di distinguere con sottovoci i criteri genericamente indicati, onde procedere ad una disamina comparativa dell'aspetto tecnico-economico dei progetti più consona agli interessi delle stazioni appaltanti. La stessa giurisprudenza riconosce che la suddivisione in uno o più sotto-criteri o sub-pesi permette un migliore ripartizione dei punteggi in base al merito tecnico delle imprese<sup>11</sup>.

La giurisprudenza, pertanto, ha ritenuto legittima l'integrazione successiva delle condizioni di gara, ma non la loro modificazione, ferme restando le garanzie d'imparzialità, trasparenza e correttezza della procedura<sup>12</sup>.


## IDONEI DI CONCORSO PUBBLICO

CONSIGLIO DI STATO, V SEZIONE, 1° ottobre 2010, n. 7244 — CIRILLO *Presidente* — DELL'UTRI *Estensore* — C.M. ed altri (avv.ti D'Angiolella, De Masi, Laudadio) - Asl Na 1 (avv. Campobasso).

*Conferma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, n. 1321/2003.*

**Impiego pubblico — Concorsi pubblici — Natura giuridica della pretesa degli idonei — Insussistenza della posizione di diritto soggettivo — Obbligo di utilizzazione della graduatoria mediante scorrimento — Esclusione** (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 63).

*L'amministrazione pubblica non ha l'obbligo, ma solo la facoltà, di procedere all'assunzione degli idonei di una graduatoria di un pubblico concorso, non potendo configurarsi una posizione soggettiva di diritto perfetto a fronte del potere spiccatamente autoritativo della P.A. in ordine all'immissione di un soggetto nelle proprie strutture. (Nella specie, respinge l'appello proposto avverso la sentenza di primo grado poiché, stante in ogni caso la mancata violazione della normativa, l'amministrazione procedente indicava le ragioni dell'impossibilità di utilizzare la graduatoria per mancanza di pianta organica definitiva)* (1).

 (1) Con la pronuncia in epigrafe il Consiglio di Stato, V Sezione, affronta la dibattuta questione della posizione giuridica degli idonei della graduatoria di un concorso pubblico<sup>1</sup>.

Nel caso di specie i ricorrenti, risultati idonei ma non vincitori, lamentano il diniego di assunzione per scorrimento della graduatoria e richiedono la declaratoria del loro diritto ad essere nominati in ruolo.

L'organo di giustizia amministrativa, confermando la sentenza del T.A.R., oggetto di impugnazione, ritiene che non si possa configurare una posizione soggettiva di diritto perfetto a fronte del potere, spiccatamente autoritativo, della P.A. in ordine all'immissione di un soggetto nelle proprie strutture.

In particolare, nel caso di specie, i ricorrenti lamentano la violazione del bando, con riferimento alla clausola che prevedeva l'utilizzazione della graduatoria, nel periodo di validità biennale, per la copertura dei posti vacanti nella pianta organica per lo stesso ruolo, profilo e posizione funzionale.

La sopravvenuta approvazione regionale della pianta organica dell'Asl, però, non muta la possibilità giuridica di procedere alle assunzioni richiesta, giacché, essendo la proposta di pianta organica subordinata alla sussistenza di tre specificate condizioni, in concreto non realizzatesi, tale pianta non può considerarsi definitiva ed in assenza di essa permane l'impossibilità giuridica di procedere alle assunzioni.

Il precipitato Consiglio di Stato risulta conforme all'orientamento costante della giurisprudenza<sup>2</sup>, nonostante vi siano state, in passato, opinioni discordanti.

Articolata si presenta, infatti, la problematica, oggetto della sentenza in esame, della posizione giuridica

<sup>8</sup> Corte giust. CE, Sez. V, 17 settembre 2002, in causa C-513/99, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 1936.

<sup>9</sup> Corte giust. CE, Sez. V, 18 ottobre 2001, in causa C-19/00, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2002, 22.

<sup>10</sup> Corte giust. CE, Sez. VI, 4 dicembre 2003, in causa C-448/01, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 3505.

<sup>11</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 4 novembre 2002, n. 6004, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 2945; Id., Sez. V, 26 gennaio 2001, n. 264, in *Foro Amm.*, 2001.

<sup>12</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 11 marzo 2010, n. 1443, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2010, 2089.

<sup>1</sup> Per un inquadramento generale della tematica v. BUSICO, *La posizione giuridica del vincitore e degli idonei di concorso*, in *www.lexitalia.it*, 2010, 10, nota a Cass., Sez. un., 29 aprile 2008, n. 10824, in *Giur. It.*, 2009, 1; CORTI, *Lo scorrimento della graduatoria a fini di assunzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2007, 1376; LA TORRE, *Concorsi. Idonei non vincitori e scorrimento della gra-*

*duatoria*, in *Amm. It.*, 2006, 108; TARASCO, *Utilizzazione della graduatoria di un concorso pubblico: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1143; DIPACE, *Graduatorie concorsuali ed idonei*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2002, 49.

<sup>2</sup> In senso conforme alla pronuncia annotata: Cons. di Stato, Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 238, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 100; Id., Sez. V, 1° marzo 2005, n. 794, in *Giur. It.*, 2005, 5, che evidenzia come l'amministrazione abbia un'ampia discrezionalità nel decidere se procedere o meno allo scorrimento della graduatoria, potendo anche ritenere non prioritaria a copertura del posto; Id., Sez. V, 10 marzo 2003, n. 1282, in *Giust. Amm.*, 2003, 483, ove si evidenzia che il potere dell'amministrazione allo scorrimento della graduatoria è eccezionale e discrezionale; Id., Sez. V, 16 ottobre 2002, n. 5611, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 997; T.A.R. Molise, Campobasso, Sez. I, 11 aprile 2006, n. 254, in *Comuni d'Italia*, 2007, 6, 4, rileva che la controversia attinente alla scelta organizzativa della P.A. di optare per lo scorrimento della graduatoria anziché all'indizione di un nuovo concorso si

vantata dal soggetto idoneo, non vincitore, di un concorso, nel periodo di validità delle graduatorie.

Il principio cardine del nostro ordinamento è quello dell'accesso al pubblico impiego tramite concorso *ex art. 97 Cost.*, essendo questo il metodo che offre garanzia di selezione dei più capaci, anche se l'ordinamento conosce ipotesi di rapporti di impiego costituiti con atti discrezionali non preceduti da procedure selettive.

A detta regola è possibile, infatti, apportare deroghe o eccezioni solo quando ricorrano particolari esigenze, che potrebbero essere quelle di ridurre i tempi previsti ovvero di economizzare i costi di una nuova procedura concorsuale.

È noto, infatti, che i più capaci sono i vincitori, cioè coloro che risultano essersi collocati in una posizione utile della graduatoria in relazione ai posti messi a concorso<sup>3</sup>.

Occorre, però distinguere l'ipotesi in cui l'assunzione degli idonei avvenga per sostituzione di un vincitore rinunciario o dichiarato decaduto, ovvero per ulteriori posti di pari qualifica resisi disponibili dopo l'indizione del concorso.

Nella prima ipotesi non sembrano esservi problemi di compatibilità con il principio del concorso pubblico: l'idoneo viene assunto nell'ambito dei posti conferibili mediante il concorso pubblico indetto e di conseguenza non vi sarebbe alcuna elusione dell'*art. 97 Cost.*<sup>4</sup>

Nella seconda ipotesi, invece, l'idoneo verrebbe utilizzato per ulteriori posti che in astratto potrebbero essere conferiti mediante concorso pubblico.

In questo caso si potrebbe arrivare a una sostanziale elusione del principio del concorso pubblico.

Le ipotesi più problematiche riguardano, in particolare, i casi in cui l'amministrazione abbia bandito una procedura concorsuale pur in presenza di una graduatoria valida ed efficace: si tratta, dunque, di verificare se gli idonei nella graduatoria possano vantare un diritto soggettivo ovvero un mero interesse all'assunzione.

La giurisprudenza amministrativa, più volte, ha affermato la sussistenza di una mera facoltà, e non di un

obbligo, per la pubblica amministrazione, di utilizzazione della graduatoria nel periodo di efficacia della stessa: si tratterebbe, infatti, di una scelta completamente discrezionale<sup>5</sup>.

I candidati idonei all'esito della procedura selettiva pubblica sarebbero, infatti, titolari di una mera aspettativa e non del diritto soggettivo alla nomina, il quale apparterebbe ai soli vincitori del concorso<sup>6</sup>, essendo il c.d. scorrimento della graduatoria una facoltà eccezionale (e non un obbligo dell'amministrazione) e perciò espressione del suo ampio potere discrezionale<sup>7</sup>.

La valutazione della pubblica amministrazione, in ogni caso, risponde a finalità e ad esigenze che prescindono dall'interesse del singolo candidato idoneo alla copertura effettiva del posto, e che sono proprie dell'amministrazione, quali la necessità di ovviare alla vacanza sopravvenuta di posti in organico avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di un nuovo procedimento concorsuale costoso e lungo.

Lo scorrimento della graduatoria potrà, quindi, essere legittimamente attuato qualora ricorrano alcune indispensabili circostanze: esso è sempre e comunque una facoltà dell'amministrazione e, per il legittimo esercizio di tale facoltà, occorre non solo la disponibilità del posto, ma l'interesse concreto e riconosciuto dell'amministrazione a procedere alla sua copertura.

Infatti la possibilità di scorrimento della graduatoria è un istituto eccezionale, poiché pur sempre consente a candidati dichiarati idonei di divenire vincitori effettivi, e preclude l'apertura di nuovi concorsi<sup>8</sup>.

L'amministrazione, dunque, proprio perché non ha alcun obbligo in merito, non è tenuta a motivare il mancato utilizzo della graduatoria nel caso in cui decida di bandire un nuovo concorso<sup>9</sup>.

L'obbligo di motivazione, agendo nell'ambito di un'attività discrezionale, sussisterà nel caso inverso di utilizzo della graduatoria ancora valida<sup>10</sup>.

La pubblica amministrazione, può allora individuare ragioni per l'espletamento di un nuovo concorso ov-

colloca in una fase anteriore alla costituzione del rapporto di lavoro e perciò la cognizione è devoluta al giudice amministrativo.

<sup>3</sup> T.A.R. Campania, 16 febbraio 2005, n. 146, in *www.lexitalia.it*, n. 4/2005 con nota di NIGLIO, *Il punto sull'utilizzazione delle graduatorie concorsuali: obbligo o facoltà?*

<sup>4</sup> In tal senso DIPACE, *op. cit.*

<sup>5</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 13 febbraio 2009, n. 793, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 4, 410, con nota di CARBONE-LO MEO, *Giurisdizione in caso di mancato scorrimento della graduatoria di un concorso pubblico*. In senso conforme v. Cons. di Stato, 10 gennaio 2007, n. 53, *www.dirittoegustizia.it*, con nota di CHIEPPO; T.A.R. Lazio, 26 agosto 2004, n. 8097, in *Guida Dir.*, 2004, 41, 81, con nota di FORLENZA; Id., 23 settembre 2004, n. 9708, in *Foro It.*, 2005, 3, 51, 918; Cons. di Stato, 10 marzo 2003, n. 1282, cit.; Corte giust. amm. sic., 15 gennaio 2002, n. 17, in *Foro Amm. CdS*, 2002, 216; Cons. di Stato, 16 ottobre 2002, n. 5611, cit.; T.A.R. Lazio, 24 marzo 1999, n. 744, in *Repertorio Foro It.*, 2000, 311.

<sup>6</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4911, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 10, 1047; Id., Sez. V, 18 dicembre 2009, n. 8369, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2863; Id., Sez. V, 10 gennaio 2007, n. 53, cit.; Id., Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320, in *Giur. It.*, 2007, 1, 212; Id., Sez. IV, 31 gennaio 2005,

n. 238, cit.; Id., Sez. V, 1° marzo 2005, n. 794, cit.; Id., Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6758, *ivi*, 2003, 2997; Id., Sez. V, 23 aprile 1998, n. 465, in *Foro Amm.*, 1998, 1079.

<sup>7</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2010, n. 4911, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 10, 1047. Anche la suprema Corte (Sez. lav., 5 marzo 2003, n. 3252, in *Foro It.*, 2003, 1, 2346) ha espressamente negato che il pubblico dipendente abbia diritto all'assunzione per effetto dello scorrimento della graduatoria, in quanto detto scorrimento è frutto di una autonoma decisione dell'amministrazione stessa, rientrando nell'ambito degli atti di macro-organizzazione, con la conseguenza che il diritto all'assunzione è configurabile solo ove l'amministrazione abbia già assunto la determinazione di scorrimento, individuando così nuovi vincitori del concorso.

<sup>8</sup> V. Cons. di Stato, Sez. V, 1° marzo 2005, n. 794, cit.

<sup>9</sup> Per un commento alla giurisprudenza in materia v. NIGLIO, *op. cit.*

<sup>10</sup> Potranno sussistere alcuni presupposti quali il rispetto del periodo di efficacia della graduatoria, la copertura di posti inerenti allo stesso profilo professionale, l'esistenza di posti da coprire che risultassero già nella dotazione organica all'atto dell'indizione della procedura cui la graduatoria si riferisce e l'esistenza di un interesse concreto da parte dell'amministrazione alla copertura del posto.

vero può optare per la soppressione del posto stesso, ritenendo non prioritaria la copertura del posto.

La giurisprudenza ordinaria, invece, ha risposto alla problematica in esame in maniera non univoca.

Vi è stato chi ha ritenuto insussistente l'obbligo dell'amministrazione di procedere ad assunzione mediante scorrimento delle graduatorie<sup>11</sup> e chi, invece, ha ritenuto vincolante la scelta della P.A. in merito all'utilizzazione degli idonei per la copertura dei posti vacanti, disponibili nel periodo di efficacia delle graduatorie<sup>12</sup>.

Il giudice ordinario ha rivendicato la propria competenza giurisdizionale sostenendo che la fase pubblicistica dei concorsi, e quindi la competenza del giudice amministrativo, si esaurisce con l'approvazione della graduatoria e ogni atto successivo, compresa la pretesa all'assunzione da parte di un idoneo che invochi lo scorrimento, rientra nella sua sfera di competenza<sup>13</sup>.

L'art. 63 D.Lgs. n. 165/2001, limitando la giurisdizione del giudice amministrativo alle controversie relative al procedimento concorsuale, stabilisce la competenza del giudice ordinario in ordine alla utilizzazione delle graduatorie e, quindi, riconosce sostanzialmente in capo agli idonei un diritto soggettivo<sup>14</sup>.

La Corte di cassazione<sup>15</sup> ha, invece, chiarito che, fatta eccezione che per specifiche disposizioni di legge o del bando di concorso sussista un vincolo di utilizzazione delle graduatorie per posti disponibili entro un determinato periodo<sup>16</sup>, non è ravvisabile un obbligo dell'amministrazione all'assunzione dei candidati non vincitori, pur essendo alla stessa precluso di bandire un nuovo concorso, ove intenda procedere a nuove assunzioni entro il termine di efficacia della graduatoria.

Qualora la pubblica amministrazione, dunque, decida di reclutare personale, l'obbligo di servirsi della graduatoria, entro il termine di efficacia della stessa, impedisce alla medesima di bandire una nuova procedura concorsuale. Tuttavia, questa circostanza non comporta l'obbligo per l'amministrazione di assumere i candidati non vincitori in relazione a posti che si

rendano vacanti e che l'amministrazione stessa non intenda coprire<sup>17</sup>.

L'unica eccezione si ha nell'ipotesi in cui nel bando siano previsti, con norma autovincolante, la validità della graduatoria e lo scorrimento della medesima nel caso in cui il posto originariamente assegnato si renda disponibile entro un certo periodo<sup>18</sup>.

Allora l'amministrazione sarà obbligata ad utilizzare la graduatoria nel termine della sua validità e a procedere allo scorrimento della stessa: essendo tale vincolo previsto direttamente dal bando, in quanto norma speciale e norma autovincolante per l'amministrazione, agli idonei è riconosciuta una posizione di diritto soggettivo e non di interesse legittimo.

L'istituto dello "scorrimento della graduatoria", grazie al quale i candidati semplicemente idonei divengono vincitori effettivi, precludendo, inoltre, l'apertura di nuovi concorsi, presuppone necessariamente una decisione dell'amministrazione di coprire il posto ma, una volta assunta, tale decisione risulta equiparabile, nella sostanza, all'espletamento di tutte le fasi di una procedura concorsuale, con identificazione degli ulteriori vincitori, ancorché mediante l'utilizzazione dell'intera sequenza di atti apertasi con il bando originario e conclusasi con l'approvazione della graduatoria<sup>19</sup>.

In particolare, la suprema Corte<sup>20</sup>, chiamata a pronunciarsi su un regolamento preventivo di giurisdizione, ricorda che l'utilizzazione di graduatorie non ancora scadute, piuttosto che l'avvio di una nuova procedura selettiva, costituisce attuazione dei principi di economicità, efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.; art. 1 legge n. 241/1990) e offre uno strumento che consente di individuare immediatamente il soggetto da assumere, rispettando nel contempo la regola inderogabile della scelta del personale mediante concorso<sup>21</sup>.

La suprema Corte ha, dunque, tenuto ampiamente in considerazione il principio di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa<sup>22</sup>.

Bisogna tenere in conto, infine, che l'utilizzazione delle graduatorie anche oltre i termini e le modalità

<sup>11</sup> Trib. Roma, 28 giugno 2001 (ord.), in *Giust. Civ.*, 2002, I, 786; Id. Taranto, 9 dicembre 2002 (ord.), in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 386, con nota di VITALE.

<sup>12</sup> Sono previsti limiti temporali all'utilizzazione delle graduatorie perché ciò garantisce l'adeguatezza e l'attualità della verifica effettuata sul concorrente; diversamente si avrebbero gravi conseguenze per la pubblica amministrazione, che sarebbe tenuta ad assumere personale la cui preparazione non risulterebbe più aggiornata. Cfr. DIPACE, *op. cit.*; Trib. Napoli, Capri, 20 febbraio 2002 (ord.), in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, 386; Id. Roma, 3 gennaio 2001 (ord.), in *Giust. Civ.*, 2001, I, 848.

<sup>13</sup> App. Firenze, 16 marzo 2004, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2004, 510, con nota di DE NICOLA; Cass., Sez. un., 29 settembre 2003, n. 14529, in *Foro It.*, 2003, I, 3313; Trib. Gorizia, 14 aprile 2001 (ord.), in *Giust. Civ.*, 2001, I, 1976; Id. Roma, 28 giugno 2001 (ord.), cit.

<sup>14</sup> Cfr. FORLENZA, *L'obbligatorietà delle graduatorie concorsuali*, in *Guida al pubblico impiego locale*, 2005, 1, 76.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., Sez. lav., 6 marzo 2009 n. 5588, in *Giust. Civ.*, 2010, I, 219; Id., 7 maggio 2008 n. 11161, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, 644; Id., 21 dicembre 2007 n. 27126, in *Riv. critica dir. lavoro*, 2008, 119 con nota di CIVITELLI; Id., 5 settembre 2005 n. 17753, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6, 2005, 2863; Id., 5 marzo 2003 n. 3252, cit.

<sup>16</sup> Se l'amministrazione, infatti, ha già adottato la decisione di utilizzare la graduatoria concorsuale per ricoprire le vacanze in organico, essa vincola la propria discrezionalità e determina motivato affidamento degli interessati a essere assunti. Cfr. anche Cons. di Stato, Sez. IV, 12 settembre 2006, n. 5320, cit.; T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 luglio 1985, n. 914, in *Foro Amm.*, 1986, 1176.

<sup>17</sup> Così Cass., Sez. lav., 5 marzo 2003 n. 3252, cit.

<sup>18</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 13 luglio 2001, n. 9540, in *Mass. Giur. It.*, 2001.

<sup>19</sup> È condizione necessaria, affinché i candidati idonei, ma non vincitori, possano invocare il diritto all'assunzione, la volontà dell'amministrazione di assumere nuovo personale nel medesimo profilo professionale e nella medesima tipologia dei posti messi a concorso. Cfr. anche la nota di SCARASCIA, *Ha la precedenza l'idoneo del concorso già esperito*, in *L'esperto risponde*, *Il Sole 24 Ore*, 20 ottobre 2003, 1822. Sul punto ANDREASSI, *op. cit.*; Cass., Sez. un., 29 aprile 2008, n. 10824, in *Giur. It.*, 2009, 1.

<sup>20</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2003 n. 14529, cit.

<sup>21</sup> V., sul tema, ANDREASSI, *Assunzioni di personale e diritto all'assunzione*, in *Azienditalia il personale*, 2004, 6, 367.

<sup>22</sup> Cfr. FORLENZA, *I principi di economicità e di efficienza più garantiti con il "ripescaggio" degli idonei*, in *Guida Dir.*, 2004, 41, 83. Cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 15 settembre 2009 n. 8742, in *Publica*, 2009, 9.

prefissate nella singola procedura concorsuale risponde a finalità ed esigenze che non sono correlate all'interesse del singolo (l'idoneo) alla copertura effettiva del posto, ma che rispondono all'interesse pubblico di procedere ad assunzioni, in relazione a vacanze sopravvenute di posti in organico che l'amministrazione decida di coprire, avvalendosi della graduatoria di un precedente concorso, piuttosto che procedere all'avvio di un nuovo procedimento concorsuale<sup>23</sup>.

## NULLA OSTA PAESAGGISTICO

CONSIGLIO DI STATO, VI SEZIONE, 27 agosto 2010, n. 5980 — BARBAGALLO *Presidente* — CONTESSA *Estensore* — BUONOCORE (avv.ti Procaccini, Romano) - Ministero per i beni e le attività culturali ed altri (n.c.).

*Conferma T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 21 settembre 2004, n. 12133.*

**Giustizia amministrativa — Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Annullamento in sede statale — Preventiva comunicazione di avvio del procedimento — Nel vigore D.M. n. 165/2002 e D.Lgs. n. 42/2004 — Non necessità** (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 159; L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 7; D.M. 19 giugno 2002, n. 165).

**Giustizia amministrativa — Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Annullamento in sede statale — Competenza — Soprintendenza** (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 159; D.P.R. 29 dicembre 2000, n. 441, art. 14, comma 3).

**Giustizia amministrativa — Ambiente — Nulla osta paesaggistico — Mancata esplicitazione delle ragioni che inducono a ritenere la conformità dell'opera — Illegittimità per difetto di istruttoria e di motivazione** (D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, art. 159).

**Atti amministrativi — Vizi di legittimità — Eccesso di potere per disparità di trattamento — Identità di situazioni — Necessità — Illegittimità della P.A. in situazione identica — Irrilevanza.**

*Per scelta normativa (operata dapprima in via regolamentare e successivamente — con l'art. 159 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 — confermata in via primaria) il procedimento finalizzato all'annullamento del nulla osta paesaggistico da parte del competente organo statale non richiede più la previa comunicazione di avvio ex art. 7 L. 7 agosto 1990, n. 241 (1).*

*Va individuata in capo al soprintendente e non in capo al Ministro per i beni e le attività culturali la competenza ad adottare i provvedimenti di annullamento dei nulla osta paesaggistici ex art. 159 D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (2).*

*È illegittimo, per difetto di istruttoria e di motivazione, il nulla osta paesaggistico che si limiti a riaffermare, con formule di stile, il dato della compatibilità dell'intervento con il vincolo insistente sull'area senza esplicitare le effettive ragioni che inducono a ritenere la conformità fra l'opera progettata e il vincolo di protezione (3).*

*Il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento non può sussistere in tutti i casi in cui non risulti dimostrata l'assoluta identità di situazioni, e comunque la legittimità dell'operato della P.A. non può essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta dalla stessa in altra situazione assimilabile (4).*



(1-2) Con l'affermazione del principio di cui alla prima massima la Sez. VI del Consiglio di Stato, nel confermare T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 21 settembre 2004, n. 12133, ha ritenuto insussistente il vizio di omessa comunicazione di avvio del procedimento di annullamento di un'autorizzazione paesaggistica rilasciata nel gennaio 2004 dal Comune di Capri.

Il Collegio osserva incidentalmente, innanzitutto, che «nel sistema successivo all'entrata in vigore del D.Lgs. 42/2004 [...] il procedimento finalizzato all'annullamento del nulla osta paesaggistico da parte del competente organo statale non richiede più la previa comunicazione ex art. 7, legge n. 241/1990». Tanto in base alla previsione di cui al comma 2 dell'art. 159 del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che — innovando *in parte qua* il previgente disposto dell'art. 151 D.Lgs. n. 490/1999 — ha espressamente stabilito che la comunicazione alla soprintendenza relativa all'avvenuto rilascio del nulla-osta da parte dell'ente a ciò competente «è inviata contestualmente agli interessati, per i quali costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della L. 7 agosto 1990, n. 241»<sup>1</sup>.

Ciò premesso, la Sezione sottolinea che «[i]n realtà, il superamento dell'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento in caso di annullamento del nulla osta paesaggistico risale ad un periodo ancora anteriore» (periodo cui va ascritta, in particolare, la fattispecie oggetto del giudizio), coincidente con l'entrata in vigore del regolamento approvato con il D.M. 19 giugno 2002, n. 165<sup>2</sup>. Detto regolamento, invero, ha aggiunto all'art. 4 D.M. 13 giugno 1994, n. 495, il comma 1 *bis*

<sup>23</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2003, n. 14529, cit.

<sup>1</sup> Nello stesso senso, in giurisprudenza v. ad es. Cons. di Stato, Sez. VI, 18 agosto 2010, n. 5874, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 17 giugno 2010, in *Nuova Rass.*, 2010, 1410, con nota di MELE, *Anche per l'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica è indispensabile la preventiva comunicazione di avvio del procedimento*; Id., 13 febbraio 2009, n. 771, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 512; Id., 7 gennaio 2008, n. 30, in *www.giustizia-amministrativa.it*; la peculiarità della forma partecipativa introdotta con la previsione di cui al cit. art. 159 del c.d. codice Urbani è sottolineata da Id., Sez. V, 29 maggio 2006, n. 3220, *ibid.*, sulla base della considerazione che la norma pone l'obbligo della comunicazione a carico di una amministrazione dif-

ferente da quella che sarà poi tenuta a provvedere, e non contiene alcun richiamo ai contenuti prescritti nell'art. 8 legge n. 241/1990, mentre l'avviso partecipativo si ritiene compiutamente assolto con la mera comunicazione dell'avvenuta trasmissione; se ne desume che, malgrado la formula «costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della L. 7 agosto 1990, n. 241», «la comunicazione in parola è oggetto differente dall'avviso contemplato dall'art. 7, legge n. 241/1990». In dottrina cfr., da ultimo, FERRUCCI, *L'autorizzazione paesaggistica alla luce del Codice Urbani*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2010, 444 e segg.

<sup>2</sup> Nello stesso senso, in giurisprudenza, tra le altre, Cons. di Stato, Sez. VI, 29 novembre 2005, n. 6756, in *Foro Amm. CdS*,

ai sensi del quale la comunicazione di avvio non è dovuta per i procedimenti avviati ad istanza di parte, e in particolare per quelli disciplinati dagli articoli nello stesso indicati, tra i quali l'art. 151 del D.Lgs. n. 490/1999, che al comma 4 prevedeva appunto il potere del Ministero di annullare, con provvedimento motivato, le rilasciate autorizzazioni paesaggistiche<sup>3</sup>.

Del resto, come ha occasione di sottolineare il Collegio — pur ritenendo inammissibile per genericità la censura di illegittimità costituzionale del citato regolamento — «la complessiva giustificazione della scelta normativa [...] [è] stata enucleata da un condivisibile filone giurisprudenziale il quale ha chiarito che detta scelta normativa risulta comprensibile sia perché, una volta rilasciato il nulla osta da parte delle Regione (o dell'Ente locale subdelegato) la successiva fase di riesame del nulla osta da parte del Ministero per i beni e le attività culturali si configura come una fase necessaria e non autonoma di un unitario e complesso procedimento volto al riscontro della possibilità giuridica di mutare lo stato dei luoghi»<sup>4</sup>, «sia perché, per consolidato principio giurisprudenziale, l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento non sussiste per i procedimenti avviati ad istanza di parte, come è quello diretto ad ottenere l'autorizzazione paesaggistica».

Nel previgente sistema disciplinare, rappresentato per un verso dalla previsione di cui all'art. 151 D.Lgs. n. 490/1999 e, per altro verso, dall'originaria previsione di cui all'art. 4 del citato D.M. n. 495/1994, invece, l'orientamento giurisprudenziale (dapprima minoritario e poi prevalso) favorevole all'applicazione dell'art. 7 legge n. 241/1990 giustificava detta conclusione proprio sulla base della opposta premessa secondo cui la fase di verifica da parte della soprintendenza della legittimità del nulla osta costituiva «una successiva ed autonoma fase procedimentale», «caratterizzata dall'intervento di un diverso organo dell'Amministrazione statale nel cui ambito — sebbene in rapporto di connessione con il precedente procedimento conclusosi con la valutazione di compatibilità paesaggistica [...] — possono emergere nuove esigenze istruttorie e di cognizione in relazione alle quali devono trovare piena attuazione le istanze garantistiche fatte proprie

dagli artt. 8 e 10 della legge n. 241/1990 ed inerenti alla preventiva conoscenza da parte del privato interessato dell'«ufficio e della persona responsabile del procedimento», nonché dell'«ufficio in cui si può prendere visione degli atti» onde potere esercitare i diritti di partecipazione, accesso documentale e contraddittorio»<sup>5</sup>.

Sempre nell'ambito del medesimo orientamento, appunto in quanto basato sull'autonomia della c.d. seconda fase procedimentale, si ricordava del resto altresì che «la Corte Costituzionale, con sentenza n. 383/1996, ha ritenuto sussistente l'obbligo di cui all'art. 7 della legge n. 241/1990 anche per le successive ed autonome fasi procedimentali, con la sola esclusione dell'ipotesi, che non ricorre nel caso di specie, in cui la fase ulteriore sia dovuta all'iniziativa dell'interessato, principio poi ribadito dalla stessa Corte Costituzionale, proprio con riferimento al procedimento autorizzativo in questione, con sentenza n. 437/2000»<sup>6</sup>.

Per quanto attiene alla competenza ad adottare l'atto di annullamento, il Collegio, nell'affermare il principio di cui alla seconda massima, sottolinea come «all'indomani della riforma dei rapporti tra organi di indirizzo politico ed organi gestionali (e, segnatamente, all'indomani del D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 [...]) il rapporto in questione sia stato normativamente improntato all'insegna del principio della distinzione fra i relativi ambiti, con tendenziale preclusione per l'organo di indirizzo politico ad adottare atti di natura gestionale (quale — appunto — l'annullamento dei N.O. paesistici di cui all'art. 159, T.U., cit.)».

A sostegno di detta conclusione si evidenzia, da un lato, che la legge applicabile alla fattispecie attribuisce la competenza al «Ministero», inteso come complessiva struttura burocratico-gestionale, e non, invece, al «Ministro», inteso soggettivamente come vertice politico della suddetta struttura. Dall'altro si osserva che, come già rilevato dal giudice di primo grado, la competenza del soprintendente trova nella fattispecie conferma anche nell'art. 14, comma 3, D.P.R. 29 dicembre 2000, n. 441, che all'epoca di adozione del provvedimento impugnato espressamente demandava alle soprintendenze il compito di adottare i provvedimenti di annullamento dei nulla osta<sup>7</sup>.

2005, 3403; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 20 novembre 2008, n. 10460, in *www.lexitalia.it*.

<sup>3</sup> In dottrina, su tale previsione, BORGO, *Nessuna comunicazione di avvio del procedimento di annullamento statale dell'autorizzazione paesaggistica. Prime osservazioni (critiche) sul Decreto del Ministri per i Beni e le Attività Culturali 19 giugno 2002, n. 165*, in *www.lexitalia.it*; sul tema v. anche SODDU, *Brevi note su comunicazione di avvio del procedimento ed annullamento nulla osta paesaggistico tra testo unico e codice dei beni culturali e paesaggistici*, in *Foro Amm. TAR*, 2004, 3297; BUFFÀ, *L'annullamento del nulla osta paesaggistico nella giurisprudenza*, *ivi*, 2003, 1892.

<sup>4</sup> In proposito, da ultimo, Cons. di Stato, Sez. VI, 17 giugno 2010, n. 3837, in *www.lexitalia.it*.

<sup>5</sup> Così, tra le tante, Cons. di Stato, Sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6020, in *www.lexitalia.it*, secondo cui l'intervento di un'autorità diversa e di un nuovo responsabile del procedimento implicano in particolare che, attraverso la preventiva e tempestiva comunicazione del suo avvio, sia assicurata la possibilità per i portatori di interessi qualificati (il destinatario dell'autorizzazione paesaggistica e la stessa autorità emanante) di poter

interloquire fornendo ogni ulteriore elemento, delucidazione e chiarimento; cfr. pure Cons. di Stato, Sez. VI, 20 luglio 2006, n. 4603, in *www.lexitalia.it*, ove ulteriori richiami.

<sup>6</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4284, in *www.lexitalia.it*; v. già Id., 14 gennaio 2003, n. 119, in *Foro Amm. CdS*, 2003, 199; cfr. pure Id., 29 settembre 2009, n. 5870, *ivi*, 2009, 2160; nonché T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 27 aprile 2004, n. 3580, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove si osserva che in senso contrario all'obbligo di comunicazione dell'avvio non rileva l'originario atto d'impulso del privato né la conoscenza *ope legis* della doppia fase procedimentale, stante l'espressa previsione di far conoscere all'interessato gli elementi previsti dall'art. 8 legge n. 241 cit., non tutti necessariamente noti al richiedente al momento della presentazione della domanda, né alla regione o all'ente delegato; in dottrina, tra gli altri, MURGIA, *La Corte costituzionale e l'avviso di avvio del procedimento ministeriale di annullamento delle autorizzazioni paesistiche: nota a C. cost. 25 ottobre 2000 n. 437*, in *Foro Amm.*, 2001, 1449.

<sup>7</sup> Per analoghe considerazioni v. Cons. di Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7985, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 3406; nonché,



La medesima competenza trova in seguito conferma, con riferimento al regime transitorio previsto dal c.d. codice Urbani, nel combinato disposto degli artt. 159, comma 3, D.Lgs. n. 42/2004<sup>8</sup>, e 18, comma 1, lett. o), D.P.R. 26 novembre 2007, n. 233<sup>9</sup>. Nel sistema a regime, invece, risulta come noto eliminato il potere della soprintendenza di annullare l'autorizzazione paesaggistica prevedendosi espressamente l'intervento della medesima soprintendenza in sede endoprocedimentale, con facoltà di esprimere un parere che secondo la prima giurisprudenza espressasi in proposito risulta qualificato, piuttosto che quale esercizio di potere consultivo, come espressione di un potere decisorio complesso, facente capo a due apparati distinti, così anticipando, già in sede procedimentale, l'apporto partecipativo dell'autorità statale (art. 146 D.Lgs. cit.)<sup>10</sup>.

(3-4) La decisione in epigrafe conferma la pronuncia di primo grado anche nella parte in cui aveva censurato l'autorizzazione comunale ritenendo che avesse del tutto omesso di esplicitare le ragioni che inducevano a ritenere la conformità fra l'opera progettata e il vincolo di «protezione integrale» esistente sull'area.

L'ente locale, infatti, si era nella specie limitato ad affermare («in modo sostanzialmente apodittico», osserva il giudice dell'appello) che «gli interventi edili da eseguire ben si inseriscono nel complesso ambientale e paesistico circostante e che i medesimi non arrecano alcun pregiudizio al godimento di visuali o sfondi panoramici».

La VI Sezione, nel rilevare che si è in tal modo fornita solo una «pseudo-motivazione», in applicazione del principio di cui alla terza massima ritiene pertanto illegittimo, per difetto di istruttoria e di motivazione, il provvedimento di assenso comunale, sottolineando che l'incisività del vincolo di protezione totale «postulava un onere di motivazione ben più pregnante [...], sia pure a fronte di opere di impatto certamente minore».

Al riguardo si è più precisamente affermato, in giurisprudenza, che la motivazione della autorizzazione paesaggistica deve chiarire adeguatamente gli elementi di fatto valorizzati e le ragioni in base alle quali si è ritenuta la compatibilità delle opere con il vincolo, oltre a prendere in considerazione l'entità dimensionale e volumetrica degli interventi rispetto alla diverse vedute e panorami dell'area<sup>11</sup>.

Del resto, parallelamente, viene ritenuto illegittimo anche il provvedimento statale di annullamento del

nulla osta che ometta di tenere conto del complesso degli elementi istruttori sulla cui base è formata la valutazione favorevole dell'amministrazione concedente e qualora non sia adeguatamente motivato sotto il profilo dell'effettiva incidenza dell'opera assentita sui valori paesaggistici<sup>12</sup>, così come si censurano i provvedimenti di annullamento la cui motivazione si risolve sostanzialmente in una mera formula di stile, di per sé inidonea ad individuare gli elementi di fatto presupposti e il ragionamento logico seguito<sup>13</sup>.

Il rilevato difetto di istruttoria e di motivazione consente al Collegio, nella fattispecie oggetto della sentenza in epigrafe, di concludere per l'illegittimità dell'autorizzazione paesaggistica a prescindere da qualunque valutazione su dimensioni, tipologia o carattere intrinsecamente precario dell'opera (aspetti, questi ultimi, secondo l'appellante non adeguatamente valutati dal giudice di primo grado) nonché dalla questione (pure sollevata) relativa al se la soprintendenza avesse effettuato un inammissibile vaglio sul merito della compatibilità paesaggistica dell'intervento.

Con riferimento ai rilevati profili di difetto di istruttoria e di motivazione la Sezione osserva d'altro canto che «l'individuazione di tali profili di legittimità non è certamente sottratta all'organo statale di controllo».

Nello stesso senso il giudice amministrativo ha già avuto occasione di ritenere che il provvedimento di annullamento della soprintendenza incentrato sulla mancanza da parte dell'autorità comunale di ogni spiegazione sul perché l'intervento autorizzato fosse compatibile con le peculiarità paesaggistiche dell'area tutelata non risulta adottato in base a valutazioni di merito, bensì per eccesso di potere sotto il profilo della carenza di motivazione, e della violazione di legge, il che è sufficiente a sorreggere l'annullamento, rientrando nel novero dei vizi di legittimità che l'autorità statale è abilitata a rilevare, esteso a tutti i profili di violazione di legge e di eccesso di potere, ivi compreso il riscontro della presenza di una motivazione e della sua congruenza e ragionevolezza<sup>14</sup>.

Non sono peraltro mancate anche ipotesi in cui si è affermata l'illegittimità dell'annullamento, per avere l'amministrazione statale sostituito la propria valutazione tecnico-discrezionale a quella effettuata dall'Ente locale che, in sede di rilascio del nulla osta paesaggistico, aveva ritenuto, anche se con motivazione stringata, l'insussistenza di pregiudizi alla conservazione delle caratteristiche ambientali dei luoghi interessati dall'intervento<sup>15</sup>.

più recentemente, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II quater, 20 novembre 2008, n. 10460, cit.

<sup>8</sup> Secondo cui «[l]a soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio [...] può annullarla, con provvedimento motivato, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione».

<sup>9</sup> Ai sensi del quale le soprintendenze «esercitano ogni altro compito in materia di tutela del paesaggio ad esse affidato in base al Codice».

<sup>10</sup> Così Cons. di Stato, Sez. VI, 25 febbraio 2008, n. 653, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 559; sul ruolo della soprintendenza v. spec. CASU, *L'autorizzazione paesaggistica tra disciplina a regime e disciplina transitoria (verso un equilibrio nel riparto di competenze)*, in *www.giustamm.it*; nonché SPENA, *L'autorizzazione*

*paesaggistica tra creazione e percezione di valore*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2009, 525 e segg.

<sup>11</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. VI, 6 giugno 2008 n. 2744, in *www.lexitalia.it*.

<sup>12</sup> Cfr., tra le tante, Cons. di Stato, Sez. VI, 25 giugno 2002, n. 3461, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>13</sup> Così, ad es., Cons. di Stato, Sez. VI, 11 maggio 2005 n. 2357, in *www.lexitalia.it*.

<sup>14</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2008, n. 408, in *Foro Amm. CdS*, 2008, 470; v. anche Id., 13 maggio 2009, n. 2950, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 3 febbraio 2004, n. 331, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 469; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 22 febbraio 2010, n. 618, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. Campania, Napoli, Sez. VII, 22 giugno 2009, n. 3422, *ibid*.

<sup>15</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 24 gennaio 2006, n. 207, in *Foro*

Anche con riferimento alla disciplina transitoria introdotta dal codice del 2004 la giurisprudenza ha ribadito che l'autorità statale, in sede di esercizio della sua competenza *ex art.* 159, comma 3, D.Lgs. n. 42/2004, dispone degli stessi poteri di riscontro in termini di legittimità costantemente riconosciuti come ambito della sua potestà di annullamento, senza che possa profilarsi, in relazione alla "non conformità" dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dall'organo delegato dalla Regione, un potere di riesame nel merito<sup>16</sup>.

Una volta acclarati gli obiettivi profili di illegittimità che inficiavano l'atto di assenso comunale, infine, con l'enunciazione del principio di cui alla quarta massima<sup>17</sup> il Collegio respinge anche il motivo di appello relativo alla presunta disparità di trattamento per avere la soprintendenza soprasseduto dall'adottare provvedimenti di annullamento in situazioni in cui emergessero profili di illegittimità in tutto assimilabili a quelli ascritti a carico dell'atto nella specie oggetto di annullamento.

Nel riprendere un consolidato principio di valenza generale, invero, la Sezione ricorda che «l'eccesso di potere per disparità di trattamento non è configurabile quando il termine di raffronto consista in precedenti atti non conformi a legge, essendo evidente che colui che sia stato legittimamente escluso da un determinato beneficio non possa invocare l'eventuale illegittimità commessa a favore di altri al fine di ottenere che essa venga compiuta anche in proprio favore»<sup>18</sup>.

Come ha già avuto occasione di rilevare la giurisprudenza, d'altronde, l'accertata violazione di norme da parte di terzi, piuttosto che autorizzare l'amministrazione a tollerare ulteriori abusi, dovrebbe indurre quest'ultima ad adottare le dovute misure ripristinatorie e sanzionatorie al fine di salvaguardare il residuo valore paesistico delle aree ancora non del tutto compromesse<sup>19</sup>.

## DASPO

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO,  
ROMA, I SEZIONE TER, 29 ottobre 2010, n. 33070 —  
SANDULLI *Presidente* — MORABITO *Estensore* —


*Amm. CdS*, 2006, 206; in dottrina v. PASSERI, *Nulla osta paesaggistico. Il sindacato sull'autorizzazione paesaggistica fra "merito" e "legittimità"*, in *Riv. Giur. Ambiente*, 2002, 277 e segg.; BROCCA, *Nulla osta paesistico e sindacato statale: non c'è spazio per il controllo di merito?*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2002, 431 e segg.; nonché, più recentemente, PERILLO, *Nulla-osta paesaggistico, esclusione del potere dell'autorità statale di annullamento per motivi di merito e consentita edificazione di aree già classificate come zona B dai piani regolatori*, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2010, 338 e segg.

<sup>16</sup> Cfr., fra le tante, Cons. di Stato, Sez. VI, 23 febbraio 2009, 1051, in *www.giustizia-amministrativa.it*; nonché, da ultimo, Id., 8 giugno 2010, n. 3643, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 821; già la Corte costituzionale, per respingere la censura di illegittimità costituzionale relativa alla norma cit., aveva rilevato che il comma 3 del novellato art. 159 «non attribuisce all'amministrazione centrale un potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico per motivi di merito, così da consentire alla stessa amministrazione di sovrapporre una propria valutazione

F.M. (avv. Paoletti) - Ministero dell'interno (Avv. Gen. Stato).

**Sport — Manifestazioni sportive — Misure di prevenzione — Divieto di accesso ai luoghi ove si tengano manifestazioni sportive — Presupposti — *Animus nocendi* — Necessità** (L. 13 dicembre 1989, n. 401, art. 6).

*È illegittimo il provvedimento di interdizione all'accesso all'interno di stadi e impianti sportivi ove si disputino, a qualsiasi titolo, incontri di calcio calendarizzati e pubblicizzati, in mancanza di un riscontro documentale del presupposto di fatto su cui si fonda l'atto impugnato e qualora non sia ravvisabile uno specifico animus nocendi. (Fattispecie relativa alla rottura della rete di recinzione, che delimita il terreno di gioco, da parte dei sostenitori di una squadra di calcio, rottura causata dall'essersi aggrappati alla rete per esultare in occasione della segnatura di un gol) (1).*

 (1) La controversia oggetto di esame riguarda l'impugnazione del provvedimento con il quale un minore era stato interdetto, per due anni, dall'accesso agli stadi e agli impianti dove si disputino incontri di calcio calendarizzati e pubblicizzati. Provvedimento motivato sulla base del comportamento tenuto dal predetto minore durante una partita di calcio. Il minore si rendeva, infatti, responsabile della rottura delle rete di recinzione che delimita il campo di gioco.

La ricorrente, madre del minore, contestava la partecipazione attiva del figlio nel danneggiamento della rete, rilevando anche come l'unico elemento probatorio a carico del figlio fosse rappresentato dalla documentazione fotografica che, però, ritraeva il figlio nell'atto di salutare un calciatore e non in quello di danneggiare la rete.

A seguito dell'ordinanza istruttoria, l'amministrazione provvedeva a fornire il rapporto informativo della notizia di reato del commissariato di polizia.

I giudici annullano il provvedimento impugnato rilevando che, da quanto emerge dallo stesso rapporto dell'ufficio di polizia, deve escludersi nella condotta del minore, così come in quella degli altri che hanno partecipato all'evento di danno, uno specifico *animus nocendi*: la rete, infatti, è stata danneggiata involontariamente nell'esultanza seguita alla segnatura di un gol

a quella di chi ha rilasciato il titolo autorizzativo, ma riconosce ad essa un controllo di mera legittimità che, peraltro, può riguardare tutti i possibili vizi, tra cui anche l'eccesso di potestà: Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, in *Giur. Cost.*, 2007, 4119, con nota di FURNO, *La Corte costituzionale "salva" la coesistenza in materia paesaggistica, ma non scioglie il nodo del rapporto tra Stato e regioni*.

<sup>17</sup> Per un'applicazione del quale v., *ex multis*, Cons. di Stato, Sez. VI, 29 luglio 2009, n. 4732, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1835.

<sup>18</sup> In giurisprudenza cfr., tra le tante, Cons. di Stato, Sez. VI, 9 aprile 2009, n. 2190, in *www.giustizia-amministrativa.it*, ove ulteriori riferimenti; v. pure T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. II, 4 settembre 2009, n. 2078, *ibid.*; Id. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 29 gennaio 2009, n. 887, *ibid.*

<sup>19</sup> Così, da ultimo, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 28 gennaio 2009, n. 823, in *www.giustizia-amministrativa.it*; ma v. già Cons. di Stato, Sez. IV, 20 giugno 2004, n. 521, in *Giur. It.*, 1994, III, 1, 750.

da parte della squadra di cui il minore e gli altri soggetti sono tifosi.

In secondo luogo, nonostante la richiesta istruttoria, non è stata fornita alcuna prova documentale da cui sia possibile desumere il coinvolgimento del minore nell'evento causativo del danno.

La sentenza offre lo spunto per ricostruire i più recenti orientamenti della giurisprudenza amministrativa in materia di divieto di accesso ai luoghi ove si tengono manifestazioni sportive (c.d. Daspo).

L'art. 6, comma 1, L. 13 dicembre 1989, n. 401 nel testo vigente dispone che «nei confronti delle persone che risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni per uno dei reati di cui all'art. 4, commi 1 e 2, della L. 18 aprile 1975, n. 110, all'art. 5 della L. 22 maggio 1975, n. 152, all'art. 2, comma 2, del D.L. 26 aprile 1993, n. 122, convertito, con modificazioni, dalla L. 25 giugno 1993, n. 205, all'art. 6 *bis*, commi 1 e 2, e all'art. 6 *ter* della presente legge, ovvero per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive, o che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza, il questore può disporre il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente indicate, nonché a quelli, specificamente indicati, interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle manifestazioni medesime. Il divieto di cui al presente comma può essere disposto anche per le manifestazioni sportive che si svolgono all'estero, specificamente indicate, ovvero dalle competenti Autorità degli altri Stati membri dell'Unione europea per le manifestazioni sportive che si svolgono in Italia. Il divieto di cui al presente comma può essere, altresì, disposto nei con-

fronti di chi, sulla base di elementi oggettivi, risulta avere tenuto una condotta finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive o tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica in occasione o a causa delle manifestazioni stesse». L'ultimo periodo è stato introdotto dall'art. 2 D.L. 8 febbraio 2007, n. 8 convertito dalla L. 4 aprile 2007, n. 41<sup>1</sup>.

Il comma 1 dell'articolo in esame prevede, dunque, una misura di prevenzione di natura esclusivamente amministrativa nei cui confronti la tutela giurisdizionale può essere esercitata davanti al giudice amministrativo<sup>2</sup>. Ricordiamo che nell'applicazione della misura di prevenzione in questione è riconosciuta un'ampia discrezionalità in capo all'amministrazione sulla valutazione della pericolosità sociale del soggetto che può essere sindacata dal giudice solo sotto i profili di abnormità dell'*iter* logico seguito o di incongruità della motivazione<sup>3</sup>.

Sull'autorità competente ad adottare il c.d. Daspo esistono orientamenti giurisprudenziali diversi. Da ultimo la Sezione VI del Consiglio di Stato ha ritenuto competente ad emettere il sopraccitato provvedimento il questore del luogo in cui si sono svolti i disordini, che hanno comportato l'adozione del provvedimento, perché tale autorità può meglio valutare i fatti avvenuti e poi perché il provvedimento in questione, tutelando l'ordine pubblico, presuppone un rapporto territoriale stretto tra l'autorità emanante e il luogo in cui si sono verificati i fatti<sup>4</sup>.

La giurisprudenza ritiene applicabile la misura preventiva del divieto di accesso ai luoghi dove si tengono manifestazioni sportive a prescindere dallo *status* di indagato per fatti di violenza, avvenuti in occasione di tali manifestazioni<sup>5</sup>. Se così è l'avvenuto decreto di

<sup>1</sup> La norma in esame è stata modificata varie volte, al fine di contrastare i fenomeni di violenza in occasione di competizioni sportive. L'art. 6 legge n. 401/1989 è stato modificato, dapprima, dall'art. 1 D.L. 22 dicembre 1994, n. 717 convertito, con modificazioni, nella L. 24 febbraio 1995, n. 45, poi è stato sostituito dall'art. 1 D.L. 20 agosto 2001, n. 336 convertito, con modificazioni, nella L. 19 ottobre 2001, n. 377 e infine, nuovamente novellato dal D.L. n. 8/2007 citato.

<sup>2</sup> Sulla problematica del giudice competente a decidere dei provvedimenti del questore in materia di repressione della violenza negli stadi v. FERRERO-RISSE, *Provvedimenti prescrittivi del Questore e loro impugnazione. Problemi giurisdizionali*, in *Foro Amm. CdS*, 2004, 978. Il comma 2 dell'art. 6 prevede, invece, l'obbligo di comparizione alla polizia nelle giornate in cui si svolgono le manifestazioni sportive. Tale misura, determinando una restrizione della libertà personale, rientra tra quelle c.d. giurisdizionalizzate perché applicate dall'autorità giudiziaria oppure soggette ad un controllo successivo da parte della stessa. Sulla natura di tale obbligo e sulla tipicità e tassatività dei casi in cui può essere disposto v. Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 512, in *Giur. It.*, 2003, 2003 con nota di LONGO, *La Corte costituzionale e il tifo violento: un caso particolarmente interessante di Drittwirkung*. In materia si segnalano anche, *ex multis*, Cass. pen., Sez. IV, 15 gennaio 2008, n. 8083, in *C.E.D. Cass.*, 238935; Id., Sez. III, 11 dicembre 2007, n. 2471, *ibid.*, 238537; Id., 9 maggio 2007, n. 33861, in *Riv. Pen.*, 2008, 45; Id., 6 febbraio 2007, n. 11467, *ivi*, 2007, 878; Id., Sez. un., 27 ottobre 2004, n. 44273, in *Cass. Pen.*, 2005, 373. In dottrina, tra i contributi più recenti, si segnalano MONTAGNA, *"Daspo" ed effetti della violazione del termine a difesa in sede di convalida del provvedimento del Questore*, in *Cass. Pen.*, 2010, 1104; MEZZA-

CAPO, *Se il tifoso fa gesti contrari alla pubblica decenza va allontanato dai campi di calcio con il Daspo*, in *Guida Dir.*, 2010, 95; CURI, *"La fretta, che l'onestade ad ogni atto dismaga": alcune osservazioni sulla recente legislazione in tema di violenza negli stadi*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2259; ANNUNZIATA, *Manifestazioni sportive e divieto di accesso*, in *Riv. Pen.*, 2007, 424; CORTESI, *Il divieto di accesso ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive tra incertezze interpretative e limiti normativi*, in *Giur. It.*, 2006, 834; RAGO, *Necessità di comunicazione di avvio del procedimento e questioni di competenza territoriale nel Daspo (divieto di accedere a manifestazioni sportive)*, in *Foro toscano*, 2005, 361; MOLINARI, *La convalida della prescrizione di comparizione personale nelle misure antiviolenza nello sport: nuovi contrasti e valutazione asimmetrica di vecchi contrasti*, in *Cass. Pen.*, 2004, 2132.

<sup>3</sup> V., da ultimo, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 5 agosto 2008, n. 9779, in *www.giustizia-amministrativa.it* sentenza che ha dichiarato la legittimità del provvedimento interdittivo nei confronti di un tifoso trovato nei pressi di un settore di uno stadio mentre era intento, con altri, a caricare dei fumogeni in una autovettura sul presupposto che la norma di riferimento punisca anche il solo possesso di razzi, bengala, fuochi artificiali, petardi ecc.

<sup>4</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 3 dicembre 2009, n. 7552, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 2931. V. anche T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 11 marzo 2010, n. 567, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 766; Id. Toscana, Firenze, Sez. I, 20 aprile 2005, n. 1752, *ivi*, 2005, 1029.

<sup>5</sup> V. T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 15 dicembre 2009, n. 767, in *Foro Amm. TAR*, 2009, 3457; Id. Campania, Napoli, 10 dicembre 2009, n. 8638, *ibid.*, 3563; Id. Emilia-Romagna, Parma,

archiviazione della denuncia, in relazione alla quale era stato irrogato il divieto, non implica automaticamente anche il venir meno del provvedimento di divieto di accesso, in quanto il giudizio di pericolosità per l'ordine pubblico nei luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive ben può fondarsi su comportamenti e atteggiamenti che non si configurano come ipotesi di reato: il comma 5 dell'art. 6 prevede infatti la revoca o la modifica del divieto in ragione di successivi provvedimenti, ma solo qualora «siano venute meno o siano mutate le condizioni che ne hanno giustificato l'emissione». Quanto detto implica che «pur in presenza di un esito favorevole di un giudizio penale, persista un apprezzamento in termini di pericolosità del soggetto, al più limitato fine della permanenza del divieto di cui al comma 1 dell'art. 6»<sup>6</sup>.

In materia di misure di prevenzione dei fenomeni di violenza, in occasione di manifestazioni sportive, è interessante ricordare come il divieto di accesso ai luoghi ove tali manifestazioni si svolgono, nel rispetto del principio di legalità, non possa avere portata indeterminata. Tali provvedimenti devono essere circoscritti a competizioni e a luoghi specificamente determinati. Alla stregua di tale principio si ritiene necessario indicare almeno: il campionato di calcio, la squadra di riferimento o le partite della stessa e i luoghi di sosta o transito a cui debba essere inibito l'accesso<sup>7</sup>.

Di recente il T.A.R. Toscana ha dichiarato l'illegittimità del decreto del questore che aveva disposto il divieto di accedere ai luoghi dove si tengono manifestazioni sportive nella parte in cui aveva esteso tale divieto in maniera generalizzata fino a ricomprendervi il divieto di intrattenersi in tutti i luoghi potenzialmente interessati dalla presenza di tifosi. Deve ritenersi

affetto da indeterminatezza il provvedimento che indichi in modo generico, quali luoghi preclusi all'accesso, le stazioni ferroviarie, i caselli autostradali, le stazioni della metropolitana e le fermate dell'autobus utilizzate dai tifosi per raggiungere gli impianti sportivi della squadra di calcio ai cui incontri è preclusa la partecipazione, non potendosi ammettere che tutti questi luoghi siano ugualmente interessati dal transito dei tifosi diretti allo stadio<sup>8</sup>.

Nella scelta di disporre il divieto per il periodo massimo consentito dalla legge devono essere rispettati il principio di proporzionalità e quello di gradualità, dovendo, in particolare, valutarsi non solo la gravità della condotta tenuta ma altresì l'esistenza di precedenti provvedimenti di divieto di accesso ai luoghi dove si tengono manifestazioni sportive contro il medesimo soggetto<sup>9</sup>. Ad ogni modo il provvedimento di divieto deve sempre essere adeguatamente motivato per quanto riguarda la durata e l'estensione della misura interdittiva<sup>10</sup>.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione del divieto, si registra un contrasto in giurisprudenza sulla nozione di atti inneggianti alla violenza. In particolare esiste un orientamento giurisprudenziale ai sensi del quale le offese e le condotte di indiretta induzione alla violenza in forma di provocazione (si pensi alle coreografie o agli striscioni contenenti espressioni offensive nei confronti della squadra avversaria) sarebbero escluse dall'ambito di applicazione della norma in esame<sup>11</sup>. A tale ricostruzione se ne contrappone un'altra, ai sensi della quale, è indubbio che «l'effettuazione nell'ambito di incontri di calcio di gesti provocatori, di preteso "sapore goliardico", possa recare un contributo causale al verificarsi di episodi di violenza, rivelandosi idonea a de-

Sez. I, 15 aprile 2008, n. 228, in *Giur. It.*, 2008, 2074; Id. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 15 novembre 2007, n. 1770, in *www.giustizia-amministrativa.it*, dove si legge che è legittimo il rigetto del ricorso, proposto avverso un provvedimento di divieto di accesso ai luoghi ove si tengano manifestazioni sportive, nel caso in cui l'interessato abbia tenuto comportamenti oltraggiosi nei confronti delle forze dell'ordine. Infatti «si tratta di comportamento riconducibile alle fattispecie previste dall'art. 6 comma 1 della legge n. 401/1989 laddove (ultimo periodo) la norma prende in considerazione la condotta tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica in occasione o a causa delle manifestazioni sportive». Per la giurisprudenza precedente alla modifica legislativa v. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 3 ottobre 2007, n. 2080 e 9 settembre 2007, n. 1771, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. Puglia, Lecce, Sez. I, 6 marzo 2003, n. 707, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 1064 (s.m.). Da tali pronunce si desume come la pericolosità del soggetto fosse ricavabile da concrete manifestazioni obiettive, idonee a sorreggere un giudizio prognostico di pericolosità, non essendo necessariamente collegate alla colpevolezza per un reato. Prima della modifica legislativa esisteva anche un opposto orientamento che riteneva necessario, anche per le fattispecie relative alla partecipazione ad episodi di violenza ovvero all'incitamento, inneggiamento e induzione alla violenza, dopo l'identificazione dei soggetti partecipanti, la denuncia degli stessi all'autorità giudiziaria per aver preso parte attiva a tali operazioni di violenza, in occasione o a causa di manifestazioni sportive. La mancata denuncia determinava l'illegittimità del provvedimento per violazione e falsa applicazione della norma di legge v. Cons. di Stato, Sez. V, 21 giugno 2005, n. 3245, in *Foro Amm. CdS*, 2005, 1734.

<sup>6</sup> T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 25 agosto 2009, n. 934 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>7</sup> T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 23 marzo 2007, n. 334, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. Veneto, Sez. III, 23 maggio 2006, n. 1437, in *Corr. del Merito*, 2006, 925; Id. Sicilia, Palermo, Sez. I, 4 giugno 2004, n. 956, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 884 dove si afferma l'autonomia tra il giudizio di legittimità sulla misura di prevenzione e l'eventuale giudizio penale, ritenendo che la misura amministrativa del divieto di accesso potrebbe applicarsi anche a fattispecie sprovviste di rilievo penale (nel caso di specie il provvedimento era stato dichiarato illegittimo ritenendo che il possesso, ai fini della vendita, di scarpe recanti scritte quali "Catania ti odio" non potesse integrare una delle ipotesi previste dall'art. 6 della legge n. 401/1989); Id., 10 gennaio 2003, n. 202, in *www.lexitalia.it* con commento di CARPARELLI: in tale pronuncia si ricorda anche che il provvedimento amministrativo qualora applichi la sanzione nella misura massima, deve essere opportunamente motivato in relazione al principio di gradualità della sanzione. Tale principio discende, infatti, dal generale principio di proporzionalità dell'azione amministrativa che deve essere osservato, in particolar modo, quando la P.A. eserciti un'ampia discrezionalità, soprattutto in relazione a provvedimenti restrittivi della sfera giuridica del destinatario.

<sup>8</sup> T.A.R. Toscana, Sez. II, 19 maggio 2010, n. 1527, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 752; Id., 7 aprile 2010, n. 944, reperibile sul sito della giustizia amministrativa *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>9</sup> T.A.R. Veneto, Sez. I, 3 settembre 2008, n. 2651, in *Foro Amm. TAR*, 2008, 2402 (s.m.).

<sup>10</sup> T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 13 maggio 2010, n. 4848, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>11</sup> V. Cass. pen., Sez. I, 17 gennaio 2002, n. 7534, in *Cass. Pen.*, 2002, 3553.

terminare incitamento o induzione alla violenza e così rientrando nella previsione del citato art. 6, comma 1: né potrebbe ritenersi che i protagonisti di tali gesti non abbiano la consapevolezza del valore e del significato da riconnettersi, tutt'altro che meramente "goliardico", considerato il contesto in cui li pongono in essere»<sup>12</sup>.

Il provvedimento con il quale viene inibito l'accesso ai campi sportivi non deve essere preceduto dalla comunicazione di avvio del relativo procedimento agli interessati<sup>13</sup>.

## CUMULO OGGETTIVO DI AZIONI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LOMBARDA, MILANO, IV SEZIONE, 28 ottobre 2010, n. 7139 — LEO *Presidente* — PLANTAMURA *Estensore* — W.L. (avv. Bardi) - Ministero dell'interno (Avv. Gen. Stato) intervento *ad adiuvandum* P. (avv. Martinelli).

**Giustizia amministrativa — Cumulo oggettivo di azioni soggette a riti diversi — Codice del processo amministrativo — Ammissibilità — Applicazione del rito ordinario — Necessità** (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 32).

*In attuazione del principio di concentrazione ed effettività della tutela deve ritenersi ammissibile il ricorso giurisdizionale con il quale siano state proposte due domande soggette a riti diversi e, precisamente, una domanda principale diretta all'annullamento del provvedimento impugnato e una subordinata tendente ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento tenuto dalla P.A. In tal caso si applica il rito ordinario a cui è soggetta l'azione di annullamento proposta in via principale* (1).



(1) Il ricorrente, entrato in Italia con un nulla osta al lavoro subordinato, presentava la domanda per il rilascio del permesso di soggiorno ben oltre il termine di un anno di validità del visto correlato a tale nulla osta. Il ritardo, secondo quanto dichiarato dal ricorrente

stesso, sarebbe dipeso dalle resistenze opposte dal suo originario datore di lavoro. Solo dopo aver trovato una nuova occupazione l'esponente poteva produrre istanza per il rilascio di permesso di soggiorno.

Senonché, nel silenzio dell'amministrazione relativo alla predetta istanza, al ricorrente veniva notificato il decreto di espulsione per non aver presentato la richiesta di permesso di soggiorno nei termini di legge. Nell'ambito del giudizio di impugnazione del decreto prefettizio, instauratosi presso il giudice di pace, l'esponente veniva a conoscenza dell'esistenza di una determinazione di irricevibilità sulla sua istanza di permesso di soggiorno.

Il ricorso deciso dal Tribunale amministrativo milanese si articola in una domanda, proposta in via principale, avente ad oggetto l'annullamento della determinazione di irricevibilità dell'istanza di permesso di soggiorno e di contestuale archiviazione della pratica adottata dalla questura e in una domanda, proposta in via subordinata nel caso in cui i giudici ritenessero la determinazione del questore sprovvista del carattere provvedimentale, diretta ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità del silenzio-inadempimento serbato dall'amministrazione.

Si profila, in via preliminare, la questione della legittimità, o meno, del cumulo oggettivo delle domande presentate.

Prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo (D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104), nel silenzio del legislatore sulla conversione del rito nel processo amministrativo, un consistente filone giurisprudenziale riteneva che non fosse possibile la proposizione, con lo stesso ricorso, di un'azione avverso il silenzio dell'amministrazione e di un'altra diretta ad ottenere l'annullamento di specifici provvedimenti, non essendo possibile introdurre due distinti mezzi, disciplinati da differenti riti e con oggetto e contenuto diversi, data l'incompatibilità del procedimento camerale in materia di silenzio (sostitutivo anche di ogni pronuncia cautelare) con quello ordinario, di sostanziale natura impugnatoria, destinato a svolgersi in pubblica udienza<sup>1</sup>. Si ricorda che, parte della giurisprudenza, nonostante tale

<sup>12</sup> T.A.R. Toscana, Sez. II, 19 maggio 2010, n. 1527, cit. dove è stato ritenuto legittimo il Daspo disposto nei confronti di un soggetto che aveva tenuto una condotta riconducibile all'ipotesi di reato di cui all'art. 726 c.p. ("Atti contrari alla pubblica decenza"), per essersi più volte calato i pantaloni, mostrando le parti intime ai tifosi avversari.

<sup>13</sup> Cons. di Stato, Sez. VI, 8 giugno 2009, n. 3468, in *Foro Amm. CdS*, 2009, 1529; Id., 16 ottobre 2006, n. 6128, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., 15 giugno 2006, n. 3532, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 2874; T.A.R. Umbria, Perugia, Sez. I, 18 giugno 2010, n. 379, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 2030; Id. Campania, Napoli, Sez. V, 2 dicembre 2009, n. 8303, *ivi*, 2009, 3561; Id. Calabria, Catanzaro, 25 agosto 2009, n. 934, cit.; Id., 15 novembre 2007, n. 1770, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Id. Campania, Salerno, Sez. I, 26 marzo 2007, n. 300, in *Foro Amm. TAR*, 2007, 1091. *Contra* Id. Lombardia, Milano, Sez. I, 22 marzo 2001, n. 906 (ord.), in *www.lexitalia.it* che ha sospeso il provvedimento che imponeva il divieto di accesso allo stadio in quanto non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

<sup>1</sup> V. Cons. di Stato, Sez. IV, 12 febbraio 2010, n. 773, in *Foro Amm. CdS*, 2010, 296 dove viene dichiarata l'incompatibilità, con conseguente inammissibilità del ricorso di primo grado, tra

il procedimento camerale in materia di silenzio-rifiuto e quello ordinario di impugnazione, che si svolge in pubblica udienza e nel quale il procedimento sul silenzio-rifiuto non può essere convertito, operando lo stesso sul piano processuale e rivelandosi inidoneo al conseguimento di statuizioni attinenti al merito della controversia; Id., Sez. V, 4 marzo 2008, n. 897, *ivi*, 2008, 824 (s.m.) dove si legge: «Il principio di concentrazione dei processi sotteso all'art. 1 della legge n. 205/2000, per il quale qualora sopraggiungano provvedimenti ulteriori, connessi funzionalmente a quelli oggetto del ricorso iniziale, devono essere proposti motivi aggiunti, non può trovare ingresso ove il ricorso originario sia stato introdotto con il rito speciale *ex* art. 21 *bis* della legge n. 1034/1971 (o *ex* art. 2 della legge n. 205/2000), essendo su un piano processuale incompatibile il procedimento camerale con quello ordinario»; Id., Sez. IV, 6 settembre 2006, n. 5150, *ivi*, 2006, 2489; Id., 14 ottobre 2005, n. 5792, *ivi*, 2005, 2905 (s.m.) dove si legge: «Lo speciale procedimento sul silenzio previsto dall'art. 21 *bis* della legge n. 1034/1971, non potrebbe neppure essere convertito, per conseguire la finalità di cui sopra, in rito ordinario, in considerazione della *ratio* sottostante alla scelta legislativa, volta ad attribuire a tale strumento processuale finalità acceleratorie e di semplificazione per la definizione delle controversie nella suddetta materia in ragione della relativa sem-

dichiarata incompatibilità riteneva che «nondimeno, ove all'originaria domanda diretta avverso il silenzio inadempimento segua un'azione di tipo impugnatorio introdotta con motivi aggiunti dall'errore di procedura non consegue un'automatica dichiarazione d'inammissibilità del sopraggiunto gravame, dovendo il giudice amministrativo dare applicazione al principio di cui all'art. 156, comma 2, c.p.c. e verificare se nel caso concreto siano stati rispettati o possono essere comunque rispettati i termini e le modalità dettati per il rito ordinario a tutela delle parti»<sup>2</sup>.

Con l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo è mutato il quadro normativo di riferimento. L'art. 32 D.Lgs 2 luglio 2010, n. 104, rubricato "Pluralità delle domande e conversione delle azioni" prevede, al comma 1, che sia «sempre possibile nello stesso giudizio il cumulo di domande connesse proposte in via principale o incidentale. Se le azioni sono soggette a riti diversi, si applica quello ordinario, salvo quanto previsto dai Capi I e II del Titolo V del Libro IV».

Dall'applicazione di tali norme deriva l'ammissibilità del ricorso proposto davanti al T.A.R. milanese, con conseguente applicazione del rito ordinario.

La domanda principale, diretta ad ottenere l'annullamento dell'atto della questura con cui era stata di-

sposta l'archiviazione della pratica, è stata dichiarata inammissibile per difetto di interesse dovendo ritenersi la nota della questura come atto privo di valenza provvedimentoale.

La domanda, proposta in via subordinata, diretta ad ottenere l'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia è stata ritenuta fondata sul presupposto che la pubblica amministrazione, in mancanza di un'espressa sanzione di irricevibilità prevista dall'art. 5 D.Lgs n. 268/1998 in caso di tardività nella presentazione dell'istanza di rilascio del permesso di soggiorno, avesse comunque l'obbligo di concludere il procedimento con l'adozione di un provvedimento espresso<sup>3</sup>. Non avendo l'amministrazione provveduto nel termine di venti giorni dalla presentazione della domanda (ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 5 D.Lgs n. 268/1998) deve ritenersi perfezionata la fattispecie di silenzio-inadempimento di cui all'art. 31 del codice del processo amministrativo<sup>4</sup>.

## ACCESSO AGLI ATTI

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE LAZIO, ROMA, III SEZIONE TER, 9 ottobre 2010, n. 32736 —

plicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto»; Corte giust. amm. sic., 16 ottobre 2002, n. 593, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Campania, Salerno, 16 giugno 2006, n. 847, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 2169 (s.m.) dove viene affermata l'inammissibilità del cumulo della domanda di condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni con quella diretta all'accertamento dell'illegittimità dell'inerzia secondo le speciali forme processuali di cui all'art. 21 bis legge n. 1034/1971; Id. Lazio, Roma, Sez. II bis, 9 settembre 2005, n. 6786, *ivi*, 2005, 2838 (s.m.) dove si legge che «il giudizio speciale sul silenzio inadempimento, disciplinato dall'art. 21 bis L. 6 dicembre 1971 n. 1034, non è compatibile con le controversie che hanno un oggetto ulteriore rispetto alla situazione di inerzia, quale l'impugnativa di un provvedimento o l'accertamento di un diritto: di conseguenza, non può essere convertito in rito ordinario, in considerazione della *ratio* sottostante alla scelta legislativa, volta ad accelerare e semplificare la definizione delle controversie nella suddetta materia, in ragione della relativa semplicità degli inerenti accertamenti di fatto e di diritto».

<sup>2</sup> Cons. di Stato, Sez. V, 4 marzo 2008, n. 897, cit.; Id., Sez. VI, 27 ottobre 2006, n. 6439, in *Riv. Giur. Edil.*, 2007, 206 dove si legge: «Deve ritenersi condivisibile quella giurisprudenza, secondo cui l'art. 21 L. T.A.R., nel testo modificato dall'art. 1 L. 21 luglio 2000, n. 205, nella parte in cui dispone che i provvedimenti adottati in pendenza del ricorso fra le stesse parti, connessi all'oggetto del ricorso stesso, sono impugnati mediante proposizione di motivi aggiunti, è applicabile anche al rito speciale concernente le controversie in materia di silenzio della P.A.; pertanto, ove, in pendenza del ricorso sul silenzio-rifiuto, sopravvenga il provvedimento amministrativo espresso, questo va impugnato mediante motivi aggiunti, sempre che risultino rispettati i termini e le modalità stabilite per il rito ordinario [...]. La conversione del rito non deve ritenersi preclusa, neanche se unitamente all'azione avverso il silenzio, venga proposta altra domanda fin dalla proposizione del ricorso»; Id., Sez. V, 10 aprile 2002, n. 1974, in *Dir. proc. amm.*, 2002, 1005 con nota di BERTONAZZI, *Il cumulo di domande assoggettate a riti diversi nel processo amministrativo: una regola iuris da individuare in via interpretativa*; Corte giust. amm. sic., 10 maggio 2007, n. 364, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 1629 (s.m.) con nota di CORSARO, *Il giudizio speciale sul silenzio e la conversione in rito ordinario*.

<sup>3</sup> V. Cass., Sez. I, 22 aprile 2005, n. 8532, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 4 dove si legge: «Al riguardo va infatti considerato, da una


parte, che l'art. 5 del citato decreto legislativo stabilisce che il rinnovo del permesso di soggiorno deve essere negato quando non ricorrono i requisiti richiesti per l'ingresso o il soggiorno del cittadino straniero nel territorio dello Stato, previsione questa che, in mancanza di espressa sanzione di irricevibilità della domanda presentata fuori termine, esclude la legittimità del diniego di rinnovo del permesso di soggiorno sulla base del solo dato relativo al decorso del termine; dall'altra, che l'espressa previsione della forza maggiore come causa di giustificazione limitata all'ipotesi della prima domanda di permesso di soggiorno (in tal senso la formulazione dell'art. 13, comma 2, lett. b), del decreto n. 286) non vale ad escludere la sua operatività nel caso di rinnovo del permesso, e ciò in quanto la forza maggiore intesa come causa idonea a legittimare comportamenti altrimenti vietati e quindi ad eliminare gli effetti pregiudizievoli (sanzionati come tali) da essi derivanti è principio generale dell'ordinamento, che opera indipendentemente da specifiche previsioni in tal senso con il solo limite di preclusioni procedurali, nella specie insussistenti». Sul punto v. anche Id., 16 novembre 2005, n. 23213, *ibid.*, 11; Id., 2 marzo 2004, n. 4217, *ivi*, 2004, 3. Sulla rilevanza del ritardo dipeso da causa di forza maggiore v. anche Id., 3 settembre 2003, n. 12819, *ivi*, 2003, 12; Id., 25 febbraio 2002, n. 2745, *ivi*, 2002, 306.

<sup>4</sup> Art. 31, «Azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità»: «1. Decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione 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'art. 114, comma 4, lett. b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV».

DANIELE *Presidente* — FERRARI *Estensore* — Frenza (avv. Riparbelli) - Rai, Radiotelevisione italiana s.p.a. (avv.ti Perelli, Valenti, Laz).

**Atti amministrativi — Diritto di accesso ai documenti — Istanza di accesso a un filmato — Rigetto — Legittimità** (L. 7 agosto 1990, n. 241, art. 22).

*Il diritto di accesso è esercitabile solamente nei confronti di quegli atti che vengono definiti come documenti amministrativi dalla L. 7 agosto 1990, n. 241, intesi come diretta espressione dell'attività amministrativa svolta dalla pubblica amministrazione o da soggetti incaricati di pubbliche funzioni, nonché concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale. Risulta pertanto legittimo il diniego opposto dalla Rai, Radiotelevisione italiana alla richiesta di accesso a una copia di un filmato trasmesso durante una puntata della trasmissione Un giorno in pretura, dal momento che il filmato in questione rappresenta un'opera di ingegno e non un atto amministrativo emanato nell'esercizio di un potere autoritativo e pertanto non considerabile come oggetto del diritto di accesso (1).*

 (1) Con la sentenza in commento si dibatte circa la possibilità per il signor Frenza di ottenere copia della registrazione di un filmato trasmesso su un canale nazionale nel corso del programma televisivo *Un giorno in pretura*: in particolare al momento delle riprese egli aveva espressamente dichiarato di non voler essere filmato, ma nonostante ciò durante la messa in onda il suo volto era stato ripreso e reso visibile. Ad avviso del ricorrente, il silenzio serbato dalla Rai sulla sua istanza di accesso a tale video sarebbe illegittimo essendo la Rai, in qualità di gestore del pubblico servizio, tenuta a rilasciare quanto da lui richiesto.

In risposta a quanto dichiarato dal ricorrente l'emittente televisiva ha sollevato un'eccezione di inammissibilità del ricorso, non avendo l'istanza di accesso ad oggetto un documento amministrativo.

Il Collegio ha ritenuto che tale circostanza, ove confermata in fatto e in diritto, porterebbe all'infondatezza nel merito del ricorso del signor Frenza, in quanto si sostanzierebbe in una declaratoria di legittimità del diniego tacito di ostensione opposto dalla Rai, e non invece all'inammissibilità del gravame, essendo inne-

gabibile l'interesse del sig. Frenza all'accertamento dell'illegittimità di detto diniego tacito.

Infatti come più volte ribadito in giurisprudenza ai sensi dell'art. 22 legge n. 241/1990 il diritto di accesso è riconosciuto in capo a chiunque vi abbia interesse, collegato con una necessaria esigenza di tutelare una situazione giuridicamente rilevante<sup>1</sup>. L'interesse giuridicamente rilevante del soggetto richiedente l'accesso non deve necessariamente consistere in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, dovendo questi solo essere giuridicamente tutelato in modo tale da evitare che si tratti di un più generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa, quanto piuttosto deve sussistere a supporto di tale interesse un rapporto di strumentalità tra esso e la documentazione oggetto dell'*actio ad exhibendum*, rapporto che va per di più inteso in senso ampio in modo tale che la documentazione richiesta rappresenti un mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante e non risulti invece mero strumento di prova diretta della lesione; ne consegue che l'interesse all'accesso deve essere considerato in astratto e la legittimazione all'accesso non può essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma va semmai intesa come dotata di una propria consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata<sup>2</sup>.

Inoltre il soggetto, la cui posizione giuridica è incisa da un provvedimento amministrativo, per legittimare la propria azione deve dimostrare solamente la sua qualità di destinatario del provvedimento stesso<sup>3</sup>, in considerazione del fatto che, in questo caso, l'interesse giuridicamente rilevante risulta già normativamente qualificato dagli artt. 9 e 10 L. 7 agosto 1990 n. 241.

Tuttavia nel caso di specie il problema centrale non è rappresentato tanto dalla posizione d'interesse del ricorrente, che come abbiamo visto in linea teorica esisterebbe, quanto piuttosto dal fatto che il ricorrente agisce sulla base del dispositivo dell'art. 22 della legge sul procedimento amministrativo regolante il c.d. "diritto di accesso"<sup>4</sup>, ossia quell'istituto a carattere generale avente la duplice finalità di tutelare da un lato l'esigenza di trasparenza ed imparzialità dell'attività amministrativa<sup>5</sup> e dall'altro l'effettivo esercizio del diritto degli interessati di conoscere il procedimento amministrativo e di parteciparvi. La risoluzione del problema ruota pertanto esclusivamente intorno alla de-

<sup>1</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 5 maggio 2010, n. 9766, in *Foro Amm. TAR*, 2010, 5, 1676 (s.m.); in materia di posizione del richiedente l'accesso si vedano altresì le sentenze Cons. di Stato, Sez. IV, 3 agosto 2010, n. 5173, in *Red. Amm. CdS*, 2010, 7-8 e T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 marzo 2010, n. 530, *ibid.*, 3.

<sup>2</sup> Cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 30 novembre 2009, n. 7486, in *Dir. e Giust.*, 2009 (s.m.).

<sup>3</sup> Così ha stabilito il T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 30 ottobre 2009, n. 2354, in *Red. Amm. TAR*, 2009, 10.

<sup>4</sup> In dottrina v. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010; CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2003.

<sup>5</sup> Sul punto T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 3 novembre 2009, n. 4951, in *Red. Amm. TAR*, 2009, 11: «Il diritto di accesso ai documenti amministrativi è posto a garanzia della trasparenza

ed imparzialità della P.A. e trova applicazione in ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione. Occorre, peraltro, ricordare che il principio della trasparenza amministrativa accolto dal nostro ordinamento non è affatto assoluto e incondizionato, ma subisce alcuni temperamenti, basati, fra l'altro, sulla limitazione dei soggetti attivi del diritto di accesso; questione quest'ultima che involge i profili della legittimazione sostanziale e dell'interesse ad agire. In particolare, anche se il diritto di accesso è volto ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa e a favorirne lo svolgimento imparziale, rimane fermo che l'accesso è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti stessi direttamente o indirettamente si rivolgono, e che se ne possano eventualmente avvalere per la tutela di una posizione soggettiva legittimante. Quest'ultima è costituita da una situazione giuridicamente rilevante (comprensiva anche degli interessi diffusi) e dal collegamento qualificato tra questa posizione sostanziale e la documentazione di cui si pretende la conoscenza».

fnizione di cosa è documento amministrativo e cosa no, e su tale questione il T.A.R. ha ritenuto fondata l'eccezione, avanzata dalla convenuta Rai, Radiotelevisione italiana, di inammissibilità del ricorso sul rilievo che l'istanza non avrebbe ad oggetto un documento amministrativo. La normativa sull'accesso infatti ha per oggetto solo ed esclusivamente i c.d. "documenti amministrativi", ossia quella categoria di atti che risultano essere espressione dell'esercizio di funzioni amministrative da parte delle pubbliche amministrazioni o dei soggetti incaricati di pubbliche funzioni: pertanto la relativa *actio ad exhibendum* può essere considerata legittima solamente qualora riguardi atti che rientrano in tale sopramenzionata definizione. Nel caso di specie i giudici riconoscono che la registrazione videografica in questione non può essere considerata come documento amministrativo emanato dalla Rai nell'esercizio di un potere autoritativo in esecuzione di un pubblico servizio, ma va piuttosto intesa come opera d'ingegno. Per di più non si deve essere tratti in inganno dalla circostanza che l'art. 22, comma 1, lett. d), legge n. 241/1990 definisca come documento amministrativo «ogni rappresentanza grafica, foto cinematografica, elettromagnetica o di qualunque altra specie del contenuto di atti, anche interni o non relativi a uno specifico procedimento, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale», in quanto l'elemento di distinzione fra ciò che costituisce un provvedimento amministrativo e ciò che non, non è tanto la forma esterna di rappresentazione, che può quindi assumere diverse strutture, quanto piuttosto la sua natura intrinseca dell'essere espressione di un potere autoritativo in esecuzione di un pubblico servizio<sup>6</sup>.

Infatti, nel caso di soggetti privati che svolgano al contempo anche attività di gestione di un pubblico servizio, non tutti gli atti da questi prodotti possono essere oggetto di una richiesta di ostensione, potendo configurarsi la loro esibizione nelle forme previste dalla legge sul procedimento amministrativo solamente

con riferimento a quei provvedimenti collegati da un nesso di strumentalità con lo svolgimento del servizio pubblico. Pertanto, il differenziato regime riservato ai diversi atti<sup>7</sup> prodotti dal gestore del servizio pubblico in quanto soggetto di diritto privato, comportante quindi l'ostensibilità o meno degli stessi, dipende dal rapporto di connessione esistente tra gli atti e il servizio di pubblico interesse; ovviamente più è stretto il legame con il servizio pubblico più gli atti saranno passibili di accesso. Solamente in presenza di questa tipologia di rapporto di connessione è possibile effettuare il bilanciamento fra l'interesse pubblico e l'interesse privato imprenditoriale, risultando indefettibile il collegamento strumentale e funzionale degli atti oggetto dell'*actio ad exhibendum* con l'effettivo svolgimento di un servizio di pubblico interesse<sup>8</sup>.

Sul punto è sicuramente interessante notare come lo stesso T.A.R., in un caso<sup>9</sup> di qualche anno fa, abbia invece riconosciuto come legittima la richiesta avanzata dalla Codacons di prendere visione di alcuni documenti relativi al funzionamento del gioco connesso alla Lotteria Italia, gestito e svolto dall'emittente televisiva Rai Radiotelevisione italiana s.p.a.

Nella fattispecie l'organo collegiale ritenne che l'istanza di accesso non riguardasse la trasmissione televisiva in sé e per sé considerata e intesa come prodotto della libera attività imprenditoriale, ma piuttosto gli atti relativi all'organizzazione del gioco. Essendo l'organizzazione e lo svolgimento di tale gioco stati affidati dall'amministrazione dei monopoli di Stato all'emittente televisiva, che li gestiva sulla base di precisi criteri fissati dalla stessa amministrazione, si trattava in questo caso di un esercizio di attività riconducibile alla nozione di pubblico servizio e che comportava, quindi, l'attribuzione di poteri pubblicistici alla Rai.

In conclusione dall'analisi congiunta di questi due casi, trattati dal medesimo collegio, si comprende perfettamente quale sia la differenza di attività svolta dall'emittente Rai, risultando in una espressione di esercizio di poteri pubblici e nell'altro no, nonché le ragioni alla base delle differenti risoluzioni adottate dai giudici.

<sup>6</sup> Con riguardo alla c.d. "legittimazione passiva" v. Cons. di Stato, Sez. VI, 23 ottobre 2007, n. 5569, in *Foro Amm. CdS*, 2007, 10, 2873 (s.m.) che dichiara: «Gli art. 22 comma 1 lett. c) e 23, l. n. 241 del 1990 tolgono ogni dubbio sulla legittimazione passiva all'accesso, oltre che dei soggetti pubblici, anche dei soggetti privati che abbiano in gestione l'attività di erogazione di servizi pubblici ed in generale di tutti i soggetti di diritto privato che svolgano attività di pubblico interesse».

<sup>7</sup> Sul punto è particolarmente interessante quanto stabilito dall'Adunanza plenaria del Cons. di Stato, 22 aprile 1999, n. 4, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999, 946, con nota di BATTAGLIA: in particolare l'Adunanza plenaria ha individuato

tre differenti categorie di atti in cui vengono in rilievo in maniera decrescente sia i nessi di funzionalità che quelli di strumentalità con la cura dell'interesse pubblico, andando così a delimitare l'area di operatività del diritto di accesso.

<sup>8</sup> Cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 31 maggio 2005, n. 7368, in *Foro Amm. TAR.*, 2005, 5, 1646 (s.m.). Riguardo alla relazione di strumentalità è particolarmente interessante l'analisi e la ricostruzione effettuata nella sentenza Id. Lazio, Roma, Sez. III, 10 aprile 2006, n. 2503, in *Foro Amm. TAR*, 2006, 4, 1382.

<sup>9</sup> T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 20 maggio 1999, n. 1507, in *Massima redazionale Giuffrè*, 1999.



# Diritto Tributario

a cura di FRANCESCO TESAURO

con MARIA CECILIA FREGNI

## CANCELLAZIONE DELLE SOCIETÀ

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 20 ottobre 2010, n. 21510, pag. 699.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 13 ottobre 2010, n. 21195, pag. 699.

## PUBBLICITÀ DELLE SENTENZE TRIBUTARIE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 27 gennaio 2010, n. 1629 (ordinanza), pag. 702.

**Il regime di pubblicità delle sentenze delle Commissioni tributarie**, di DAVIDE BORGNI.

## CANCELLAZIONE DELLE SOCIETÀ

### I.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 20 ottobre 2010, n. 21510 — LUPI *Presidente* — CARLEO *Relatore* — LECCISI P.M. (conf.) — Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato) - SIDA s.r.l. (Avv. Zuccheretti).

*Cassa con rinvio Comm. Trib. Reg. Lazio, 28 febbraio 2007, n. 7.*

**Imposte e tasse in genere — Procedimento avanti le Commissioni tributarie — Notificazioni — Appello proposto nei confronti di società cancellata dal registro delle imprese — Notifica dell'atto presso la sede del difensore domiciliatario in primo grado — Nullità — Costituzione in giudizio del destinatario della notifica — Raggiungimento dello scopo — Sanatoria** (C.c. artt. 1722, 2310, 2495; C.p.c. art. 156).

*Dopo la modifica dell'art. 2495 c.c., la notificazione di un atto di appello ad un società cancellata dal registro delle imprese, effettuata presso la sede del difensore domiciliatario in primo grado, è nulla, ma la nullità deve ritenersi sanata in virtù del raggiungimento dello scopo, ove la consegna sia avvenuta mediante rilascio di copia dell'atto a persona ed in luogo aventi un qualche riferimento con il destinatario della notificazione che mostri di aver avuto piena conoscenza dell'atto costituendosi in giudizio (1).*

### II.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE TRIBUTARIA, 13 ottobre 2010, n. 21195 — LUPI *Presidente* — BERTUZZI *Relatore* — LECCISI P.M. (conf.) — Meccaniche Moderne Gesta s.r.l (avv.ti Macchi, Romanelli) - Agenzia delle Entrate (Avv. Gen. Stato).


*Conferma Comm. Trib. Reg. Lombardia, 14 dicembre 2007, n. 102.*

**Imposte e tasse in genere — Ricorso per cassazione — Ricorso proposto dal liquidatore di società cancellata dal registro delle imprese — Perdita dei poteri**

**rappresentativi del liquidatore — Inammissibilità del ricorso** (C.c. artt. 1722, 2278, 2310, 2495).

*Ai sensi dell'art. 2495 c.c., la cancellazione dal registro delle imprese produce l'estinzione della società, la cessazione dell'incarico del liquidatore, la perdita dei suoi poteri rappresentativi e, quindi, anche del potere di rilasciare la procura alle liti; il ricorso per cassazione promosso dal liquidatore in nome della società contribuente è quindi inammissibile (2).*

### I.

 *Omissis.* — Con la prima doglianza, deducendo il vizio di violazione e falsa applicazione degli artt. 1722 e 2310 c.c., la ricorrente ha censurato la declaratoria di inammissibilità del gravame, pronunciata dai giudici di secondo grado, in quanto, a suo avviso, l'atto di appello sarebbe stato, invece, ritualmente "intestato alla società in persona del liquidatore sig. P.D.B. e regolarmente notificato nel domicilio eletto".

La censura merita attenzione. A riguardo, torna utile richiamare l'attenzione sul rilievo, formulato dalla società S. nell'atto di controdeduzioni presentato in secondo grado, nel quale osservava che, essendo stata la società stessa cancellata dal registro delle imprese dopo la liquidazione in data 5 agosto 2005, nelle more del processo, si era pertanto estinto il mandato conferito all'avv. Z. ex art. 1722 c.c. Ne era derivato ulteriormente — questa, la conclusione della società in liquidazione — che la notifica dell'appello avrebbe dovuto essere effettuata direttamente al liquidatore nel suo domicilio e non nel domicilio eletto della società estinta, come invece era avvenuto ed era pacifico tra le parti.

La premessa torna utile in quanto, come è noto, le Sezioni Unite di questa Corte hanno recentemente statuito che, in tema di società di capitali, la cancellazione dal registro delle imprese determina l'immediata estinzione della società, indipendentemente dall'esaurimento dei rapporti giuridici ad essa facenti capo, nel caso in cui, così come nella specie, tale adempimento abbia avuto luogo in data successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, che, modificando l'art. 2495 c.c., comma 2, ha attribuito efficacia costitutiva alla cancellazione: a tale disposizione, infatti, non può attribuirsi natura interpretativa della disciplina previgente, in mancanza di un'espressa previsione di legge, con la conseguenza che, non avendo essa efficacia retroattiva e dovendo tutelarsi l'affidamento dei cittadini in ordine agli effetti della cancellazione in rapporto all'epoca in cui essa ha avuto luogo, per le società cancellate in epoca anteriore al 1

gennaio 2004 l'estinzione opera solo a partire dalla predetta data (Sez. Un. n. 4060/2010).

Ciò posto, deve considerarsi che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, in caso di morte — o di perdita della capacità — della persona fisica oppure di estinzione della persona giuridica, “al fine di riconoscere la persistente legittimazione del procuratore della parte originaria, in relazione al giudizio di impugnazione, non è invocabile il principio di ultrattività del mandato che, attribuendo al procuratore la possibilità di continuare a rappresentare in giudizio la parte che gli abbia conferito il mandato e costituendo deroga al principio secondo il quale la morte del mandante estingue il mandato (secondo la normativa sulla rappresentanza e sul mandato di cui all'art. 1722 c.c., n. 4), va contenuto nei limiti della fase del processo in cui si è verificato l'evento non dichiarato né notificato (Cass. n. 6701/09). Ne deriva che, determinando la cancellazione dal registro delle imprese l'immediata estinzione della società, indipendentemente dall'esaurimento dei rapporti giuridici ad essa facenti capo, nel caso in cui, così come nella specie, tale adempimento abbia avuto luogo in data successiva all'entrata in vigore del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, l'atto di impugnazione non solo doveva essere rivolto, così come è accaduto, direttamente nei confronti della società in liquidazione, in persona del suo liquidatore pro-tempore — essendo quest'ultima il soggetto effettivamente legittimato in quanto giusta l'insegnamento delle S.U. di questa Corte (cfr. Sez. Un. n. 15783/05) il processo di gravame deve essere instaurato tra i soggetti reali del rapporto — ma avrebbe dovuto essere altresì notificato presso la sede del soggetto effettivamente legittimato e non già presso il difensore della società in bonis. E ciò, per effetto dell'estinzione della parte originaria e della conseguente estinzione del mandato da questa conferito al difensore e della correlata elezione di domicilio.

Nel caso di specie, come risulta dall'esame degli atti, esame consentito a questa Corte, la quale essendo anche giudice del fatto processuale ha il potere-dovere di esaminare direttamente gli atti di causa, l'atto di appello, ritualmente diretto alla S. in liquidazione, in persona del liquidatore sig. P.D.B., fu però notificato presso lo studio dell'avv. M. Z., che aveva rappresentato e difeso la società prima dell'apertura della liquidazione nel giudizio di primo grado e non fu invece notificato, come invece avrebbe dovuto, presso la sede della società in liquidazione.

Ciò posto, si rende necessario stabilire se siffatta notifica debba ritenersi affetta da mera nullità, sanabile quindi nei modi e nei termini previsti dal codice di rito, oppure inesistente e come tale insuscettibile di sanatoria. Ciò senza considerare che recentemente questa Corte ha statuito che la costituzione in giudizio della parte intimata, in tema di ricorso per cassazione, ha effetto sanante, anche in caso di notificazione inesistente, sia pure ex nunc (Cass. n. 8377/09).

A riguardo, restando nel solco tradizionale della giurisprudenza, vale la pena di rilevare che, secondo il consolidato orientamento di questa Corte, l'inesistenza della notificazione è configurabile solo quando essa manchi totalmente oppure quando l'attività compiuta esca completamente dallo schema legale del procedimento notificatorio, essendo stata effettuata in modo assolutamente non previsto dalla normativa. Ne deriva che utile elemento di discriminare per distinguere l'inesistenza dalla nullità della notificazione è costituito dal rilievo che il vizio del procedimento notificatorio nella sostanza delle cose abbia comunque consentito la conoscenza dell'atto da parte del destinatario come naturale e non fortuito esito dell'attività dell'agente notificatore, malgrado irrualmente compiuta, giacché in tale ipotesi deve ritenersi verificato lo svolgimento di un procedimento notificatorio, rimasto sia pure parzialmente nell'ambito del modello previsto dalla legge.

Con la conseguenza ulteriore che una notificazione va ritenuta soltanto nulla e deve ritenersi sanata in virtù del rag-

giungimento dello scopo quando la consegna sia comunque avvenuta mediante rilascio di copia dell'atto a persona ed in luogo aventi un qualche riferimento con il destinatario della notificazione ed il notificando, così come è avvenuto nella specie, mostra di aver avuto piena conoscenza del contenuto dell'atto tant'è che si è costituito in giudizio.

Né in senso contrario può valere la circostanza che il liquidatore della S. srl si sia costituito esclusivamente per dedurre i vizi relativi alla notifica “e segnatamente senza che questo atto costituisca alcuna sanatoria di nullità” (così come si legge nella sentenza impugnata) giacché l'effetto sanante della nullità, previsto dall'art. 156 c.p.c., u.c. e derivante dal raggiungimento dello scopo cui l'atto è destinato, ha una valenza oggettiva che viene ad attuarsi indipendentemente dalla volontà del soggetto interessato e senza che quest'ultimo possa in alcun modo vanificarlo.

Il dato normativo non consente dubbio a riguardo, senza considerare che una diversa interpretazione verrebbe a confliggere con il principio della ragionevole durata del processo che sollecita una riduzione all'essenziale delle ipotesi di nullità per vizi formali in funzione di una sollecita definizione della controversia.

Ne consegue che in applicazione di questo principio la censura formulata merita di essere accolta, ritenendosi in essa assorbito il secondo motivo di impugnazione, fondato sulla motivazione insufficiente e contraddittoria della sentenza d'appello.

Il ricorso per cassazione, siccome fondato, deve essere accolto e la sentenza impugnata, che ha fatto riferimento, in modo non corretto, ad una regola iuris diversa, deve essere cassata. Con l'ulteriore conseguenza che, occorrendo un rinnovato esame della controversia, la causa va rinviata ad altra Sezione della CTR del Lazio, che provvederà anche in ordine al regolamento delle spese della presente fase di legittimità. — *Omissis*.

## II.

*Omissis*. — Vista la relazione redatta ai sensi dell'art. 380 bis cod. proc. civ., dal Consigliere delegato Dott. Mario Bertuzzi, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso principale osservando che:

— “come risulta documentato dalla visura della competente Camera di Commercio depositata dall'Agenzia, la società Meccaniche Moderne Gaeta è stata cancellata dal registro delle imprese in data 13.12.1999”;


— “ai sensi dell'art. 2495 cod. civ., comma 2, nel testo introdotto dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, art. 4, ed entrato in vigore il 1 gennaio 2004, la cancellazione dal registro delle imprese produce l'estinzione della società anche in presenza di crediti insoddisfatti e di rapporti ancora non definiti e che, come questa Corte ha chiarito, la disposizione, non disciplinando le condizioni per la cancellazione, ma gli effetti della stessa, opera retroattivamente e dunque anche con riguardo alle cancellazioni intervenute in epoca anteriore alla sua entrata in vigore (Cass. n. 3107 del 2010; Cass. n. 29242 del 2009)”;

— “come eccepito dall'Agenzia delle Entrate, il ricorso per cassazione promosso in nome della società contribuente va qualificato inammissibile, atteso che l'estinzione della società determina anche la cessazione dell'incarico del liquidatore e la perdita dei suoi poteri rappresentativi e quindi anche del potere di rilasciare la procura alle liti”;

rilevato che la relazione è stata regolarmente comunicata al Procuratore Generale, che non ha svolto controsservazioni, e notificata alle parti e che la sola parte ricorrente in via principale ha depositato memoria;

ritenuto che le argomentazioni e la conclusione della relazione meritano di essere interamente condivise, apparendo rispondenti sia a quanto risulta dall'esame degli atti di causa che all'orientamento della giurisprudenza di questa Corte sopra citato e non rinvenendosi nella memoria depositata dalla parte validi argomenti di confutazione;

che, pertanto, il ricorso va dichiarato inammissibile, con conseguente assorbimento del ricorso incidentale, in quanto proposto in via condizionata, e condanna della ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio, liquidate come in dispositivo. — *Omissis*.

 (1-2) Con le sentenze in epigrafe, la Sezione tributaria della Cassazione affronta il tema, di notevole attualità, degli effetti della cancellazione delle società dal registro delle imprese, dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 all'art. 2495 c.c.

Tale disposizione, nel suo testo attuale, recita: «approvato il bilancio finale di liquidazione, i liquidatori devono chiedere la cancellazione della società dal registro delle imprese. Ferma restando l'estinzione della società, dopo la cancellazione i creditori sociali non soddisfatti possono far valere i loro crediti nei confronti dei soci, fino alla concorrenza delle somme da questi riscosse in base al bilancio finale di liquidazione, e nei confronti dei liquidatori, se il mancato pagamento è dipeso da colpa di questi. La domanda, se proposta entro un anno dalla cancellazione, può essere notificata presso l'ultima sede della società».

Come noto, prima della modifica dell'art. 2495 c.c., la Cassazione riteneva, con giurisprudenza univoca, che «l'atto formale di cancellazione di una società dal registro delle imprese, così come il suo scioglimento, con l'instaurazione della fase di liquidazione, non determina l'estinzione della società ove non siano esauriti tutti i rapporti giuridici ad essa facenti capo a seguito della procedura di liquidazione, ovvero non siano definite tutte le controversie giudiziarie in corso con i terzi, e non determina, conseguentemente, in relazione a detti rapporti rimasti in sospeso e non definiti la perdita della legittimazione processuale della società<sup>1</sup>: la cancellazione svolgeva nel pensiero della Corte la funzione di semplice pubblicità dichiarativa.

Successivamente alla modifica dell'art. 2495 c.c., la Cassazione ha avuto modo di notare che la cancellazione nel nuovo testo ha effetti costitutivi, «anche in presenza di rapporti non definiti»<sup>2</sup>.

In questo quadro di incertezza, con particolare riferimento alle società di persone, si sono registrate due ordinanze di rimessione alle Sezioni unite<sup>3</sup> che si sono pronunciate con la sentenza n. 4060/2010<sup>4</sup>. Con questa nodale decisione, richiamata anche dalla sentenza n. 21510/2010 qui in commento, la Cassazione ha riconosciuto all'art. 2495 c.c. «un effetto espansivo che impone un ripensamento della pregressa giurisprudenza anche per le società commerciali di persone, in adesione ad una lettura costituzionale della norma».

Le decisioni pubblicate sopra sembrano offrire due regole di giudizio differenti, a partire da queste medesime premesse.

L'ordinanza n. 21195/2010 ha sancito che il ricorso per cassazione proposto dal liquidatore di una società

che nel corso del giudizio sia stata cancellata è inammissibile. Infatti, con la cancellazione si avrebbe l'estinzione della società e quindi la perdita dei poteri rappresentativi del liquidatore. Il percorso seguito dalla Corte è particolarmente lineare nel ritenere invalida la procura alle liti conferita da un liquidatore sprovvisto di poteri, proprio perché l'estinzione della società priverebbe di poteri il liquidatore e quindi, di ricaduta, il difensore nominato.

Più complessa appare la prima decisione in epigrafe (n. 21510/2010), anche in ragione di un fatto più articolato.

La vicenda processuale alla base di questa sentenza è la seguente: instaurato un giudizio di impugnazione dell'avviso di accertamento, la società ricorrente procede alla liquidazione e alla cancellazione dal registro delle imprese (dalla narrazione dei fatti di causa, non è dato comprendere se la cancellazione avvenga già nel corso del processo di primo grado, o invece dopo la pronuncia della Commissione tributaria provinciale); l'Agenzia, soccombente in primo grado, impugna notificando l'appello al difensore domiciliatario della controparte. Dinanzi alla Commissione tributaria regionale si costituisce la società appellata, lamentando l'inammissibilità dell'appello per vizio della notifica; il giudice di seconde cure dichiara inammissibile l'atto di appello.

La Corte di cassazione in questo caso statuisce che: (a) avvenuta la cancellazione e, quindi, l'estinzione della società, non è invocabile il principio di ultrattività del mandato che, costituendo regola eccezionale, va contenuto nei limiti della fase del processo in cui si è verificato l'evento; la notifica avvenuta presso il difensore domiciliatario è quindi nulla; (b) trattandosi di notifica nulla (e non inesistente), la costituzione in giudizio della società appellata, anche solo al fine di far valere la nullità della notifica, sana il vizio.

Quanto al profilo *sub* (a), la Corte rileva che l'atto di appello, ritualmente diretto alla società cancellata, in persona del liquidatore, venne notificato presso lo studio del difensore, che aveva rappresentato e difeso la società prima dell'apertura della liquidazione nel giudizio di primo grado, e non invece, come avrebbe dovuto, presso la sede della società in liquidazione.

Il che allontana la sentenza n. 21510/2010 dall'ordinanza n. 21195/2010: seguendo il percorso logico di quest'ultima, non si avrebbe infatti una questione di legittimità della notifica, poiché a fronte di società cancellata, mancherebbe una legittimazione del liquidatore, indipendentemente dal luogo in cui la notifica è stata effettuata.

Seguendo l'ordinanza n. 21195/2010 si sarebbe dovuto desumere l'inammissibilità del ricorso per cassazione, in quanto la società, estinta, non potrebbe assumere la qualità di parte<sup>5</sup>.

La Corte non ha, invece, adottato tale decisione. Possono essere due i motivi che hanno condotto la Corte

<sup>1</sup> Cass., Sez. III, 15 gennaio 2007, n. 646.

<sup>2</sup> Cass., Sez. II, 15 ottobre 2008, n. 25192.

<sup>3</sup> Cass., Sez. I, 15 settembre 2009, n. 19804; Cass., Sez. III, 9 aprile 2009, n. 8665.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 22 febbraio 2010, n. 4060.

<sup>5</sup> Come noto, il difetto di legittimazione attiva o passiva tocca un presupposto processuale che condiziona l'ammissibilità dell'azione: Cass., Sez. II, 6 marzo 2008, n. 6132. Fatta salva l'inammissibilità del ricorso per cassazione del liquidatore ormai carente di poteri, in dottrina si è teorizzata la prosecuzione del

a ritenere ammissibile il ricorso proposto avverso una società estinta.

Il primo attiene alla recente estensione del giudicato interno implicito. È vero che il difetto di legittimazione è rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del procedimento, ma è altrettanto vero che il rilievo avviene «salvo che sul punto non si sia formato il giudicato»<sup>6</sup>. Ora, dopo l'estensione operata nella giurisprudenza della Corte del giudicato interno implicito in materia di giurisdizione<sup>7</sup>, si può ipotizzare che la Cassazione abbia applicato lo stesso percorso anche alla decisione in commento: non avendo nel corso del giudizio di secondo grado la società contribuente rilevato il vizio, ed avendo il giudice di secondo grado deciso sulla notifica, risolvendo implicitamente le questioni attinenti ai presupposti processuali, la Cassazione potrebbe aver ritenuto che sul punto si fosse formato un giudicato interno implicito<sup>8</sup>.

Il secondo motivo che potrebbe aver indotto la Corte a tralasciare la rilevanza officiosa del vizio di legittimazione potrebbe essere rinvenuto nella distinzione tra legittimazione processuale e *legitimitas ad causam*. Come noto, infatti, la giurisprudenza della Cassazione distingue tra legittimazione processuale (intesa come astratta idoneità a domandare e resistere) e effettiva titolarità attiva e passiva dell'obbligazione: solo la prima è rilevabile d'ufficio, mentre la seconda attiene al merito e necessita di un'eccezione di parte (che nel caso mancava)<sup>9</sup>. La Corte avrebbe potuto quindi ritenere che nel caso di specie si versasse nella seconda ipotesi delineata, ossia nel difetto di concreta titolarità passiva del rapporto.

Venendo al profilo indicato sopra *sub* (b), ossia alla tipologia del vizio che affligge la notifica, la Cassazione si adegua in questa decisione al suo orientamento consolidato.

La Corte premette la distinzione della notificazione inesistente da quella nulla: la prima si ha quando la notifica manchi, «oppure quando l'attività compiuta

esca completamente dallo schema legale del procedimento notificatorio, essendo stata effettuata in modo assolutamente non previsto dalla normativa» (così la sentenza in epigrafe, sulla scorta di una lezione comune della Cassazione); la notificazione è solo nulla quando, invece, vi è un apprezzabile collegamento tra il soggetto cui è diretto l'atto e il destinatario effettivo<sup>10</sup>.

La notifica dell'atto appello al domicilio eletto dalla parte deceduta è comunemente ritenuta dalla Corte di cassazione solo nulla e non inesistente<sup>11</sup>. Va peraltro notata una recente decisione della II Sezione, ad avviso della quale la notifica al domicilio eletto della parte ormai priva di capacità sarebbe inesistente<sup>12</sup>. Se applicato al caso di specie, tale indirizzo avrebbe dovuto comportare l'inesistenza della notifica, con una decisione opposta a quella adottata; non sembra però che la sentenza della sezione seconda possa applicarsi al caso di liquidazione, poiché il liquidatore della società è bene in grado di conoscere i procedimenti contenziosi riferibili alla società estinta e quindi monitorare l'attività dei precedenti difensori (a differenza di quanto avviene per gli eredi)<sup>13</sup>.

La notificazione nulla può essere rinnovata *ex art.* 291 c.p.c.<sup>14</sup> ed è sanabile secondo il principio del raggiungimento dello scopo (*ex art.* 156, comma 3, c.p.c.). Così, quando (come nel caso di specie) la parte si costituisca, anche solo per eccepire i vizi relativi alla notifica, la sanatoria avviene «oggettivamente», indipendentemente dalla volontà della parte<sup>15</sup>. Nella sentenza in commento tale interpretazione viene ricondotta al principio di ragionevole durata del processo.

#### PUBBLICITÀ DELLE SENTENZE TRIBUTARIE

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 27 gennaio 2010, n. 1629 (ordinanza) — ELEFANTE *Presidente* — MERONE *Relatore* — APICE *P.M.* (diff.). — [www.fisco.it](http://www.fisco.it)

giudizio, ove la cancellazione nel corso del processo di merito, nei confronti dei soci come successori a titolo particolare (v. DALFINO, *Le sezioni unite e gli effetti della cancellazione della società dal registro delle imprese*, in *Le Soc.*, 2010, 1004 e segg.).

<sup>6</sup> Cass., Sez. III, 13 dicembre 2005, n. 27450.

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883.

<sup>8</sup> In dottrina, prima della decisione di Cass. 24883-2008, cit., si riteneva che non si potesse formare giudicato implicito in materia di difetto di legittimazione: A. ROMANO, *Contributo alla teoria del giudicato implicito sui presupposti processuali*, in *Giur. It.*, 2001, 1292 e segg. che in tale frangente legittimava finanche una «*actio nullitatis* di molto successiva al passaggio in giudicato formale della sentenza».

<sup>9</sup> Su questa distinzione v. Cass., Sez. I, 28 febbraio 2007, n. 4776 dove la titolarità passiva del rapporto controverso viene riportata al merito e «rientra perciò nel potere dispositivo della parte»; Cass., Sez. III, 15 settembre 2008, n. 23670, allo stesso modo precisa che il difetto di titolarità passiva rientra «nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata, sicché non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, né può essere sollevata per la prima volta in sede di legittimità»; infine, nello stesso senso, Cass., Sez. III, 20 novembre 2009, n. 24539.

<sup>10</sup> *Ex multis* Cass., Sez. V, 17 settembre 2010, n. 19755; Cass., Sez. V, 10 marzo 2010, n. 5753; Cass., Sez. II, 7 gennaio 2010, n. 58.

<sup>11</sup> Cass., Sez. II, 18 luglio 2008, n. 19985; Cass., Sez. III, 20 aprile 2009, n. 9350; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2010, n. 2699.

<sup>12</sup> Cass., Sez. II, 5 ottobre 2009, n. 21244, in cui si legge: «deve ritenersi che la notificazione dell'atto di riassunzione al domicilio eletto nel corso del giudizio dal *de cuius* anziché a quello effettivo deve ritenersi affetta da inesistenza ... il procuratore domiciliatario della parte deceduta nel corso del giudizio non ha alcun rapporto con gli eredi della parte da lui difesa e di regola non è in grado neppure di sapere chi siano i soggetti che rivestono tale qualità: d'altra parte, è senz'altro possibile che questi ultimi non siano a conoscenza che il *de cuius* fosse parte in un giudizio in cui era rappresentato dal procuratore, destinatario della notificazione dell'atto di riassunzione».

<sup>13</sup> Sempre ritenendo che il liquidatore, dopo la cancellazione, conservi un tale potere.

<sup>14</sup> Cass., Sez. II, 26 aprile 2010, n. 9904; per l'impossibilità di rinnovare la notificazione inesistente: Cass., Sez. lavoro, 26 marzo 2010, n. 7358.

<sup>15</sup> *Ex multis* Cass., Sez. un., 25 febbraio 2010, n. 4553; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2009, n. 25350; non è sanante l'impugnazione di un atto diverso (la cartella di pagamento per un vizio di notifica dell'atto impositivo): Cass., Sez. V, 19 maggio 2010, n. 12223.


www.fiscosos.it (avv. Lucisano) - Ministero dell'economia e delle finanze (Avv. Gen. Stato).

**Imposte e tasse in genere — Segretari delle Commissioni tributarie — Depositari di pubblici registri — Provvedimenti giudiziari — Rilascio di copie ed estratti a chiunque ne faccia istanza — Obbligo — Sussistenza** (C.p.c. artt. 743, 744, 745; D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52; D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, artt. 25, 37, 38; D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, art. 35).

**Imposte e tasse in genere — Segretari delle Commissioni tributarie — Provvedimenti giudiziari — Rilascio in copia — Controversie sul rifiuto o ritardo — Giurisdizione ordinaria** (C.p.c. artt. 743, 744, 745; D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, art. 52; D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, artt. 25, 37, 38; D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, art. 35).

*In materia di rilascio di copie di sentenze del giudice tributario, l'art. 38 D.Lgs. n. 546/1992 disciplina la richiesta di una delle parti del giudizio, ma si applica altresì l'art. 744 c.p.c., per cui i segretari delle Commissioni tributarie hanno l'obbligo di rilasciare copie ed estratti dei provvedimenti giudiziari che detengono a chiunque ne faccia istanza (1).*

*Le controversie aventi ad oggetto il diritto ad ottenere il rilascio di copie di atti detenuti dai segretari delle Commissioni tributarie appartengono alla giurisdizione del giudice ordinario (2).*

 **Omissis.** — *Fatto:* Il www.fiscosos.it ha richiesto alla segreteria della commissione tributaria provinciale di Torino il rilascio in carta semplice di copia delle sentenze detenute, ai sensi dell'art. 743 c.p.c.

L'ufficio interpellato ha rigettato le richieste sul rilievo che, nella specie, non troverebbe applicazione l'art. 743 c.p.c., bensì la norma speciale di cui al D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 38, che prevede il rilascio delle copie soltanto su richiesta delle parti.

Il www.fiscosos.it, avvalendosi della procedura di cui all'art. 745 c.p.c., comma 2, ricorreva al presidente della CTP di Torino, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti di diniego. Contestualmente proponeva ricorso al TAR per il Piemonte, ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 25, per ottenere il riconoscimento del diritto di accesso alle sentenze pronunciate dai giudici tributari, con l'obiettivo di realizzare attività di studio, informazione e formazione sul contenzioso tributario.

Il presidente della CTP ha dichiarato improponibili i ricorsi perché l'art. 745 c.p.c. attribuisce la competenza a decidere sul diniego ad "un organo dell'autorità giudiziaria ordinaria" e non al Presidente della CTP, che è organo di una giurisdizione speciale; il quale inoltre non può applicare la citata disposizione codicistica, in forza del rinvio al c.p.c., operato dal D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 1, trattandosi di attività estranea alla giurisdizione sul contenzioso tributario.

In attesa della decisione del TAR adito, la parte istante propone ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'art. 41 c.p.c., evidenziando che già in precedenza, in relazione ad una analoga vicenda processuale, il giudice amministrativo aveva escluso il diritto all'accesso "poiché la relativa istanza non concerne atti riconducibili alla categoria dei documenti amministrativi".

Nelle more del giudizio, è stata depositata in atti la sentenza n. 386/2008 del TAR Piemonte, pronunciata il 6 marzo 2008 e depositata l'11 marzo successivo, con la quale il giudice amministrativo ha confermato la precedente giurisprudenza,

rigettando il ricorso, sul rilievo che le sentenze non sono documenti accessibili ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 22, e che la visione e l'estrazione di copia delle stesse è regolata da norme specifiche.

Il Ministero dell'Economia e delle Finanze resiste con controricorso, eccependo la improponibilità ed inammissibilità del ricorso.

Il P.G. ha concluso per la inammissibilità del ricorso.

*Diritto:* — *Omissis.* — 2. Nel merito, va affermata la giurisdizione del giudice ordinario sulla base delle considerazioni che seguono.

Innanzitutto va chiarito che non sussiste un rapporto di specialità, se non in parte, tra il D.Lgs. n. 546 del 1992, art. 38, che disciplina esclusivamente la richiesta di copie delle sentenze del giudice tributario avanzata da una delle parti, e l'art. 743 c.p.c., invocato dall'ente richiedente, che disciplina, in linea generale, il rilascio di copie di atti da parte dei pubblici depositari (compresi i cancellieri e i segretari delle commissioni tributarie). In particolare, mentre la disposizione codicistica dispone che "Qualunque depositario pubblico, autorizzato a spedire copia degli atti che detiene, deve rilasciarne copia autentica, ancorché l'istante o i suoi autori non siano stati parte nell'atto, sotto pena dei danni e delle spese, salve le disposizioni speciali della legge sulle tasse di registro e bollo" (comma 1), l'art. 38, citato si limita a ribadire l'obbligo del rilascio delle copie delle sentenze del giudice tributario, soltanto su richiesta di una delle parti, con la conseguenza che allorquando la richiesta sia formulata da un soggetto che non sia stato parte in causa, come nella specie, l'obbligo di rilasciare le copie trova la sua fonte legislativa nell'art. 743 c.p.c. Anzi, nella specie il richiamo all'art. 743 c.p.c., non è del tutto puntuale, perché con specifico riferimento agli atti giudiziari, l'obbligo del rilascio di copie deriva dal successivo art. 744 c.p.c., in forza del quale "i cancellieri e i depositari di pubblici registri sono tenuti, eccettuati i casi determinati dalla legge, a spedire a chiunque ne faccia istanza le copie e gli estratti degli atti giudiziari da essi detenuti, sotto pena dei danni e delle spese". Pertanto, i segretari delle commissioni tributarie, ai quali è attribuito il compito del rilascio delle copie delle decisioni (D.Lgs. n. 545 del 1992, art. 35, comma 2), sono soggetti alla disciplina di cui all'art. 744 c.p.c. Ne deriva che, in mancanza di una disposizione specifica che preveda la possibilità di ricorrere ai presidenti delle commissioni tributarie (al pari di quanto accade per i giudici ordinari) in caso di rifiuto o ritardo nel rilascio di copie di atti detenuti dai segretari-pubblici depositari, deve trovare applicazione la norma di carattere generale in forza della quale "l'istante può ricorrere al presidente del tribunale nella cui circoscrizione il depositario esercita le sue funzioni" (art. 745 c.p.c., comma 2). Tale procedura, però, a carattere di volontaria giurisdizione, non pregiudica la tutela in sede contenziosa, nel rapporto con la pubblica amministrazione depositaria dei documenti richiesti (v. Cass. 9234/1996, 10109/1993).

Il giudice amministrativo ha rigettato il ricorso della parte privata sul rilievo che nella specie mancano i presupposti che attribuiscono il diritto all'accesso ai documenti della pubblica amministrazione, di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 22. La premessa è giusta, ma sulla base di tale premessa i giudici amministrativi avrebbero dovuto declinare la giurisdizione. Infatti la richiesta della www.fiscosos.it, diretta a conoscere la giurisprudenza del giudice tributario per ragioni di studio e pubblicazione, non può essere riferita al paradigma di cui alla L. n. 241 del 1990, art. 22, che è inteso a garantire invece la trasparenza e l'imparzialità dell'azione della attività amministrativa rispetto ai soggetti che siano interessati alla tutela di specifiche situazioni giuridiche. La richiesta di copia delle sentenze, nella specie, non è diretta a rendere trasparente l'attività della pubblica amministrazione, ma soltanto a conoscere il contenuto degli atti richiesti per ragioni di carattere informativo. A ciò si aggiunga che trattasi di atti detenuti da "pubblici depositari", a disposizione di chi abbia

interesse ad averne copia, come si evince dal preciso tenore dell'art. 743 c.p.c. e segg. Infatti, come già ha avuto modo di evidenziare la giurisprudenza di questa Corte (con un intervento risalente ma che non risulta che sia stato poi sottoposto a revisione), il ruolo dei pubblici depositari va tenuto distinto da quello dei pubblici funzionari. I primi devono tenere gli atti a disposizione del pubblico, per cui per ottenerne copia non occorre attivare una procedura di accesso, è sufficiente una semplice richiesta in base alla quale il richiedente ha diritto di ottenere copia dell'atto richiesto (v. art. 743 c.p.c., comma 1, secondo il quale il depositario "deve rilasciare copia autentica", e art. 744 c.p.c., in forza del quale i cancellieri "sono tenuti" a spedire copie degli atti giudiziari detenuti). Diverso è il caso in cui il richiedente intenda accedere ad atti che sono detenuti non esclusivamente per il pubblico, ma per l'esercizio di funzioni pubbliche, formati all'interno di procedure amministrative, in relazione ai quali l'accesso è condizionato ad un interesse qualificato. In definitiva, ogni cittadino ha il diritto di ottenere copia degli atti detenuti per lui da un soggetto (notai, cancellieri, conservatori di registri, ecc.), cui la legge attribuisce la qualifica di pubblico depositario, nel senso che detiene non (soltanto) per sé (per l'esercizio di una pubblica funzione) ma (anche) per il pubblico, salvo che sussistano impedimenti previsti dalla legge (art. 476 c.p.c., art. 698 c.p.c., comma 3, tutela della privacy, ecc.). Va dunque confermata la giurisprudenza di questa Corte (che per quanto molto risalente, come già accennato, non è stata oggetto di revisione) secondo la quale i pubblici depositari, sono "coloro ai quali la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico (notai, conservatori dei registri immobiliari, cancellieri ecc.)", con obbligo di rilasciarne copia ai richiedenti, nel cui interesse detengono gli atti stessi, la cui posizione è differente da quella dei "pubblici funzionari i quali abbiano a disposizione gli Atti dell'ente pubblico per motivo del loro ufficio" (Cass. 456/1961).

Da quanto detto deriva che la tutela giurisdizionale del diritto di ottenere il rilascio di copia degli atti detenuti dai pubblici depositari a disposizione del pubblico va esercitata presso il giudice ordinario, dinanzi al quale vanno rimesse le parti.

Sussistono giuste ragioni per compensare le spese del giudizio per regolamento preventivo di giurisdizione, per la novità della specifica questione prospettata.

P. Q. M.

La Corte dichiara la giurisdizione del giudice ordinario, dinanzi al quale vanno rimesse le parti. Compensa le spese del giudizio di legittimità. — *Omissis*.

## (1-2) Il regime di pubblicità delle sentenze delle Commissioni tributarie

**SOMMARIO:** 1. La decisione delle Sezioni unite. — 2. L'affermazione della pubblicità dei provvedimenti del giudice tributario. — 3. Il regime costituzionalmente necessario di pubblicità della sentenza. — 4. Le spese per il rilascio delle copie. — 5. Il codice della *privacy* e la diffusione dei provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica. — 6. Conclusioni.

### 1. La decisione delle Sezioni unite.

Con l'ordinanza in rassegna, la Corte di cassazione ha affermato l'obbligo degli Uffici di segreteria delle Commissioni tributarie di rilasciare copie dei provvedimenti giudiziari che detengono a chiunque le richieda.

Il supremo Collegio è pervenuto a tale conclusione ravvisando in capo ai segretari delle Commissioni la qualifica di pubblici depositari, cui «la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico»<sup>1</sup>, chiamati, in forza dell'art. 744 c.p.c., «a spedire a chiunque ne faccia istanza le copie e gli estratti degli atti giudiziari da essi detenuti, sotto pena dei danni e delle spese».

La questione è giunta dinanzi alle Sezioni unite mediante ricorso *ex art. 41 c.p.c.*, in merito al quale la Corte ha sancito la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario con riferimento alle controversie concernenti il rifiuto o il ritardo nel rilascio di copie dei provvedimenti giudiziari da parte delle segreterie delle Commissioni tributarie.

In particolare, il giudice di legittimità ha riconosciuto l'operatività *in subiecta materia* del rimedio offerto dall'art. 745, comma 2, c.p.c., attribuendo la facoltà ai soggetti cui il segretario della Commissione abbia opposto un diniego, o nei confronti dei quali tardi nel rilascio delle copie richieste, di proporre ricorso al presidente del Tribunale nel cui circondario la segreteria ha sede.

Invero, l'art. 745 c.p.c., al comma 1, prevede che, «nel caso di rifiuto o di ritardo da parte dei cancellieri o dei depositari di cui all'articolo 744 c.p.c., «l'istante può ricorrere al giudice di pace, al presidente del Tribunale o della Corte presso cui il cancelliere o depositario esercita le sue funzioni». Per contro, al successivo comma 2, la medesima disposizione stabilisce che «nel caso di rifiuto o di ritardo da parte dei pubblici depositari di cui all'art. 743, l'istante può ricorrere al presidente del Tribunale nella cui circoscrizione il depositario esercita le sue funzioni».

A ben vedere, alla luce della norma citata sembrerebbe doversi negare l'operatività dell'art. 745, comma 2, c.p.c. in relazione ai segretari delle Commissioni tributarie, in quanto tale previsione trova applicazione esclusivamente «nel caso di rifiuto o di ritardo da parte dei pubblici depositari di cui all'art. 743» c.p.c., mentre, con riferimento ai cancellieri e ai depositari contemplati all'art. 744 c.p.c., dovrebbe applicarsi lo strumento processuale approntato dall'art. 745, comma 1, c.p.c.

Pare lecito, tuttavia, dubitare del fatto che quest'ultima disposizione possa operare nell'ipotesi in esame, dal momento che attribuisce il sindacato sulle contro-

<sup>1</sup> La Corte richiama il risalente precedente giurisprudenziale Cass., Sez. un., 3 marzo 1961, n. 456, in *Foro It.*, 1961, I, 949 e segg., con nota di MONTESANO, *Obblighi di fare e azioni civili contro la pubblica Amministrazione*, ove il supremo Collegio aveva sancito l'operatività dell'art. 743 c.p.c. con esclusivo riferimento ai «pubblici depositari», cioè coloro ai quali la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico (notai, conservatori dei registri immobiliari, cancellieri, etc.), escludendone, per contro, l'applicabilità in

relazione ai «pubblici funzionari, i quali hanno a disposizione gli atti dell'Ente per motivo del loro ufficio». A tal riguardo, MONTESANO, *op. cit.*, 949 e segg. evidenzia che gli artt. 743 e segg. c.p.c. «presuppongono non un obbligo dell'ente pubblico (e per esso del suo organo), ma uno di quelli che Chiovenda [...] definiva prestazioni dovute personalmente da pubblici ufficiali». Cfr. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 854 e segg.; *Id.*, *Saggi di diritto processuale civile*, II, Roma, 1931, 273.

versie riguardanti il rifiuto o il ritardo nel rilascio di copie di atti giudiziari detenuti dai cancellieri o dai depositari di pubblici registri «al giudice di pace o al presidente del Tribunale o della Corte», presso il quale il pubblico depositario svolge la propria attività, non contemplando i presidenti delle Commissioni tributarie.

Di tutta prima, nondimeno, si potrebbe ritenere che l'enumerazione riportata non sia tassativa, ovvero che il termine "Corte" sia inteso nell'accezione generica di ufficio giudiziario, comunque ricomprendendo anche le Commissioni.

Indurrebbe ad una conclusione siffatta l'esegesi letterale dell'art. 745, comma 1, c.p.c., atteso che i pubblici depositari operanti presso l'autorità giudiziaria ordinaria sono qualificati come "cancellieri"<sup>2</sup>, quindi il legislatore, nel richiamare distintamente «i cancellieri e i depositari di pubblici registri», ha inteso senza dubbio estendere il raggio d'azione della disposizione in analisi oltre l'ambito dei pubblici depositari che esercitano le proprie funzioni presso il giudice ordinario<sup>3</sup>.

Per contro, sebbene l'interpretazione prospettata conduca a ritenere esperibile il rimedio previsto all'art. 745, comma 1, c.p.c. anche con riferimento al rifiuto ed al ritardo, opposto dai segretari delle Commissioni tributarie, mediante la proposizione di ricorso al presidente della Commissione, occorre tenere presente il consolidato orientamento fatto proprio dalla Corte costituzionale in relazione ai limiti della giurisdizione del giudice tributario, tracciati dall'art. 102, comma 2, e dalla VI disposizione transitoria e finale della Costituzione.

La Consulta, a tal proposito, ha chiarito l'illegittimità costituzionale di qualsivoglia norma che determini la devoluzione alle Commissioni tributarie delle liti *ratione materiae* non connesse con una pretesa di natura fiscale<sup>4</sup>, dal momento che «l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali»<sup>5</sup>.

Pertanto, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 745, comma 1, c.p.c. non può che escludere l'ammissibilità dell'attribuzione al presidente della Commissione della cognizione in ordine ai giudizi relativi al diritto ad ottenere copia dei provvedimenti adottati dall'ufficio giudiziario cui è preposto.

In definitiva, nell'evenienza in cui i segretari delle Commissioni oppongano un diniego o tardino nel rilascio delle copie dei provvedimenti detenuti, per l'istante non parrebbe esperibile, né il rimedio predisposto dall'art. 745, comma 1, c.p.c., ostandovi una lettura costituzionalmente orientata di tale disposizione, né lo strumento previsto dall'art. 745, comma 2, c.p.c., il quale si riferisce esclusivamente ai pubblici depositari di cui all'art. 743 c.p.c.

Ad ogni buon conto, la decisione della suprema Corte sembra aver inteso colmare siffatta lacuna ordinamentale, stabilendo espressamente l'applicabilità, in tale ipotesi, dell'art. 745, comma 2, c.p.c.

Si deve, peraltro, rilevare come tale strumento processuale non garantisca l'effettiva tutela del diritto al rilascio di copia, non comportando «esplicazione di attività giurisdizionale in sede contenziosa, in quanto non ha ad oggetto la risoluzione di un conflitto di interessi»<sup>6</sup>. D'altro canto, l'attività istruttoria posta in essere, durante tale procedimento camerale, si limita alla mera audizione del cancelliere, o del pubblico depositario, non implicando l'integrazione del contraddittorio con il ricorrente.

Inoltre, il decreto conclusivo di tale rito non decide in ordine alla sussistenza del diritto ad ottenere copia ed è inidoneo al giudicato, rappresentando una mera deliberazione, oltre a non poter essere fatto oggetto di impugnazione, neppure mediante la proposizione di ricorso straordinario per cassazione<sup>7</sup>.

Per converso, l'instaurazione di un contenzioso ordinario contro l'amministrazione dell'economia e delle finanze, volto ad ottenere la condanna di quest'ultima al rilascio delle copie, pur dilatando i tempi necessari alla definizione della controversia, apparirebbe un ri-

<sup>2</sup> Si confrontino gli artt. 57 e 58 c.p.c., nonché gli artt. 28 e segg. delle disposizioni di attuazione del c.p.c.

<sup>3</sup> Peraltro, la devoluzione al presidente di ciascun ufficio giudiziario delle controversie concernenti il diritto ad estrarre copia degli atti detenuti dai relativi pubblici depositari parrebbe rispondere ad un razionale criterio di riparto di giurisdizione, informato al canone della *vicinitas* rispetto all'organo giudicante.

<sup>4</sup> V., a tal riguardo, le sentenze Corte cost., 11 febbraio 2010, n. 39; Id., 24 luglio 2009, n. 238; Id., 8 maggio 2009, n. 141; Id., 18 ottobre 2008, n. 335; Id., 14 maggio 2008, n. 130; Id., 14 marzo 2008, n. 64; nonché le ordinanze Id., 20 novembre 2009, n. 300; Id., 17 luglio 2009, n. 218; Id., 23 novembre 2007, n. 395; Id., 19 dicembre 2006, n. 427; Id., 10 marzo 2006, n. 94; Id., 1° febbraio 2006, n. 35; Id., 1° febbraio 2006, n. 34. V., in merito, TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2010, 349 e segg.; Id., *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, 31 e segg.; COMOGLIO, *Il giudice tributario come giudice speciale: corsi e ricorsi di un antico problema*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 478 e segg.; BIZIOLI, *La Corte costituzionale riafferma il limite della natura tributaria all'ampliamento delle competenze giurisdizionali del giudice speciale tributario*, in *Giur. Cost.*, 2008, 878 e segg.; DE MITA, *La giurisdizione tributaria tra Corte costi-*

*tuzionale e Corte di cassazione*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2008, 557 e segg.

<sup>5</sup> Così, Corte cost. 14 marzo 2008, n. 64.

<sup>6</sup> Così, Cass., Sez. II, 5 maggio 1998, n. 4523.

<sup>7</sup> In tal senso, v. Cass., Sez. III, 12 marzo 2008, n. 6628; Id., Sez. II, 5 maggio 1998, n. 4523; Id., Sez. I, 23 ottobre 1996, n. 9234; Id., Sez. II, 13 gennaio 1995, n. 370; Id., Sez. I, 4 novembre 1993, n. 10917; Id., Sez. un., 13 ottobre 1993, n. 10109; Id., Sez. II, 29 ottobre 1992, n. 11751. *Contra* Id., Sez. un., 20 marzo 1986, n. 1973, aveva ritenuto che il provvedimento reso all'esito del procedimento di cui all'art. 745 c.p.c. presentasse natura sostanzialmente decisoria. Sul punto, si leggano MONTESANO, *"Dovuto processo" su diritti incisi da giudizi camerali e sommari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1989, 915 e segg.; nonché LANFRANCHI, *La cameralizzazione del giudizio sui diritti*, in *Giur. It.*, 1989, I, 33 e segg. Cfr. ancora CARPI-TARUFFO, *Commentario breve al codice di procedura civile*, Padova, 2008, 3189 e segg.; AA.VV., *Codice di procedura civile commentato* a cura di Consolo, III, Milano, 2007, 5450 e segg.; MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, IV, Torino, 2007, 341; G. E. P. STELLA RICHTER, *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina*, IV, 2, Milano, 2006, 938 e segg.

medio assai più efficace, in quanto la sentenza, resa all'esito di tale giudizio, costituirebbe titolo per l'esperimento di una successiva azione esecutiva, potrebbe essere oggetto di impugnazione in caso di soccombenza e consentirebbe la formazione della *res iudicata*.

## 2. L'affermazione della pubblicità dei provvedimenti del giudice tributario.

L'aspetto di maggior interesse in relazione all'ordinanza in rassegna consiste certamente nel fatto che la suprema Corte, nel dirimere una questione di giurisdizione, abbia introdotto un importante elemento di novità all'interno della lite fiscale, facendo chiarezza in ordine al regime di pubblicità delle sentenze del giudice tributario.

Infatti, riconducendo i segretari delle Commissioni alla figura dei depositari di pubblici registri, contemplata all'art. 744 c.p.c., sorge l'obbligo in capo a questi ultimi del rilascio di copia dei provvedimenti giudiziari da essi detenuti a chiunque ne faccia richiesta.

Alla luce dell'ordinanza in analisi, si è recentemente espressa anche l'amministrazione finanziaria, con la circ. 5 ottobre 2010, n. 9, del Ministero dell'economia e delle finanze, Direzione giustizia tributaria, rubricata "Contenzioso. Rilascio di copia informale delle sentenze a terzi"<sup>8</sup>, la quale ha chiarito come «il diritto soggettivo al rilascio di copia di sentenze emesse dalle Commissioni tributarie debba essere riconosciuto anche a quei soggetti che non sono stati "parte" in causa»<sup>9</sup>.

D'altro canto, la pubblicità delle sentenze del giudice tributario è affermata *expressis verbis* dal disposto dell'art. 37 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, il quale stabilisce che la sentenza sia «resa pubblica, nel testo integrale originale, mediante deposito nella segreteria della Commissione tributaria entro trenta giorni dalla

data della deliberazione». Allo stesso modo, l'art. 35 D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 545, annovera tra le attribuzioni del personale delle segreterie anche quella del rilascio di copia delle decisioni, certificandone la conformità rispetto all'originale.

Nondimeno, l'opinione prevalente sosteneva l'impossibilità per i soggetti estranei al processo di estrarre copia dei provvedimenti adottati dal giudice tributario<sup>10</sup>. A tal riguardo, veniva comunemente addotto il disposto dell'art. 38, comma 1, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, il quale sancisce che «ciascuna parte può richiedere alla segreteria copie autentiche della sentenza e la segreteria è tenuta a rilasciarle entro cinque giorni<sup>11</sup> dalla richiesta, previa corresponsione delle spese». Sulla scorta di una lettura di tale disposizione quale deroga al generale regime di pubblicità dei provvedimenti giudiziari, si era ritenuto che il legislatore avesse inteso limitare il diritto a ottenere copia delle sentenze delle Commissioni tributarie esclusivamente alle parti del giudizio, ancorché contumaci<sup>12</sup>.

La Corte di cassazione, per contro, con la pronuncia in analisi, ha destituito di fondamento tale convincimento, decretando la piena legittimità della richiesta del rilascio di copie da parte di chiunque effettuata, anche per finalità di studio ed informazione giuridica.

Il supremo Collegio, a tal proposito, ha riconosciuto che l'art. 38, comma 1, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, in quanto *lex specialis*, consente alle parti in causa di ottenere copia autentica della sentenza, senza tuttavia limitare il diritto di chiunque vi abbia interesse a domandare alle segreterie il rilascio di copia dei provvedimenti delle Commissioni tributarie in forza della generale disciplina contenuta nell'art. 744 c.p.c.<sup>13</sup>

Nel dichiarare il carattere pubblico dei provvedimenti del giudice tributario, la suprema Corte ha preso, altresì, posizione in ordine alla possibilità di eser-

<sup>8</sup> La circolare è edita in *Dir. e Giust.* del 19 ottobre 2010, con commento di TERLIZZI, *Anche chi non è stato "parte" in causa ha diritto al rilascio di copie di sentenze emesse dalle Commissioni tributarie*.

<sup>9</sup> Per dirimere problemi logistici, la recente circolare indica alle segreterie «di verificare preventivamente che le richieste si riferiscano a sentenze specifiche, determinate con riguardo al loro numero, alla sezione presso la quale esse risultano depositate e/o all'anno della pronuncia. Non dovranno ritenersi ammissibili richieste generiche, relative a sentenze non identificate o individuate soltanto con riguardo a determinati settori o problematiche dell'ordinamento tributario».

<sup>10</sup> Sul punto, si confrontino TESAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 152; CAMPUS, *Art. 38*, in CONSOLO-GLENDI, *Commentario breve alle leggi del processo tributario*, Padova, 2008, 434 e segg.; MARINO, *La pubblicazione e la comunicazione della sentenza. Richiesta di copie e notificazione*, in LOIERO-MARINO-BATTELLA, *Il processo tributario*, Torino, 2008, 310; BLANDINI, *Il processo tributario*, Milano, 2005, 246 e segg.; PEZZUTI, *Art. 38*, in AA.VV., *Il nuovo processo tributario. Commentario*, Milano, 2004, 403 e segg.; BARTOLINI-REPREGOSI, *Il codice del nuovo contenzioso tributario*, Piacenza, 2001, 221 e segg.; URICCHIO, *L'amministrazione nella giustizia tributaria. L'organizzazione delle Commissioni tributarie*, Padova, 2000, 260 e segg.; PROTETTI, *La riforma del contenzioso tributario*, Milano, 1999, 196 e segg.; GRANDE, voce "Decisioni tributarie", in *Enc. Giur. Treccani*, 1998, 6; A. E. M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, 1996, 586 e segg.

<sup>11</sup> Il termine di cinque giorni è ordinatorio e non determina conseguenze di carattere processuale. Si confrontino V. PEZZUTI, *Art. 38*, in AA.VV., *op. cit.*, 404; PROTETTI, *op. cit.*, 197; GRANDE, *op. cit.*, 6; A. E. M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 587; BARTOLINI-REPREGOSI, *op. cit.*, 223. Ad avviso di URICCHIO, *op. cit.*, 262, il mancato rispetto del termine può configurare un'ipotesi di responsabilità del segretario ai sensi dell'art. 60 c.p.c., laddove non ricorrano giusti motivi.

<sup>12</sup> Sono di tale avviso PEZZUTI, *op. cit.*, 404; BARTOLINI-REPREGOSI, *op. cit.*, 223; URICCHIO, *op. cit.*, 262; PROTETTI, *op. cit.*, 196; GRANDE, *op. cit.*, 6; nonché A. E. M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 586.

<sup>13</sup> Si deve dare atto del fatto che già prospettasse l'operatività in *subiecta materia* dell'art. 744 c.p.c. BLANDINI, *op. cit.*, 212 e seg., ove si legge che il diritto delle parti «ad ottenere le copie autentiche non esclude il diritto di qualunque altro interessato ad ottenere copia di tali atti, in adempimento di quanto previsto dall'art. 744 c.p.c.». L'autore ritiene che il rifiuto o il ritardo del segretario di rilasciare la copia richiestagli abiliti l'istante a ricorrere al presidente della Commissione che, sentito il segretario destinatario della richiesta, provvede con decreto, ai sensi dell'art. 745 c.p.c. Un'analoga soluzione è prospettata da BARTOLINI-REPREGOSI, *op. cit.*, 190. Anche BIANCHI, *Art. 25*, in CONSOLO-GLENDI, *op. cit.*, 305, afferma che il potere di ottenere copia autentica degli atti e documenti contenuti nei fascicoli di parte e d'ufficio riconosciuto alle parti «risulta espressione di un più generale potere previsto nell'art. 744 c.p.c.».



citare il diritto di accesso con riferimento alle sentenze delle Commissioni tributarie, ai sensi degli artt. 22 e segg. L. 7 agosto 1990, n. 241.

A tal proposito, in relazione alla medesima vicenda processuale, in precedenza, si erano a più riprese espressi il Consiglio di Stato ed il T.A.R. per il Piemonte<sup>14</sup>, il quale aveva sancito che, «nonostante l'ampia latitudine della nozione di documento amministrativo delineata dalla legge, tale nozione non può ovviamente essere estesa fino a comprendere le sentenze pronunciate dagli organi giurisdizionali che, in quanto atti giudiziari, sono sottratti alla sfera di applicazione della normativa in materia di accesso documentale»<sup>15</sup>.

Inoltre, si consideri che, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso agli atti, è necessario che ricorra in capo al soggetto istante un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, dovendosi escludere che tale diritto possa trasformarsi in uno strumento esplorativo circa l'azione amministrativa<sup>16</sup>.

La Corte di cassazione, pur mostrando di aderire all'iter argomentativo seguito dai giudici amministrativi, tuttavia ne ha censurato il *decisum*, sostenendo che avrebbero dovuto declinare la propria giurisdizione, dal momento che la domanda di accesso alle sentenze del giudice tributario avrebbe dovuto essere ricondotta al paradigma dell'art. 745, comma 2, c.p.c. e, pertanto, andasse proposta dinanzi al giudice ordinario.

### 3. *Il regime costituzionalmente necessario di pubblicità della sentenza.*

Il tema della pubblicità delle sentenze delle Commissioni tributarie rinvia alla sottesa problematica concer-

nente la lenta affermazione della natura giurisdizionale della lite fiscale, passata attraverso alcune riforme legislative e accesi contrasti giurisprudenziali tra Consulta e Corte di cassazione<sup>17</sup>.

Il rito tributario nacque quale procedimento giurisdizionale interno all'amministrazione finanziaria, connotato da un significativo livello di segretezza. Nondimeno, il percorso che ha condotto al riconoscimento della natura giurisdizionale del processo tributario ha portato con sé anche l'effetto della sua pubblicizzazione, tanto con riferimento all'udienza di discussione, quanto in relazione ai provvedimenti giudiziari.

Con l'arresto in commento, la suprema Corte ha abbattuto uno degli ultimi baluardi di matrice amministrativa insiti nel processo tributario, contribuendo ad allinearli con il principio della pubblicità dei provvedimenti giurisdizionali, che l'ordinamento processuale ripete sia dalle fonti sovranazionali, sia dalla Costituzione.

Invero, ai sensi dell'art. 6, par. 1, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>18</sup>, «*judgment shall be pronounced publicly*». In proposito, la Corte di Strasburgo ha avuto modo di specificare che la garanzia della pubblicità della decisione costituisce un elemento fondante della tutela dell'equità del processo<sup>19</sup>, sottoponendo il potere giudiziario alla valutazione della collettività, e può attuarsi non solo con la lettura pubblica della decisione, ma anche con la sua messa a disposizione del pubblico mediante l'inserzione in un registro tramite il quale chiunque possa prenderne visione o estrarne copia<sup>20</sup>.

Sebbene le garanzie approntate dall'art. 6, par. 1, della Convenzione non operino con riferimento al pro-

<sup>14</sup> Specificatamente, con la sentenza T.A.R. per il Piemonte, Sez. I, 24 novembre 2007, n. 3500, è stato respinto il ricorso avverso il rigetto espresso dell'istanza di accesso alle sentenze emesse negli anni 2002, 2003, 2004, 2005 e nel secondo semestre del 2007, presentata alla segreteria della Commissione tributaria provinciale di Torino, nonché avverso il silenzio-rifiuto formatosi in relazione ad una successiva richiesta del medesimo tenore. Tale decisione è stata confermata, nuovamente con riferimento ad identiche istanze volte ad ottenere il rilascio di copie di provvedimenti della Commissione tributaria torinese, nelle successive pronunce per il T.A.R. Piemonte, Sez. I, 11 marzo 2008, n. 386; Id. Piemonte, Sez. I, 4 luglio 2008, n. 1485; nonché Cons. di Stato, Sez. IV, 18 marzo 2008, n. 1363, con nota di MEZZACAPO, *Gli atti giudiziari restano fuori dai documenti amministrativi*, in *Guida Dir.*, 2008, 16, 113.

<sup>15</sup> Con riferimento alla nozione di documento amministrativo, oggetto del diritto di accesso, il giudice amministrativo ha richiamato le definizioni contenute tanto nell'art. 22, comma 1, lett. d), L. 7 agosto 1990, n. 241, quanto nell'art. 1 D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. Cfr. CARINGELLA-GAROFOLI-SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2003, 111 e segg.; BELLOMIA, *Il diritto di accesso ai documenti amministrativi e i suoi limiti*, Milano, 2000, 43 e segg.; nonché GALLO-FOÀ, voce "Accesso agli atti amministrativi", in *Digesto Pubbl.*, aggiornamento, Torino, 2000, 15, ove si legge che «per consentire l'accesso, si deve trattare di atti comunque utilizzati ai fini dell'attività amministrativa, sicché sono esclusi gli atti riguardanti attività e organi giurisdizionali».

<sup>16</sup> V. Cons. di Stato, Sez. V, 17 maggio 2007, n. 2513; Id., Sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2314; Id., Sez. IV, 29 aprile 2002, n. 2283; nonché Id., Sez. VI, 1° marzo 2000, n. 1122.

<sup>17</sup> V., a tal proposito, Corte cost., 23 aprile 1998, n. 144; Id.,

21 luglio 1995, n. 351; Id., 10 febbraio 1969, n. 10; Id., 6 febbraio 1969, n. 6; Id., 7 dicembre 1964, n. 103; Id., 13 luglio 1963, n. 132; Id., 30 dicembre 1958, n. 81; Id., 11 marzo 1957, n. 42; Id., 11 marzo 1957, n. 41; Id., 26 gennaio 1957, n. 12, nonché Cass., Sez. un., 21 giugno 1969, n. 2201, e Id., Sez. un., 20 giugno 1969, n. 2175, entrambe in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 1637 e segg., con nota di MAGNANI, *Certezza sulla natura e dubbi sulla sopravvivenza delle commissioni tributarie*. In proposito, cfr. TE-SAURO, *Manuale del processo tributario*, cit., 3 e segg.; Id., *Il processo dinanzi alle Commissioni tributarie*, in *Finanza loc.*, 1999, 1435 e segg.; AMATUCCI, *La riforma del processo tributario*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 2008, I, 1015 e seg.; GALLO, *Sullo stato attuale della riforma del contenzioso tributario*, in *Rass. Trib.*, 2000, 13 e segg. Si leggano anche gli *excursus* storici contenuti in FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008, 540 e segg.; nonché nell'editoriale *Commissioni tributarie: natura, impugnazioni nella procedura tributaria e contenuto delle decisioni*, in *Nuova Rass. Leg. Dott. e Giur.*, 1992, 37 e segg.

<sup>18</sup> D'ora innanzi, *breviter* "Convenzione".

<sup>19</sup> A tal riguardo, v. Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2001, *Malhous c. Repubblica Ceca*, par. 55, ove si legge che «*by rendering the administration of justice transparent, publicity contributes to the achievement of the aim of Article 6 § 1, namely a fair trial, the guarantee of which is one of the fundamental principles of any democratic society, within the meaning of the Convention*».

<sup>20</sup> Cfr., *ex plurimis*, Corte eur. dir. uomo, 17 gennaio 2008, *Ryakib Biryukov c. Russia*, parr. 30-37; Id., 24 aprile 2001, *B. e P. c. Regno Unito*, 45; Id., 24 novembre 1997, *Szücs c. Austria*, parr. 41-48; Id., 24 novembre 1997, *Werner c. Austria*, parr. 52-60; Id., 26 settembre 1995, *Diennet c. Francia*, 34; Id., 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, parr. 89-92; Id.,

cesso tributario<sup>21</sup>, pur essendo tale esclusione andata incontro a numerosi temperamenti<sup>22</sup>, tuttavia esso costituisce parametro di riferimento che illumina l'interpretazione dell'art. 111 Cost., oltre a costituire un vincolo per il legislatore ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost.

Alla stessa stregua, l'art. 14, par. 1, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966, sancisce che «*any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children*».

Alla luce delle fonti internazionali richiamate, nonché delle elaborazioni giurisprudenziali della Corte di Strasburgo, non si può dubitare del fatto che il principio del giusto processo, consacrato all'art. 111 Cost., che rispetto all'art. 6 della Convenzione presenta un ambito operativo più vasto comprensivo altresì della lite fiscale, richieda che ogni procedimento giurisdizionale culmini in una pronuncia pubblica.

Occorre, a tal proposito, ricordare che la Corte costituzionale, in relazione alla previgente disciplina del processo tributario, aveva già avuto occasione di occuparsi della pubblicità della lite fiscale con particolare riferimento all'udienza di discussione, giungendo a dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma che negava la pubblicità delle udienze dinanzi alle Commissioni tributarie<sup>23</sup>.

Inoltre, a seguito dell'entrata in vigore della riforma operata con il D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, è stato sottoposto allo scrutinio della Consulta l'attuale regime di pubblicità delle udienze e la Corte ha sancito che il nuovo rito non è costituzionalmente illegittimo, anche in ragione del fatto che «la pubblicità degli atti di causa e della decisione tributaria e la necessità di una congrua motivazione della stessa valgono ad escludere la violazione, in mancanza della pubblica udienza, del canone della trasparenza della imposizione e del principio costituzionale della corrispondenza del prelievo alla capacità contributiva»<sup>24</sup>, desumibili dall'art. 53, comma 1, Cost.

Sulla scorta delle considerazioni esposte, si deve ritenere che la mancata previsione di un adeguato regime di pubblicità dei provvedimenti del giudice tribu-

tario, almeno nella forma della messa a disposizione del pubblico presso le segreterie, si porrebbe in contrasto con la Costituzione, oltre che con le fonti sovranazionali richiamate.

Pertanto, in difetto di un'espressa previsione relativa al processo tributario, l'operazione ermeneutica compiuta dalla suprema Corte, consistente nel riconoscimento dell'obbligo in capo ai segretari delle Commissioni tributarie di rilasciare copia dei provvedimenti giurisdizionali detenuti a chiunque ne faccia richiesta in virtù dell'art. 744 c.p.c., non deve ritenersi altro che un'attività necessitata di interpretazione adeguatrice a Costituzione.

#### 4. Le spese per il rilascio delle copie.

Compiuta la disamina del regime di pubblicità delle sentenze del giudice tributario, appare opportuno rivolgere l'attenzione alle spese connesse al rilascio di copie ed estratti dei provvedimenti giudiziari da parte degli Uffici di segreteria delle Commissioni.

Occorre, a tal proposito, guardare alla disciplina delle spese di giustizia relative al processo tributario, contenuta negli artt. 260 e seguenti del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115<sup>25</sup>.

4.1. A mente dell'art. 260 del T.U. spese di giustizia, «restano invariate le disposizioni sull'imposta di bollo relative al processo tributario».

Con riferimento all'assoggettabilità ad imposta di bollo delle copie dei provvedimenti giudiziari, sin dall'emanazione della riforma operata con il D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, si è levato un acceso dibattito. Da un lato, l'amministrazione finanziaria ritiene che il rilascio di copie delle sentenze «in presenza di un'autentica» vada soggetto ad imposta di bollo in misura fissa<sup>26</sup>; dall'altro, parte della dottrina sostiene l'operatività, anche in relazione ai provvedimenti delle riformate Commissioni tributarie, dell'art. 5, comma 2, della Tabella allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642<sup>27</sup>, il quale sancisce che «verbali, decisioni e relative copie delle Commissioni tributarie nonché copie dei ricorsi, delle memorie, delle istanze e degli altri atti del procedimento depositati presso di esse» sono esenti dall'imposta<sup>28</sup>.

D'altro canto, sebbene con l'entrata in vigore del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, il *nomen iuris* del

22 febbraio 1984, Sutter c. Svizzera, 31-34; Id., 8 dicembre 1983, Axen c. Germania, par. 31-32; Id., 8 dicembre 1983, Pretto e altri c. Italia, par. 26-27.

<sup>21</sup> Si legga Corte eur. dir. uomo, Ferrazzini c. Italia, 12 luglio 2001, par. 29.

<sup>22</sup> Con riferimento al processo di lenta estensione delle garanzie convenzionali al processo fiscale, v. Corte eur. dir. uomo, André ed altri c. Francia, 24 luglio 2008, 3; Id., Ravon ed altri c. Francia, 21 febbraio 2008, 24-26; nonché Id., Jussila c. Finlandia, 23 novembre 2006, 36.

<sup>23</sup> V. Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 39, comma 1, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'art. 128 c.p.c. che sancisce la pubblicità delle udienze, ai giudizi che si svolgevano dinanzi alle Commissioni tributarie di primo e di secondo grado. Si confronti anche la sentenza monitoria Corte Cost., 24 luglio 1986, n. 212, nella quale la Consulta aveva invitato il legislatore ad intervenire

prontamente per adeguare il processo tributario al principio di pubblicità delle udienze. A proposito della pubblicità delle udienze nel contenzioso tributario, cfr. CONSOLO, *Dal contenzioso al processo tributario*, Milano, 1992, 125 e segg.; nonché ID., *La pubblicità nel contenzioso tributario (fra la sent. 16 febbraio 1989, n. 50 della Corte costituzionale e la L. 22 maggio 1989, n. 198)*, in *Rass. Trib.*, 1989, I, 515 e segg.

<sup>24</sup> Così, Corte cost. 23 aprile 1998, n. 141.

<sup>25</sup> D'ora innanzi, *breviter* «T.U. spese di giustizia».

<sup>26</sup> In tal senso, v. la Risoluzione 20 luglio 1998 n. 79 del Ministero delle finanze, Dipartimento delle entrate, Direzione centrale affari giuridici, in *Il fisco*, 1998, 11197. La misura dell'imposta, ai sensi dell'art. 1, comma 1, della Tariffa allegata al D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642, è pari ad euro 14,62.

<sup>27</sup> D'ora innanzi, *breviter* «T.U. imposta di bollo».

<sup>28</sup> L'inciso «e relative copie», che estende l'esenzione alle copie dei verbali e delle decisioni, è stato inserito ad opera dell'art. 28 del D.P.R. 30 dicembre 1982, n. 955.

provvedimento terminale del processo tributario sia mutato da «decisione» a «sentenza», ne è rimasta invariata la natura sostanziale, tanto che parrebbe rispondere alla *ratio* dell'art. 5, comma 2, della Tabella allegata al T.U. imposta di bollo che l'esenzione ivi contemplata trovi applicazione anche con riferimento alle sentenze delle riformate Commissioni tributarie provinciali e regionali<sup>29</sup>.

Ad ogni buon conto, la lettera dell'art. 1, comma 1, della Tariffa allegata al T.U. imposta di bollo non lascia dubbi circa la non assoggettabilità ad imposta del rilascio di copia non autenticata della sentenza a soggetti estranei al processo.

4.2. Quanto ai costi di riproduzione delle copie e degli estratti dei provvedimenti, l'art. 262 del T.U. spese di giustizia, prevede che «sino all'emanazione del regolamento previsto dall'art. 40, nel processo tributario di primo e di secondo grado i richiedenti corrispondono il diritto di copia nella misura stabilita con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze in base al costo del servizio».

In relazione alla platea dei soggetti tenuti al pagamento dei diritti di copia, l'art. 263 del T.U. spese di giustizia, come prima l'abrogato art. 25, comma 2, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, dispone un'esenzione in favore dell'ente impositore, stabilendo che «nel processo tributario di primo e di secondo grado il diritto di copia non è dovuto se la copia è richiesta dall'ufficio tributario»<sup>30</sup>.

Le modalità di pagamento sono, a loro volta, disciplinate dall'art. 264 del T.U. spese di giustizia, il quale, anch'esso ricalcando il disposto dell'abrogato art. 25, comma 2, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sancisce che «sino all'emanazione del regolamento previsto dall'articolo 196, il pagamento è effettuato mediante l'applicazione di marche da bollo sull'originale. Il funzionario addetto all'ufficio annulla le marche, mediante timbro a secco dell'ufficio, e attesta l'avvenuto versamento sulla copia».

Non essendo ancora intervenuta l'adozione dei regolamenti di cui si fa menzione nelle disposizioni citate, i richiedenti debbono, a tutt'oggi, corrispondere il diritto di copia, mediante l'applicazione ed il succes-

sivo annullamento di marche da bollo, nella misura stabilita dal D.M. 1° ottobre 1996 del Ministero delle finanze, il quale all'art. 1, comma 1, fissa «per i richiedenti diversi dall'ufficio tributario» gli importi forfetari per ciascuna copia richiesta «di atti e documenti contenuti nei fascicoli di parte e di ufficio», nonché di copia autentica della sentenza, ovvero di copia della sentenza con formula esecutiva<sup>31</sup>.

Emerge con chiarezza dal quadro delineato che non esiste alcuna previsione la quale disciplini il diritto di copia in relazione alle riproduzioni di sentenze non autenticate, né con formula esecutiva, rilasciate a soggetti diversi dalle parti in causa.

Ne discende che, qualora si riconoscesse ai diritti di copia natura di tassa, in relazione ai terzi estranei al processo non si potrebbe applicare analogicamente la fattispecie regolata dall'art. 1, comma 1, D.M. 1° ottobre 1996 del Ministero delle finanze, con la conseguenza che il rilascio di copie non autenticate rimarrebbe escluso dall'ambito di siffatto tributo.

Affermando, per contro, come appare maggiormente plausibile, la natura di tali diritti quali corrispettivi del servizio di riproduzione reso dalle segreterie, nulla osta all'applicazione in via analogica delle disposizioni contenute nell'art. 1, comma 1, D.M. 1° ottobre 1996 del Ministero delle finanze anche in relazione alle copie non autenticate, atteso che il costo di riproduzione della copia non differisce in un caso rispetto all'altro.

La circ. 5 ottobre 2010, n. 9, del Ministero dell'economia e delle finanze ha preso posizione sul punto, stabilendo che «sulle singole copie — non autenticate — rilasciate, dovranno essere riscossi i diritti previsti dall'art. 262 del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, in materia di spese di giustizia».

##### 5. *Il codice della privacy e la diffusione dei provvedimenti giurisdizionali per finalità di informazione giuridica.*

La pubblicazione di pronunce giurisdizionali per finalità di informazione giuridica necessita del contemporaneo delle opposte esigenze, per un verso, della tutela della riservatezza e della dignità dei soggetti coinvolti, che si sostanzia nel diritto all'oblio<sup>32</sup> delle

<sup>29</sup> Esprimono questo avviso URICCHIO, *op. cit.*, 263; AIELLO, *Le copie delle sentenze delle Commissioni tributarie e la loro assoggettabilità all'imposta di bollo. La risposta incompleta del Ministero*, in *Boll. Trib.*, 1998, 1547 e segg.; *Id.*, *Le copie autentiche delle sentenze rilasciate dalla segreteria della Commissione tributaria e la loro esenzione dall'imposta di bollo, ibid.*, 1157 e segg.; nonché la circolare del presidente della Commissione tributaria provinciale di Brescia del 16 settembre 1998, edita in *www.magistraturatributaraita.it*.

<sup>30</sup> Il vago riferimento alla nozione di «ufficio tributario» ha suscitato non pochi dubbi interpretativi. Tuttavia, si ritiene comunemente che dell'esenzione benefici ogni soggetto che partecipa all'esercizio del potere impositivo, quindi anche l'ente locale e l'agente della riscossione. In tal senso, v. URICCHIO, *op. cit.*, 262 e la circ. 18 dicembre 1996, n. 291, del Ministero delle finanze, Dipartimento delle entrate, Direzione centrale affari giuridici. La disposizione è stata fatta oggetto delle censure di A. E M. FINOCCHIARO, *op. cit.*, 511, «là ove prescrive che l'Ufficio tributario può richiedere — senza alcun esborso — il rilascio di copie di documenti in atti e non prevede — contemporanea-

mente — in caso di esito della controversia favorevole all'amministrazione — che tali spese debbano far carico al soccombente».

<sup>31</sup> Gli importi previsti all'art. 1, comma 1, D.M. 1° ottobre 1996 del Ministero delle finanze sono i seguenti: «da 1 a 4 facciate — lire 1.000 complessive; da 5 a 10 facciate — lire 2.000 complessive; da 11 a 20 facciate — lire 4.000 complessive; da 21 a 50 facciate — lire 8.000 complessive; da 51 a 100 facciate — lire 16.000 complessive; oltre le 100 facciate — lire 16.000 complessive più lire 10.000 complessive ogni ulteriori 100 facciate o frazione di 100».

<sup>32</sup> In proposito, v. MORELLI, voce «Oblio (diritto all'oblio)», in *Enc. Dir.*, aggiornamento VI, Milano, 2002, 848 e segg.; RATTIN, *Il diritto all'oblio*, in *Arch. Civ.*, 2000, 1069 e segg.; LO SURDO, *Diritto all'oblio come strumento di protezione di un interesse sottostante*, in *Danno e Resp.*, 1998, 883 e segg.; ATELLI, *Dal diritto di essere lasciati soli al diritto di essere lasciati in pace: la prospettiva del danno di petulanza*, in *Riv. critica dir. privato*, 1997, 623 e segg.; SAVINI, *Diritto all'oblio e diritto alla storia*, in *Dir. Autore*, 1997, 381; CRIPPA, *Il diritto all'oblio: alla ricerca di*

vicende processuali che li interessano, per l'altro, della pubblicità del processo, quale strumento di controllo esterno da parte della collettività sull'operato degli organi giudiziari<sup>33</sup>.

A tal riguardo, il D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, recante il codice in materia di protezione dei dati personali<sup>34</sup>, al Titolo I della Parte II, regola il trattamento dei dati in ambito giudiziario.

Tale disciplina si estende, a mente dell'art. 46, comma 1, del codice della *privacy*, ai dati trattati dagli uffici giudiziari di ogni ordine e grado, dal Consiglio superiore della magistratura, dagli altri organi di autogoverno e dal Ministero della giustizia, i quali «sono titolari dei trattamenti di dati personali relativi alle rispettive attribuzioni conferite per legge o regolamento». Vanno, pertanto, soggetti alle disposizioni del codice della *privacy* anche i dati giudiziari trattati dai giudici tributari e dalle relative segreterie<sup>35</sup>.

Con specifico riferimento al regime di pubblicità dei provvedimenti giudiziari, l'art. 51, comma 1, del codice della *privacy*, «fermo restando quanto previsto dalle disposizioni processuali concernenti la visione e il rilascio di estratti e di copie di atti e documenti», prevede un regime di generale accessibilità dei provvedimenti giurisdizionali, tenuti presso le cancellerie e le segreterie, a chiunque vi abbia interesse.

Il successivo art. 52 del codice della *privacy*, il quale disciplina la diffusione dei dati giudiziari per finalità di informazione giuridica, stabilisce che l'interessato possa domandare «per motivi legittimi, con richiesta depositata nella cancelleria o segreteria dell'ufficio che procede prima che sia definito il relativo grado di giudizio, che sia apposta a cura della medesima cancelleria o segreteria, sull'originale della sentenza o del provvedimento, un'annotazione volta a precludere, in caso di riproduzione della sentenza o provvedimento in qualsiasi forma, per finalità di informazione giuridica su riviste giuridiche, supporti elettronici o mediante reti di comunicazione elettronica, l'indicazione delle generalità e di altri dati identificativi del medesimo interessato riportati sulla sentenza o provvedimento».

In ordine a tale richiesta, provvede con decreto l'autorità giudiziaria che adotta il provvedimento in relazione al quale è domandato il diritto all'anonimato<sup>36</sup> e, all'atto del deposito del provvedimento, la cancelleria o la segreteria del giudice, in forza dell'art. 52, com-

ma 3, del codice della *privacy*, «vi appone e sottoscrive anche con timbro la seguente annotazione, recante l'indicazione degli estremi del presente articolo: "In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi di... »».

Appare evidente come la norma riservi un sindacato di meritevolezza al giudice circa la valutazione dei «motivi legittimi» per ottenere l'oscuramento delle generalità<sup>37</sup>; pur tuttavia, parte della dottrina ha ritenuto che l'organo giudicante sia chiamato a provvedere a semplice richiesta dell'interessato, non occorrendo il compimento di alcuna attività istruttoria<sup>38</sup>.

Ad ogni modo, in caso di diffusione, anche per finalità di informazione giuridica, dei provvedimenti recanti tale annotazione, o delle relative massime, deve essere omessa l'indicazione delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato.

Oltre alla possibilità del riconoscimento del diritto all'anonimato per decisione del giudice, l'art. 52, comma 5, del codice della *privacy* contempla, in relazione ai minori, alle parti coinvolte nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone, nonché alle vittime di atti di violenza sessuale, un generale dovere di oscuramento *ipso iure* delle generalità, degli altri dati identificativi e dei dati relativi a terzi dai quali possa desumersene anche indirettamente l'identità.

Fatte salve le limitazioni riportate, l'art. 52, comma 7, del codice della *privacy* sancisce l'ammissibilità della «diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali»<sup>39</sup>.

Invero, la tutela della riservatezza non investe quei «dati provenienti da pubblici registri, elenchi, atti o documenti conoscibili da chiunque, fermi restando i limiti e le modalità che le leggi, i regolamenti o la normativa comunitaria stabiliscono per la conoscibilità e pubblicità dei dati», secondo il disposto dell'art. 24, comma 1, lett. c, del codice della *privacy*.

Si consideri, inoltre, che, per quanto concerne i provvedimenti emanati prima dell'entrata in vigore del codice della *privacy*, l'art. 181, comma 5, prescrive che «l'omissione delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato ai sensi dell'articolo 52, comma 4», sia effettuata solo su diretta richiesta dello stesso «e limitatamente ai documenti pubblicati mediante rete

un'autonoma definizione, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 1990 e segg.; FERRI, *Diritto all'informazione e diritto all'oblio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 801.

<sup>33</sup> V. BONFIGLIO, *La tutela della privacy nelle sentenze penali*, in *Indice Pen.*, 2008, 261 e segg.; DEL NINNO, *La tutela dei dati personali. Guida pratica al Codice della privacy*, Padova, 2006, 231 e segg.; FRASSINETTI, *Codice della privacy e processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2005, 465 e segg.; MESSINA, *L'informatizzazione degli uffici giudiziari. Riservatezza e atti processuali: la tutela della persona dalla circolazione delle sentenze in forma anonima al nuovo regime delle notificazioni (artt. 51-52)*, in AA.VV., *La nuova disciplina della privacy*, commentario a cura di Sica, Stanzone, Bologna, 2005, 236 e segg.; RESTA, *Privacy e processo civile: il problema della litigation "anonima"*, in *Dir. Informazione e Informatica*, 2005, 681 e segg.; *Corte di cassazione e tutela della privacy: "l'oscuramento" dei dati identificativi nelle sentenze* a cura dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione,

relazione del 5 luglio 2005, in *Diritto dell'Internet*, 2005, 516 e segg.; nonché OLEARI, *Art. 52*, in AA.VV., *Codice della privacy*, I, Milano, 2004, 769 e segg.

<sup>34</sup> D'ora innanzi, *breviter* "codice della privacy".

<sup>35</sup> In tal senso, MAIETTA, *I trattamenti in ambito giudiziario, da parte delle forze di polizia e per la difesa e sicurezza dello Stato*, in *Il codice dei dati personali* a cura di Cardarelli, Sica, Zencovich, Milano, 2004, 166 e segg.

<sup>36</sup> Il giudice può anche decretare d'ufficio che sia apposta l'annotazione di anonimato a tutela del diritto alla riservatezza o della dignità di soggetti coinvolti nel processo. Cfr. DEL NINNO, *op. cit.*, 231 e segg.

<sup>37</sup> Sul punto, v. MESSINA, *op. cit.*, 243.

<sup>38</sup> Si legga, in merito, MAIETTA, *op. cit.*, 187.

<sup>39</sup> A tal proposito, v. MAIETTA, *op. cit.*, 165 e segg.; nonché FINOCCHIARO, *Sentenze: possibile l'oscuramento delle parti*, in *Guida al diritto. Dossier mensile*, 2003, 8, 127 e segg.

di comunicazione elettronica o sui nuovi prodotti su supporto cartaceo o elettronico».

In relazione alla diffusione dei dati giudiziari per finalità di informazione giuridica, occorre aggiungere che l'autorizzazione di ordine generale, rilasciata dal Garante per la protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 40 del codice della *privacy*, del 16 dicembre 2009, n. 7<sup>40</sup>, relativa al trattamento dei dati a carattere giudiziario da parte di privati, di enti pubblici economici e di soggetti pubblici, al Capo V, consente «il trattamento, ivi compresa la diffusione, di dati per finalità di documentazione, di studio e di ricerca in campo giuridico, in particolare per quanto riguarda la raccolta e la diffusione di dati relativi a pronunce giurisprudenziali, nel rispetto di quanto previsto dagli artt. 51 e 52 del codice».

Ne discende, a mente dell'art. 41, comma 1, del codice della *privacy*, che il trattamento e la diffusione di dati giudiziari per finalità di informazione giuridica non necessitano di alcuna ulteriore autorizzazione del garante.

Alla luce della disciplina richiamata, emerge un quadro normativo caratterizzato dalla pubblicità e dalla possibilità di diffusione per finalità di informazione giuridica di ogni provvedimento giurisdizionale<sup>41</sup>, ivi compresi quelli emessi dal giudice tributario.

Tuttavia, la libertà di divulgazione dei dati giudiziari incontra il duplice limite, da un lato, del divieto di diffusione dei dati relativi alle vittime di violenza sessuale, ai minori e alle parti coinvolte nei procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone, dall'altro, del diritto all'oblio di quanti soggetti abbiano ottenuto l'annotazione di anonimato, che deve risultare in calce allo stesso provvedimento oscurato.

Tali cautele, peraltro, non incidono sulla pubblicazione dell'originale della sentenza, la quale deve essere completa di tutti i dati identificativi delle parti, ma operano soltanto in caso di successiva diffusione. Pertanto, ai sensi dell'art. 52 del codice della *privacy*, con riferimento alle copie rilasciate dalle cancellerie e dalle segreterie non è necessario l'oscuramento dei dati contenuti nei provvedimenti giudiziari, in quanto il rilascio di copia non costituisce attività di diffusione<sup>42</sup>.

Se nella prassi del processo tributario ancora non si registra un frequente ricorso alla richiesta di annotazione di anonimato, nondimeno coloro che divulgano i provvedimenti del giudice tributario sono gra-

vati dell'obbligo *ex lege* di oscuramento delle informazioni relative, in particolare, ai minori e alle parti coinvolte nei procedimenti ove vengano in questione i rapporti di famiglia e lo stato delle persone. A mero titolo esemplificativo, risulta necessario l'oscuramento dei dati nelle controversie in cui sia parte un minore, ovvero vengano ripresi a tassazione redditi derivanti da beni che formano oggetto della comunione legale tra i coniugi, o del fondo patrimoniale, ovvero dell'usufrutto legale dei genitori, nonché nelle liti in cui il fisco disconosca le deduzioni per assegni periodici corrisposti al coniuge, le deduzioni per le spese sostenute dai genitori adottivi per l'espletamento della procedura di adozione, le deduzioni per le spese mediche e quelle di assistenza specifica necessarie nei casi di grave e permanente invalidità o menomazione sostenute per le persone indicate all'articolo 433 c.c., le detrazioni per carichi di famiglia, le detrazioni per spese funebri sostenute in dipendenza della morte di persone indicate all'art. 433 c.c., ovvero le detrazioni per spese sostenute, in favore dei soggetti di età compresa tra cinque e diciotto anni, per la frequenza di attività sportive.

Nell'ipotesi in cui non siano rispettate le garanzie disaminate, il codice della *privacy* prescrive una disciplina sanzionatoria, tanto di carattere amministrativo, agli artt. 161 e segg., quanto di natura penale, agli artt. 167 e segg.<sup>43</sup>

D'altra parte, il soggetto inciso dal trattamento illegittimo, può esperire una tutela amministrativa, attraverso la proposizione di un reclamo circostanziato o di una segnalazione al Garante per la protezione dei dati personali, ai sensi degli artt. 141 e segg., ed è, inoltre, legittimato a proporre un ricorso allo stesso garante, in forza degli artt. 145 e segg., ovvero all'autorità giudiziaria ordinaria ai sensi degli artt. 152 e segg., domandando, oltre alla condanna alla cessazione del comportamento illegittimo, mediante il blocco della diffusione o l'oscuramento dei dati, anche il risarcimento per equivalente del danno patito ai sensi dell'art. 2050 c.c., espressamente richiamato dall'art. 15 del codice della *privacy*<sup>44</sup>.

## 6. Conclusioni.

Come si è avuto modo di chiarire, con l'ordinanza in commento, la suprema Corte ha superato la prevalente interpretazione delle norme regolatrici della lite fiscale, che negava il carattere della pubblicità alle decisioni delle Commissioni, in tal modo allineando il rito tri-

<sup>40</sup> L'autorizzazione generale n. 7 del 16 dicembre 2009 è in vigore del 1° gennaio 2010 al 30 giugno 2011 ed è edita in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

<sup>41</sup> In tal senso, v. DEL NINNO, *op. cit.*, 231 e segg.

<sup>42</sup> Anche la circolare 5 ottobre 2010, n. 9, del Ministero dell'economia e delle finanze prende in considerazione le esigenze della *privacy* delle parti in causa, richiamando la disciplina di cui agli artt. da 47 a 52 del codice *privacy*. A tal proposito, il Ministero consiglia ai segretari, qualora venga loro richiesta copia di un provvedimento che presenta in calce l'annotazione di anonimato, di consegnare e far sottoscrivere al soggetto cui la rilasciano un'informativa relativa alla presenza di tale annotazione ed alle cautele da osservarsi in caso di successiva divulgazione. Ad ogni modo, in tale evenienza, il Ministero ritiene preferibile

che i segretari provvedano a rilasciare ai terzi copie della sentenza che non contengano gli estremi identificativi «dell'atto impugnato e tutti i dati personali relativi alla controversia; ciò al fine di prevenire eventuali utilizzi indebiti della sentenza da parte dello stesso richiedente qualora i dati sensibili ivi contenuti non venissero oscurati successivamente dallo stesso».

<sup>43</sup> Con riferimento alla divulgazione delle generalità o dell'immagine di persone offese da atti di violenza sessuale, l'art. 734 *bis* c.p. prevede la pena dell'arresto da tre a sei mesi.

<sup>44</sup> In ordine alle tutele amministrative e giurisdizionali attivabili nell'ipotesi di violazione del diritto alla riservatezza, con specifico riferimento ai dati giudiziari, v. GIORGETTI, *La tutela della privacy e i dati giudiziari*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2007, 325 e segg.

butario con le garanzie costituzionali del giusto processo.

Invero, secondo l'insegnamento della Corte di Strasburgo, la pubblicità dei provvedimenti giudiziari costituisce un elemento fondante del *fair trial*, consentendo un pieno controllo da parte dell'intera collettività sull'operato dei giudici, e rappresenta una tutela intrinsecamente connessa con la natura giurisdizionale che il processo fiscale, a tutt'oggi, ha compiutamente assunto.

Nondimeno, l'ordinamento tributario non conosce uno specifico strumento processuale volto ad ottenere il rilascio di copie dei provvedimenti da parte delle segreterie delle Commissioni, non ritenendosi applicabile, a tal uopo, il rimedio di cui all'art. 745 c.p.c., residuando tuttavia al soggetto interessato la facoltà di instaurare un contenzioso ordinario nei confronti dell'amministrazione delle finanze.

DAVIDE BORGNI

# Dottrina e attualità giuridiche

questo numero

a cura di GIOVANNI CONSO e ALFREDO GAITO

## La prova per intercettazioni tra incertezze operative e incognite future

**La prova per intercettazioni: adempimenti formali ed omissioni sostanziali**, di ALFREDO GAITO, pag. 713.

**Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla**, di CIRO SANTORIELLO, pag. 715.

**Rimedi minimi a tutela del diritto di difesa**, di FILIPPO GIUNCHEDI, pag. 719.

**La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti**, di DANIELE CENCI, pag. 721.

**In tema di contenuto dei decreti esecutivi**, di SANDRO FURFARO, pag. 723.

**Intercettazioni telefoniche: effettività della difesa e imprevedibilità delle decisioni di legittimità** di ALFREDO BARGI, pag. 729.

**Intercettazioni, utilizzo di impianti esterni, instradamento: garanzie tecniche e prassi devianti** di NADIA E. LA ROCCA, pag. 731.

**Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive *de iure condendo***, di CARLO FIORIO, pag. 734.

**Bibliografia**, pag. 737.

ALFREDO GAITO

### La prova per intercettazioni: adempimenti formali ed omissioni sostanziali

SOMMARIO: 1. La completezza del materiale investigativo. — 2. Il problema dei brogliacci. — 3. Riflessioni sulle modalità di verifica delle registrazioni trascritte. — 4. Individuazione del contenuto del diritto alla consultazione delle intercettazioni. — 5. Problemi irrisolti.

#### 1. La completezza del materiale investigativo.

Pur se il legislatore, la giurisprudenza e la stessa letteratura paiono disinteressati al tema delle strutture organizzative e dei profili operativi concreti in tema di intercettazioni telefoniche e ambientali, esistono alcuni punti fermi che consentono di riavviare un discorso interpretativo tutt'altro che equivoco, sulla base di una recente sentenza della Corte costituzionale e di due ancor più recenti sentenze delle Sezioni unite.

Costituisce dato incontrovertito che la conoscenza degli atti di investigazione si pone come presupposto indefettibile dell'esercizio del diritto di difesa. Da ciò conseguono tanto il diritto di ottenere fisicamente copia del materiale probatorio posto a base della richiesta della misura cautelare quanto la necessità che tale materiale sia in concreto completo, ordinato e agevolmente consultabile in considerazione dei tempi ristretti entro i quali i

difensori e la persona *in vinculis* sono chiamati a elaborare le linee difensive e a instaurare eventualmente i meccanismi di controllo più adeguati.

È solo attraverso l'estrinsecazione degli atti di indagine che hanno condotto il P.M. a richiedere l'emissione della misura cautelare che la difesa viene messa in condizione materialmente di controdedurre in sede di esercizio dei poteri di gravame e i giudici (G.I.P. e Tribunale della libertà, prima, e Corte di cassazione, poi) sono posti in condizione di valutare con cognizione di causa la correttezza e la fondatezza probatoria degli atti di investigazione raccolti alla luce dei criteri di esaustività e logicità.

Negli ambulatori dei Palazzi di giustizia ci si trova, tuttavia, ad affrontare quotidianamente materiale probatorio caotico e confuso, per lo più sprovvisto di indici adeguati. Si tratta di una sequela di strutture documentali raccogliatrici, disorganiche e affastellate, recanti nel testo richiami ad atti dei quali non è indicata la collocazione: tutto ciò impedirebbe a chiunque di risalire senza notevoli difficoltà alla fonte originaria e quindi, in definitiva, di esercitare compiutamente il diritto di difesa, almeno nelle prime battute, in maniera utile e proficua per il riesame. Certo, pur non potendosi pretendere che, nella composizione del materiale investigativo, ogni riferimento ad atti processuali sia puntualmente corredato dalla esposizione analitica del contenuto di esso, non si dovrebbe tuttavia trascurare, per consentirne un'analisi effettiva, di perseguire il risultato di un documento "consultabile" in tutto e dunque in grado di consentire il completo esercizio del diritto di difesa<sup>1</sup>.

In siffatto contesto, a parte gli operanti di polizia giudiziaria — i soli e unici padroni delle fonti di conoscenza — e i P.M., non

<sup>1</sup> Esemplarmente Cass., Sez. V, 17 dicembre 1996, Mannolo, in *Mass. Uff.*, 206.337.

solo gli indagati e i loro difensori, ma nemmeno il G.I.P. e i giudici dei controlli successivi vengono messi nella condizione di verificare concretamente la fondatezza della richiesta della misura cautelare.

## 2. Il problema dei brogliacci.

La Corte costituzionale, nella sentenza n. 336/2008 (dichiaratoria di incostituzionalità dell'art. 268 c.p.p.)<sup>2</sup>, ha fatto riferimento all'insufficienza della trasmissione dei soli "brogliacci" (*id est*: i verbali delle operazioni di intercettazione) e ha riconosciuto il diritto dell'indagato, sottoposto a misura cautelare, a ottenere immediatamente copia dei nastri contenenti le captazioni<sup>3</sup>.

Nella routine quotidiana, il P.M. chiede ed ottiene autorizzazione al ritardato deposito dei verbali. Ma se — come ha rimarcato la Corte costituzionale nella sent. n. 336/2008 — le esigenze di segretezza in funzione della prosecuzione delle indagini non rappresentano più l'unico valore da salvaguardare, allora il P.M. è obbligato alla trasmissione dei "brogliacci" prima al G.I.P. in sede di richiesta della misura cautelare e poi al Tribunale della libertà a seguito della richiesta di riesame proposta dall'interessato; in concreto, potrebbe porsi il dubbio circa l'individuazione del *quantum* dei "brogliacci" da depositare, nell'alternativa tra *discovery* totale o parziale (con limitazione alle sole conversazioni antecedenti e/o comunque collegate a quelle utilizzate nell'ordinanza applicativa di misura cautelare). Sta di fatto che il diritto di difesa è finalizzato anche alla conoscenza completa e il più possibile neutra del materiale decisivo da parte del giudice.

Sempre più spesso accade che l'esame degli atti di P.G. disponibili, l'analisi dei brani d'intercettazione valorizzati *in malam partem* dal G.I.P. nell'ordinanza custodiale e l'ascolto dei *files* audio corrispondenti portino ad evidenziare una serie di discrepanze tali da palesare la necessità di effettuare una serie di controlli immediati sui "brogliacci" recanti le annotazioni compilate "in diretta" durante le operazioni di ascolto dalla P.G. al fine di verificare la corrispondenza del contenuto effettivo delle conversazioni con le "annotazioni" originarie degli operanti di P.G. e con quanto successivamente trasfuso — magari per errore — nelle Relazioni di P.G. e poi dal G.I.P. nel corpo dell'ordinanza custodiale, facendo affidamento sui sunti riprodotti nelle informative di reato.

La mancata *discovery* dei "brogliacci" si riflette, in questa sede e fino alla *discovery* totale in chiusura della fase delle indagini preliminari, non solo come amputazione irrituale del materiale decisivo per il G.I.P. e per il Tribunale del riesame ma anche in termini di frapponimento di un inaccettabile ostacolo alla corretta estrinsecazione del diritto sostanziale alla difesa (*sub specie* di nullità, posto che il *vulnus* è alla effettività del contraddittorio, la cui copertura è a livello costituzionale, con ovvie conseguenze a trarsene in quanto sicuramente non cedevole di fronte ad alcuna altra esigenza).

## 3. Riflessioni sulle modalità di verifica delle registrazioni trascritte.

Assai spesso, fino alla primavera scorsa, non venivano messi a disposizione dei giudici del riesame i *files* audio delle intercettazioni, nonostante la circostanza che le correlate conversazioni fossero state utilizzate nell'ordinanza cautelare. Evidente, in ipotesi del genere, la difficoltà (quasi l'impossibilità) di poter confutare nel controllo di riesame il significato attribuito dal G.I.P. a quelle conversazioni, pur fondanti la misura custodiale, con conseguente compromissione del diritto di difesa in capo alla persona *in vinculis*.

Invero, dal preciso momento che l'interessato formalmente esercita il diritto alla verifica integrale (anche audio) lamentando una distorsione tra quanto ascoltato e quanto verbalizzato, i *files* audio vanno trattati alla stregua di atti favorevoli sopravvenuti; ciò che comporta obbligo complementare del P.M.<sup>4</sup> di trasmettere ai giudici del controllo cautelare i medesimi *files* audio.

Se e quando così non è, ricorrendo l'incidenza determinante delle intercettazioni telefoniche sulla misura cautelare, si determina una situazione oggettiva patologica, insanabile da parte del Tribunale del riesame, che impone una pronuncia *rebus sic stantibus* demolitoria degli esiti delle intercettazioni telefoniche, stante la nullità scaturente dalla mancanza, comunque imputabile all'Ufficio del P.M. precedente, che si protrae oltre i termini indicati dall'art. 309, comma 5, c.p.p.

Nella fisiologia, sulla difesa grava l'onere di sollecitare il Collegio *de libertate* affinché proceda all'ascolto diretto dei *files* audio selezionati a dimostrazione della non coincidenza delle annotazioni di P.G. e della sintesi effettuata dal G.I.P. con le espressioni effettivamente impiegate nei discorsi captati. Ove vengano segnalati casi di imprecisione delle annotazioni e di distonia contenutistica tra gli atti scritti e i discorsi parlati (cioè di discrasie rilevabili a livello empirico), il Tribunale non può sottrarsi al compito di procedere all'ascolto in aula, in pienezza di contraddittorio, delle registrazioni, perché quando sono in ballo i diritti (costituzionali e sovranazionali) della persona, il formalismo e la fretta non possono mai fare aggio sulla sostanza: il diritto dell'indagato alla conoscenza, e quindi alla "disponibilità", degli atti del procedimento a suo carico — di tutti gli atti del procedimento penale a suo carico collegati alla (e/o presupposti dalla) concreta scelta operativa del P.M. — si pone come antecedente logico necessario a garantirne la consapevole partecipazione, funzionale all'effettivo esercizio del diritto di difesa<sup>5</sup>.

La deliberata omissione del deposito dei "brogliacci"<sup>6</sup> determina una mortificazione del diritto di difesa in termini di effettività<sup>7</sup>, come ogni altro impedimento frapposto alla agevole ricostruzione della sequenza cronologica e ordinata di atti dei quali l'uno costituisce l'antecedente logico e necessario del successivo.

Del resto, e non a caso, le Sezioni unite già da tempo hanno avuto modo di puntualizzare come nella fase delle indagini, quando il P.M. a sua discrezione apre una "finestra" cautelare, devono oramai trovare applicazione tutti i criteri legali di formazione e di valutazione della prova dibattimentale, anche in rapporto alla prova dichiarativa assistita da una presunzione relativa di inaffidabilità della fonte di provenienza, già cristallizzati nella giurisprudenza di legittimità<sup>8</sup>.

## 4. Individuazione del contenuto del diritto alla consultazione delle intercettazioni.

Si discute se la ripulsa dei *files* audio da parte del Tribunale della libertà sia o meno causa di nullità della decisione per arbitrario rifiuto di verificare la gravità indiziaria. E rimane ancora sullo sfondo l'interrogativo circa le conseguenze del comportamento attendista-omissivo del Tribunale sullo *status custodiale*: l'opzione nel senso che il rifiuto dell'ascolto «non può determinare una inefficacia della misura» non è sorretto da alcuna giustificazione apprezzabile e deve essere sottoposto ad attenta revisione critica. Il diritto di difesa e i "fondamentali" del giusto processo non possono essere sacrificati sull'altare del falso mito della celerità, magari disquisendo nel senso che «certi formalismi sono cedevoli rispetto all'esigenza di celerità della decisione»<sup>9</sup>, ovvero che «un riascolto diretto da parte dello stesso Tribunale del riesame di tutte le conversazioni appare

<sup>2</sup> CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861.

<sup>3</sup> Questo intervento additivo della Consulta era stato determinato dalla esigenza di assicurare la pienezza della difesa fin dalle battute iniziali del procedimento cautelare, riconoscendo che nel giusto processo le esigenze di segretezza delle indagini preliminari devono contemperarsi con la necessità di una immediata disamina dei risultati captativi oltre la partigiana valutazione degli organi investigativi.

<sup>4</sup> Sia chiaro: soltanto a fronte, e per conseguenza, della specifica istanza di cognizione difensiva seguita dalla richiesta di riesame.

<sup>5</sup> Corte eur. dir. uomo, 4 luglio 2000, Niedbala c. Polonia: «Il diritto a un processo penale contraddittorio implica, tanto per l'ac-

cosa quanto per la difesa, la facoltà di conoscere le osservazioni e gli elementi di prova addotti dalla controparte, nonché di discuterli».

<sup>6</sup> Atti nella disponibilità del P.M., in quanto d'obbligo a formazione contestuale durante l'ascolto delle telefonate intercettate, da trasmettere immediatamente al P.M.: art. 268, comma 4, c.p.p.

<sup>7</sup> Perché solo chi conosce la cronologia e la effettiva successione dei colloqui può cogliere appieno il significato reale delle conversazioni captate. Cfr. *Cass.*, Sez. I, 7 luglio 2010, Russo e altro, con nota di LA ROCCA, *Prova per intercettazione e tutela sostanziale del diritto di difesa*, in *Giur. It.*, 2011, 180.

<sup>8</sup> *Cass.*, Sez. un., 30 maggio 2006, P.M. in c. Spennato, in *Riv. Pen.*, 2007, 572.

<sup>9</sup> Requisitoria del P.M. d'udienza in occasione di *Cass.*, Sez. VI, 23 settembre 2010, De Santis., inedita.



inconciliabile con i tempi ristrettissimi del giudizio di riesame stesso»<sup>10</sup>.

Sul tema sono intervenute, a fare necessaria chiarezza, le Sezioni unite, con articolata sentenza<sup>11</sup> alla stregua della quale è a porsi una distinzione, a seconda che il P.M. abbia omesso o ritardato la consegna dei *files* audio alla difesa; ovvero abbia bensì ottemperato all'obbligo di fornire copia dei *files* audio al difensore il quale abbia tempestivamente eccepito dinanzi al Tribunale la sostanziale difformità tra l'ascolto delle conversazioni e la verbalizzazione della P.G.

Nel primo caso, stando alle Sezioni unite, nel rilevare il vizio il giudice di legittimità deve annullare con rinvio affinché nel giudizio di riesame si tenga conto imprescindibilmente dei *files* audio, senza conseguenze dirette sullo *status custodiae*. Nel secondo caso, le cose cambiano, in quanto la decisione del Tribunale della libertà che abbia comunque praticato una presunzione di regolarità non più consentita a fronte delle allegazioni difensive assertive del contrario è da ritenere insanabilmente invalida, ponendo direttamente in crisi il giudizio di sussistenza della gravità indiziaria.

In definitiva, l'accesso alle registrazioni delle conversazioni captate serve a rendere effettivo e completo l'esercizio del diritto di difesa della parte, come chiarito nella suindicata sentenza del giudice delle leggi, giacché «l'interesse costituzionalmente protetto della difesa è quello di conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito, allo scopo di esperire efficacemente tutti i rimedi previsti dalle norme processuali»; e «l'interesse in questione può essere assicurato con la previsione [...] del diritto dei difensori ad accedere alle registrazioni in possesso del P.M.».

Questioni singolarmente affini si pongono anche in riferimento alle misure precautelari, come — in coerente evoluzione dell'impostazione delineata nella sentenza *Lasala* — hanno espressamente riconosciuto le Sezioni unite nella successiva sentenza *Germaneau*, anticipando i modi e i tempi di una difesa davvero consapevole circa tutti gli elementi a carico<sup>12</sup>; ciò che non può non ripercuotersi sull'organizzazione degli uffici di procura e sui meccanismi burocratici di segreteria e cancelleria, ancora troppo farraginosi e inadeguati alle innovate esigenze di snellezza.

##### 5. Problemi irrisolti.

Le garantiste prese di posizione di Corte costituzionale e Sezioni unite rappresentano soltanto la punta dell'*iceberg*: effettuato il picchettaggio dei problemi più vistosi a livello sia organizzativo che funzionale, occorre adesso delineare soluzioni apoganti.

Si tratta di affrontare e di risolvere le questioni connesse all'individuazione del contenuto del diritto alla consultazione delle intercettazioni: non v'è dubbio che ogni imputato dalla chiusura delle indagini (e la persona *in vinculis* dal momento dell'emissione della misura coercitiva) ha diritto all'ascolto e alla verifica di tutto quanto lo concerne direttamente, ma permane il quesito circa i modi e i tempi del controllo sulle intercettazioni che non coinvolgano il singolo accusato<sup>13</sup>.

Rimane aperto il problema organizzativo delle modalità di ascolto delle intercettazioni e delle modalità di assolvimento del diritto della difesa alla copia dei verbali e delle conversazioni<sup>14</sup>, anteriormente all'udienza di selezione e stralcio *ex art.* 268, comma 6, c.p.p.

Problematiche affini si ripropongono per il giudizio immediato custodiale (oggi caratterizzato da ritmi tanto accelerati da risultare ingiustificatamente iugulatori per le parti private), a fronte della assurda pretesa di taluni uffici di procura di non depositare i *files* audio e i “brogliacci” delle intercettazioni telefoniche, ovvero di consentire unicamente l'ascolto presso sale della procura appositamente attrezzate per il suono, con puntiglioso rifiuto di rilasciare copia dei “brogliacci”, accampando malintese esigenze di *privacy* nonché l'autorizzazione al ritardato deposito. Ancora una volta: il compimento di certe scelte

procedimentali (richiesta cautelare, esercizio dell'azione penale) impone di eliminare qualsiasi possibile causa di compressione o ritardo nell'esercizio pieno della difesa<sup>15</sup>: l'incompletezza della *discovery* determina necessariamente il contemporaneo avverarsi di un vizio invalidante *sub specie* di nullità a regime intermedio, sotto il profilo della elusione delle garanzie difensive, e di inammissibilità della domanda proposta dal P.M. (come tale rilevabile in ogni stato e grado del procedimento).

In prospettiva generalissima, infine, gettando lo sguardo anche oltre le paratie della dimensione cautelare, nonostante l'alluvionale elaborazione giurisprudenziale del fenomeno, c'è da interrogarsi sul ruolo e sulla funzione dei controlli del giudice di legittimità a fronte della prova per intercettazione, dovendosi registrare perduranti (e preoccupanti) sbandamenti applicativi.

CIRO SANTORIELLO

## Diritto alla copia della traccia fonica: tanto rumore per nulla

SOMMARIO: 1. Problematiche superabili. — 2. La Consulta sull'accesso alle intercettazioni. — 3. L'approccio delle Sezioni unite. — 4. Ricostruzione della posizione dell'accusato mediante le conversazioni captate. — 5. Carenze del P.M. e vizi conseguenti. — 6. Elementi sopravvenuti ed elementi preesistenti non conosciuti.

### 1. Problematiche superabili.

A nostro parere, sulle problematiche che si sono aperte dopo la decisione delle Sezioni unite, 22 aprile 2010, *Lasala*, si sta facendo una grande e ingiustificata confusione, prospettando difficoltà di funzionamento degli uffici di Procura che in realtà non hanno ragione di esistere (o che comunque possono essere agevolmente superate), sottacendo, invece, i più importanti e significativi sviluppi in ordine alle corrette modalità di esercizio dei diritti della difesa quando si discuta di elementi probatori derivanti dall'ascolto di conversazioni fra una pluralità di soggetti.

### 2. La Consulta sull'accesso alle intercettazioni.

Per comprendere il perché di queste affermazioni — apparentemente così dissonanti dalla generalità dei commenti che hanno accompagnato la citata decisione delle Sezioni unite<sup>1</sup> — è opportuno ripercorrere brevemente i contenuti di questa decisione e prima ancora ricordare quale fosse stata la posizione assunta dalla Corte costituzionale in una sentenza del 2008, la quale di fatto costituisce l'antecedente logico della pronuncia delle Sezioni unite.

La sentenza della Corte costituzionale cui si intende far riferimento è la pronuncia n. 336/2008, che ha dichiarato, per contrasto con gli artt. 24, comma 2, e 111, comma 2, Cost., l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui consentiva al P.M. di non depositare o comunque di non mettere a disposizione dell'indagato e del difensore che ne avessero fatto richiesta le registrazioni delle conversazioni poste a fondamento dell'ordinanza cautelare già eseguita o notificata. In particolare, il giudice delle leggi muoveva dalla considerazione che, in caso di incidente cautelare, il P.M. poteva depositare, a supporto della richiesta di misura restrittiva della libertà personale, non le registrazioni ma solo i “brogliacci”, ossia i verbali nei quali la polizia giudiziaria ha trascritto, anche sommariamente, il contenuto delle comunicazioni intercettate; tuttavia, secondo la

<sup>10</sup> Trib. Firenze, Sez. riesame, 30 marzo 2010, Balducci ed altri, inedita.

<sup>11</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, *Lasala*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 804.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 30 settembre 2010, *Germaneau*, con nota di GAETA, *Le Sezioni unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 80.

<sup>13</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, in *www.cass.net*, 2010.

<sup>14</sup> Sembra quasi *tamquam non esset* Corte cost., sent. n. 192/1997, che dichiarò l'illegittimità dell'art. 293 c.p.p. nella misura in

cui frapponeva ostacoli al diritto integrale ed immediato di copia degli atti depositati dal P.M. Cfr. anche Id., sent. n. 219/1994; Cass., Sez. IV, 26 gennaio 2010, Laci, in *Mass. Uff.*; Id., Sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in *Cass. Pen.*, 2005, 3260.

<sup>15</sup> Irrinunciabile il riferimento a Cass., Sez. un., 3 febbraio 1995, Sciancalepore, in *Cass. Pen.*, 1995, 2488.

<sup>1</sup> GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 65.

Consulta, l'ascolto diretto delle conversazioni non può mai essere surrogato dalle trascrizioni eseguite, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, posto che l'accesso diretto alle registrazioni può essere necessario per valutare l'effettivo significato probatorio e in assenza della trascrizione di un perito, è interesse della difesa poter verificare la genuinità delle trascrizioni utilizzate dal P.M. La conclusione è stata, come detto, nel senso che la lesione del diritto di difesa scaturente dalla limitazione all'accesso alle registrazioni delle conversazioni intercettate non avrebbe avuto alcuna giustificazione non essendo diretta alla protezione di alcun altro interesse processuale contrastante a fronte invece della necessità di assicurare fin dalle battute iniziali del procedimento cautelare la pienezza delle facoltà difensionali nonché il conseguente principio di parità delle parti.

La decisione costituzionale, pur accolta favorevolmente dalla dottrina<sup>2</sup>, ha avuto scarso seguito in giurisprudenza e pressoché nessun esito sotto il profilo della prassi. D'altronde, da un lato, la Corte costituzionale aveva correttamente adottato una pronuncia additiva, limitandosi ad affermare il diritto dei difensori di accedere alle registrazioni e di estrarne copia spettando poi al legislatore la pratica attuazione di tale diritto all'interno dei meccanismi del processo; dall'altro, la giurisprudenza si è fin da subito ben guardata dall'individuare ed instaurare nella prassi le conseguenze pratiche logicamente derivanti dall'astratto riconoscimento della sussistenza del diritto della difesa di ottenere la copia della traccia fonica delle intercettazioni del procedimento incidentale *de libertate*<sup>3</sup>.

Sono state le Sezioni unite, con la citata decisione del 2010, a definire con sufficiente nettezza quale fosse la portata operativa e le modalità di applicazione del *dictum* dei giudici costituzionali. Con la sentenza Lasala, la Cassazione ha ritenuto che il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle conversazioni intercettate potesse dirsi effettivo solo se a fronte dello stesso ci fosse l'obbligo incondizionato del P.M. di assicurarne il soddisfacimento, essendo peraltro venute meno — con l'esecuzione del provvedimento di cattura — le esigenze di segretezza in riferimento alle comunicazioni poste alla base dell'ordinanza cautelare. Tale assetto di rapporti fra diritto della difesa di accedere alle registrazioni delle intercettazioni ed obbligo dell'organo inquirente di attivarsi in tal senso impone, da un lato, al P.M. di rilasciare in tempi utili le copie richieste dall'accusato perché questi e il suo difensore possano utilizzare gli elementi probatori ricavabili da tale materiale in sede di impugnazione *de libertate* davanti al Tribunale del riesame e, dall'altro, che «ove al difensore venga impedito ingiustificatamente il diritto di accesso, si determina una nullità a regime intermedio *ex art. 178, comma 1, lett. c, c.p.p.*, soggetta a sanatoria e ove tale vizio sia dedotto in sede di riesame e il giudice lo ritenga, egli non potrà fondare la sua decisione sul dato di giudizio scaturente dalle intercettazioni e riportato in forma cartacea, in mancanza della possibilità di riscontrarne la sua effettiva conformità alla traccia fonica».

Tali conclusioni trovano, secondo le Sezioni unite, un parziale contemperamento in relazione a due diversi profili. Da un lato, si è articolato il rapporto fra il P.M. — ovvero l'autorità giudiziaria cui va rivolta la richiesta di copia delle conversazioni — e il difensore ipotizzando una «distribuzione dell'onere di diligenza», nel senso che all'obbligo dell'ufficio di Procura di assicurare il soddisfacimento della istanza difensiva in tempo utile per lo svolgimento del giudizio incidentale *de libertate* viene fatto corrispondere una sorte di onere per la difesa di avanzare la relativa richiesta «in tempo utile rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni»; dall'altro, e in evidente connessione rispetto alle osservazioni ora riportate, le stesse Sezioni unite hanno riconosciuto che «laddove il P.M. non sia in grado, per la tardività della richiesta difensiva o per la complessità delle operazioni di duplicazione ovvero per altri similari motivi di adempiere l'obbligo, ha l'onere di dare congrua motivazione di tale impossibilità,

al fine di rendere effettivo il controllo, su di essa, del giudice della cautela».

### 3. L'approccio delle Sezioni unite.

Se la decisione della Corte costituzionale venne accolta da un sostanziale disinteresse, ben altra accoglienza è stata riservata alla pronuncia delle Sezioni unite.

Le critiche non hanno riguardato il contenuto dei principi affermati nella citata sentenza Lasala quanto le inevitabili difficoltà operative che ne sarebbero conseguite una volta che si fosse concretamente provato a dare concretezza alle troppo astratte affermazioni della Cassazione nell'ambito delle disastrose aule di giustizia del nostro paese. Nulla di nuovo sotto il sole verrebbe da dire: non è la prima volta che si cerca di ribaltare il *Sollen* di un principio normativo alla luce delle difficoltà operative che conseguirebbero ad una sua completa e coerente adozione (basti pensare alle critiche che vennero mosse alla decisione costituzionale n. 232/1998 relativa alla corretta interpretazione dell'art. 309, comma 5, c.p.p.), così che non sono più i diritti del singolo a determinare le regole di svolgimento del processo penale ma le risorse di cui l'amministrazione della giustizia dispone ad individuare quali sono le facoltà difensive dell'accusato. Sono iniziati così, a fronte della portata univoca della conclusione assunta dalle Sezioni unite, una serie di distinguo diretti a porre nel nulla le affermazioni di principio rese dalla Cassazione: al P.M. sarebbe comunque concesso disattendere l'istanza difensiva purché spieghi le ragioni della sua inerzia<sup>4</sup>; la richiesta del difensore, perché l'eventuale successiva inerzia del P.M. possa essere sanzionata, deve essere presentata in maniera tempestiva valorizzando il dovere di lealtà che incombe alle parti del processo<sup>5</sup>; la richiesta di copie foniche deve essere specifica specie in caso di pluralità di indagati e di complessità di imputazioni provvisorie<sup>6</sup>.

Tuttavia, rispetto ad altre vicende di analoghe tenore a quella ora in esame stavolta la preoccupazione che la giurisprudenza ha mostrato in relazione agli effetti operativi delle conclusioni assunte dalla sentenza delle Sezioni unite ci sembra eccessiva e soprattutto immotivata e per convincersene basta considerare quale sia il diritto che le Sezioni unite hanno riconosciuto al difensore quando un provvedimento cautelare si fondi sulla prova per intercettazione e quali siano gli adempimenti cui il P.M. è effettivamente tenuto in tali ipotesi.

Muovendo dalla decisione della Corte costituzionale, la Cassazione ha affermato che il diritto di accesso alla traccia fonica — che può essere esercitato solo dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, ma non deve essere esercitato necessariamente prima della richiesta di riesame *ex art. 309 c.p.p.* — è riconosciuto al difensore dell'imputato e che il rilascio della copia compete esclusivamente al P.M. il quale «deve provvedere, secondo scadenze temporali (in mancanza di un termine entro cui la richiesta debba essere evasa) finalizzate all'esercizio effettivo del diritto di difesa esercitato, cioè in tempo utile affinché esso possa essere esercitato nel procedimento incidentale *de libertate*»; solo ove il P.M. ritenga di non poter effettuare il rilascio tempestivo della copia richiesta da difensore, si prospetta un «suo onere di congrua motivazione».

Se questi sono gli incumbenti che gravano sull'ufficio di Procura, davvero non si comprende quali siano le difficoltà che si frappongono ad una loro osservanza. Ovvio, se si ipotizza che il P.M. chieda e poi esegua la misura cautelare attendendo inerte la richiesta della difesa di ottenere copia della traccia fonica delle conversazioni poste a base del provvedimento coercitivo, il soddisfacimento di tale istanza potrà essere effettivamente difficoltoso: basta che dopo l'esecuzione del provvedimento di cattura la richiesta formuli istanza di riesame e dopo pochi giorni inoltri richiesta della documentazione in parola, perché l'organo inquirente si trovi in deciso affanno nell'adempiere all'istanza entro i brevi termini richiamati dall'art. 309 c.p.p. Nulla obbliga però il P.M. ad attivarsi nelle indispensabili operazioni di copia solo quando riceve in tal senso una sollecitazione della

<sup>2</sup> KALB, *Solo l'ascolto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida Dir.*, 2008, 43, 59; LA ROCCA, *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *Giust. Pen.*, 2008, III, 323; CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861; FILIPPI, *La Consulta deve intervenire per intervenire per affermare il diritto di difesa sconosciuto dalla cassazione*, in *Giust. Pen.*, 2009, I, 44; MILANI, *Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una*

*misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza)*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 909.

<sup>3</sup> Cass., Sez. VI, 7 maggio 2009, S.N., in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 575: «L'interesse della difesa a conoscere le registrazioni poste alla base del provvedimento eseguito [...] non integra una regola che possa invalidare l'epilogo della richiesta cautelare».

<sup>4</sup> Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, Russo ed altro, in *Giur. It.*, 2011.

<sup>5</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, in *www.cass.net*, 2010.

<sup>6</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, cit.

difesa, posto che l'organo inquirente potrà procedere ad effettuare quanto necessario addirittura ben prima che l'accusato sappia minimamente dell'esistenza di indagini nei suoi confronti: detto altrimenti, l'ufficio di Procura può procedere alla preparazione del materiale fonico che la difesa potrebbe in futuro richiedere prima di procedere all'esecuzione del provvedimento cautelare o addirittura nel corso delle indagini preliminari, man a mano che le intercettazioni vanno avanti ed in previsione della presentazione della richiesta cautelare con conseguente necessità di consegnare copia della documentazione fonica alla difesa.

Anzi, a dire il vero, a prescindere da ogni considerazione circa il soddisfacimento di eventuali istanze difensive presentate più avanti, ci sembra che questa sia la metodologia investigativa — o meglio di organizzazione delle acquisizioni probatorie che l'accusa viene man mano accumulando nel corso delle indagini preliminari — più corretta, sola idonea ad evitare che al momento di esercitare le sue prerogative (siano esse l'esercizio dell'azione penale o la formulazione di una istanza cautelare) il P.M. si trovi innanzi ad una massa informe di dati cognitivi, privi di ogni ordine e indice.

In conclusione, per quanto riguarda le difficoltà che dalla decisione Lasala maturerebbero in capo agli uffici di Procura, ci pare proprio di poter dire "tanto rumor per nulla": basta che il P.M. si attivi e predisponga le copie prima ed a prescindere della relativa istanza della difesa perché ogni inconveniente venga superato senza che possano essere di ostacolo in tal senso il numero degli indagati e la quantità delle conversazioni ascoltate. In particolare, in tali casi — quando cioè il procedimento si presenta particolarmente complesso per la pluralità di accusati e la vastità delle indagini — non sarebbe neppure necessario che l'ufficio inquirente operi autonomamente una selezione delle conversazioni rilevanti, consegnando a ciascun indagato solo quelle che lo riguardano; il P.M., in sostanza, potrebbe predisporre tante copie di tutte le conversazioni intercettate nel corso del procedimento — per la cui raccolta dovrebbe bastare un paio di Dvd (salvo il caso di intercettazioni a tappeto, di durata indiscriminata, ma allora qui si apre tutt'altro fronte problematico) — quanti sono i soggetti attinti da misura cautelare e sarebbe così pronto ad effettuare la consegna a richiesta della difesa: sarebbe poi quest'ultima a dover individuare le conversazioni rilevanti per la sua posizione e da sottoporre eventualmente ad autonomo ascolto per contestare la fondatezza delle conclusioni accolte dal giudice della cautela.

#### 4. Ricostruzione della posizione dell'accusato mediante le conversazioni captate.

Quanto all'effettivo contenuto del diritto del difensore all'ascolto diretto delle conversazioni intercettate e poste a base del provvedimento cautelare contro cui si agisce in sede di riesame, tanto le Sezioni unite — sia pur *incidenter tantum* — che, in maniera più netta, altre successive decisioni<sup>7</sup>, hanno sostenuto che il diritto della difesa di acquisizione della copia delle intercettazioni riguarderebbe soltanto le conversazioni i cui esiti siano stati posti a fondamento della misura cautelare del singolo accusato e non quelle che ineriscono le posizioni di altri coimputati. In particolare, secondo questa impostazione, sulla parte privata grava «un onere di specificità, [posto che] il diritto di copia si esercita solo nei confronti delle conversazioni che riguardano la propria posizione procedimentale».

Il punto è delicato e non consente soluzioni ultimative. Il problema è quello di definire quando il contenuto di una intercettazione sia irrilevante rispetto alla posizione di un determinato accusato. È chiaro, infatti, che non è sufficiente a risolvere tale dubbio la circostanza che alla conversazione ascoltata dagli investigatori partecipi o meno il singolo accusato colpito da misura cautelare e della cui colpevolezza si discute: se può ritenersi che ogni qualvolta l'inquisito sia protagonista di un colloquio tale conversazione sia rilevante nello sviluppo delle indagini e di conseguenza la difesa abbia diritto a procedere ad un ascolto diretto della stessa, non è certo corretta la reciproca — ovvero che quando la conversazione non veda fra i partecipanti il singolo accusato, quest'ultimo non vanta alcun interesse sulla relativa intercettazione.

Il problema — non pienamente considerato dalla giurisprudenza — è che la prova a mezzo delle intercettazioni è quella a più alto tasso di plurisignificanza semantica già in sede di prima

interpretazione, perché per la sua valutazione non è sufficiente — e anzi a volte è fuorviante — il riferimento al significato delle singole parole utilizzate, dovendosi valutare il contesto in cui le espressioni lessicali sono utilizzate. Se un sequestro di una sostanza stupefacente, pur lasciando aperto il problema relativo a quale possibile soggetto riferire il possesso della droga, è indice inequivocabile del rinvenimento della sostanza chimica in un determinato luogo, in una certa ora e in determinate condizioni, molto più equivoca è l'individuazione del significato dell'espressione «ho trovato la roba dove mi avevi detto» pronunciata da un soggetto nel corso di una conversazione ascoltata dagli investigatori: come concludere che si sta trattando di una cessione di stupefacente se non si inserisce la conversazione in un più ampio quadro indiziario?

Per comprendere quando si va dicendo può essere utile richiamare la teoria semantica del significato di Gottlob Frege, nel cui ambito viene riconosciuto — rispetto alle singole espressioni lessicali — il primato dell'enunciato nella ricostruzione del senso di una determinata formulazione linguistica. Secondo il filosofo tedesco, posto che il significato di una parola è ciò che occorre sapere per comprendere gli usi appropriati di quella parola all'interno di un linguaggio, considerare autonomamente una singola parola — o anche più parole — non consente in alcun modo di comprenderne il significato: «In italiano, dire semplicemente "cane" non costituisce un uso appropriato della parola; solo se uso la parola "cane" insieme ad altre per formare un enunciato posso dire qualcosa che voi potete comprendere; non è che la parola "cane" non significhi nulla, è semplicemente che ciò che essa significa dipende dal modo in cui è usata nel fare enunciati»<sup>8</sup>.

Trasportando queste riflessioni sul tema che ci interessa, ne discende che frequentemente la ricostruzione della responsabilità o dell'estraneità dell'accusato rispetto al fatto delittuoso attribuitogli dipenderà, con riferimento alla prova per intercettazione, dalla lettura (e dall'ascolto) di una pluralità di conversazioni, alcune delle quali apparentemente non riferibili al singolo imputato della cui posizione si discute. Ritornando agli esempi precedenti, la valenza della conversazione fra Caio, il mandante dell'omicidio, e Sempronio, il presunto esecutore, è assai minore se altre intercettazioni che coinvolgono soggetti terzi dimostrassero l'assoluta inaffidabilità di Sempronio, considerato nell'ambiente criminale di riferimento un inoffensivo megalomane; del pari, ben diversa viene ad essere l'individuazione del referente semantico dell'espressione "roba" quando questa parola sia utilizzata da soggetti analfabeti, privi di un articolato vocabolario e che quindi finiscono inevitabilmente per utilizzare con continuità nei loro dialoghi la parola "roba" per indicare qualsivoglia oggetto non conoscendo vocaboli più appropriati.

Concludendo sul punto, dunque, quando vi sia stata impugnazione *de libertate* di un provvedimento coercitivo fondato in tutto o in parte su intercettazioni, nessun dubbio sussiste circa il diritto della difesa di ricevere copia della traccia fonica delle conversazioni interessanti la posizione del singolo assistito e (praticamente) nessuna giustificazione può addurre il P.M. in caso di mancata ottemperanza alla richiesta difensiva — considerato che, come si è visto, il soddisfacimento del relativo diritto si presenta assolutamente agevole. Non può essere opposta al difensore che richiede copia della traccia fonica la irrilevanza della conversazione in relazione alla posizione del proprio assistito e ciò in quanto la difesa ha il diritto di "rileggere" e valutare il significato delle intercettazioni che l'accusa ha posto a fondamento del provvedimento cautelare alla luce del contenuto di tutte le conversazioni captate in sede di indagine allo scopo di proporre una ricostruzione dei fatti diversa da quella accolta nell'ordinanza coercitiva: ogni singola difesa, lo si ribadisce, ha diritto non solo al controllo del contenuto delle intercettazioni che riguardano direttamente il proprio assistito, ma anche alla verifica circa l'effettivo significato delle conversazioni captate e per questa ulteriore valutazione può essere necessario il confronto con il contenuto di tutte le altre intercettazioni effettuate in sede di indagine.

#### 5. Carenze del P.M. e vizi conseguenti.

Quanto ai vizi che possono derivare dall'inerzia del P.M., il quale ometta di provvedere alla soddisfazione della richiesta del

<sup>7</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, cit.

<sup>8</sup> HАPPIAH, *Quell'x tale che. Introduzione alla filosofia contemporanea*, Roma-Bari, 2009, 84.

difensore, la giurisprudenza costantemente sostiene che in tale ipotesi si verifica una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p., soggetta in quanto tale al regime, alla deducibilità e alle sanatorie di cui agli artt. 180, 182 e 183 c.p.p.

In realtà tale conclusione non pare corretta. Come evidenziato anche in sede di primo commento alla più volte citata decisione delle Sezioni unite, «la nullità processuale — intesa come non conformità dell'atto alla fattispecie legale tipica — segnala la patologia di un elemento intraneo alla fattispecie genetica dell'atto stesso [mentre] nel caso di specie l'effetto distorsivo non attiene al provvedimento impositivo della cautela e neppure afferisce, in sé, alle captazioni foniche effettuate»<sup>9</sup>; di contro, il vizio riscontrabile nella vicenda in esame riguarda invece un elemento esterno alla sequenza procedimentale dell'incidente cautelare, avendo il comportamento omissivo dell'organo dell'accusa — benché successivo al perfezionamento dell'atto della cautela — limitato illegittimamente il diritto alla difesa dell'indagato. A nostro parere, dunque, nel caso di specie non è dato riscontrarsi alcuna ipotesi di nullità dell'atto impositivo della cautela, quanto piuttosto deve riconoscersi che il dato epistemologico rappresentato dal contenuto delle conversazioni captate come riportato nel documento cartaceo prodotto dal P.M. perda valenza probatoria: è la stessa decisione delle Sezioni unite a riconoscere che il mancato adempimento da parte del P.M. dell'obbligo di consegnare al difensore copia della traccia fonica impedisce al Tribunale della libertà di «fondare la sua decisione» sul dato di giudizio scaturente dal contenuto delle intercettazioni che è veicolato in forma cartacea nell'ordinanza cautelare e di cui non sia riscontrata l'effettiva conformità alla traccia fonica.

In sostanza, il diniego di accesso, per il difensore, alla verifica della traccia fonica incide sul regime di utilizzabilità del singolo dato intercettativo per cui il giudice del riesame non potrà fondare in via esclusiva su tale dato la decisione, perché esso è privo di «definitività probatoria» fino alla verifica di conformità da parte della difesa: si è in presenza di null'altro che un divieto probatorio, alla cui violazione il sistema risponde tradizionalmente con la sanzione tipica delle prove, cioè l'inutilizzabilità. Vien da ribadire: anche sotto questo profilo nessuna sconvolgente innovazione.

#### 6. Elementi sopravvenuti ed elementi preesistenti non conosciuti.

In luogo della ricostruzione operata dalla sentenza Lasala — secondo la quale, lo si ribadisce, in caso di diniego di accesso per il difensore alla verifica della traccia fonica «il giudice del riesame non potrà utilizzare quel dato nel procedere alla valutazione della prova [...] e dovrà semmai procedere alla cosiddetta prova di resistenza e valutare, cioè, se quel dato non assuma rilevanza decisiva nel contesto della intera evidenza procedimentale rinvenibile, che gli consenta di egualmente esprimere il suo conclusivo divisamento riguardo alla sussistenza del richiesto grave quadro indiziario» — si potrebbe sostenere (e si tratterebbe di conclusione decisamente più radicale) che «i files audio, dal preciso momento che l'interessato formalmente esercita il diritto alla verifica integrale (anche audio) lamentando una distorsione fra quanto ascoltato e quanto verbalizzato vanno trattati alla stregua di atti favorevoli sopravvenuti», con la conseguenza che la loro mancata trasmissione al Tribunale del riesame nei termini indicati dal comma 5 dell'art. 309 c.p.p. determinerebbe l'inefficacia sopravvenuta della misura cautelare da dichiararsi ai sensi del comma 10 della medesima disposizione.

L'apparente punto debole di tale ultima ricostruzione sembra risiedere nella qualificazione dei files audio — il cui contenuto dovrebbe anzi rappresentare elemento centrale nella ricostruzione del quadro accusatorio — quali atti favorevoli sopravvenuti ed in relazione ai quali sussiste l'obbligo di trasmissione sanzionato ai sensi del citato comma 10 con conseguente perdita di efficacia del provvedimento coercitivo in caso di inadempimento da parte del P.M.: ci si potrebbe infatti chiedere perché l'istanza del difensore di procedere all'ascolto delle conversazioni il cui contenuto è conosciuto solo a mezzo delle trascrizioni sommarie operate dalla polizia giudiziaria sia idoneo a determinare una palingenesi di tale dato probatorio, che da

elemento cognitivo dell'accusa diventa un dato favorevole all'imputato. Chi formula questa obiezione tuttavia non considera, da un lato, quelli che sono gli approcci della giurisprudenza in tema di nozione di «atti favorevoli» di cui al comma 5 dell'art. 309 c.p.p., e dall'altro, gli specifici caratteri della prova per intercettazioni — cui si è fatto cenno in precedenza al punto 4.

Quanto al primo profilo, più volte la Cassazione ha precisato che «gli elementi sopravvenuti a favore della persona sottoposta alle indagini che vanno trasmessi al Tribunale del riesame comprendono anche gli elementi preesistenti ma non conosciuti, né autonomamente producibili dalle parti»<sup>10</sup>, purché si tratti di «atti, documenti o risultanze che siano stati acquisiti per effetto dell'attività investigativa svolta dal P.M. e di cui la difesa non abbia l'immediata disponibilità»<sup>11</sup>: alla luce di tali conclusioni, dunque, nulla osta alla possibilità di configurare le intercettazioni — o meglio il loro contenuto — quale elemento favorevole alla posizione dell'accusato.

Rimane a questo punto da replicare alla seconda parte dell'obiezione, ovvero — ammesso che anche la prova per intercettazione possa rivestire un contenuto elemento favorevole alla difesa — per quale ragione il dato accusatorio rappresentato dalla trascrizione della conversazione operata dalle forze dell'ordine muterebbe la sua natura quando il difensore chiede che si proceda all'ascolto delle conversazioni intercettate direttamente in sede di giudizio di riesame.

Tale osservazione è però fondata solo con riferimento all'ipotesi in cui la difesa si limiti a contestare la difformità fra il contenuto delle conversazioni e le relative annotazioni della polizia giudiziaria: in questo caso, effettivamente, «la richiesta difensiva di accesso [ai files audio ha il solo effetto di] privare quel dato di definitiva valenza probatoria, nella sua presunzione assoluta di conformità, che rimane non verificata prima che si dia ingresso e concreta attuazione alla espressa richiesta della parte in tale senso formulata; in sede di riesame il dato assume tale connotazione di definitività probatoria solo quando la parte sia stata posta in condizione di verificare quella conformità, esercitando il richiesto diritto di accesso»<sup>12</sup>. Nel caso di specie, dunque, quando il difensore chiede di ascoltare solo le conversazioni il cui contenuto è stato trascritto dalla polizia giudiziaria ed è stato poi posto a fondamento del provvedimento coercitivo, eventuali inadempimenti del P.M. incidono sulla mera utilizzabilità di tale elemento probatorio, con la conseguenza che il Tribunale *de libertate* deve decidere sulla sussistenza del quadro indiziario prescindendo dagli elementi ricavabili dalla captazione delle conversazioni.

Diversa invece deve essere la conclusione quando la difesa chieda si proceda al deposito di files audio relativi a conversazioni — pur intercettate in sede di indagini, ma — non fatte oggetto di trascrizione e quindi non considerate in sede di adozione del provvedimento cautelare. In tale ipotesi infatti ritornano di attualità le considerazioni svolte in precedenza. Quando dunque la difesa contesti l'attribuzione di significato che la pubblica accusa ha operato con riferimento ad una conversazione intercettata e all'uopo, onde consentire una ricostruzione del senso del dialogo fra le parti diversa da quella presentata nel provvedimento cautelare, chieda si proceda all'audizione di ulteriori conversazioni, la mancata soddisfazione di tale istanza — *sub specie* di mancato invio al Tribunale del riesame dei files audio riproducenti le conversazioni cui la difesa intendeva riferirsi — si traduce in una omessa trasmissione di atti favorevoli all'imputato sanzionata con la perdita di efficacia della misura.

Non ci pare si tratti di una conclusione eccessiva nelle sue conseguenze pratiche e operative. È evidente, infatti, che la sanzione dell'inefficacia del provvedimento coercitivo non potrà essere applicata ogni qualvolta la difesa genericamente richieda che l'accusa provveda alla trasmissione in sede di riesame di tutte le conversazioni intercettate in sede di indagini — siano esse state trascritte o meno dalla polizia giudiziaria —, senza però specificare la rilevanza difensiva di alcuno di tali colloqui ma limitandosi a prospettare la necessità di interpretare gli elementi probatori posti a base della misura cautelare alla luce delle plurime conversazioni ascoltate durante le investigazioni. Piuttosto, conformemente alle indicazioni che in proposito ha più volte fornito la giurisprudenza, deve ritenersi che «il comma 5 dell'art. 309 c.p.p. circoscrive l'obbligo di trasmissione ai soli

<sup>9</sup> GAETA, *op. cit.*, 65.

<sup>10</sup> Cass., Sez. I, 13 maggio 2010, C., in *Mass. Uff.*, 247465.

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 25 febbraio 2010, Sabbadin, in *Mass. Uff.*, 246785.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Per. e Proc.*, 2010, 804.

elementi di segno favorevole per il ricorrente e grava su quest'ultimo l'onere di dimostrare in dettaglio, avanti al Tribunale del riesame, il senso favorevole degli elementi contenuti negli atti non trasmessi»<sup>13</sup>; sarà quindi onere del difensore dimostrare come la portata accusatoria del contenuto di una conversazione richiamata nel provvedimento cautelare impugnato possa essere scardinata o comunque fortemente ridimensionata alla luce di altri colloqui parimenti ascoltati nel corso delle fasi investigative e di cui si chiede l'audizione in sede di ricorso *de libertate*: quando però tale istanza sia avanzata e tale obbligo di indicazione analitica delle conversazioni rilevanti per la posizione difensiva sia stato adempiuto, la condotta di inerzia del P.M. non potrà essere colpita dalla sola sanzione dell'inutilizzabilità di alcuni elementi probatoria ma determinerà l'inefficacia del provvedimento impugnato ai sensi dei citati commi 5 e 10 dell'art. 309 c.p.p.

FILIPPO GIUNCHEDI

## Rimedi minimi a tutela del diritto di difesa

SOMMARIO: 1. Valutazione delle captazioni in materia cautelare. — 2. Distribuzione dell'onere di diligenza tra P.M. e difensore. — 3. Tempestiva fornitura dei *files* audio alla difesa. — 4. L'incidenza dell'omessa o ritardata ostensione dei supporti magnetici nel giudizio immediato "custodiale".

### 1. Valutazione delle captazioni in materia cautelare.

Quella della *discovery* degli originali dei *files* audio costituenti la fonte autentica della prova per intercettazioni era una questione (apparentemente) sommersa prima della pronuncia costituzionale n. 336/2008<sup>1</sup>.

Sulla scorta dell'*obiter dictum* della Consulta nella prassi le difese hanno incominciato, seppur timidamente, a richiedere la messa a disposizione dei supporti magnetici onde valutarne la rispondenza ai c.d. "brogliacci" utilizzati per legittimare il provvedimento cautelare. A onor del vero l'enunciazione del principio della Corte costituzionale secondo cui «è costituzionalmente illegittimo l'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che dopo la notifica o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate», seppur apprezzabile a livello di garanzie, difetta, come spesso accade nelle pronunce di illegittimità costituzionale, di profili pratico-operativi, tale da renderlo *self-executing*<sup>2</sup>. Di talché, a fronte di una prassi refrattaria al *dictum* costituzionale, sono intervenute le Sezioni unite che con un'articolata decisione hanno specificato che «l'illegittima compressione del diritto di difesa, derivante dal rifiuto o dall'ingiustificato ritardo del P.M. nel consentire al difensore [...] l'accesso alle registrazioni di conversazioni intercettate e sommariamente trascritte dalla polizia giudiziaria nei cosiddetti brogliacci di ascolto [...] dà luogo ad una nullità di ordine generale a regime intermedio, ai sensi dell'art. 178, lett. c), c.p.p. [...] qualora tale vizio sia stato ritualmente dedotto in sede di riesame [...] le suddette trascrizioni non possono essere utilizzate come prova nel giudizio *de libertate*»<sup>3</sup>.

Le ricadute sul piano pratico si risolvono nella dimostrazione da parte dell'istante, nel giudizio successivamente instaurato ai sensi dell'art. 311 c.p.p., dell'efficienza causale della eventuale divergenza tra il contenuto dei brogliacci utilizzati per la richiesta da parte del P.M. e per la conseguente applicazione da parte del giudice della misura cautelare, tale da comportare una diversa interpretazione da offrire al contenuto delle captazioni<sup>4</sup>. La Corte di cassazione, effettuata una valutazione in termini di resistenza dell'apparato motivazionale agli apporti gnoseologici dei contenuti dei *files* audio, dovrà annullare con rinvio per nuovo esame da parte del Tribunale della libertà in ossequio alle nuove emergenze conoscitive.

Si tratta, come è evidente, di prospettive nuove che importano una diversa etica comportamentale dei soggetti processuali protagonisti della parentesi cautelare a fronte di quella che è stata definita una «inutilizzabilità *pro tempore* a richiesta delle conversazioni [...] fino al momento in cui la difesa abbia acquisito la materiale disponibilità dei *files* audio richiesti»<sup>5</sup> che, in concreto, si «atteggia come una vera inutilizzabilità probatoria»<sup>6</sup> nel giudizio *de libertate*. D'altronde ciò risponde a quel diritto all'effettività della difesa non nuova al nostro ordinamento e che, sempre in materia cautelare, ha portato le Sezioni unite a ritenere affetto da nullità l'interrogatorio di garanzia della persona sottoposta a misura cautelare «quando non sia stato preceduto dal deposito nella cancelleria del giudice, a norma dell'art. 293 c.p.p., dell'ordinanza applicativa, della richiesta del P.M. e degli atti con essa presentati [con conseguente effetto finale costituito dalla] perdita di efficacia della misura»<sup>7</sup> e, più di recente, a ritenere viziata da nullità (di ordine generale) la convalida di una misura pre-cautelare ogni qualvolta al difensore sia negato «di esaminare ed estrarre copia degli atti su cui si fonda la richiesta di convalida del fermo o dell'arresto e di applicazione della misura cautelare»<sup>8</sup>.

Il P.M., quindi, dovrà predisporre in tempo utile un apparato tale da poter assolvere alla richiesta di copia nei ristretti tempi scanditi per il controllo *de libertate* tanto in sede d'interrogatorio di garanzia quanto e soprattutto davanti al Tribunale del riesame.

La difesa e l'indagato, a loro volta, non potranno più offrir credito ai sintetici riassunti contenuti nella richiesta cautelare e nella conseguente ordinanza di cattura, ma a maggior ragione, sulla scorta degli effetti invalidanti dell'omessa o ritardata consegna dei supporti magnetici contenenti le conversazioni captate, non potranno più esimersi — ogni qualvolta le captazioni assumano incidenza rilevante nella definizione del quadro indiziario — dalla richiesta e dal conseguente ascolto degli stessi, tanto che le Sezioni unite non escludono che, in caso di annullamento del provvedimento cautelare per la mancata o ritardata consegna di copia dei supporti magnetici contenenti le conversazioni captate, il P.M. possa reiterare la richiesta di cattura al G.I.P. e questi accoglierla<sup>9</sup>.

I giudici a fronte di questo innovato meccanismo di verifica della fedeltà dei brogliacci all'effettivo contenuto delle conversazioni, non potranno più rifiutare l'ascolto in diretta delle conversazioni oggetto di contestazione e, per una visione d'insieme, anche di tutte le altre<sup>10</sup>.

Solo da uno sforzo sinergico in tal senso si potranno evitare evidenti scollature tra il piano indiziario emergente in sede cautelare rispetto a quello potenzialmente ripristinabile in sede cognitiva quando le scansioni meno repentine dovrebbero, in via di principio, consentire alla difesa di prendere cognizione dei contenuti effettivi delle conversazioni. D'altronde ciò risponde agli insegnamenti di quella giurisprudenza estremamente garantista che tende a sovrapporre il quadro indiziario emergente in sede di merito con quello cautelare, ove l'unico limite è costituito dal fatto che quest'ultimo è potenzialmente mutevole per gli eventuali apporti derivanti dalla progressione delle indagini<sup>11</sup>.

<sup>13</sup> Cass., Sez. VI, 28 marzo 2003, Randazzo, in *Mass. Uff.*, 225451; Id., Sez. III, 9 ottobre 2002, Omozogie, *ivi*, 225402.

<sup>1</sup> Corte cost., sent. n. 336/2008 con osservazioni di ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3765.

<sup>2</sup> GAETA, *Le Sezioni unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 79.

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 804.

<sup>4</sup> SCIPPA, *L'interpretazione del "linguaggio criptico" nelle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 591.

<sup>5</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, in *www.cass.net*, 2010.

<sup>6</sup> GAETA, *op. cit.*, 82.

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., 28 giugno 2005, Vitale, in *Cass. Pen.*, 2005, 3260.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 30 settembre 2010, Germaneau, con nota di GAETA, *cit.*, 80.

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, *cit.*

<sup>10</sup> ILLUMINATI, *op. cit.*, 3765.

<sup>11</sup> Cass., Sez. I, 4 maggio 2005, Lo Cricchio, in *Mass. Uff.*, 232601.

## 2. Distribuzione dell'onere di diligenza tra P.M. e difensore.

Due pronunce della Cassazione, tendenzialmente antitetiche tra loro, offrono l'idea delle possibili perequazioni interpretative della convincente decisione a Sezioni unite.

Nella prima<sup>12</sup> i giudici di legittimità hanno effettuato un percorso motivazionale teso a delegittimare la richiesta della difesa al P.M. ogni qualvolta venga effettuata a ridosso dell'udienza di riesame (nel caso di specie due giorni). La Cassazione, in particolare, si pone il problema della «distribuzione dell'onere di diligenza tra il P.M. ed il difensore» dando atto comunque che il diritto del difensore ad ottenere la trasposizione su supporto sorge dal momento del deposito del provvedimento cautelare, ma che l'obbligo-dovere del P.M. di provvedervi vada temperato con la complessità delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni. Quindi, il ristretto lasso temporale che divide il deposito dell'ordinanza cautelare e l'eventuale udienza di riesame impone al difensore una tempestiva attivazione che costituisce un onere per vedersi riconosciuto, a fronte dell'omesso assolvimento della duplicazione o del ritardo nella consegna, il «diritto» all'annullamento dell'ordinanza di conferma dell'ordinanza impositiva della misura coercitiva da parte del Tribunale della libertà per nuovo esame della regudicanda cautelare in relazione alla prospettata decisività per incrinare il quadro indiziario ad opera delle conversazioni captate e utilizzate nell'ordinanza cautelare.

I temi introdotti dalla non condivisibile decisione aprono nuovi scenari nella prospettiva della difesa.

Suscita perplessità, innanzi tutto, che il diritto venga garantito al solo difensore e non anche a colui che viene attinto dal provvedimento cautelare, nonostante depongano in tal senso gli artt. 268, comma 6, e 309, comma 8, c.p.p. Non appare plausibile pensare all'esclusione dell'indagato a causa dell'impossibilità oggettiva di recarsi fisicamente presso la segreteria della procura in quanto può profilarsi sia la possibilità che egli deleghi persona di fiducia (come un familiare) — soprattutto nell'ipotesi in cui si trovi in stato di detenzione — che vi si rechi personalmente qualora la misura applicata non sia custodiale. Questo può, a maggior ragione, verificarsi quando non sia stata effettuata una nomina difensiva fiduciaria.

Allo stesso tempo non convince l'interpretazione della Cassazione secondo cui la difesa debba attivarsi immediatamente, non potendosi altrimenti dolere dell'indisponibilità dei *files*, posto che il breve lasso di tempo non consente nemmeno di comprendere se si tratti di diniego all'accesso o impossibilità del P.M. di adempiere nelle repentine cadenze che dividono la richiesta dall'udienza davanti al Tribunale della libertà. L'argomentazione dei giudici di legittimità appare priva di pregio in quanto, disancorata dalle variegate possibilità che si possono verificare, come l'avvicinarsi dei difensori e l'insorgere di una diversa impostazione difensiva o la necessità di consultare le registrazioni autentiche a seguito della lettura di tutti gli atti posti a supporto della richiesta cautelare.

Un ulteriore profilo che spesso viene trascurato è costituito dalla necessità di far elaborare da un consulente tecnico tutte le informazioni emergenti dall'ascolto della fonte originaria di prova per intercettazione. Questi, già in difficoltà a gestire l'incarico nelle ristrette cadenze del procedimento di riesame, deve redigere un elaborato nell'arco di pochi giorni.

E non si dimentichi l'importanza che spesso assume l'apporto dell'indagato nell'imbastire la linea difensiva. Se per l'imputato che non si trova *in vinculis* diviene facile questa attività di ausilio al proprio legale, non altrettanto è a dirsi quando questi si trovi ristretto in carcere essendo spesso necessario l'ascolto per ore e ore, se non addirittura giorni, ma soprattutto dovendo godere della disponibilità del direttore del carcere a consentire al difensore di introdurre l'attrezzatura necessaria per consentire l'ascolto all'interessato. Ed è ovvio che questa possibilità viene frustrata in radice per i detenuti in regime carcerario differenziato *ex art. 41 bis* ord. penit. che possono fruire di soli tre colloqui alla settimana di un'ora ciascuno.

I problemi organizzativi dell'autorità non possono menomare le *chances* di difesa che, stando all'interpretazione offerta dalla Corte costituzionale, si concretizza «nella possibilità di ottenere una copia della traccia fonica»<sup>13</sup>. Nella decisione *Vinci* sembrano prevalere i problemi organizzativi della Procura, trapelando un

onere di immediata attivazione da parte della difesa, in mancanza della quale alcuna responsabilità grava sull'organo inquirente.

## 3. Tempestiva fornitura dei files audio alla difesa.

Differente è l'approccio di altra decisione della Cassazione<sup>14</sup> secondo cui ai fini dell'utilizzazione a scopi cautelari non è necessario che il P.M. produca al G.I.P. ed eventualmente al Tribunale della libertà «la relativa documentazione (*id est*, i verbali contenenti le trascrizioni sommarie e le bobine registrate)». La pronuncia, seppur soddisfacente sul piano dell'effettività delle garanzie difensive, sorvola il problema del diniego della ritardata riproduzione dei *files* audio, in quanto, a fronte di una congrua motivazione, il comportamento del P.M. verrà avallato senza effetti in sede di controllo *de libertate*.

Rilevante per l'analogia con l'ipotesi in esame è il caso della motivazione postuma dei decreti circa l'indisponibilità degli impianti di captazione installati nei locali della procura alla quale le Sezioni unite<sup>15</sup> hanno offerto soluzione non soddisfacente quanto ai riflessi pratici, consentendo comodi *escamotages* sul piano motivazionale, tali da eludere i principi sottesi alla decisione. È necessario, quindi, che si trovi una soluzione volta a rendere disponibili fin dalla richiesta della difesa (e, aggiungiamo noi, della persona attinta dall'ordinanza cautelare) le copie dei verbali delle operazioni di intercettazione e delle copie foniche delle captazioni, senza che possibili problemi organizzativi dell'ufficio di procura ledano gli inderogabili diritti in capo alla difesa.

Suggeriamo, sulla scorta del *dictum* della Consulta, che il P.M. nel momento stesso in cui effettua la richiesta cautelare al giudice debba essere nelle condizioni di effettuare le riproduzioni secondo i tempi previsti in tema di copia, predisponendo *ex ante* un apparato tale da garantire l'ostensibilità e la riproducibilità dei *files* audio. Siamo consapevoli che ciò potrebbe comportare dei costi inutili per le procure, ma sicuramente si tratta di interesse che viene in secondo piano rispetto a quello previsto dall'art. 24 Cost. Sono queste le ragioni per cui la soluzione offerta dalla sentenza *Russo*, seppur pregevole, non consente approdi sul piano pratico lasciando irrisolta la questione e offrendo solo la soluzione ai pubblici ministeri per inibire l'ascolto o la copia dei *files* contenenti le registrazioni.

Altro profilo, apparentemente di natura pratica, è quello che attiene alla possibilità di operare l'ascolto nell'udienza *de libertate*, laddove, superato il problema della conciliabilità dei tempi legati alla praticabilità di tale soluzione con le cadenze repentine del procedimento di riesame, emerge quello tecnico attinente la predisposizione dell'attrezzatura, menomando così le prospettive difensive degli imputati meno abbienti.

E allora non appare peregrina la soluzione offerta da chi suggerisce che «i termini per la pronuncia da parte del Tribunale del riesame possano essere dichiarati sospesi da parte dello stesso organo»<sup>16</sup>. Soluzione a nostro avviso praticabile previo consenso dell'indagato a protrarre oltre le cadenze di cui all'art. 309, comma 9, c.p.p. la misura cautelare.

## 4. L'incidenza dell'omessa o ritardata ostensione dei supporti magnetici nel giudizio immediato "custodiale".

Sarebbe restrittivo considerare l'incidenza dell'omessa o ritardata ostensione dei supporti magnetici e dei brogliacci di ascolto al solo procedimento cautelare in quanto la questione affiora prepotentemente nel giudizio immediato c.d. «custodiale» ove è prassi in talune procure di non depositare i *files* audio e i verbali delle operazioni in nome della segretezza, chiedendo l'autorizzazione al ritardato deposito.

La soluzione va ricercata in duplice prospettiva. La prima attiene al presupposto per procedere al rito previsto dall'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. che ai sensi del successivo comma 1 *ter*, legittima il P.M. a questa opzione solo se è stato definito il «procedimento di cui all'art. 309, ovvero dopo il decorso dei termini per la proposizione del riesame». Tralasciando gli aspetti relativi alla praticabilità di una soluzione che esautorale le conseguenze derivanti dall'eventuale controllo di legittimità, stando al *trend* seguito in giurisprudenza, la conferma dell'ordinanza di custodia cautelare da parte del Tribunale della libertà assurge a vera e propria condizione del procedere che nell'ipotesi di vizio relativo alla possibilità di accedere alle registrazioni delle comu-

<sup>12</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, cit.

<sup>13</sup> Corte cost., sent. n. 336/2008, cit.

<sup>14</sup> Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, Russo ed altro, in *Giur. It.*, 2011, 180.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Cass. Pen.*, 2004, 1217.

<sup>16</sup> GAETA, *op. cit.*, 80.

nicazioni intercettate poste a fondamento del provvedimento coercitivo, pur attenendo alla procedura di controllo del titolo cautelare, mina *funditus* l'ortodosso esercizio dell'azione penale.

Ci si trova, inoltre, di fronte ad un paradosso costituito dal fatto che il presupposto legittimante la domanda di processo nelle forme di cui all'art. 453, comma 1 *bis*, c.p.p. si fonda sui gravi indizi di colpevolezza fondati su un *dossier* cautelare potenzialmente diverso rispetto a quello del fascicolo di indagine. E ciò vale a maggior ragione qualora la decisione cautelare su cui si fondano i gravi indizi di colpevolezza non consideri le conversazioni "originali" che, come visto, potrebbero offrire una diversa chiave di lettura.

Il secondo aspetto che merita di essere sottolineato è legato al diritto di difesa sia nell'ipotesi di giudizio che prosegue nelle forme ordinarie sia in quella di opzione per i riti alternativi, ove deve considerarsi il breve lasso di tempo che consente ad imputato e difensori di valutare il fascicolo delle indagini nella sua interezza per la mancata o ritardata riproduzione dei *files* audio e dei verbali di ascolto che privano il difensore degli strumenti indefettibili per valutare l'effettiva consistenza della prova per intercettazioni.

Palese, quindi, anche da questa angolatura la lesione del diritto di difesa che solo l'immediata disponibilità dei supporti magnetici e dei brogliacci consente di superare.

DANIELE CENCI

## La prova per intercettazione tra resistenze della prassi e diritto assoluto della difesa alla conoscenza degli atti

SOMMARIO: 1. La richiesta tempestiva dei *files* audio. — 2. Motivazione del P.M. — 3. La tardività oggettiva della richiesta difensiva. — 4. Prudenza del "buon padre di famiglia". — 5. Suggerimento di una soluzione radicale.

### 1. La richiesta tempestiva dei *files* audio.

Le sentenze *Vinci*<sup>1</sup> e *Russo*<sup>2</sup> sono, a quanto risulta, le prime occasioni in cui il giudice di legittimità fa concreta applicazione di uno dei principi-cardine posti dalle Sezioni unite nella nota sentenza *Lasala* in tema di intercettazioni<sup>3</sup>.

Proseguendo nell'*iter* logico tracciato dalle Sezioni unite<sup>4</sup>, con particolare riferimento al ritenuto onere difensivo di chiedere tempestivamente copia delle registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento di una richiesta cautelare, poi accolta, onere il cui assolvimento è ricostruito come sindacabile (così come è sindacabile, secondo le Sezioni unite, il rifiuto, espresso o per *facta concludentia*, del P.M. di mettere a disposizione della difesa le registrazioni delle conversazioni intercettate trasmesse insieme alla richiesta), nel primo caso la Corte ha respinto il ricorso, nel secondo la Corte l'ha accolto.

### 2. Motivazione del P.M.

Partendo da quest'ultima, la questione decisa nella sentenza *Russo* si incentra su ricorso difensivo avverso decisione del Tribunale per il riesame di Roma che, nel confermare ordinanza impositiva di misura cautelare, aveva disatteso specifica eccezione incentrata sulla mancata ostensione e riproduzione in favore della difesa delle registrazioni di conversazioni intercettate. Dalla motivazione<sup>5</sup> di tale sentenza della Corte di legittimità si ricava agevolmente in punto di fatto: che la difesa aveva chiesto copia fonica delle intercettazioni; che il P.M. non aveva rilasciato quanto richiesto, senza spiegare alcunché; che alcuna duplica-

zione era stata trasmessa al giudice del riesame; che il Tribunale della libertà, nel confermare la ordinanza del G.I.P., aveva — tra l'altro — argomentato circa la ritenuta intempestività della richiesta dell'avvocato volta a ottenere le duplicazioni dei supporti su cui sono incise le registrazioni.

La Cassazione ha annullato con rinvio la decisione del Collegio *de libertate*, espressamente richiamando in motivazione le Sezioni unite *Lasala*, con specifico riferimento al profilo del ritenuto onere difensivo di chiedere tempestivamente copia delle registrazioni delle intercettazioni poste a fondamento della richiesta, accolta, di emissione di provvedimento cautelare: il perno della motivazione è nel rilievo che «non risulta che nella specie il P.M. inadempiente abbia motivato alcunché in relazione al mancato rilascio della copia fonica domandata dalla difesa»<sup>6</sup>.

### 3. La tardività oggettiva della richiesta difensiva.

Il sindacato sulla congruità, impossibile da effettuarsi, come si è visto, nel caso che precede, poiché il rifiuto del P.M. di rendere disponibili alla difesa le registrazioni non era provvedimento ma coincideva con un comportamento omissivo, viene invece svolto sia dal giudice del riesame sia dalla Cassazione nella ulteriore vicenda affrontata nella sentenza *Vinci*, con specifico oggetto però la tempistica della istanza difensiva di copia.

Andando al cuore della decisione, la Corte di legittimità ha ritenuto in tale occasione intempestiva, in quanto tardiva, la richiesta avanzata dall'avvocato a due giorni dalla camera di consiglio del Tribunale per il riesame<sup>7</sup>: ha stimato cioè, in buona sostanza, incongruo il termine di circa quarantotto ore e, pertanto, ha rigettato il ricorso difensivo.

Sia consentito dissentire da tale ultima decisione, della cui fragilità è indice la ripetizione in motivazione, per due volte in nove righe, del concetto che la richiesta defensionale sarebbe "oggettivamente" tardiva, almeno così come in concreto avanzata, sia sotto il profilo di un'organizzazione, anche ipoteticamente, ottimale dell'ufficio di Procura tenuto ad evadere la richiesta, sia sotto il profilo della effettività del diritto di difesa in breve termine nel caso concreto, in cui la complessità della situazione (che la Corte, pur nella chiara consapevolezza che si tratta di aspetto devoluto al giudice di merito, deduce del contenuto articolato e corposo dei motivi aggiunti) avrebbe, ad avviso della Cassazione, imposto un'istanza meno prossima all'udienza camerale del Tribunale per il riesame.

Di "oggettivo" invece, contrariamente a quanto ritenuto dalla suprema Corte, nella vicenda esaminata vi è davvero ben poco, perché far dipendere, come ritiene la Cassazione, la "tenuta" o meno di una misura cautelare dalla verifica, in concreto, dell'esatto adempimento dell'onere di diligenza, distribuito «tra il P.M. (autorità giudiziaria cui va rivolta la richiesta e cui compete l'adempimento) e il difensore (unico soggetto legittimato alla richiesta), in relazione al tema della tempestività della richiesta medesima in relazione all'udienza del Tribunale per il riesame»<sup>8</sup> è, in realtà, quanto di meno oggettivo si possa ipotizzare. Lo sforzo motivazionale della VI Sezione, a ben vedere, pur appellandosi alla lettera, finisce per tradire il senso profondo della pregevole ricostruzione operata dalle Sezioni unite, ad avviso delle quali, attraverso un percorso argomentativo particolarmente paziente, puntuale e profondo, il tema della "prova per intercettazioni" in fase cautelare è incentrato sui seguenti essenziali principi: sussiste un onere di tempestiva richiesta da parte del difensore rispetto alle scadenze processuali, con particolare riferimento all'art. 309 c.p.p.; si sottolinea, «sotto il profilo organizzativo, la opportunità che il P.M., al momento di formulare la richiesta del provvedimento cautelare, si attrezzi anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla sentenza della Corte costituzionale» n. 336/2008<sup>9</sup>; inoltre, «tenuto conto della complessità o meno delle operazioni di duplicazione delle intercettazioni [...] ove il P.M. ritenga che le copie [delle registrazioni, telefoniche o ambientali] richieste non possano, per tali o similari motivi, essere rilasciate tempestivamente, si prospetta al riguardo un suo onere di congrua motivazione che dia conto di

<sup>1</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, *Vinci*, in *www.cass.net*, 2010.

<sup>2</sup> Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, *Russo* ed altro, in *Giur. It.*, 2011, 180.

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, *Lasala*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 804.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, *Lasala*, cit.

<sup>5</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, *Russo* ed altro, cit.

<sup>6</sup> Così Cass., Sez. II, 7 luglio 2010, *Russo* ed altro, cit.

<sup>7</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, *Vinci*, cit.

<sup>8</sup> Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, *Vinci*, cit.

<sup>9</sup> CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861.

tale impossibilità, sulla stessa, poi, dovendosi esercitare il controllo del giudice della cautela, solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni, non avendo quest'ultimo la disponibilità dell'intero compendio delle attività captative<sup>10</sup>; ne consegue che la richiesta, semplicemente inevasa oppure disattesa, potrà essere oggetto di sindacato da parte del Tribunale per il riesame; ove il Tribunale in sede di impugnazione ex art. 309 c.p.p. ritenga incongruo il rifiuto opposto dal P.M., non potrà tenere conto delle intercettazioni il cui contenuto la difesa non sia stata posta in grado di ascoltare; il Tribunale della libertà dovrà, conseguentemente, procedere alla c.d. prova di resistenza delle residue fonti di prova, per verificare se la ordinanza debba essere confermata, previa esclusione, perché inutilizzabile<sup>11</sup>, del contenuto delle registrazioni non poste a disposizione della parte privata; tuttavia, in alternativa, il giudice del riesame potrebbe, con valutazione prudentemente discrezionale, acquisire d'ufficio le registrazioni, naturalmente nel rispetto dei termini — perentori — dell'art. 309 c.p.p.

#### 4. Prudenza del "buon padre di famiglia".

La ricostruzione delle Sezioni unite è ampiamente argomentata nella struttura, pazientemente tessuta nella trama e nobile negli intenti. Essa ruota attorno a tre concetti: due oneri dai confini necessariamente indefiniti (1. onere di "tempestiva" richiesta da parte della difesa interessata ad avere accesso diretto alle registrazioni; 2. onere del P.M. di dare "adeguata" motivazione all'eventuale diniego), perché in sostanza incentrati sulla correttezza delle parti, e una facoltà ufficiosa estremamente discrezionale (potere del Tribunale della libertà di acquisire o meno ed esaminare direttamente le registrazioni). Presuppone, pertanto, la sussistenza in capo ai magistrati di una discrezionalità giudiziaria, non tipizzata e non tipizzabile *a priori*, di una speciale impalpabile prudenza, che nel codice civile sarebbe definita "del buon padre di famiglia" e che purtroppo nelle aule è sempre meno manifesta.

Le Sezioni unite, insomma, "volano alto", adottando una decisione la cui *ratio* risiede nella corretta applicazione di una terna di regole di latitudine tale da poter essere utilizzate con apprezzabili risultati di giustizia soltanto da magistrati e da avvocati forniti delle qualità di prudenza e di misura particolarmente apprezzate da Calamandrei e che però, proprio per la estensione, rischiano di essere vanificate nella pratica, in cui gli slanci eccessivamente alti della dottrina e della giurisprudenza più illuminate vengono talvolta frenati dalla predilezione troppo spesso manifestata dagli operatori per regole certe, persino trancianti, e per interpretazioni di vaga risalezza burocratica. Sicché è prevedibile che la analitica ricostruzione "di sistema" delle Sezioni unite verrà meno metabolizzata dal corpo giudiziario e curiale del semplice concetto espresso dalla richiamata sentenza della VI Sezione penale n. 32751/2010: la tardività della richiesta difensiva avanzata con sole quarantotto ore di anticipo, insomma, ha buone probabilità di divenire un *Leitmotiv*, se non un ritornello, giurisprudenziale, meno l'articolata trama tessuta dal Relatore della pregevole decisione delle Sezioni unite della Cassazione. Non conforta, infatti, da un punto di vista generale, lo spasmodico ricorso, in motivazioni di sentenze di merito, così come in memorie ed impugnazioni, a precedenti inseriti *ad colorandum* (quando non addirittura a sproposito) più che per effettivo bisogno argomentativo. A riprova ulteriore, ove mai occorra, che la rapidità della ricerca informatica delle massime mediante i moderni strumenti, di per sé, non aiuta la Giustizia.

L'alto insegnamento delle Sezioni unite sulla "prova per intercettazioni" rischia, dunque, in primo luogo, di essere vanificato dai pubblici ministeri, l'invito ai quali ad attrezzarsi "in prevenzione", predisponendo copie, anche dei *files* audio, prima della esecuzione della misura, in quanto mera sollecitazione ad una leale collaborazione sprovvista di alcun meccanismo ordinamentale attuativo, non è attualmente esigibile (così degradandosi un diritto ad una mera supplicazione) e comunque dovrà fare i conti con un prevedibile atteggiamento di "resistenza" culturale incentrato sulla — non originale — problematica delle difficoltà operative e delle carenze strutturali. Inoltre, non è agevole definire quale sia il livello motivazionale adeguato e

sufficiente per essere ritenuto "congruo" prima dal giudice del riesame, peraltro, secondo le Sezioni unite, esclusivamente sulla base delle prospettazioni rappresentate dal P.M.<sup>12</sup>, e poi, in sede di valutazione di legittimità, cioè senza accesso agli atti, da parte della Cassazione, con il rischio, in buona sostanza, di "appiattimento" su valutazioni di parte sostanzialmente autoreferenziali.

Un punto fermo, almeno, dovrebbe esserci: dalle motivazioni della Corte di legittimità in precedenza richiamate si trae la convinzione che il rifiuto immotivato, vuoi espressamente ("visto, si rigetta") vuoi per *facta concludentia* (comportamento inerte), è sempre, in quanto tale, illegittimo, con le conseguenze illustrate dalle Sezioni unite (e cioè la impossibilità di utilizzare nella valutazione del riesame le registrazioni non poste a disposizione della difesa). Perplessità potrebbero sorgere in relazione a motivazioni reiettive fisicamente riscontrabili ma in sostanza solo "apparenti".

La circostanza che la valutazione sulla congruità della motivazione reiettiva<sup>13</sup> possa essere ancorata esclusivamente alle prospettazioni rappresentate dal P.M. si presta al rischio di conferme di tipo burocratico, e ciò maggiormente ove il processo sia più complesso (*ergo*: più delicato), proprio sotto il profilo della quantità delle fonti di prova, la cui mole potrebbe paradossalmente assurgere a modello-*standard* di diniego; con il conseguente, non peregrino, rischio di compressione del diritto di difesa proprio nei casi di accuse più gravi e con applicazione di misure cautelari e di ingiustificata disparità di trattamento tra posizioni consimili sia in caso di procedimento unitario, ove le fonti di prova siano agevolmente distinguibili o distinte per ciascun indagato, sia, e ancor più intensamente, in caso di stralci.

Inoltre, l'alta aspirazione delle Sezioni unite a rimettere, in definitiva, a senso di giustizia e a misura la definizione, caso per caso, della tempistica adeguata per evadere la richiesta difensiva e, prima ancora, per esercitare correttamente la stessa, al fine di escludere comunque ogni uso strumentale e dilatorio del diritto volto a tentare di far caducare la misura per motivi puramente procedurali e non di merito<sup>14</sup>, rischia di essere vanificata dalla interpretazione che si darà dell'ulteriore elemento "mobile", accanto ai due di cui si è già detto (1. la congruità delle ragioni del diniego di copia; 2. la congruità del termine entro il quale viene avanzata l'istanza difensiva «rispetto alle scadenze temporali indicate dalle norme processuali»): la ampia discrezionalità del potere officioso del Tribunale per il riesame di acquisire le registrazioni, così come si è ritenuto per i decreti autorizzativi delle operazioni di intercettazione. Tale potere officioso, giudicato dalle Sezioni unite sussistente in uno spirito «del tutto consona e funzionale a quella "logica di tipo sostanziale" che caratterizza l'attività del Tribunale del riesame nel controllo e nella valutazione del quadro indiziario [... comunque] entro l'improcrastinabile termine nel quale il Tribunale deve rendere la sua decisione, ai sensi dell'art. 309, comma 9, c.p.p.»<sup>15</sup>, potrebbe troppo facilmente essere condizionato dalle lacune di carattere materiale che contraddistinguono gli uffici giudiziari, da attendismo o da inerzia, quale ne sia la causa, del Tribunale del riesame, e, in ogni caso, appare connotato da una impronta sostanzialistica, espressamente evocata dalle Sezioni unite "a fin di bene". Tale approccio, tuttavia, non persuade appieno sia perché si presta ad applicazioni paternalistiche sia poiché, comunque, concettualmente mal si concilia con il ruolo di terzietà e di assoluta indifferenza ai risultati dell'attività del giudice deputato al controllo.

#### 5. Suggestimento di una soluzione radicale.

Soluzione che appare preferibile, a sommo avviso di chi scrive, è quella di valorizzare, in un ideale *continuum*, il discorso avviato dalle Sezioni unite nella motivazione della nota pronunzia del 2005, Vitale, e ribadito ed irrobustito dal recente intervento della Corte costituzionale che, nella richiamata pronunzia n. 336/2008 ha espressamente ritenuto che «la legittima pretesa difensiva di accedere alla prova diretta [...] può essere assicurata con la previsione [...] del diritto dei difensori di accedere alle registrazioni in possesso del P.M. Tale diritto deve concretarsi

<sup>10</sup> Così Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit.

<sup>11</sup> Inutilizzabilità discendente da nullità verificatasi nel procedimento per l'acquisizione della prova, come spiegato in motivazione da Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit.

<sup>12</sup> La congruità va infatti valutata «solo alla stregua di tali rappresentate prospettazioni» del P.M.: così al punto n. 7.7 della ri-

chiamata sentenza di Cass., Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit.

<sup>13</sup> Non necessita di motivazione il provvedimento di accoglimento dell'istanza difensiva.

<sup>14</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 24 giugno 2010, Vinci, cit.

<sup>15</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, cit.



nella possibilità di ottenere una copia della traccia fonica, secondo il principio già espresso da questa Corte con la sentenza n. 192/1997». Ebbene, già diciassette anni fa la sentenza della Consulta n. 192/1997, nel ritenere la illegittimità dell'art. 293, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia degli atti depositati nella cancelleria del giudice dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza cautelare, ha posto un caposaldo nella ricostruzione della delicata tematica in questione. Il riconoscimento, infatti, che «la mera conoscenza degli atti depositati dal P.M., non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta un'ingiustificata limitazione del diritto di difesa, che nel caso di specie si pone in irrimediabile contrasto con l'art. 24 Cost.» rappresenta, in disposto combinato con la recente pronuncia n. 336/2008, il cui *decisum* si è richiamato, un vero e proprio “punto di non ritorno” che non può certo essere intaccato né dalla evoluzione della tecnologia né da difficoltà, asserite o persino effettive, di ordine pratico.

Se, dunque, la Cassazione a Sezioni unite ha scelto la via di «letteralmente concepire una disciplina di dettaglio muovendo dall'unico presupposto certo: l'affermato diritto del difensore ad accedere alla traccia fonica»<sup>16</sup>, altra e praticabile soluzione, che si prospetta come maggiormente conforme al rango assoluto dei diritti di libertà e di difesa coinvolti, che mal tollerano di reggersi su valutazioni di congruità temporale e motivazionale, per loro natura soggettive, indefinite e difficilmente oggettivizzabili, e che appare inoltre rispettosa delle regole sulla presunzione di innocenza e sull'onere della prova, che pure vengono in considerazione, sarebbe stata, appunto in un *continuum* ideale con la decisione delle Sezioni unite del 2005, Vitale, quella di ritenere la nullità, con ogni conseguenza doverosa, dell'interrogatorio di garanzia che non sia non preceduto dalla concreta messa a disposizione, ove richiesto dal difensore, di copia dei *files* audio contenenti le registrazioni presentate a supporto della misura cautelare.

Si è consapevoli che quella proposta è soluzione radicale e foriera, probabilmente, di qualche disorientamento nella fase iniziale, ma essa appare maggiormente idonea a garantire il pieno esplicarsi del diritto di difesa e a ottenere il risultato, che le Sezioni unite *Lasala* auspicano come opportuno e che, invece, a questo punto, in un una lettura ampia e costituzionalmente orientata del sistema cautelare, appare necessario al fine di consentire l'effettivo esercizio della difesa, che quando il P.M. prepara la richiesta di misura cautelare già predisponga «anche preventivamente e per tempo per essere in grado di ottemperare tempestivamente al nuovo obbligo imposto dalla Corte costituzionale» nella sent. n. 336/2008.

Prevenendo eventuali obiezioni fondate sul diffuso “piagniteo” delle difficoltà di ordine pratico (il P.M. può nominare consulenti ed ha, in ogni caso, a sua disposizione la P.G., che non sembra essere in eccessivo affanno quando si tratta di eseguire determinate, spettacolari, “operazioni”), appare il caso di sottolineare che si ritiene pacificamente ammissibile che il P.M. possa far coprire con “*omissis*” parti di copie di verbali<sup>17</sup> nelle parti in cui permangono eventuali ragioni di segretezza o di riservatezza: analogamente, ricorrendo tali situazioni, deve ritenersi che l'accusa possa provvisoriamente far “coprire” o rendere incomprensibili determinate parti delle copie delle registrazioni delle conversazioni intercettate.

Il P.M. non ha il dovere di allegare alla domanda cautelare l'intero materiale a sua disposizione ma può depositare, a supporto della richiesta, solo i “brogliacci” e non le registrazioni delle conversazioni intercettate; ma la fonte di prova è il contenuto della conversazione registrata e non la trascrizione, la quale costituisce solo un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto; per l'effetto, il P.M., il quale non “deve” ma soltanto “può”, se ritiene, allegare alla richiesta cautelare i “brogliacci” riassuntivi di P.G., in luogo di una più tranquillizzante consulenza tecnica trascritta<sup>18</sup>, deve sapere preventivamente che, esercitando la legittima facoltà di trasmettere a supporto di richiesta cautelare soltanto i brogliacci, espone l'inchiesta al

“rischio” di dover consegnare, a semplice richiesta della difesa e senza ritardi “tattici”, copia integrale del supporto fonico contenente le registrazioni poste a fondamento di una richiesta cautelare.

Ne deriva anche che il P.M., ove intenda utilizzare una conversazione a supporto di una richiesta cautelare, dovrà preventivamente impartire le opportune disposizioni alla segreteria e alla polizia giudiziaria affinché siano, quantomeno, selezionate e predisposte le conversazioni da sottoporre al G.I.P., nella consapevolezza che, ove non sia lo stesso giudice a disporre l'ascolto, potrà richiederlo in ogni momento la difesa, che senza limiti dalla incerta estensione (“tempestivamente”) avrà diritto pieno ad accedere alle stesse, ad ascoltarle e a pretenderne copia su supporto leggibile, per il solo fatto della sussistenza del diritto, assoluto e incompressibile, di difendersi “sapendo”: si prospetta, in conclusione, come ermeneuticamente possibile in linea generale, ove l'esercizio del diritto di cui all'art. 24 Cost. sia stato compresso o rallentato, il verificarsi di una nullità del primo atto o provvedimento giudiziario successivo alla richiesta frustrata. Con le conseguenze di legge.

In conclusione, si condividono sia le riflessioni già da altri articolate in questa sede sia le soluzioni auspiccate, con particolare riferimento alla proposta di applicare alla trasmissione dei *files* audio la medesima disciplina degli atti favorevoli sopravvenuti e alla valorizzazione delle eventuali eccezioni difensive attinenti il contenuto delle registrazioni. Nella consapevolezza che ancora in salita è il cammino verso la piena realizzazione del diritto dell'incolpato di difendersi dalle accuse in una situazione connotata da insormontabile divario di mezzi rispetto a quelli che ha a disposizione il P.M. e che l'aspirazione ad una “giustizia giusta” passa ineluttabilmente attraverso la selezione, la formazione e la conservazione di giudici che siano davvero terzi rispetto alle parti.

SANDRO FURFARO

## In tema di contenuto dei decreti esecutivi

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il decreto esecutivo come atto motivato. — 3. Contenuto del decreto e presunzioni inammissibili. — 4. Contenuto del decreto e ascolto in deroga: a) sulle «eccezionali ragioni di urgenza». — 5. (*Segue*): b) sulla necessità del «tempestivo intervento». — 6. Contenuto del decreto e certezza delle operazioni nelle intercettazioni ambientali. — 7. Conclusione.

### 1. Premessa.

L'uso delle intercettazioni telefoniche — e più in generale l'ingerenza dell'autorità nelle comunicazioni vocali e visive tra privati — ha subito, almeno a far data dagli anni Settanta, un'evoluzione tale da potersi sostenere con poco margine di errore che tale strumento di indagine e di acquisizione della prova sia diventato il denominatore comune non soltanto dei processi penali italiani, ma di tutto ciò che intorno al processo penale ruota come conseguenza ovvero come prevenzione<sup>1</sup>.

Vasta è la produzione giurisprudenziale concernente la fase esecutiva delle intercettazioni. La materia è in continua evoluzione e nonostante se ne proclami ad ogni dove il riordino nell'ambito della più ampia rivisitazione dell'intera disciplina delle intercettazioni, si persiste ancora in atteggiamenti di attesa che, ingenerano seri dubbi sull'effettiva volontà di riordinare alcunché.

Della fase relativa all'esecuzione delle operazioni — regolata dagli artt. 267, comma 3 e 268 c.p.p. — si è soliti dire che

<sup>16</sup> GAETA, *Le Sezioni unite dopo l'intervento della Consulta dettano il decalogo della garanzia difensiva*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 79.

<sup>17</sup> Cass., Sez. II, 9 febbraio 2006, *Nota*, in *Cass. Pen.*, 2007, 2567; *Id.*, Sez. I, 5 marzo 1999, *Starona*, *ivi*, 2000, 1713.

<sup>18</sup> Non assimilabile per garanzia del contraddittorio alla perizia, che sarebbe inconciliabile con la segretezza dell'investigazione, ma certo maggiormente garantita degli appunti di P.G. dalla integralità dell'incarico e dalla estraneità dell'autore alle indagini.

<sup>1</sup> Il sistema prevede le intercettazioni preventive, autorizzate, senza l'intervento di alcun giudice, dal procuratore della Repubblica del luogo nel quale devono essere eseguite, a seguito di richiesta della polizia giudiziaria (che le esegue) quando questa «lo ritenga necessario al fine di controllare le persone nei cui confronti sia stata applicata una misura di prevenzione» (art. 16 L. 13 settembre 1982, n. 646, in tema di criminalità mafiosa).

comprenda attività di mero carattere formale che attengono principalmente alla documentazione degli atti di captazione (regolata altresì dall'art. 89 disp. att. c.p.p.), la cui inosservanza — almeno in linea di principio — non dovrebbe incidere direttamente sul rispetto delle garanzie minime che assicurano la copertura costituzionale delle intromissioni nella sfera dei diritti fondamentali di libertà di comunicazione e di segretezza del privato.

La realtà, però, è ben diversa e le possibilità concesse al P.M. determinano prassi invalse che si scontrano con quell'effettività dei controlli imposta dall'invasione della libertà altrui e, comunque, dalla conformità di quanto concretamente posto in essere rispetto a quanto consentito. Qui, nonostante le diverse attività constino dell'effettiva apprensione di contenuti di conversazioni private, le verifiche *in itinere* sono ovviamente impossibili e il naturale scivolamento di esse verso momenti successivi passa necessariamente (o dovrebbe passare) attraverso la motivazione del decreto del P.M. che, molto spesso, però, si presenta faticosamente sintonico rispetto alle indicazioni che, pur indicate sintetiche, sono imposte dalla legge a pena di inutilizzabilità di quanto intercettato.

L'ampliamento delle possibilità di apprensione di dati di comunicazione offerto dallo sviluppo tecnologico e scientifico consente, con facilità sempre maggiore, la violazione di spazi di riservatezza e l'esperienza giudiziaria degli ultimi anni offre la possibilità di registrare come l'utilizzazione di strumenti sempre più sofisticati per l'acquisizione di informazioni sia crescente in misura esponenziale anche rispetto al più recente passato. Si va dall'intercettazione per istradamento delle conversazioni su utenze estere, all'immissione della microspia nelle intercettazioni ambientali, fino alla possibilità di ascolto «per rimbalzo» di quanto intercettato dalla postazione di ascolto ad altra più utile per le indagini che, in mancanza di concrete e facilmente azionabili attività di verifica, impongono che nel decreto esecutivo sia dato conto dell'individuazione di esse in quanto modalità esecutive, al pari della specificazione delle direttive necessitate dalle esigenze che il caso concreto impone.

Purtroppo, così non è, e la risposta della prassi vagola sovente tra presunzioni e rigidità interpretative che, sospinte più dai risultati nel concreto conseguiti attraverso l'intercettazione che non dalla tutela delle posizioni soggettive sottostanti, determinano vere e proprie sacche di indeterminatezza e di indecisione.

Si dirà delle principali questioni fondamentali che si agitano con particolare insistenza intorno al contenuto del decreto esecutivo, dell'utilizzazione di impianti diversi da quelli esistenti presso gli uffici di procura e degli *incombenti successivi* — quali la trascrizione, anche sommaria, nel verbale del contenuto delle comunicazioni (art. 268, comma 2, c.p.p.), la trasmissione «immediata» dei verbali e delle registrazioni al P.M. e il loro deposito in segreteria «insieme ai decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione» per il tempo fissato dal P.M., eventualmente prorogabile dal giudice (comma 4), salvo che detto deposito non venga ritardato con autorizzazione del giudice, su richiesta del P.M. «quando può derivare grave pregiudizio per le indagini» non oltre la chiusura delle indagini preliminari (comma 5) — che, secondari soltanto in termini di accadimento, risentono anch'essi di un approccio poco consono alla tutela sostanziale, se la prassi prevalente ritiene non diano luogo ad alcuna sanzione processuale<sup>2</sup>.

## 2. Il decreto esecutivo come atto motivato.

Una confusione di fondo pare caratterizzare alcune indicazioni della prassi in punto di approccio alle questioni concernenti il contenuto del decreto esecutivo: quella tra provvedimento autorizzativo e provvedimento, appunto, esecutivo. È evidente che di confusione è a dirsi solo in senso lato; nel senso, cioè, di perseguire, attraverso la sovrapposizione della rilevanza giudica dei due atti, lo sconvolgente risultato di eludere la portata della norma di cui all'art. 271 c.p.p. in relazione, appunto,

ai vizi che affliggono il decreto esecutivo in relazione alle modalità, oltre che alla durata, delle intercettazioni<sup>3</sup>.

All'origine è forse la natura dell'atto — il decreto — e la generale impostazione secondo cui esso non debba essere motivato, laddove non diversamente disposto, a determinare equivoci. Di contro a ciò, però, si pone il chiaro disposto dell'art. 267, comma 3, c.p.p., secondo cui «il decreto [...] che dispone l'intercettazione indica le modalità e la durata delle operazioni»; cosicché pare essere abbastanza chiaro, non soltanto che il decreto, nel caso, deve essere motivato, ma che, esso, lungi dal correlarsi direttamente soltanto alle intercettazioni di urgenza di cui al precedente comma 2, è dovuto anche a tutte le operazioni di intercettazione, comprese, ovviamente, quelle preventivamente autorizzate dal giudice<sup>4</sup>.

Dal tenore della norma si ha, dunque, che, allorché il giudice autorizza le intercettazioni, il P.M. autorizzato deve poi emanare un autonomo decreto con il quale, appunto, «disporre» l'intercettazione, indicando all'uopo modalità di attuazione e durata.

La diversità di ambito operativo tra gli atti è evidente, posto che laddove al giudice richiesto di autorizzazione all'intercettazione (o di convalida di quella d'urgenza) è commesso il giudizio sulla sussistenza dei presupposti legittimanti l'intercettazione (limiti astratti di ammissibilità *ex art.* 266, sussistenza più o meno qualificata di indizi di reato, imprescindibilità assoluta del mezzo in relazione al proseguimento delle indagini), al P.M. è commessa, invece, l'individuazione e l'indicazione nel decreto esecutivo di tutto quanto risulti necessario — tanto *in fatto*, quanto *in diritto* — a rendere effettiva l'attività di intercettazione.

L'impiego dell'espressione «dispone l'intercettazione» che, nel corpo della norma di cui all'art. 267, comma 3, c.p.p., precede l'inciso concernente l'indicazione delle modalità e della durata delle stesse che il decreto esecutivo deve contenere, altro non sta a significare che questo: che è, appunto, il P.M. a stabilire il *come* l'autorizzazione intercettata debba avvenire<sup>5</sup>.

Ora, se il P.M. deve «indicare» le modalità di intercettazione è evidente che tale (dovuta) indicazione non può che riferirsi a tutto ciò che attiene all'acquisizione della prova nel caso concreto e in relazione a tutte le specificità che esso propone, concernenti non soltanto aspetti fattuali contingenti ma, con questi, anche e soprattutto tutti gli aspetti che, direttamente incidenti sulla legittimità dell'acquisizione, si pongono al di fuori dell'ambito delle competenze del giudice chiamato ad autorizzare l'attività intercettativa.

L'apprezzamento delle esigenze che caratterizzano il caso concreto e impongono l'adozione di modalità di volta in volta più utili allo scopo costituisce, al dunque, quella *situazione di fatto* che la norma di cui all'art. 267, comma 3, c.p.p. considera. Conseguenzialmente, dunque, che il decreto esecutivo debba essere sempre *motivato* (e non soltanto nel caso di utilizzazione di impianti di captazione diversi da quelli esistenti presso l'Ufficio di procura, come si vorrebbe sulla scorta dell'indicazione specifica contenuta nell'art. 268, comma 3, c.p.p.).

È chiaro che le disposizioni relative alle determinazioni esecutive (con l'art. 267, comma 3, quelle *ex art.* 268, comma 3, secondo periodo e comma 3 *bis*, c.p.p.), pur implicando, come detto, delle scelte operative sovente tutt'altro che necessitate<sup>6</sup>, individuano quei *minimi* di contenuto che, in una materia talmente insidiosa per gli effetti invasivi della sfera privata, devono essere indicati per consentire l'esercizio di tutte le possibilità di controllo sulle attività materiali di captazione, il risultato delle quali finirà per costituire prova nel processo.

Tali disposizioni, per altro, lette in rapporto con quelle che, s'è visto, definiscono le attribuzioni dell'organo dell'autorizzazione e la motivazione del relativo decreto, evidenziano, diversamente da come generalmente si ritiene, proprio l'impossibilità di implicare nell'atto esecutivo vero e proprio ciò che invece costituisce il presupposto necessario dell'attività di intercettazione, cosicché se in punto di modalità di esecuzione delle in-

<sup>2</sup> Così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 19 aprile 2001, Veshti, in *Cass. Pen.*, 690, in tema di omessa indicazione nel verbale del nome dell'ufficiale di P.G.; Id., Sez., 3 luglio 1991, Mirabile, *ivi*, 1993, 650; Id., Sez., I, 17 dicembre 1999, Santoro, *ivi*, 2001, 569; Id., Sez. VI, 15 novembre 1994, Rossi, in *Giust. Pen.*, 1995, III, 732, a proposito di avviso di deposito dei verbali e delle intercettazioni al difensore.

<sup>3</sup> Cass., Sez. VI, 3 dicembre 2007, O.L.M.E. e altri, in *Mass. Uff.*, 239459.

<sup>4</sup> FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di in-*

*tercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 41.

<sup>5</sup> CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; FURFARO, *Controlli sulla motivazione dei decreti esecutivi delle intercettazioni*, in *Giur. It.*, 2007, 707.

<sup>6</sup> Si pensi alla particolarità dell'autorizzazione dell'attività di intercettazione in deroga, *ex art.* 268, comma 3, per ragioni ovviabili con l'autorizzazione all'ascolto c.d. "remotizzato", delle quali si dirà.

tercettazioni il tutto si appunta sull'esigenza di garantire un effettivo controllo al fine di ovviare, sia pure *in differita*, agli abusi, è proprio l'indicazione proveniente dalla prassi che pare errata laddove nella dovuta indicazione nel decreto esecutivo delle tecniche o delle modalità necessarie all'esecuzione delle operazioni di intercettazione non coglie l'unico momento possibile di verifica postuma.

L'intera questione concernente la necessità della motivazione dei decreti esecutivi pare debba essere riconsiderata, al fine di individuare quei contenuti minimi che esso deve avere per consentire, in una materia talmente insidiosa per gli effetti invasivi della sfera privata e per certi aspetti ancora poco definita a livello normativo, l'esercizio delle possibilità di controllo in relazione a quelle attività materiali di captazione, il risultato delle quali, al dunque, finirà per costituire prova nel processo.

Se, infatti, il tutto in tema di esecuzione di intercettazioni si appunta sull'esigenza di un effettivo controllo, non sembra proprio che la mancanza di indicazioni precise sulle modalità esecutive possa essere relegate nel limbo di presunzione o di dubbie implicazioni, legittimatrici di decreti esecutivi stereotipati. La predisposizione di sistemi di controllo, insomma, è necessità positivamente imposta e non si vede proprio come, in concreto, le verifiche possano essere garantite laddove le modalità operative non siano neppure accennate nel decreto che dà esecuzione alle operazioni di intercettazione, ovviamente legittimate dalla autorizzazione.

Due approdi giurisprudenziali paiono rilevanti in proposito: il primo, proveniente dalla Corte costituzionale; l'altro, dalle Sezioni unite della Corte di cassazione.

Investita di una questione relativa all'invasione della sfera privata mediante il ricorso alle microspie, la Corte costituzionale, pur ritenendo inammissibile per insufficienza di motivazione in ordine alla rilevanza nel caso concreto, l'eccezione di illegittimità costituzionale degli artt. 266, comma 2, c.p.p. e 13 D.L. n. 152/1991, in relazione all'art. 14, Cost. sollevata dalla Corte di cassazione<sup>7</sup>, ha comunque rimarcato l'esigenza che «la determinazione delle modalità operative delle c.d. intercettazioni ambientali [...] non resti affidata alla polizia giudiziaria, ma spetti piuttosto al giudice ed al P.M. nell'ambito delle rispettive competenze»<sup>8</sup>, offrendo, così, argomenti decisivi per ritenere sempre dovuta la motivazione del decreto esecutivo sulle modalità operative, quali che siano i raccordi che si vogliono dare tra le diverse disposizioni dell'art. 267 c.p.p.

Ancor più — e, si direbbe, conclusivamente, almeno dal punto di vista della manifestazione del controllo attraverso l'esame del contenuto dell'atto presupposto dell'attività materiale di intercettazione — la Corte di legittimità, proprio in una fattispecie relativa alla denuncia di inutilizzabilità in procedimento incidentale *de libertate* di intercettazioni di comunicazioni tra presenti, ha espresso il principio, secondo cui «in tema di impugnazioni, allorché sia dedotto, mediante ricorso per cassazione, un *error in procedendo* ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p., la Corte di cassazione è giudice anche del fatto [...] può accedere all'esame diretto degli atti processuali»<sup>9</sup>, provvedendo autonomamente all'esame diretto dei decreti autorizzativi e di quelli esecutivi.

### 3. Contenuto del decreto e presunzioni inammissibili.

Le intercettazioni, pur nell'indubbia sistematicità di «mezzo di ricerca della prova», sembrano poco assimilabili, per i modi di effettuazione assolutamente segreti e per gli effetti di particolare invasività che producono, a quelle altre attività dello stesso genere (le ispezioni, le perquisizioni e i sequestri) che, anche quanto corrispondano ad atti materiali ripetuti nel tempo, non determinano mai una situazione di immanenza del controllo, tale da rendere più esposto a pericoli il sottostante diritto individuale che comunque ledono.

Ponendosi dal punto di vista del massimo delle garanzie, può dirsi, anzi, che in considerazione del valore probatorio dei risultati acquisiti e della indubbia pericolosità del mezzo, sarebbe davvero auspicabile che il soggetto legittimato a «disporre» le intercettazioni, disciplinandone le relative modalità operative, fosse lo stesso giudice che le ha autorizzate. Tale conclusione, infatti, consentirebbe di garantire quel controllo *costante* sui limiti entro i quali il diritto del singolo è conculcato, che non pare possa essere affidato ad una delle parti del processo, non foss'altro che per il rispetto di elementari esigenze di equilibrio in relazione a diritti individuali più facilmente vulnerabili da chi, istituzionalmente, è preposto ad altro.

Se, allo stato attuale della normativa, tutto ciò che attiene alle modalità esecutive delle operazioni di captazione non soltanto è disposto dal P.M. ma è pure rimesso all'esclusivo controllo di esso, ciò costituisce, all'evidenza, una ragione di maggiore attenzione, verso i contenuti necessari del provvedimento esecutivo che, anche alla luce degli approdi della giurisprudenza sovranazionale<sup>10</sup>, non pare possano continuare a risolversi in formule generiche, contenenti indicazioni che, sovente assertive di situazioni più o meno sussistenti, sono però certamente poco o niente verificabili.

A parte tale auspicio, però, non sembra che, in ordine alle indicazioni che il decreto deve contenere, possano continuarsi a registrare implicazioni e confusioni che, una volta lette e raccordate tra loro le disposizioni di cui agli artt. 267 e 271 c.p.p., finiscono con il proporre una sorta di *presunzione di legittimità* dell'atto probatorio che risulta pure del tutto inattuale rispetto al regime delle invalidità delle prove, oltre che dogmaticamente errata.

Tale aspetto può dirsi costituire il *vulnus* essenziale in punto di validità-invalidità dell'atto probatorio di tutti quegli approdi giurisprudenziale che propongono, appunto, un'implicazione del mezzo intercettativo nell'atto autorizzativo dell'intercettazione, e che esprimono, ad esempio, il principio, secondo cui, siccome «il decreto del P.M. che dispone l'intercettazione di utenze telefoniche estere non deve espressamente prevedere l'impiego della tecnica dell'istradamento, in quanto tale tecnica costituisce una modalità attuativa dell'intercettazione autorizzata», è «su chi eccipisce l'impiego di una modalità di intercettazione diversa [che] incombe l'obbligo di dimostrare che non sia stata impiegata la detta tecnica»<sup>11</sup>.

Tanto in relazione alla generale questione relativa all'utilizzabilità della categoria concettuale delle presunzioni giurisprudenziali nell'ambito della più vasta problematica concernente il *diritto di cittadinanza* delle presunzioni nell'ordinamento processuale, quanto, nello specifico, in relazione all'accertamento *per presunzione* di un fatto processuale costitutivo di un presupposto di *legalità* della prova ai sensi dell'art. 191 c.p.p., l'assunto proposto e la conclusione offerta non sembra proprio possano dirsi accettabili<sup>12</sup>.

Rispetto al generale, infatti, va rilevato che, se è pur vero che «appare ancora poco arato, anzi dimenticato il profilo, rilevantissimo, relativo al trattamento cui sono sottoposte le presunzioni nel nostro ordinamento giuridico», non è men vero che, come rilevato, è lo stesso lemma (*presunzione*) a rimandare immediatamente al senso che esso assume nel lessico comune, in quanto, appunto, «anticipazione di giudizio, formulato prima della prova secondo uno schema approvato dalla legge»<sup>13</sup>, cosicché dottrina e giurisprudenza ne ravvisano l'essenza proprio nella «ammissione della verità di un fatto non provato [...] in base all'esperienza della sua normalità»<sup>14</sup>.

Così individuato il concetto di presunzione, la «frizione di questa figura logica con i principi informatori dell'ordinamento processuale»<sup>15</sup> è evidente. E non solo in relazione al giudizio sui fatti costitutivi il c.d. merito del giudizio, ma pure in relazione al giudizio sui quei «fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali»<sup>16</sup> che, come per quelli di merito, sono assistiti dal

<sup>7</sup> Cass., Sez. III, 10 luglio 2003, Tega e altri, in *Mass. Uff.*, 224894.

<sup>8</sup> Corte cost., n. 251/2004 (ord.).

<sup>9</sup> Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro e altri, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2002, 46.

<sup>10</sup> Corte eur., 29 marzo 2005, Matheron c. Francia, ha esplicitamente affermato che «la qualità di magistrato di colui che ordina e che esegue le intercettazioni (non può implicare) *ipso facto* la regolarità delle stesse»; FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 117.

<sup>11</sup> Cass., Sez. II, 25 giugno 2010, Gega e altri, inedito, che riprende Id., Sez. VI, 3 dicembre 2007, O.L.M.E. e altri, cit.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 804.

<sup>13</sup> CATALANO, *Prove, presunzioni ed indizi*, in *La prova penale* a cura di Gaito, Torino, 2008, I, 256.

<sup>14</sup> FERRAIOLI, voce «Presunzioni (dir. proc. pen.)», in *Enc. Dir.*, XXXV, Milano, 1986, 307.

<sup>15</sup> CATALANO, *op. cit.*

<sup>16</sup> FURFARO, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *La prova penale*, cit., I, 379.

principio di legalità della funzione conoscitiva del processo chiaramente espresso dall'art. 187 c.p.p. che, appunto, sottrae tutti gli aspetti degli accertamenti ivi individuati all'operare di automatismi e presunzioni.

Ancor più, ovviamente, laddove la presunzione, come nel caso, costituisca il prodotto di una «cristallizzazione di criteri valutativi costanti»<sup>17</sup> che, scarsamente sottoposti alla dovuta continua verifica da parte dell'interprete, definiscono quelle *presunzioni giurisprudenziali*, l'applicazione delle quali è solita manifestarsi con un disarmonico atteggiarsi a seconda della branca del diritto interessata, per cui, se nel processo civile esse «assolvono spesso una funzione di tutela della parte più debole»<sup>18</sup>, nel processo penale, sono invece utilizzate come scorciatoie per supplire alla deficienza di tassatività e determinatezza dell'accertamento imposto dal caso concreto.

Rispetto allo specifico, poi, va ricordato che è l'art. 271 c.p.p. a sanzionare di inutilizzabilità le intercettazioni eseguite «fuori dei casi previsti dalla legge o qualora non siano state osservate le disposizioni previste dagli artt. 267 e 268 commi 1 e 3», e che la L. 20 novembre 2006, n. 271, innovando l'art. 240 c.p.p., ha introdotto un procedimento specificamente volto alla «distruzione dei documenti, dei supporti e degli atti concernenti dati e contenuti di conversazioni o comunicazioni, relativi a traffico telefonico e telematico, illegalmente formati o acquisiti»<sup>19</sup> che ha positivamente previsto quale nuovo parametro di validità delle intercettazioni, appunto, la «legalità» nell'acquisizione e nella formazione di esse.

Seppure è evidente che l'intervento legislativo ora detto, elaborato per contrastare e reprimere la divulgazione dei contenuti delle «intercettazioni illecitamente effettuate», abbia rilievo pressoché sostanziale, nondimeno, i concetti di formazione e acquisizione «illegale» dell'intercettazione, in quanto presuppongono l'individuazione positiva della «formazione» e della «acquisizione» legale di essa, non possono non costituire oggetto di riflessioni più generali per la verifica dei termini entro i quali l'abuso insito nella violazione di regole processualmente sanzionate da inutilizzabilità non integri pure una *illiceità* dell'intercettazione<sup>20</sup>; cosa che, in vista dell'individuazione del contenuto necessario dei decreti esecutivi risulta essenziale, non foss'altro che per comprendere la ragione sostanziale sottesa alla scelta del tipo di sanzione prevista nel caso di violazione di ognuna delle prescrizioni di cui all'art. 267 c.p.p. Invero, la *legalità* dell'intercettazione (e della prova, in genere), dal punto di vista delle invalidità dell'atto, non costituisce un'autonoma figura, ma si pone, rispetto a questa, come situazione-presupposto, in quanto, dall'ottica della validità dell'atto processuale, l'illegalità si misura sempre in termini di legittimità-illegittimità e la differenza rilevante tra le illegittimità è data dal tipo di sanzione prevista. È evidente, quindi, che, nel caso dell'acquisizione delle intercettazioni, l'apprendimento e la captazione di esse in assenza dei presupposti qualificati di illegalità illegittimità essenziale in relazione alla sanzione che grava sul risultato conseguito; questo, in quanto elemento di prova, sarà inutilizzabile, appunto perché effetto di un'attività posta in essere al di là del consentito o delle forme di legittimazione previste.

Se, dunque, l'art. 267 c.p.p. stabilisce quali debbano essere gli atti necessari alla legittimazione dell'intercettazione (autorizzazione all'invasione da parte del giudice, disposizione dell'attività intercettativa e l'indicazione della modalità acquisitiva e della durata di essa da parte del P.M.) e l'art. 271 c.p.p. sanziona di inutilizzabilità quanto acquisito in violazione di quelle disposizioni, il combinato disposto di tali norme attribuisce il medesi-

mo disvalore alla violazione di ognuno dei *passaggi obbligati* attraverso i quali si definisce legittima una intercettazione e qualifica in termini di illegalità l'acquisizione così realizzata.

Da tale prospettiva, la *legalità* delle intercettazioni (*rectius*: l'«acquisizione» di esse nel rispetto delle modalità necessarie o tali ritenute) passa necessariamente attraverso l'individuazione di tali modalità e la mancata indicazione di esse nel decreto esecutivo costituisce causa di inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto l'acquisizione in mancanza di uno dei presupposti di legittimazione — quello relativo al *quomodo* — è stata ritenuta indispensabile per qualsiasi attività postuma di verifica formale e di controllo effettivo (entro i limiti del possibile) sulla rispondenza della captazione alla modalità acquisitiva indicata.

#### 4. *Contenuto del decreto e ascolto in deroga: a) sulle «eccezionali ragioni di urgenza».*

La prescrizione che le operazioni di captazione debbano essere compiute «esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica»<sup>21</sup> o, per meglio dire, la possibilità di deroga (*ex art. 268, comma 3, secondo periodo, c.p.p.*), nonostante alcuni interventi decisivi atti ad individuare i limiti di giustificazione della deroga, continua a porre problemi. È noto che la prescrizione risponde all'esigenza, più volte ribadita dal giudice delle leggi<sup>22</sup>, sin dalla sentenza n. 34/1973<sup>23</sup>, di prevenire abusi in sede di esecuzione delle operazioni, mediante il controllo sul traffico telefonico da parte dell'autorità giudiziaria, anche nel caso di intercettazioni ambientali<sup>24</sup>. Il ricorso ad impianti di pubblico servizio o in dotazione agli organi di polizia giudiziaria rappresenta, quindi, una deroga che attiene ad ipotesi di carattere straordinario, come peraltro indica chiaramente il testo della norma che consente tale modalità di esecuzione esclusivamente quando gli impianti installati presso l'autorità giudiziaria «risultano insufficienti o inadeguati ed esistono eccezionali ragioni di urgenza».

Nella prassi, però, è riscontrabile il frequente ricorso ad impianti di ascolto presso la polizia giudiziaria reso legittimo da un aggiramento dei requisiti di eccezionalità della deroga attuato attraverso l'uso di formule del decreto esecutivo che si riducono a veri e propri stereotipi, per tanto tempo avallati da ortopedie interpretative volte a *sanare* la sostanziale omissione del dovere di motivare mediante il disinvoltato richiamo della motivazione *per relationem*, anche di un provvedimento successivo<sup>25</sup>.

Superate le questioni relative alla *motivazione e all'integrazione postume* dei decreti esecutivi<sup>26</sup>, l'attenzione è ancora rivolta alla vasta sacca di ipotesi, nelle quali i parametri della situazione legittimante l'eccezione sono risolti mediante veri e propri artifici argomentativi poco consoni finanche al dato testuale della norma citata.

Si assiste, così, per fare un esempio, all'affermazione secondo cui è sufficiente la motivazione che rinvii a quella del provvedimento autorizzativo<sup>27</sup>; e ciò anche laddove quest'ultima sia motivata (nei casi di convalida dell'intercettazione d'urgenza e di proroga, ad esempio) con il rinvio agli atti presupposti, per cui, in una sorta di circolarità della funzione *sanante* della motivazione *per relationem*, si finisce per ritenere motivato tutto sulla scorta della richiesta originaria della polizia giudiziaria ed eventualmente sugli atti ad essa allegati<sup>28</sup>.

Che si sia in presenza di un uso arbitrario della motivazione *per relationem* è evidente, attesa, a tacer d'altro, la singolarità del rinvio di una decisione giurisdizionale ad un atto di parte, legittimo solo nella misura in cui dal provvedimento si traggono argomenti utili — ma non i soli — nell'ambito della complessiva

<sup>17</sup> AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1973, 310.

<sup>18</sup> CATALANO, *op. cit.*

<sup>19</sup> BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida Dir.*, 2006, 47, 18; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato con «riserva»*, in *Guida Dir.*, 2006, 47, 11; FILIPPI, *op. cit.*, 153; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. Pen.*, 2007, III, 651.

<sup>20</sup> BARGI-FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale* a cura di Gaito, Torino, 2008, II, 159.

<sup>21</sup> Salvo che per le intercettazioni di cui all'art. 266 *bis* c.p.p., come disposto dall'art. 268, comma 3 *bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 12 lett. a), L. 23 dicembre 1993, n. 547.

<sup>22</sup> Corte cost., n. 209/2004 (ord.), sulla scia di Id., n. 304/2000 (ord.) e Id., n. 259/2001 (ord.).

<sup>23</sup> Corte cost., sent. n. 34/1973.

<sup>24</sup> All'esito di un serio contrasto in giurisprudenza e delle pronunce del giudice delle leggi (Corte cost., n. 472/2002, ord.; Id., n. 123 e n. 251/2004, ord.), le Sezioni unite (Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Gatto, in *Cass. Pen.*, 2004, 1217, ma, già prima, Id., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.) hanno dichiarato l'applicabilità alle intercettazioni ambientali delle disposizioni di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p.

<sup>25</sup> GAITO A., *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 929.

<sup>26</sup> Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, Campenni, in *Giur. It.*, 2006, 1690.

<sup>27</sup> Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.

<sup>28</sup> Cass., Sez. un., 19 gennaio 2004, Gatto, cit.; e già Id., Sez. un., 21 novembre 2000, Primavera, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 621.

valutazione che accompagna la decisione e che deve contenere le ragioni di razionalità della scelta e la sua conformità all'ordinamento processuale.

Ancora una volta, la confusione tra ciò che autorizza e ciò che dispone sembra determinare la situazione, per cui l'inutilizzabilità prevista dall'art. 271 c.p.p. per le ipotesi di mancanza di motivazione rimane sacrificata negli effetti, attraverso una *sana-toria* che l'ordinamento non prevede rispetto agli atti geneticamente inutilizzabili, ma solo per gli atti nulli<sup>29</sup>.

Mediante l'affievolimento della funzione di garanzia della motivazione si tende, in sostanza, a riportare la carenza di questa al concetto di nullità sanabile sulla scia della sottile distinzione tra «adeguatezza» e «mancanza» motivazionale<sup>30</sup>, così da pervenire alla conclusione che solo in caso di mancanza fisica del discorso giustificativo o di motivazione apparente ricorre l'inutilizzabilità della captazione. Si tratta evidentemente di un espediente che contraddice i criteri di stretta interpretazione che dovrebbero presiedere l'interpretazione di norme che attengono a garanzie di rilevanza costituzionale, sì da evitare accomodanti *salvataggi* di provvedimenti illegittimi, mediante concetti elastici ed evanescenti, quali, appunto, l'adeguatezza o l'insufficienza della motivazione.

La motivazione è *sufficiente* solo se il giudice ha indicato ragioni adeguate, sia sul piano logico, sia con riguardo alle massime di esperienza per ciascuna delle questioni decise, cosicché, tornando al tema dei decreti *in deroga*, non si comprende, ad esempio, la ragione per la quale, tenuto conto della necessaria attualità del requisito dell'«eccezionalità» del ricorso a impianti esterni, si continui a ritenere non indispensabile un ulteriore decreto del P.M. che dia conto della permanenza dei presupposti di utilizzazione degli impianti esterni alla procura nel caso di proroga delle intercettazioni<sup>31</sup>. Infatti, anche nel caso in cui sia proprio il decreto del P.M. a indicare specificamente che l'indisponibilità degli impianti è riferita soltanto ad una certa data o un certo tempo e le captazioni siano proseguite al di là di tali riferimenti, la giurisprudenza è pressoché costante nell'escludere un ulteriore decreto<sup>32</sup>.

Né si comprende come possa considerarsi legittima la deroga nel caso in cui, per qualsivoglia ragione, l'attività captativa non sia contestuale o prossima al provvedimento che la disponga, ma destinata a subire gli slittamenti e i ritardi impressi dalle contingenze. È noto quanto accade soprattutto nel caso delle intercettazioni ambientali, laddove, sul presupposto della asserita difficoltà di immissione degli apparecchi di captazione, sono considerate legittime le operazioni di captazione iniziate di fatto a distanza (anche di mesi) dal decreto in deroga, senza procedere ad alcuna verifica — *ictu oculi* indispensabile, in relazione al rapporto regola-eccezione alla base della disposizione che legittima la deroga — in ordine all'effettiva sussistenza delle situazioni eccezionali al momento dell'inizio della captazione<sup>33</sup>.

L'errore, pure qui, pare essere *a monte*; relativo, cioè, all'estensione della regola generale, secondo cui il termine di validità del decreto autorizzativo decorre dall'inizio effettivo delle operazioni. E può dirsi, quindi, che, così come altrove, anche in tal caso si riproduce quella sovrapposizione tra la portata di provvedimenti emessi da organi diversi che, nello specifico, risulta riferita addirittura a situazioni tra loro neppure compatibili, se è vero, com'è vero, che una cosa è la fissazione del termine iniziale di validità dell'attività intercettativa individuata dalla legge al momento dell'inizio effettivo delle operazioni di intercettazione, e altra cosa, invece, la verifica della sussistenza in tale tempo delle particolari condizioni che eccezionalmente consentono deroghe al normale *iter* di svolgimento dell'attività intercettativa.

5. (Segue): *b) sulla necessità del «tempestivo intervento».*

È normalmente ritenuto legittimo il ricorso a impianti esterni allorché il decreto faccia riferimento alla necessità di effettuare le intercettazioni in un luogo più vicino a quello dove si svolgono le attività di indagine della polizia giudiziaria, al fine di predisporre un controllo anche visivo e di consentire un eventuale intervento delle forze dell'ordine. La legittimazione della deroga, nel caso, è stata ritenuta secondo una duplice direttrice: per un verso, ritenendola «adeguatamente motivata, in ordine all'ineidoneità degli impianti della procura della Repubblica»<sup>34</sup>; per altro verso, fermando l'attenzione sulle «eccezionali ragioni d'urgenza», in relazione alla necessità di «immediata informazione» su elementi di fatto rilevanti<sup>35</sup>.

Né l'una direttrice né l'altra paiono soddisfare il dato normativo di riferimento. Infatti, pur potendo discutere fino all'infinito in merito a cosa in effetti si intenda con l'espressione «eccezionali ragioni di urgenza», non pare proprio che si possa argomentare più di tanto sul senso da attribuire all'«insufficienza» e all'«ineidoneità» che, richiamate dalla norma in relazione agli impianti in dotazione, sono entrambe riferite evidentemente all'«efficienza materiale e alla capacità di tali impianti a raccogliere dati e flussi di comunicazione».

Intesa non in senso restrittivo — cioè, come mancanza o insufficienza dei requisiti tecnici degli impianti — ma in senso più ampio — come «impossibilità in concreto di svolgere le operazioni d'intercettazione in modo utile e coordinato con le operazioni di ascolto»<sup>36</sup> — l'ineidoneità degli impianti perde, però, la dovuta concretezza di riferimento<sup>37</sup>, finendo per costituire una sorta di porta aperta verso ogni possibilità di deroga, stante l'impossibilità (innegabile) di apprezzare concretamente il giudizio sulla ineidoneità e/o l'insufficienza alla situazione rappresentata.

Ulteriore aspetto della questione è la possibilità, oggi concreta, dell'ascolto «per rimbalzo» delle conversazioni intercettate; ovvero sia della possibilità che la polizia giudiziaria apprenda *in diretta*, a seguito appunto di rimbalzo, il contenuto dei dialoghi intercettati, nonostante l'acquisizione e la registrazione avvenga mediante gli impianti esistenti presso l'Ufficio di procura.

Secondo la giurisprudenza di legittimità «l'ascolto "remotizzato" non determina l'inutilizzabilità degli esiti dell'intercettazione, purché tutte le operazioni di captazione e di registrazione delle conversazioni, comprese quelle che consistono nel trasferimento dei dati contenuti nell'apparecchio di registrazione in un supporto magnetico, siano eseguite nei locali della Procura della Repubblica»<sup>38</sup>.

Più chiare, in proposito, le Sezioni unite, secondo cui «condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la registrazione [...] sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di ascolto, verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria»<sup>39</sup>.

Se ogni cosa deve avere un senso e, soprattutto, se in relazione alla tutela dei diritti e alle possibilità di controllo l'interpretazione della norma non può che essere orientata nel senso della maggiore garanzia possibile, dall'ambito delle giustificazioni dell'ascolto in deroga pare debba escludersi, ormai, quella in esame.

La possibilità di ascolto *per rimbalzo*, infatti, esclude *in toto* che possa esistere alcuna situazione legittimante la deroga, per l'evidente venir meno di quelle necessità (di far cessare al più presto l'attività criminosa in atto, di acquisire immediatamente dati, di evitare il pericolo di pregiudicare irrimediabilmente le indagini) che la localizzazione degli impianti presso la procura, non prossimi agli uffici di polizia interessati, e i conseguenti divari temporali tra registrazione e ascolto, determinavano.

<sup>29</sup> Cass., Sez. I, 10 aprile 2001, Faletti, in *Cass. Pen.*, 2002, 3506, 1161.

<sup>30</sup> Cass., Sez. un., 23 novembre 2004, P.M. in c. E. ed altro, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2005, 565; Id., Sez. IV, 3 dicembre 2004, Polito, inedita.

<sup>31</sup> In tema di proroga delle intercettazioni, Cass., Sez. V, 9 marzo 2004, Nuvoletto, in *Riv. Pen.*, 2005, 1017; GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 1979, 45.

<sup>32</sup> Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro, cit.

<sup>33</sup> Cass., Sez. I, 19 novembre 2003, Caleca, in *Giust. Pen.*, III, 2004, 602; Id., Sez. II, 19 novembre 2003, Malaj, in *Mass. Uff.*, 226921.

<sup>34</sup> Tra tante Cass., Sez. I, 3 febbraio 2005, Gallace, in *Guida Dir.*, 2005, 20, 72.

<sup>35</sup> Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2005, Agosti, in *Guida Dir.*, 2005, 116, 82; Id., Sez. II, 27 marzo 2003, Leonardi, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2005, 114.

<sup>36</sup> Cass., Sez. I, 23 giugno 2005, D'Agostino, in *Mass. Uff.*, 232496.

<sup>37</sup> Alla luce di quella giurisprudenza che, invece, pretende la documentazione dello stato di indisponibilità.

<sup>38</sup> Cass., Sez. VI, 16 gennaio 2008, S.R., in *Mass. Uff.*, 239356; Id., Sez. III, 20 novembre 2007, M.S.S., *ivi*, 238534; Id., Sez. IV, 27 settembre 2007, R.F., *ivi*, 237987.

<sup>39</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, Carli, in *Mass. Uff.*, 240395.

Se la contingenza investigativa, nonostante non sia considerata *apertis verbis* in termini di evento legittimante l'ascolto per rimbalzo (essendo, quest'ultimo, rimesso alla scelta discrezionale del P.M. che può disporla per qualsiasi motivo), è comunque distinta dalla ritenuta legittimità di tale ascolto, il richiamo di questo o di quell'aspetto di essa a sostegno della registrazione in deroga sembra ormai disarticolato da ogni possibilità interpretativa dell'art. 268, comma 3, c.p.p. che voglia essere logicamente sostenibile, non potendosi più relazionare l'eccezionale urgenza investigativa e, soprattutto, l'inidoneità logistica ad alcun elemento di obiettiva necessità.

Diversamente, non par dubbio che ogni regola sulla rispondenza della motivazione alla situazione legittimante risulti elusa e la motivazione una sorta di affermazione senza costruito che ripropone, nella sostanza, la stessa situazione già censurata dalla giurisprudenza di legittimità, allorché ha ritenuto, in via di genere, che «la motivazione relativa all'insufficienza o alla inidoneità degli impianti della Procura [...] deve anche specificare la ragione della insufficienza o della inidoneità, sia pure mediante una indicazione sintetica [...] ma dia conto del fatto storico, ricadente nell'ambito dei poteri di cognizione del P.M., che ha dato causa ad essa»<sup>40</sup>.

#### 6. *Contenuto del decreto e certezza delle operazioni nelle intercettazioni ambientali.*

Dalla questione del contenuto del decreto e della certezza delle operazioni nelle intercettazioni ambientali discende l'ulteriore questione relativa all'autorizzazione per l'apposizione delle microspie: dato per scontato che sia da condividere l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, nel caso delle *ambientali*, l'autorizzazione all'intercettazione *copre* pure quella all'invasione degli spazi privati assistiti da garanzia costituzionale<sup>41</sup>, il problema della regolamentazione e della documentazione delle attività conseguenti risulta, comunque, del tutto irrisolto.

Se il contenuto della raccomandazione della Corte costituzionale è nel senso della necessità che la determinazione delle modalità operative delle intercettazioni ambientali (anche per ciò che attiene all'ingresso fraudolento o clandestino nel luogo riservato per la collocazione della microspia) non resti affidata alla polizia giudiziaria, è proprio da lì che bisogna muovere, sottolineando, quindi, che dal combinato disposto delle norme del codice e di quelle costituzionali (artt. 2, 13, 14, 15, Cost.) emerga chiaramente come nella materia intercettativa non siano consentite attività che, una volta autorizzata l'intercettazione, non possano essere controllate, nel corso dello svolgimento di esse da parte dell'autorità giudiziaria, successivamente, con l'ostensione di tutti gli atti relativi all'intercettazione, dall'indagato.

Ciò vero, la verbalizzazione delle attività materiali relative ai soggetti intervenuti, ai tempi e alle modalità di immissione della microspia sembra costituire una necessità imprescindibile; e tanto nel caso in cui il posizionamento dello strumento di captazione avvenga in occasione del compimento di atti che, a mente dell'art. 14, comma 2, Cost., possono dirsi *tipici* dell'immissione consentita (perquisizioni ispezioni e sequestri), quanto, e soprattutto, nei casi in cui manchi del tutto una attività *tipizzata* alla quale comunque collegare l'intervento di immissione del detto strumento nei luoghi di privata dimora.

Da tempo, la dottrina più attenta, avvalorando la tesi già proposta dalla Corte costituzionale<sup>42</sup>, ha osservato che non può essere consentita un'immissione nei luoghi di privata dimora fuori dai casi previsti dall'art. 14 Cost., posto che anche a voler far leva sull'ovvia connotazione del posizionamento della microspia quale *atto segreto od occulto*, vi sarebbe pur sempre da rilevare come tutte le attività generalmente così definite sono atti che sono, innanzi tutto, positivamente previsti e che saranno, poi, sempre *scoperti* nel corso del procedimento<sup>43</sup>.

Altresi, la dottrina ha rilevato che la mancanza di una disciplina specifica sul modo attraverso il quale si attua il posizionamento della microspia costituirebbe una vera e propria anomalia, posto che di tale modo non si avrà mai alcuna storia processuale, né sarà possibile ricostruire altrimenti l'esatto svolgersi

dei momenti che lo hanno caratterizzato nonostante la portata dei diritti inviolabili sui quale incide.

Il rilievo è del tutto condivisibile e in proposito, anzi, pare non debba essere dimenticato che, se la costante giurisprudenza ha legittimato l'intrusione nel luogo di privata dimora con il provvedimento autorizzativo dell'intercettazione, ciò non può che costituire ragione ulteriore in ordine alla dovuta documentazione di tutta l'attività materiale conseguente; conclusione, questa, a conforto della quale militano non soltanto i principi generali del sistema che escludono che possa essere conforme allo stesso sistema l'attività di riflesso processuale della quale non si abbia documentazione, ma le regole stesse poste a presidio della conoscibilità di quanto effettuato proprio in tema di intercettazione, stante la disposizione di cui all'art. 267, comma 3, c.p.p. che prevede, come ampiamente si è detto, l'indicazione delle modalità di intercettazione, oltre che la durata delle stesse.

Se il decreto autorizzativo non contempla (né deve contemplare, si badi) le modalità esecutive delle intercettazioni e se neppure il decreto esecutivo contiene alcuna indicazione dell'attività che deve essere posta in essere dagli operatori, il cerchio delle carenze motivazionali davvero si chiude e non vi è dubbio che il laconico discorso sviluppato dall'indirizzo giurisprudenziale, articolato sull'assioma che l'autorizzazione all'attività intercettativa sia di per sé idonea a rendere legittimo pure il mezzo acquisitivo, si traduce in un vero e proprio machiavello, dettato al solo fine di legittimare la segretezza di un'attività che, come detto, a rigore di sistema dovrebbe comunque essere resa nota per i dovuti controlli.

Sul punto, è stata (ancora una volta) la dottrina ad avere avvertito la pericolosità, sotto il profilo costituzionale, del vuoto (solo apparentemente normativo, stante la disposizione sul contenuto del decreto esecutivo) sotteso a tale conclusione, e, richiamando l'attenzione sul fatto che comunque «nessuna norma regola l'utilizzazione dello strumento tecnico che consente l'intercettazione tra presenti [...] devono essere disciplinate, potendo a volte presentare aspetti di discutibile legittimità, se non addirittura vietate», pare abbia indicato come unica via percorribile quella di *rendere effettivo* (per così dire) proprio il portato dell'art. 267, comma 3, c.p.p., di modo che «l'individuazione, la predisposizione e l'uso dello strumento tecnico è lasciata [...] alla regolamentazione effettuata dal P.M. il quale, mediante il decreto che dispone le modalità dell'intercettazione, delega a sua volta la P.G.»<sup>44</sup>.

Siccome il problema si pone in termini di «regolamentazione delle attività»<sup>45</sup>, questa pare essere la soluzione più adeguata per ritenere legittimo quel segmento della fase pre-intercettativa che, nell'*ambientale*, si snoda dal decreto esecutivo del P.M. all'inizio delle operazioni di ascolto. Per meglio dire: è assolutamente necessario, stante il dettato dell'art. 267, che sia il decreto del P.M. a contenere l'indicazione delle attività che devono essere compiute al fine dell'intromissione nella privata dimora — così come previsto, ad esempio, nell'ipotesi di perquisizione — e che delle attività materiali sia redatto relativo verbale che indichi data, ora e soggetti che, introducendosi in quel luogo, hanno partecipato alle operazioni di posizionamento della microspia, con la specificazione, a seconda dei casi, oltre che di quanto compiuto o di quanto non potuto compiere, ovvero di quanto posto in essere in difformità alle indicazioni contenute nel decreto del P.M.

Tutto ciò, evidentemente, al fine dell'ostensione e dei dovuti controlli.

#### 7. *Conclusione.*

La pretesa di avere delineato, con il codice del 1988, un sistema *delicato* di captazione occulta, solo perché essa è subordinata all'autorizzazione al giudice-terzo sconta un'indubbia miopia di un approccio al tema della tutela dei diritti sottostanti essenzialmente caratterizzato dalla gestione di tutto ciò che concerne l'esecuzione all'organo dell'accusa. A tale vizio *di fondo*, la prassi, come s'è visto, ha aggiunto quello della compressione della portata della norma di cui all'art. 267, comma 3, c.p.p. (e

<sup>40</sup> Cass., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, cit.; Id., Sez. un. 12 luglio 2007, Agunecche, in *Guida Dir.*, 2007, 37, 69.

<sup>41</sup> IACOVIELLO, *Intercettazione ambientale*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1565; CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionale"*, in *Cass. Pen.*, 1999, 1192.

<sup>42</sup> Corte cost., sent. n. 104/1969.

<sup>43</sup> GAITO E., *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali a mezzo di microspie*, in *Giur. It.*, 1991, II, 430; IACOVIELLO, *op. cit.*, 1565.

<sup>44</sup> IACOVIELLO, *op. cit.*, 1565.

<sup>45</sup> GAITO E., *op. cit.*, 430.

della conseguente sanzione) attraverso la sostanziale eliminazione dell'indicazione delle modalità esecutive dall'ambito del contenuto del decreto emesso dal P.M.

La situazione determinatasi non pare possa corrispondere alle esigenze di garanzia e di controllo volute dalla Costituzione e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Come si è visto, per la Corte costituzionale<sup>46</sup>, l'effettività dell'art. 15 Cost. postula garanzie che attengono alla predisposizione, anche materiale, dei servizi tecnici necessari per le intercettazioni in modo che l'autorità giudiziaria possa esercitare anche di fatto il controllo necessario. Per la Corte europea dei diritti dell'uomo ogni intercettazione riveste "di per sé" la caratteristica di «ingerenza della pubblica autorità nella sfera privata, e ciò anche quando di essa non si sia fatto un uso processualmente rilevante»<sup>47</sup>, cosicché ogni attività attraverso la quale si attua deve essere «disciplinata minuziosamente dalla legge, non soltanto in relazione ai casi nei quali essa può essere attuata ma anche nel modo attraverso il quale i dispositivi di intercettazione sono introdotti ed utilizzati»<sup>48</sup>, essendo sempre necessario che l'attività di captazione avvenga secondo modalità atte ad evitare gli abusi e garantire i controlli<sup>49</sup>.

Le decisioni sopranazionali pare consentano di recuperare quei principi indicati dalla Corte costituzionale che, nel tempo, sono stati in concreto disattesi da quelle decisioni che — lo si è visto — hanno ritenuto di poter svincolare il senso stesso del decreto esecutivo come atto motivato. Ciò vero, è il contenuto del decreto esecutivo che deve essere riconsiderato in ragione delle finalità cui è preordinato e del controllo che garantisce. L'indicazione delle situazioni di fatto che impongono determinate modalità tecniche di apprendimento in luogo di altre, la giustificazione dell'adozione di sistemi particolari di ascolto, l'individuazione del sistema invasivo al quale attenersi nelle intercettazioni ambientali, il modo attraverso il quale il P.M. garantisce la possibilità di un effettivo controllo su ogni aspetto delle operazioni pare costituiscano altrettante *tappe* di un *iter* argomentativo che, di necessità, deve esserci, pena la sanzione prevista dall'art. 271 c.p.p.

ALFREDO BARGI

## Intercettazioni telefoniche: effettività della difesa e imprevedibilità delle decisioni di legittimità

SOMMARIO: 1. La tutela effettiva nella prassi. — 2. I difficili rapporti tra prova per intercettazione e principi del giusto processo nella giurisprudenza di legittimità.

### 1. La tutela effettiva nella prassi.

È opinione largamente diffusa che «la tutela può dirsi effettiva nella misura in cui le norme che la prevedono trovano sufficiente pratica attuazione nella prassi, anche con l'intervento dei giudici, nelle ipotesi di violazioni o inadempimenti»<sup>1</sup>.

Il momento applicativo riveste pertanto un rilievo decisivo ai fini del grado di effettività della norma che, in un sistema incentrato sulla costituzione rigida, comprende in primo luogo la fedeltà ai principi sottesi ai diritti fondamentali la cui tutela è affidata, in sede processuale, al potere giurisdizionale che assicura il rispetto delle *garanzie secondarie* indispensabili alla concreta attuazione delle *garanzie primarie*, il cui contenuto riflette

gli obblighi di prestazioni o i divieti di lesione discendenti dai diritti fondamentali.

In tale contesto un ruolo primario è affidato alla Corte di cassazione quale supremo custode dell'osservanza e dell'interpretazione della legge, a tutela dei diritti fondamentali processuali.

La funzione nomofilattica della Cassazione, però, piuttosto che un reale attributo dei compiti del giudice di legittimità, rischia di essere ridotta ad un mero feticcio dogmatico, espressivo delle originarie funzioni assegnate all'organo giurisdizionale. Troppo spesso, infatti, *la prevedibilità delle decisioni*, quale obiettivo di *sicuro rilievo costituzionale*, è contraddetta dalla ben diversa realtà della prassi giurisprudenziale, sino al punto da essere denunciata anche dagli organi di informazione.

È emblematico, infatti, che recentemente un servizio giornalistico, raccogliendo le preoccupazioni di giuristi e dell'opinione pubblica più avvertita, ha definito con particolare efficacia la cassazione come «il volubile *forum* della giustizia italiana»<sup>2</sup>, poiché oggi «l'imprevedibilità dei verdetti», caratterizza non solo i giudizi di primo e secondo grado ma anche quello di terzo grado che ormai «è un'incognita», che crea sconcerto nel mondo del diritto, «poiché dopo la Corte di cassazione a giudicare resta solo Dio».

### 2. I difficili rapporti tra prova per intercettazione e principi del giusto processo nella giurisprudenza di legittimità.

La denunciata imprevedibilità delle decisioni assume caratteri di maggiore preoccupazione quando essa deriva — come accaduto in una recente pronuncia<sup>3</sup> — non solo dall'immotivato contrasto con il "precedente" espresso poco prima dalle Sezioni unite, ma approda a tale risultato violando le regole che disciplinano la valutazione della regolarità degli atti e dei criteri di controllo connessi ai diversi oneri ricadenti sulle parti e snodandosi lungo linee argomentative estranee al giusto processo e agli *standard* minimi di una motivazione non solo corretta e completa<sup>4</sup>, ma anche fedele alle risultanze del processo.

Eppure, la fattispecie all'esame del giudice di legittimità era estremamente semplice e suscettibile di una soluzione agevole alla stregua delle norme che disciplinano le intercettazioni telefoniche.

La vicenda in esame riguardava, infatti, «una complessa indagine su episodi di importazione di ingenti quantità di droga dall'Albania le cui fonti di prova, in generale, erano [sono] rappresentate da intercettazioni telefoniche, appostamenti della polizia giudiziaria e da sequestri di stupefacenti». La prova della responsabilità degli imputati in ordine alle fattispecie contestate, quindi, si incentrava essenzialmente sulle intercettazioni telefoniche; sicché dichiarate illegittime quelle, era inevitabile che nel successivo giudizio di rinvio la «complessa indagine» si sarebbe risolta in un nulla di fatto, con prevedibile assoluzione degli imputati attinti da quel mezzo di prova.

Ma, come accade nei processi di criminalità organizzata, *maiora premunt*. Allora, la necessità — suggerita da una pericolosa concezione etica del giure penale<sup>5</sup> — di non vanificare i precedenti esiti di condanna dei precedenti giudizi di merito, spiega forse l'incomprensibile percorso argomentativo della singolare decisione in commento, implicitamente condizionata da una banalizzazione dell'argomento consequenzialista, in quanto protesa nell'improvvido sforzo di salvare il lavoro investigativo degli organi inquirenti, mediante un'accettabile giustificazione dell'evidente violazione della disciplina delle intercettazioni, lamentata sin dai gradi di merito dalle difese degli imputati e concernente una prova decisiva la cui caducazione avrebbe vulnerato la decisione *a quo*.

Difatti, la censura riguardava un tema a rime obbligate, inerente alla verifica del vizio dell'inutilizzabilità delle intercettazioni, in quanto, come si evince dalla premessa del discorso

<sup>46</sup> Corte cost., sent. n. 34/1973.

<sup>47</sup> Corte eur. dir. uomo, 25 marzo 1998, Kopp c. Svizzera; Id., 15 giugno 1992, Ludi c. Svizzera.

<sup>48</sup> Corte eur. dir. uomo, 12 giugno 2003, Chalkley c. U.K.; Id., 12 giugno 2003, Hewitson c. U.K.; Id., 24 agosto 1998, Lambert c. Francia; Id., 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; Id., 2 agosto 1984, Malone c. U.K.

<sup>49</sup> Corte eur. dir. uomo, Lambert c. Francia, cit.; Id., 6 settembre 1978, Klass e altri c. Germania.

*giustizia costituzionale*, in *Lezioni magistrali a.a. 2008/2009*, Napoli, 2009, 10.

<sup>2</sup> *La Cassazione non ferma il caos nel Web*, (rubrica *Polaris*) in *Il Sole 24 Ore*, 3 ottobre 2010, 27.

<sup>3</sup> Cass., Sez. II, 25 giugno 2010, Gega e altri, inedita.

<sup>4</sup> Cass., Sez. VI, 17 giugno 2009, G.L., in *Mass. Uff. Pen.*, 2009; Id., Sez. II, 12 febbraio 2009, in *Foro Amb.* 2009, 1, 74.

<sup>5</sup> PULITANÒ, *Etica e politica del diritto penale ad 80 anni dal codice Rocco*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 486.

<sup>1</sup> SILVESTRI, *L'effettività e la tutela dei diritti fondamentali nella*

giustificativo a corredo della decisione, «esse erano effettuate su utenze straniere senza che si fosse ricorso al meccanismo della rogatoria internazionale. L'utenza captata era certamente di nazionalità straniera, collocata ed operante all'estero».

Pertanto, risposta al quesito agevole, anche se suscettibile di travolgere in maniera irreparabile il verdetto *a quo*, incentrato sulle captazioni in odore di illegittimità.

Infatti, come è noto, è *ius receptum* che il ricorso alla rogatoria internazionale — come richiesto e lamentato dalla difesa dei ricorrenti — è imposto nel caso in cui l'attività di intercettazione attenga a comunicazioni che transitino unicamente su territorio estero<sup>6</sup>, e, quindi, gli interventi da compiersi all'estero per l'intercettazione di conversazioni captate siano di esclusiva pertinenza di un gestore straniero. Viceversa può farsi ricorso alla tecnica del c.d. instradamento<sup>7</sup>, a condizione che tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle telefonate venga interamente compiuta nel territorio italiano<sup>8</sup>.

Peraltro, a quanto è dato dedurre dalla premessa della sentenza, la difesa si era limitata a eccepire esclusivamente l'illegittimità delle captazioni eseguite sul solo territorio estero, «senza che si fosse fatto ricorso al meccanismo della rogatoria internazionale», ma non aveva espresso alcuna censura circa l'esistenza o meno dei presupposti di applicazione della c.d. tecnica dell'instradamento.

Il vizio denunciato dalla difesa, poi, comportava la semplice verifica *ex actis*, in ragione della sua natura di *error in procedendo*, e postulava a carico del ricevente esclusivamente l'onere di indicare «gli atti specificamente affetti dal vizio e di chiarirne altresì la incidenza sul complessivo compendio indiziario»<sup>9</sup> al fine di consentirne l'individuazione da parte del giudice di legittimità<sup>10</sup>.

Detto altrimenti: alla difesa spettava la sola indicazione delle intercettazioni asseritamente effettuate interamente all'estero, correlata dalle ragioni della loro incidenza sulla decisione impugnata; onere che a tenore della premessa della sentenza in argomento sembra essere stato assolto anche se nella parte motiva, il medesimo provvedimento assume, in maniera contraddittoria, che «la deduzione [difensiva sarebbe stata] priva di riferimento a specifici atti processuali».

Tale affermazione, in realtà, risulta poco convincente poiché, se fosse rispondente al vero, sarebbe stato sufficiente per la Corte rilevare il mancato adempimento dell'onere piuttosto che motivare sulla mancata adozione della rogatoria internazionale in maniera contraddittoria ed erronea, oltre che apodittica.

Infatti, è a dir poco sconcertante assumere che «anche a dare per ammesso [...] che le intercettazioni siano state di un'utenza all'estero, la giurisprudenza della suprema Corte abbia stabilito che tali intercettazioni con la tecnica del cosiddetto "instradamento" sono pienamente legittime e che quindi non presuppongono una rogatoria internazionale, in quanto rientrano nel provvedimento autorizzativo che automaticamente le contempla».

Siffatto modo di argomentare appare un espediente utile solo a non rispondere al quesito posto.

*In primis*: che senso ha il controllo sull'effettuazione all'estero delle intercettazioni in esame, sulla base della premessa «anche a dare per ammesso», che è tipica delle conversazioni tra portatori di opposte tesi nella comune dialettica dialogica ma è e deve rimanere estranea a chi deve giudicare su ipotesi legali e, quindi, *decidere e operare una scelta*? Il giudizio ipotetico sulla fondatezza della premessa della giustificazione interna della motivazione vulnera, cioè, *ab imis* il risultato del ragionamento decisorio.

Ma la sentenza si spinge ancora oltre. Conclude, infatti, «che le intercettazioni in parola non si siano svolte con la tecnica

dell'instradamento non è stato dimostrato ed appare improbabile».

Ancora una volta il ricorso ad argomentazione contraddittoria e incomprensibile. Che senso ha sottolineare l'*improbabilità* del preteso assunto difensivo e nello stesso tempo asserire che la difesa non ha *dimostrato* la censura mossa?

Ma anche a voler superare tale vizio argomentativo, il ricorso alla tecnica dell'instradamento è requisito di legittimità della tecnica captativa, i cui presupposti devono risultare in maniera inequivocabile dagli atti e non ha bisogno di *dimostrazione* ma solo di verifica *ex actis*.

È poi, a dir poco, stupefacente concludere che sarebbe «improbabile» che le intercettazioni in parola non si siano svolte con la tecnica dell'instradamento, quasi che per il controllo della legittimità sia sufficiente la mera presunzione, piuttosto che il controllo concreto dei presupposti di legge.

Per tale via viene vanificato<sup>11</sup> il contenuto del diritto di difesa, quale «diritto incondizionato» alla verifica, specialmente in tema di intercettazioni telefoniche, sia della corrispondenza dei risultati delle captazioni all'effettivo contenuto delle conversazioni intercettate, sia della regolarità delle operazioni di captazione, la cui esistenza non può essere mai affidata ad una sorta di presunzione probatoria né tanto meno, come nel caso di specie, ad una «presunzione di esistenza e di conformità» delle intercettazioni alle regole normative, che finisce con l'esautorare l'ampiezza garantista del diritto di difesa e l'effettività del controllo giurisdizionale in tema di intercettazioni nei termini desumibili dalla *ratio* della recente pronuncia delle Sezioni unite<sup>12</sup>, e in particolare sulla legittimità del ricorso alla c.d. tecnica dell'instradamento sul suolo italiano delle conversazioni captate.

Peraltro la discutibile tecnica argomentativa del discorso giustificativo adottato dal giudice di legittimità si è risolta nell'elusione del *thema decidendum*, che nei termini prospettati dalla difesa riguardava, invece, esclusivamente il mancato ricorso alla rogatoria internazionale, in ragione dell'esecuzione delle intercettazioni sul territorio estero senza alcun coinvolgimento di operatori del territorio italiano.

Sul punto, la Corte non ha speso neanche una parola, ma si è limitata ad affermare che sarebbe «improbabile» l'ipotesi difensiva che dette intercettazioni «non si fossero svolte con la tecnica dell'instradamento».

In altri termini ha preso in esame un tema del tutto diverso da quello sollevato dai ricorrenti, occupandosi cioè, di una censura, l'instradamento su suolo italiano di conversazioni in territorio estero, per nulla eccepita dalla difesa che lamentava, invece, il mancato ricorso alla rogatoria internazionale.

È del tutto evidente, quindi, una vera e propria svista materiale, e cioè, una «disattenzione di ordine meramente percettivo che ha causato l'erronea supposizione dell'inesistenza della censura» inerente al transito delle intercettazioni esclusivamente su solo estero, nel che si concretizza l'ipotesi dell'errore di fatto, nei termini indicati dalle Sezioni unite<sup>13</sup>.

L'omesso esame del motivo di ricorso nella sua esatta portata in ordine al *decidendum* devoluto al giudice di legittimità — e non già in ordine all'erronea interpretazione di norme giuridiche — si è tradotto, poi, in un errore di fatto riconducibile alla disciplina dell'art. 625 *bis* c.p.p., perché nella specie l'omissione ha avuto carattere decisivo, in quanto per quanto innanzi osservato, la valutazione dello specifico contenuto del motivo in parola avrebbe potuto determinare una pronuncia diversa da quella adottata<sup>14</sup>.

Al di là dell'esperibilità di tale rimedio, è comunque auspicabile che in futuro venga recuperato il valore della prevedibilità delle decisioni alla luce dell'effettività dei principi e dei valori espressi dal paradigma costituzionale, nei termini delineati dal modello del giusto processo.

<sup>6</sup> Cass., Sez. IV, 13 giugno 2003, Lengo, in *Mass. Uff.*, 226174; nonché Id., Sez. I, 7 marzo 2000, Rosmini, in *Cass. Pen.*, 2001, 563; APRILE, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: Intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. Pen.*, 2009, 1, 440.

<sup>7</sup> RUGGIERI, *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1058.

<sup>8</sup> Così, anche recentemente, Cass., Sez. I, 4 marzo 2009, P. e altro, in *Mass. Uff.*, 243138; Id., Sez. IV, 28 febbraio 2008, in *Guida Dir.*, 2008, 17, 87.

<sup>9</sup> Anche recentemente Cass., Sez. un., 23 aprile 2009, F.V., in *Mass. Uff.*, 243416.

<sup>10</sup> Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2008, D.G.; Id., Sez. IV, 15 dicembre 2009, M.

<sup>11</sup> Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336.

<sup>12</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 804.

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 27 marzo 2002, De Lorenzo, in *Cass. Pen.*, 2002, 2616.

<sup>14</sup> Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2008, P. e altro, in *Mass. Uff.*, 242658.



NADIA E. LA ROCCA

## Intercettazioni, utilizzo di impianti esterni, in- stradamento: garanzie tecniche e prassi de- vianti

SOMMARIO: 1. Contenuto della motivazione del decreto del P.M. circa l'insufficienza o l'inidoneità degli impianti della Procura della Repubblica. — 2. Equilibrio tra *privacy* e mezzo investigativo. — 3. L'instradamento dei flussi sonori. — 4. Limiti alle intercettazioni su utenze estere.

### 1. Contenuto della motivazione del decreto del P.M. circa l'insufficienza o l'inidoneità degli impianti della Procura della Repubblica.

La materia delle intercettazioni è particolarmente sensibile alle prassi devianti e incerte che provocano indebite soluzioni attraverso le quali le scadenze procedurali scandite dalla norma vengono adattate a particolari situazioni ed esigenze, svuotando così di contenuto il fondamentale principio della legalità nella formazione della prova. Basti pensare al proliferare continuo degli interventi da parte del giudice delle leggi e, soprattutto, della Corte di legittimità, finalizzati ad apportare soluzioni in presenza di violazioni delle norme poste a tutela dell'attendibilità dell'accertamento probatorio.

Una di tali norme è quella stabilita al comma 3 dell'art. 268 c.p.p., che impone la registrazione e la verbalizzazione delle comunicazioni intercettate impiegando gli impianti installati presso la Procura della Repubblica. La regola, come risaputo, è foriera di eccezione normativamente prevista: quando, infatti, gli impianti suddetti risultano «insufficienti o inidonei» ed esistono «eccezionali ragioni di urgenza», il P.M. può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria e, pertanto, esterni agli uffici di Procura.

Quello della motivazione del decreto del P.M. sulle eccezionali ragioni di urgenza e sulla inidoneità e insufficienza degli impianti della Procura, quale esigenza giustificatrice della deroga alla regola generale di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p., ha costituito argomento attorno al quale si sono susseguite le critiche costruttive della dottrina e gli interventi chiarificatori della giurisprudenza, a fronte di istanze volte ad evidenziare modi di procedere distonici rispetto alla lettera della norma e, pertanto, la patologia (*ex art. 271 c.p.p.*) insita nei dati conoscitivi raccolti attraverso le intercettazioni.

Stante la formidabile capacità intrusiva del mezzo di ricerca della prova nella sfera di segretezza e libertà delle comunicazioni costituzionalmente presidiata, appare adeguato il riflesso processuale della radicale sanzione d'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ove le garanzie tecniche di espletamento delle stesse vengano eluse. È, affinché non si verifichi tale elusione, è necessario che ogni deroga al *modus operandi* prescritto dalla legge, sia giustificata da parte del P.M. Tuttavia, in che misura e attraverso quali modalità l'obbligo del P.M. debba trovare estrinsecazione, è ancora poco chiaro nella prassi, nonostante i ripetuti interventi della giurisprudenza al riguardo.

La Corte di cassazione ha, a più riprese, affrontato il tema di quale sia l'apparato motivazionale minimo per giudicare legittimo, sotto il profilo giustificativo, il provvedimento dell'organo giudiziario che autorizzi o disponga le operazioni di intercettazione delle conversazioni telefoniche o tra presenti, che convalidi quelle disposte in via d'urgenza, o che, ove ricorra, le proroghi. È stato, *in primis*, rilevato che «i giudizi di valore rispondono ad altri requisiti che non possono racchiudersi in una formula che non sia quella della riaffermazione del dovere del

giudice di fornire giustificazione razionale alla decisione adottata». Si è affermato, pertanto, che «ciò che rileva è che dalla motivazione fornita, succinta e compendiosa [...], si possa dedurre l'iter cognitivo e valutativo seguito dal giudice e se ne possano conoscere i risultati che debbono essere conformi alle prescrizioni della legge»<sup>1</sup>.

Più in particolare, le Sezioni unite<sup>2</sup> hanno esaminato il tema di quali siano i requisiti minimi perché sia soddisfatto — a pena di inutilizzabilità — l'obbligo di congrua motivazione del decreto esecutivo del P.M. con riferimento all'insufficienza o inidoneità degli impianti della Procura e alle eccezionali ragioni di urgenza, giustificative, in deroga al regime ordinario, del compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria.

Con altra sentenza, di poco successiva<sup>3</sup>, il supremo Collegio è intervenuto in maniera più pregnante rispetto al tema che qui interessa, affrontando la questione del contenuto della motivazione del decreto del P.M. circa la insufficienza o inidoneità degli impianti della Procura della Repubblica, affermando che «è l'esistenza di una obiettiva situazione di insufficienza o di inidoneità che deve emergere dalla motivazione del decreto». Invero, «la motivazione [...] può richiedere uno svolgimento diffuso o poche parole, ritenendosi assolto l'obbligo motivazionale con la semplice enunciazione relativa alla indisponibilità di linee presso la locale Procura».

Per dirimere dubbi interpretativi, è stato stabilito altresì che costituisce un obbligo inderogabile per il P.M. motivare sempre e comunque anche sulle ragioni probatorie che giustificano le sue attività<sup>4</sup>.

A scanso di equivoci, successivamente, si è affrontato il tema della possibilità o meno, per il P.M., di integrare la motivazione del provvedimento di autorizzazione all'utilizzo di impianti di intercettazione diversi da quelli in dotazione alla Procura della Repubblica. Si è rilevato che, «in presenza dei due presupposti voluti dalla norma, a rendere legittima l'attività captativa per mezzo di impianti esterni all'ufficio giudiziario è, altresì, necessario che il magistrato renda apposito provvedimento al riguardo»; non solo, ma è necessario anche che tale provvedimento sia motivato, giacché «solo la sua motivazione dà, a sua volta, contezza che il magistrato medesimo ha accertato la esistenza dei due suindicati presupposti, ha proceduto alla valutazione relativa al temperamento dei due interessi costituzionali protetti, ha proceduto ad un corretto uso del potere attribuitogli»<sup>5</sup>.

Da simili interventi, dovrebbe risultare chiara la caratterizzazione della motivazione del decreto derogatorio di cui al comma 3 dell'art. 268 c.p.p., e non si comprende la ragione dei continui dubbi interpretativi gravitanti attorno alla portata della norma.

Invero, pur tralasciando l'operato dei pubblici ministeri, sono proprio le Sezioni semplici della Cassazione ad eludere i moniti delle Sezioni unite, adottando soluzioni tali da rendere spesso inutile o, comunque, non idoneo allo scopo, il controllo sull'effettività dei requisiti che legittimano il ricorso agli impianti esterni<sup>6</sup>. Come se fosse sempre necessario avallare le omissioni dei pubblici ministeri per evitare ripercussioni sulle indagini e sulle prove raccolte, cercando soluzioni che — con minor rigore — si adattino al caso concreto sanando le mancanze argomentative e una, pur insanabile, inutilizzabilità dei risultati investigativi.

E allora non poche si mostrano le considerazioni a farsi, soprattutto quando ad essere coinvolti sono interessi e diritti soggettivi presidiati a livello costituzionale, il cui sacrificio deve rispondere ad effettive esigenze risultanti dal provvedimento giurisdizionale.

Non bisogna partire da lontano per ribadire che la motivazione rappresenta uno dei cardini del processo giusto, regola base perché possano conoscersi effettivamente le ragioni che portano all'emanazione di un determinato provvedimento secondo i canoni stabiliti dalla legge: se tale accertamento risulta impossibile, significa che la legge stessa è stata aggirata. Ogni

<sup>1</sup> Cass., Sez. un., 21 settembre 2001, Primavera, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2001, 261.

<sup>2</sup> Cass., Sez. un., 31 ottobre 2001, Policastro e altri, in *Arch. Nuova Proc. Pen.*, 2002, 46.

<sup>3</sup> Cass., Sez. un., 26 novembre 2003, Gatto, in *Cass. Pen.*, 2004, 1217.

<sup>4</sup> Cass., Sez. un., 28 gennaio 2004, Ferrazzi, in *Riv. Pen.*, 2004, 1028.

<sup>5</sup> Cass., Sez. un., 29 novembre 2005, Campenni, cit., alla quale è seguito ulteriore intervento chiarificatore da parte di Id., Sez. II, 15

febbraio 2006, Navarra, in *Giur. It.*, 2007, 1496 con nota LA ROCCA, *Condizioni per la utilizzabilità delle intercettazioni tramite decreti successivi*, in *Giur. It.*, 2007, 1496.

<sup>6</sup> Cfr. Cass., Sez. VI, 11 dicembre 2007, Sitzia, in *Mass. Uff.*, 239633; Id., Sez. V, 10 luglio 2006, Cristaldi, *ivi*, 234526; Id., Sez. VI, 4 luglio 2006, Bartoli, *ivi*, 234925; Id., Sez. VI, 19 gennaio 2004, Idà, *ivi*, 229515; Id., Sez. I, 8 luglio 2003, Vecchi, in *Mass. Uff.*, 225795; Id., Sez. II, 16 giugno 2003, Zanco, in *Guida Dir.*, 2004, 3, 76; Id., Sez. VI, 4 aprile 2003, Sanatini, *inedita*.

decisione, infatti, deve essere necessariamente fondata su un ragionamento pratico che sia in grado di rispondere a critiche, obiezioni, repliche e giustificare il suo contenuto rispetto al modello imposto nell'ambito in cui è destinata a trovare esecuzione. È ovvio che le procedure, gli argomenti e i modelli di giustificazione varino a seconda degli ambiti in cui si esercita la facoltà del decidere e, più specificamente, in relazione a vincoli specifici che sono dettati per ogni pratica valutazione. Tuttavia, non può mai prescindere dalla discussione sulle argomentazioni che fondano una determinata decisione, in una dimensione eminentemente pratica del giudizio che deve fondarsi su una logica di tipo argomentativo attraverso la quale la conclusione cui si giunge deve essere giustificata.

Ebbene, anche il decreto di cui all'art. 268, comma 3, c.p.p. deve rispondere a tutto questo, influenzando sul libero esercizio di diritti e libertà individuali, presidiati da garanzie, oltre che di ordine giuridico, anche di ordine tecnico nel momento della loro limitazione<sup>7</sup>.

## 2. *Equilibrio tra privacy e mezzo investigativo.*

La previsione a che le operazioni captative vengano svolte con impianti interni alla Procura della Repubblica locale, è finalizzata a garantire che si effettuino solo le intercettazioni autorizzate, solo queste e nei limiti dell'autorizzazione, non potendosi in alcun modo abbandonare il sacrificio dei diritti costituzionalmente garantiti, al libero arbitrio dell'organo d'accusa e dei suoi ausiliari.

Si tratta di materia, dunque, che «non tollera deroghe, scorcioie, pigriole o, peggio, radicali omissioni»<sup>8</sup>.

Depurata da qualsiasi formalismo, la motivazione del decreto derogatorio deve manifestare in maniera pregnante e specifica tutti i temi indicati dalla norma, costituendo condizione indispensabile per la validità del decreto e, correlativamente, l'utilizzabilità dei risultati probatori.

Il tutto trova conferma nelle norme dalle quali emerge palesemente che tra l'interesse alla tutela della prova e il riconoscimento garantito della salvaguardia della libertà in tutte le sue forme e manifestazioni, l'ordinamento impone che venga sacrificato il primo: è richiesto, pertanto, che si faccia e si sappia fare buon uso del mezzo di ricerca della prova in discorso, traendo dal suo utilizzo tutto quanto può offrire in termini di capacità acquisitiva di elementi probatori, ma sempre evitando di regredire in usi illegittimi e impropri dello strumento.

Il problema centrale è sempre quello dei connotati minimi, che possono essere una pretesa giustificata, per un corretto uso, da parte dell'organo inquirente, del penetrante potere derogatorio alla *privacy* di ciascuno, e ogni questione attiene, allora, non più al solo procedimento probatorio, ma a problematiche di metodo e agli intrecci tra «vizi della volontà», «regole di esclusione», «sanatorie» e «limiti cronologici»<sup>9</sup> che possono caratterizzare le vicende processuali.

Muovendo dalla disciplina codicistica, risulta chiaro che le intercettazioni sono sempre destinate a incidere pesantemente sui diritti garantiti a ciascun individuo, sia a livello costituzionale che internazionale<sup>10</sup>. Infatti, accanto alla particolare efficacia del mezzo di ricerca della prova, non vanno sottovalutati né sottaciuti i profili di estrema delicatezza che lo caratterizzano.

Nelle valutazioni che il P.M. dovrebbe sempre compiere nel decidere se avvalersi di tale «insidioso» mezzo investigativo, sarebbe da tenere in considerazione il modo in cui esso sia idoneo a ledere e limitare i diritti costituzionalmente garantiti, quali la *privacy* all'interno del domicilio, la libertà e la segretezza nelle forme di comunicazione, tutelati dalla Costituzione ma anche dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, secondo cui ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza<sup>11</sup>.

In tale contesto, dunque, l'obbligo di motivazione e le previsioni generali di inutilizzabilità e di espunzione dei risultati delle intercettazioni «illegali», assumono un ruolo portante del siste-

ma probatorio, che ricomprende l'esigenza di rispettare precise scadenze procedurali in punto di ammissibilità, di selezione per l'inserimento nel materiale decisivo, di regole d'esclusione e di *standard* di giudizio per la valutazione.

Ed è allora alquanto chiaro che determinate regole, presidiate da rispettive sanzioni, trascendano il ruolo di strumento tecnico-processuale per approdare a implicazioni di ordine etico, logico, ideologico cosicché i risultati della ricerca probatoria contano nella misura in cui sono osservate le regole preposte ai modi di produzione delle stesse.

D'altronde, se la legalità della prova è oramai sussunta nella tutela costituzionale del giusto<sup>12</sup> processo, è proprio tale tutela a imporre scelte omogenee non solo all'interno del processo penale, ma dall'inizio delle indagini al termine dell'esecuzione.

Se tale prospettiva ricostruttiva è condivisibile, qualsiasi resistenza applicativa deve respingersi con fermezza, malgrado siano spesso proprio i giudici di legittimità ad avallare scelte che dilatano eccezioni non consentite.

## 3. *L'instradamento dei flussi sonori.*

Occorre soffermarsi sulla c.d. tecnica dell'instradamento dei flussi sonori captati sia pure attraverso gli impianti installati presso le Procure della Repubblica. Si tratta di tecnologia attraverso la quale i flussi sonori intercettati vengono dirottati (remotizzati) presso punti d'ascolto siti negli uffici della polizia giudiziaria che procede all'ascolto in «remoto».

Ma vi è di più. A tale tecnica deve guardarsi, infatti, da un duplice punto di vista: di instradamento dei flussi delle comunicazioni, invero, è solito parlarsi non solo quando si delocalizzi l'ascolto in un punto diverso da quello in cui avviene la registrazione, ma altresì nel caso in cui vengano intercettate tutte le comunicazioni che partono dall'Italia e sono dirette a un'utenza estera determinata, o a un fascio di utenze appartenenti comunque ad un distretto geografico di cui fa parte una città situata in un paese estero. Dal punto di vista prettamente tecnico, in quest'ultimo caso, si tratta di un meccanismo per cui un competente ufficio (Ringto), raccoglie tutte le telefonate Italia-estero, sulla base di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, trasmettendo alla centrale di ascolto (*rectius* «instradando») le telefonate di tutti gli utenti che dall'Italia chiamano il predeterminato numero (utenza straniera).

Ribadendo il concetto per cui la disciplina tecnica e la sua corretta applicazione costituiscono un antecedente necessario per la genuinità della prova raccolta attraverso lo strumento di indagine in parola, molteplici si mostrano le notazioni critiche da muovere ai nuovi modi di procedere, che assumono i connotati di deroga implicitamente legittima ma che, in realtà, si discostano dalle garanzie sottostanti alla sistematica codicistica in tema di inviolabilità della segretezza delle comunicazioni e di rispetto della vita privata<sup>13</sup>.

Per quel che riguarda il fenomeno della remotizzazione dei flussi delle conversazioni registrate attraverso impianti installati presso la Procura della Repubblica, ma ascoltate presso le sedi degli organi di polizia giudiziaria, è importante comprendere se si tratti di metodologia derogatoria rientrante nella fattispecie di cui al comma 3 dell'art. 268 c.p.p.

La giurisprudenza ha sempre considerato «alla stregua di intercettazioni eseguite mediante impianti interni alle Procure e, pertanto, utilizzabili, le intercettazioni di conversazioni ascoltate in sede remota da parte degli organi di polizia, in quanto il mezzo di prova è costituito esclusivamente dalla registrazione delle conversazioni, che viene effettuata presso gli uffici delle Procure»<sup>14</sup>. Nella medesima prospettiva, è stato affermato che «la possibilità che nell'ambito dell'articolazione delle operazioni di ascolto, queste ultime possano avvenire contemporaneamente presso gli uffici di P.G., non determina il venir meno delle garanzie previste dalla legge allorché la registrazione si realizzi comunque attraverso gli impianti installati presso la Procura, posto che ogni manipolazione è evitata proprio dalla registra-

<sup>7</sup> Corte cost., sent. n. 34/1973, con la quale vennero dettate le condizioni di compatibilità delle intercettazioni con i principi fondamentali in materia di riservatezza delle comunicazioni.

<sup>8</sup> Cass., Sez. un., 12 luglio 2007, Agunecche, in *Guida Dir.*, 2007, 37, 69.

<sup>9</sup> GAITO A., *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 929.

<sup>10</sup> FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in GAITO A., *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 118.

<sup>11</sup> APRILE-SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004, 3.

<sup>12</sup> DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314.

<sup>13</sup> BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 148.

<sup>14</sup> Cass., Sez. III, 20 novembre 2007, Musso, in *Mass. Uff.*, 238534.

zione integrale delle comunicazioni»<sup>15</sup>. Le Sezioni unite hanno, in particolar modo, chiarito che «la possibilità di contestuale ascolto delle intercettazioni anche negli uffici della polizia giudiziaria attraverso un apposito accorgimento tecnologico, non compromette la conformità al modello legale della stessa intercettazione»<sup>16</sup> e, più di recente, che «condizione per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che la registrazione [...] sia avvenuta per mezzo degli impianti installati in Procura, anche se le operazioni di ascolto, verbalizzazione e riproduzione dei dati registrati siano eseguite negli uffici di polizia giudiziaria»<sup>17</sup>.

Correlativamente, secondo il prevalente orientamento della Corte di legittimità, presupposta l'installazione degli impianti presso la Procura, qualsiasi organo di polizia, o suo ausiliario, può legittimamente procedere in tal senso, senza alcuna autorizzazione del magistrato competente che motivi il confluire dei flussi di comunicazione in una sede ove lo stesso in alcun modo può vigilare.

Ma un simile *modus procedendi* non può che dirsi contrastante con la *ratio* delle norme che tutelano il singolo contro illegittime intrusioni nella vita privata, la cui effettività postula anche garanzie che attengono alla predisposizione materiale dei servizi tecnici utili per le intercettazioni, finalizzate a che l'autorità giudiziaria possa esercitare il controllo necessario ad assicurare che si proceda solo alle intercettazioni autorizzate.

Non si dimentichi che la predisposizione degli impianti presso i locali delle procure mira a prevenire eventuali abusi da parte degli organi di polizia ed a scongiurare il pericolo di manipolazione della prova strettamente correlato al rischio di discrasie tra quanto detto, quanto ascoltato e quanto verbalizzato.

Sulla scorta di simili premesse, è evidente che il libero accesso all'ascolto di quanto captato comporti un uso improprio del mezzo di ricerca della prova. È pur vero, infatti, che nessuna disposizione vieta l'ascolto delle conversazioni intercettate in una sede diversa da quella in cui avvengono le registrazioni; ma, per converso, non esiste alcuna disposizione normativa che legittimi tutto questo. E in una materia come quella in parola, presidiata da doppia riserva di legge e di giurisdizione, ogni deviazione dallo schema legale tipico deve sicuramente censurarsi nella misura in cui comporti arbitrari eccessi e non consentite deroghe.

Proprio a tali finalità, invero, si ispira la regolamentazione codicistica relativa alle intercettazioni di comunicazioni (artt. 266-271 c.p.p.), con buona pace dell'art. 15 Cost., impositivo proprio di quella «doppia riserva», di legge e di giurisdizione, nella limitazione della libertà e della segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione<sup>18</sup>.

Alla luce della disposizione costituzionale, le regole codicistiche tendono alla realizzazione di un difficile equilibrio tra l'esigenza processuale di accertamento e quella personale di tutela della sfera privata, rilevando i dati tra loro connessi della inviolabilità del diritto di comunicare, della giurisdizionalità del provvedimento limitativo e della riserva legislativa nella determinazione delle condizioni operative<sup>19</sup>.

Ove l'elemento di prova raccolto non rispecchi tale equilibrio, non può che considerarsi inutilizzabile e ogni acquisizione probatoria che incida sugli stessi deve ritenersi vietata<sup>20</sup>.

E allora non si possono che trarre delle conclusioni insoddisfacenti sulla prassi legittimante le intercettazioni effettuate attraverso la remotizzazione dell'ascolto: se per un verso, infatti, questa non risulta disciplinata da nessuna disposizione codicistica, essendosi da sempre escluso che rientri nella fattispecie derogatoria di cui al comma 3 dell'art. 268 c.p.p., per l'altro non può che ritenersi elusiva delle garanzie sottostanti alla regola per

cui «le operazioni di intercettazione possono essere compiute esclusivamente per mezzo degli impianti installati presso la Procura della Repubblica» finalizzata a evitare l'indiscriminato accesso all'ascolto di quanto captato.

#### 4. Limiti alle intercettazioni su utenze estere.

L'area delle limitazioni costituzionali al potere di invadere e limitare la libertà di comunicazione del singolo si arricchisce nel momento in cui l'attività di captazione occulta riguarda utenze o ambienti sottoposti alla sovranità di Stati esteri.

Il riferimento è all'attività di intercettazione su utenze estere o di telefonate dall'estero attraverso il sistema del c.d. «intradamento», a mezzo del quale si è in grado di intercettare tutte le comunicazioni che partono dall'Italia e sono dirette ad un'utenza estera determinata, o ad un fascio di utenze appartenenti ad un distretto geografico di cui fa parte una città situata in un paese estero.

Il punto dolente della procedura *de qua* è rinvenibile nell'assunto per cui l'autorità giudiziaria interna può disporre il compimento di indagini esclusivamente sul proprio territorio, mentre per gli atti che implicano invasioni in territori stranieri deve ricorrere alle convenzioni e ai trattati in materia di assistenza giudiziaria internazionale. Infatti, se le altre procedure di acquisizione probatoria appartengono alla normalità processuale per cui l'attività acquisitiva avviene in un'unità di luogo, con le intercettazioni questa unità, di per sé, viene a rompersi<sup>21</sup> dal momento che è possibile captare le conversazioni di un soggetto che si trova oltre i confini nazionali.

Nel caso di intercettazioni su utenze estere, il potere delle autorità inquirenti si scontra con i limiti imposti dall'art. 10 Cost., che fissa i confini della sovranità statale intesi non solo in termini spaziali ma, altresì, in un senso più ampio, in termini di divieto di compiere, fuori dal territorio interno, atti coercitivi o preparativi di potenziali coercizioni, se non attraverso l'utilizzo di strumenti di cooperazione conformi «alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute»<sup>22</sup>.

Ma non solo. Guardando ai contenuti e alle finalità delle disposizioni codicistiche disciplinanti la materia, se ne coglie l'elusione nel momento in cui il giudice, chiamato a decidere sulla richiesta di autorizzazione dell'intercettazione non è in grado, con il metodo dell'intradamento, di conoscere anticipatamente le utenze suscettibili di captazione. L'autorità giurisdizionale, piuttosto, autorizza, con la tecnica *de qua*, un indiscriminato ascolto di tutte le conversazioni o comunicazioni raccolte nel «fascio intradato» dall'ufficio competente, con conseguente mancanza di ogni valutazione sulla legittimità della richiesta, nonché sui presupposti dei gravi o sufficienti indizi e della assoluta indispensabilità o necessità ai fini della prosecuzione delle indagini<sup>23</sup>.

Ciononostante, la Corte nomofilattica è ferma nel ribadire che «il ricorso alla procedura dell'intradamento non comporta la violazione delle norme sulle rogatorie internazionali, in quanto in tal modo tutta l'attività d'intercettazione, ricezione e registrazione delle comunicazioni telefoniche viene compiuta completamente su territorio italiano»<sup>24</sup> e che «il ricorso alla procedura di cooperazione internazionale di cui agli artt. 727 e segg. c.p.p. dovrebbe ritenersi necessario solo allorché l'attività captativa fosse diretta a percepire contenuti di comunicazioni che transitino unicamente su territorio estero»<sup>25</sup>, con l'ulteriore precisazione per cui, «nel caso di operazioni riguardanti utenze telefoniche mobili [...] rileva [...] esclusivamente la nazionalità dell'utenza, essendo tali apparecchi soggetti alla regolamenta-

<sup>15</sup> Cass., Sez. IV, 27 settembre 2007, Rizza, in *Mass. Uff.*, 237987.

<sup>16</sup> Cass., Sez. un., 28 febbraio 2005, Littera, in *Mass. Uff.*, 231269.

<sup>17</sup> Cass., Sez. un., 26 giugno 2008, C.M., in *Mass. Uff.*, 240395.

<sup>18</sup> La limitazione alla libertà *ex art.* 15 Cost., può avvenire soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria e con le garanzie stabilite dalla legge.

<sup>19</sup> SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. Pen.*, 1994, 4.

<sup>20</sup> CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanziali e bussola della legalità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 785.

<sup>21</sup> APRILE-SPIEZIA, *op. cit.*; ID., *Legittimità delle intercettazioni di telefonate dirette all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1837.

<sup>22</sup> Dal dettato dell'art. 10, comma 1, Cost., «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute».

<sup>23</sup> SICA, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni per intradamento o a "fascio"*, in *Nuovo Dir.*, 2000, 1116.

<sup>24</sup> Giurisprudenza consolidata esclude che comporti violazione delle norme sulle rogatorie internazionali l'intercettazione di telefonate in partenza dall'Italia e dirette all'estero, in quanto tutta l'attività viene compiuta interamente sul territorio italiano: Cass., Sez. IV, 30 giugno 2004, Romeo, con nota di APRILE, *Legittimità delle intercettazioni di telefonate dirette all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1837. Dello stesso tenore, Id., Sez. IV, 14 maggio 2004, Belforte, in *Mass. Uff.*, 229103; Id., Sez. VI, 6 marzo 2003, Berdaku, in *Cass. Pen.*, 2004, 2102; Id., Sez. IV, 28 gennaio 2003, Rinzivillo, in *Mass. Uff.*, 224204; e, sia pure con aspetti diversi, Id., Sez. IV, 29 maggio 2002, Vercani, in *Cass. Pen.*, 2004, 957.

<sup>25</sup> Cass., Sez. IV, 13 giugno 2003, Lengu, in *Mass. Uff.*, 226174.

zione tecnica e giuridica dello Stato cui appartiene l'ente gestore del servizio»<sup>26</sup>.

Ebbene. L'orientamento del giudice di legittimità per escludere la necessità dell'intervento degli strumenti di cooperazione internazionale fa leva sul fatto che le operazioni di captazioni sono eseguite in Italia<sup>27</sup> attraverso una sorta di postulazione a priori per quale i risultati di tali attività sono legittimi sulla scorta di un riferimento alternativo al luogo in cui sono materialmente eseguite le operazioni, ovvero alla sede dell'autorità giurisdizionale deliberante. Il che non può certo condividersi.

Muovendo, infatti, dal presupposto che, non essendo note le utenze italiane da cui partono le comunicazioni, la linea intercettata è, in prima battuta, quella straniera, le operazioni di captazione richiederebbero l'attivazione delle pratiche giudiziarie ed amministrative sancite e imposte dalle Convenzioni internazionali<sup>28</sup>. A nulla può valere, nella specie, il principio di territorialità, in quanto, piuttosto che il luogo di esecuzione delle operazioni, a rilevare è quello nel quale le stesse producono gli effetti pregiudizievoli.

In altre parole, il regime delle intercettazioni aventi un interlocutore posto fuori dal territorio nazionale, dipende dall'estensione del pregiudizio che il mezzo di ricerca della prova in questione è in grado di arrecare a sfere di libertà protette<sup>29</sup>, costituendo circostanza ovvia che i provvedimenti adottati dal giudice italiano inevitabilmente incidano, vulnerandoli, sui diritti alla inviolabilità e alla segretezza delle conversazioni con riguardo ad un bene estraneo all'ordinamento interno (*rectius*: in relazione ad un soggetto il cui mezzo di comunicazione, per sua natura idoneo ad assicurare la riservatezza delle conversazioni, risulta essere positivamente disciplinato dal regime giuridico, e condizionato alla sovranità, di uno Stato estero).

Insomma, che il potere di intercettazione sia formalmente esercitato in Italia, non rileva affatto: in tanto tale potere può essere legittimamente esercitato, in quanto incida su beni soggetti alla sovranità dello Stato italiano e in riferimento ad una procedura investigativa legittimamente in corso; la circostanza per cui titolare ne sia *ab origine* il P.M. italiano ovvero si tratti di collaborazione internazionale in materia penale dietro rituale richiesta dall'estero, non muta la prospettiva.

Diversamente ragionando, si dovrebbe ammettere un potere ultraterritoriale in capo alla magistratura italiana di regolare lo stato giuridico di beni e di diritti estranei all'ordinamento interno, in spregio alle sovranità di altri Stati e alle norme di diritto internazionale che ne disciplinano i rapporti.

Esistono dei punti fermi idonei a garantire procedure standardizzate: è a tali procedure che deve uniformarsi qualsiasi attività di ricerca della prova, con la conseguenza che le attività di intercettazione che abbiano ad oggetto utenze di nazionalità estera o ambienti ubicati in territorio straniero, debbano essere regolate ai sensi dell'art. 727 c.p.p. e nell'ambito delle procedure di collaborazione internazionale di polizia.

Ogni deviazione da tale modello normativamente previsto produce delle «acquisizioni probatorie selvagge»<sup>30</sup>, risultanti da un aggiramento delle norme esistenti in materia, codicistiche e pattizie.

Per il diritto internazionale, assume rilevanza decisiva il fatto che le funzioni pubbliche vengano esercitate da un soggetto estraneo allo Stato estero: il P.M. italiano e il giudice che lo autorizza a disporre intercettazioni di comunicazioni intrattenute, in parte o interamente, in territorio straniero senza attivare le normali procedure rogatorie, violano la sovranità dello Stato estero, con correlative conseguenze negative sull'effettiva validità processuale del risultato acquisito in spregio di ben precise regole.

E si spiega. Se *ab origine* l'attività di intercettazione è disposta da un organo privo di giurisdizione e carente del potere all'uopo

necessario (trattandosi di utenze soggette comunque alla sovranità di altri Stati), la patologia del risultato rileva sia dal punto di vista della capacità del soggetto che ha posto in essere un atto non consentitogli<sup>31</sup>, sia da quello concernente i limiti del potere di accertamento di tale soggetto.

Non si dimentichi che il giudice è tale solo sul territorio del paese in cui è legittimato a esercitare le sue funzioni; gli atti compiuti direttamente all'estero sono passibili di nullità *ex art.* 178 c.p.p. per mancanza di capacità del giudice. Solo così ragionando può essere salvaguardato il collegamento tra territorio e giurisdizione, tanto prezioso poiché garante della posizione processuale di ogni singolo individuo che, in mancanza di esso, risulterebbe esposto al rischio della soggezione arbitraria a poteri coercitivi non chiaramente individuabili, perché non riferibili ad un preciso spazio territoriale. Nel diritto del singolo individuo alla sicurezza delle proprie situazioni giuridiche rientra non solo l'esigenza di una precisazione legislativa rigorosa, ma anche la pretesa a una delimitazione altrettanto invalicabile dello spazio giurisdizionale.

A tali profili patologici si affiancano necessariamente le sanzioni che incidono direttamente sull'elemento di prova raccolto. Pare inevitabile, allora, ribadire come la regola dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione dei divieti di legge, dettata dall'art. 191 c.p.p., deve essere posta anche in relazione al principio di sovranità e indipendenza degli Stati<sup>32</sup>, in quanto l'autorità giudiziaria italiana — per il principio di diritto internazionale secondo il quale ciascuno Stato ha esclusiva sovranità all'interno del proprio territorio — non ha alcuna competenza per procedere direttamente, se non a mezzo di rogatoria internazionale, al fine di captare intercettazioni telefoniche da eseguire nel territorio di altro Stato<sup>33</sup>.

Sembra chiaro, in conclusione, che le risultanze delle intercettazioni per instradamento non dovrebbero avere spazio nel processo italiano, sia che si qualifichi il vizio di cui sono inficiate come nullità assoluta di ordine generale *ex art.* 178 c.p.p., sia che si riconduca l'inosservanza delle norme dettate in tema di rogatoria alla inutilizzabilità della prova. Ma anche in tal caso, la prassi tende a superare i valori sottostanti alle metodologie imposte per legge, tentando sempre di sanare, pur insanabili, procedure arbitrarie e non conformi ad un ben determinato sistema.

—————  
CARLO FIORIO  
—————

## Intercettazioni telefoniche e diritti costituzionalmente garantiti tra frammenti di storia parlamentare e prospettive *de iure condendo*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. — 2. Presupposti di ammissibilità e durata delle intercettazioni. — 3. Archivio riservato e selezione dei materiali probatori. — 4. Segreto investigativo e informazione. — 5. La tutela penalistica del divieto di pubblicazione. — 6. Un bilancio provvisorio.

### 1. Considerazioni introduttive.

Centrale, nell'agenda politica delle ultime legislature<sup>1</sup>, il tema delle intercettazioni trascende il bilanciamento<sup>2</sup> tra i principi

<sup>26</sup> Cass., Sez. I, 16 ottobre 2002, Strangio, in *Mass. Uff.*, 222406; Id., Sez. V, 19 settembre 2002, Dushi, in *Guida Dir.*, 2003, 3, 78.

<sup>27</sup> In autonoma diversificata posizione Trib. Roma, 2 ottobre 2000, Barbaro, con nota DIDI, *Il regime delle intercettazioni per instradamento*, in *Giust. Pen.*, 2001, III, 120; Trib. Bologna, 23 giugno 1998, Bossert, con nota RUGGIERI, *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1058.

<sup>28</sup> RUGGIERI, *op. cit.*, 1066.

<sup>29</sup> DIDI, *op. cit.*, 122.

<sup>30</sup> VALENTINI, *L'acquisizione della prova tra limiti territoriali e cooperazione con autorità straniere*, Padova, 1998, 255.

<sup>31</sup> RUGGIERI, *op. cit.*, 1068.

<sup>32</sup> Cass., Sez. II, 5 marzo 1999, D'Ambrosio, in *Mass. Uff.*, 212981.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., Sez. II, 13 dicembre 2001, Manno ed altri, inedita; Id., Sez. I, 21 novembre 2001, Mussurici, inedita.

<sup>1</sup> CESARI, *Privacy, diritto di cronaca, intercettazioni: la ricerca di nuovi equilibri nelle proposte all'esame del Parlamento*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1997, 1280; DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 120.

<sup>2</sup> GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del convegno, Milano, 2009, 24.

costituzionali relativi al processo penale (artt. 15, 24, comma 2, 112 Cost.)<sup>3</sup>, per lambire i valori fondamentali di ogni società democratica, quali il diritto alla riservatezza<sup>4</sup> (artt. 2 e 15 Cost.; 8 Cedu e 17 Patto internazionale sui diritti civili e politici) e il diritto all'informazione (art. 21, comma 1, Cost.).

Il *voyeurismo* nostrano, alimentato da un oligopolio informativo particolarmente "in linea" con le più basse aspirazioni dell'ostentata sottocultura popolare evidenzia — se ancora ce ne fosse bisogno — l'esigenza di separare le notizie rilevanti da quelle irrilevanti, imponendo su di esse un obbligo di segreto penalmente sanzionato, così vietandone la divulgazione.

Quali gli strumenti utilizzabili? Analogamente a quanto registrato nel corso della XV legislatura, ove sia il disegno di legge d'iniziativa governativa C 1638 (d'ora in poi "progetto Mastella"), sia la bozza di legge-delega presentata il 20 febbraio 2008 dalla Commissione per la riforma del c.p.p., presieduta dal Prof. Giuseppe Riccio (d'ora in poi "bozza Riccio") convergevano sulla necessità di istituire un archivio riservato<sup>5</sup>, coperto da segreto, anche il recente disegno di legge C 1415 (d'ora in poi "progetto Alfano"), nel testo approvato dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati in terza lettura (28 luglio 2010), denota, rispetto al testo originario, opzioni maggiormente rispettose della tutela della riservatezza dei soggetti indagati e dei terzi estranei. Un dato, infatti, emerge con chiarezza: nel corso della *navette* parlamentare, le primitive intenzioni "limitative", demagogicamente propagate sulla scorta dei costi eccessivi delle intercettazioni, si sono progressivamente stemperate, sino a metabolizzare molte tra le soluzioni già condivise nei lavori della XV legislatura, le quali avevano ricevuto un'approvazione *bipartisan*.

Alcune riserve, tuttavia, si impongono sia in riferimento alla scelta di incidere sui presupposti e sulla durata delle operazioni di intercettazione, sia con riguardo al drastico irrigidimento del regime di pubblicazione degli atti di indagine. Si tratta di opzioni che, obbedendo alla non sempre conferente equazione: «diminuire l'offerta per frenare la domanda», tendono, nei fatti, a vanificare l'efficienza investigativa e a limitare pericolosamente il diritto di cronaca giudiziaria.

## 2. Presupposti di ammissibilità e durata delle intercettazioni.

È opportuno dar conto delle ulteriori innovazioni prospettate nel corso della XVI legislatura.

Sul versante degli ambiti operativi della disciplina, l'art. 9 del progetto Alfano, in relazione all'art. 266, comma 1, c.p.p., equiparava, *ratione materiae*, l'«acquisizione della documentazione del traffico delle conversazioni o comunicazioni» alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche e alle altre forme di telecomunicazione<sup>6</sup>. Trattandosi di un'omologazione impropria, è da condividere il mutamento radicale di rotta operato dalla Commissione giustizia in terza lettura, la quale ha dettato una disciplina speciale per l'acquisizione dei tabulati telefonici, prevedendo che l'autorizzazione sia data dal G.I.P. (in luogo del Tribunale distrettuale in composizione collegiale), quando vi sono gravi indizi di reato e l'acquisizione è assoluta-

mente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini (nuovo art. 267, comma 5 *bis*, c.p.p.)<sup>7</sup>.

In prospettiva diversificata, il progetto Alfano è intervenuto in modo deciso in materia di intercettazioni ambientali (art. 266, comma 2, c.p.p.), ammesse, a prescindere dal luogo in cui sono effettuate, solo nel caso in cui vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa<sup>8</sup>. Rispetto a tale limitazione di ordine generale<sup>9</sup>, la Commissione giustizia, modificando sensibilmente il testo approvato in Senato, ha introdotto un'eccezione operativa per le ipotesi di operazioni da eseguire in luoghi diversi da quelli di privata dimora, nei casi in cui l'intercettazione può consentire l'acquisizione di elementi fondamentali per l'accertamento del reato per cui si procede, ovvero qualora dalla medesima possano emergere indicazioni rilevanti per impedire la commissione di taluno dei reati indicati nell'art. 266, comma 1, c.p.p.

Con specifico riferimento ai presupposti<sup>10</sup>, l'ultima lettura in Commissione giustizia alla Camera dei Deputati ha confermato sia il presupposto rappresentato dai «gravi indizi di reato» (art. 267, comma 1, lett. a), che diventano «sufficienti» per le ipotesi relative a reati di particolare allarme sociale, sia la correlativa regola di valutazione ancorata esclusivamente al rispetto dell'art. 203 c.p.p., e non anche degli artt. 192, commi 3 e 4, e 195, comma 7, c.p.p., come, invece, previsto dal Senato. Del pari, l'ultima lettura parlamentare conferma il criterio dell'assoluta indispensabilità «ai fini della prosecuzione delle indagini».

Al fine di reintrodurre l'utilizzabilità del mezzo di prova nei procedimenti contro ignoti (eventualità soppressa dal Senato rispetto alla prima lettura parlamentare), la Commissione giustizia è poi intervenuta sull'individuazione delle utenze suscettibili di intercettazione<sup>11</sup>, prevedendo la possibilità di disporre intercettazioni su utenze anche in uso a soggetti diversi dagli indagati, quando sussistono concreti elementi per ritenere che tali utenze siano utilizzate per conversazioni o comunicazioni attinenti ai fatti per i quali si procede.

Particolarmente innovative le modificazioni apportate all'*iter* procedimentale: la richiesta, corredata a pena di inammissibilità dell'assenso scritto del responsabile dell'ufficio, è inoltrata al Tribunale distrettuale, che decide in composizione collegiale. La motivazione del decreto autorizzativo, che deve essere contestuale «e non successivamente modificabile o sostituibile» (art. 267, comma 1, c.p.p.), deve dar conto, «con autonoma valutazione», «dei relativi presupposti, che devono essere espressamente e analiticamente indicati»<sup>12</sup>. Analoga previsione opera in riferimento ai c.d. casi di urgenza (art. 267, comma 2, c.p.p.)<sup>13</sup> ove sensibilmente ampliati risultano i termini per la comunicazione al Tribunale del decreto che dispone le operazioni e dei termini entro cui il Tribunale deve convalidare il decreto.

La durata delle operazioni subisce un drastico ridimensionamento. Eccezion fatta per le operazioni di ricerca del latitante (v. il nuovo testo dell'art. 295, comma 3, c.p.p.), la Commissione giustizia ha confermato il limite massimo di trenta giorni, prorogabile dal Tribunale per periodi successivi di quindici giorni, fino ad un massimo di tre volte, qualora permangano i presupposti delle operazioni.

<sup>3</sup> BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra Costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, *passim*; CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1966, *passim*; CAPRIOLI, *Intercettazioni e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1991, 61; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001, 47.

<sup>4</sup> CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1991, 137; GIOSTRA, *Intercettazioni fra indagini e privacy. Primo, evitare soluzioni improvvisate*, in *Dir. e Giust.*, 2006, 31, 96; FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *Studi sul processo penale. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 120; ILLUMINATI, *Come tutelare la riservatezza delle intercettazioni telefoniche*, in *Gazzetta giuridica*, 1996, 17, 1; SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 1209.

<sup>5</sup> Con riferimento all'ipotesi delineata nel disegno di legge d'iniziativa governativa, la direttiva 40.14 del progetto Riccio, invece, prevedeva, al punto n. 40.14, l'«istituzione presso gli uffici della procura della Repubblica di un archivio riservato e il divieto di pubblicazione delle intercettazioni fino alla conclusione delle indagini preliminari».

<sup>6</sup> GALLO, *La riforma delle intercettazioni nel d.d.l. Alfano*, in *www.costituzionalismo.it*.

<sup>7</sup> A tal proposito, il progetto Mastella (art. 8) ne contemplava l'acquisizione con decreto motivato del P.M. (per la giurisprudenza, v. Cass., Sez. un., 23 febbraio 2000, D'Amuri, in *Dir. e Giust.*, 2000, 21, 69) riconoscendo al difensore della persona sottoposta alle indagini il potere di «richiedere direttamente al fornitore i dati relativi alle utenze intestate al proprio assistito con le modalità indicate dall'art. 391 *quater* c.p.p.».

<sup>8</sup> Eccezion fatta per i procedimenti relativi a reati di grave allarme sociale.

<sup>9</sup> GREVI, *Le intercettazioni come "mezzo di ricerca" di riscontri probatori*, in *Cass. Pen.*, 2009, 848.

<sup>10</sup> I quali, ai sensi del "nuovo" art. 267 comma 1 c.p.p., devono ricorrere «congiuntamente».

<sup>11</sup> GREVI, *Sul necessario collegamento tra "utenze telefoniche" e "indagini in corso" nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3344.

<sup>12</sup> GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, cit., 42.

<sup>13</sup> In tali casi, il P.M. è tenuto a indicare nel decreto «l'ufficiale di polizia giudiziaria responsabile del corretto adempimento delle operazioni, nei casi in cui non vi procede personalmente» (art. 267, comma 3 *ter*, c.p.p.).

### 3. Archivio riservato e selezione dei materiali probatori.

L'art 268, comma 1, c.p.p., nel testo novellato dal progetto Alfano, conferma che le comunicazioni intercettate sono registrate e che delle operazioni è redatto verbale, aggiungendo — e questa costituisce la nota comune caratterizzante i più recenti progetti riformatori — che i verbali e i supporti delle registrazioni siano custoditi nell'archivio riservato disciplinato dall'art. 269 c.p.p.

Denominatore comune a tutte le proposte di legge presentate nel corso della XV Legislatura e successivamente confluite nel testo unificato d'iniziativa governativa, l'archivio riservato continua a costituire, anche nell'assetto delineato dall'attuale maggioranza di governo, una scelta giustificata dalla necessità di tutelare la riservatezza delle persone coinvolte nelle intercettazioni, configurandosi, sul piano strutturale, quale "spazio chiuso" all'interno del quale far confluire tutti i materiali oggetto di captazione<sup>14</sup>.

L'archivio custodisce, innanzi tutto, i verbali ed i supporti delle registrazioni trasmesse dalla polizia giudiziaria al P.M. Custodisce, in secondo luogo, la documentazione relativa alle intercettazioni non rilevanti, nonché i verbali e le registrazioni relativi alle conversazioni rilevanti, una volta effettuata la trascrizione.

Diversificata temporalmente in ragione della loro natura (lecita/illecita; utilizzabile/inutilizzabile), la giacenza dei materiali nell'archivio era, nel progetto Mastella, assistita da inedite garanzie: l'autonoma previsione<sup>15</sup> del segreto sulle intercettazioni ed affini (art. 329 *bis*), con conseguente divieto di pubblicazione (art. 114, comma 1), cui si aggiungeva una precisa responsabilità del procuratore della Repubblica (89 *bis*, comma 2, disp. att. c.p.p.), accompagnata da un generalizzato irrigidimento dell'apparato sanzionatorio a tutela del segreto (artt. 379 *bis*, 617 *septies* c.p.p.).

La terza lettura parlamentare del progetto Alfano si allontana dalla "logica del bavaglio" sottesa al generalizzato divieto di pubblicazione, giungendo a delineare dei progressivi sottoprocessi selettivi, al fine di depurare, setacciandoli, i materiali rilevanti da quelli irrilevanti e/o inutilizzabili.

La prima selezione è operata dal P.M., il quale, entro cinque giorni dalla conclusione delle operazioni (art. 268, comma 4, c.p.p.), deposita in segreteria i verbali e le registrazioni *attinenti* al procedimento. A tale potere dell'organo inquirente si contrappone il riconoscimento ai difensori delle parti del potere di prendere visione dei verbali e dei decreti, nonché di ascoltare le registrazioni o di prendere visione delle videoregistrazioni o cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche.

Il tutto, si badi, senza il diritto alla copia, espressamente vietato dall'art. 268, comma 6.

La seconda selezione è operata in contraddittorio, dinanzi al Tribunale distrettuale nel corso dell'udienza stralcio, ove si acquisiscono al procedimento i materiali «che non appaiono *manifestamente irrilevanti*» (art. 268, comma 6 *ter*, c.p.p.), mentre rientrano nell'archivio le registrazioni e i verbali di cui è vietata l'utilizzazione.

Se questi due momenti selettivi completano un unico procedimento complesso di acquisizione probatoria, il legislatore ha ipotizzato dei sub-procedimenti acquisitivi, funzionali alle decisioni incidentali da assumere nel corso delle indagini preliminari.

Analogamente a quanto prevedeva il progetto Mastella (art. 10, in relaz. all'art. 268 *quater* c.p.p.), la Commissione giustizia ha introdotto (art. 268 *bis*, comma 1, c.p.p.) un'ulteriore momento di selezione, operativo per le ipotesi in cui il P.M. decida di inoltrare una richiesta di misura cautelare basata sul contenuto di intercettazioni. In tali eventualità, è lo stesso P.M. a disporre «la trascrizione delle conversazioni che ritiene *rilevanti*, anche a favore della persona sottoposta alle indagini», con il divieto di trascrivere le «parti di conversazioni riguardanti fatti o circostanze estranei alle indagini». In fase di controllo (art. 268 *bis*, comma 2, c.p.p.) il giudice provvede sulla richiesta, indicando le conversazioni *rilevanti* ai fini della decisione e restituendo le altre al P.M., che dovrà custodirle nell'archivio riservato<sup>16</sup>.

In aderenza con i *dicta* della Corte costituzionale<sup>17</sup> e delle Sezioni unite della Corte di cassazione<sup>18</sup>, la norma riconosce espressamente il diritto alla copia delle trascrizioni, e alla trasparenza delle registrazioni su supporto informatico.

Resta, peraltro, impregiudicata la facoltà, per il giudice e il P.M. (art. 268 *bis*, comma 4, c.p.p.) di disporre con decreto motivato l'obbligo del segreto «se il contenuto delle conversazioni trascritte può ledere la riservatezza delle persone coinvolte»<sup>19</sup>.

Merita, infine, un cenno la previsione contenuta nel progetto Alfano, volta ad inserire l'art. 268 *ter* c.p.p. Trattasi di un'ulteriore momento selettivo, esercitabile successivamente la conclusione delle indagini preliminari, ove il giudice può disporre, anche d'ufficio, l'esame dei verbali e l'ascolto delle registrazioni custodite nell'archivio riservato previsto dall'art. 269, comma 1, e può disporre con ordinanza l'acquisizione delle intercettazioni in precedenza ritenute prive di rilevanza.

### 4. Segreto investigativo e informazione.

Il problema della pubblicazione arbitraria dei contenuti e/o del testo integrale delle conversazioni intercettate viene risolto dal progetto Alfano, attraverso le modificazioni apportate agli artt. 329 e 114 c.p.p.

In particolare, ad essere sottoposti a segreto, sarebbero, oltre agli «atti», anche «le attività» del P.M. e della polizia giudiziaria, mentre il meccanismo di desegretazione anticipata, contemplato dall'art. 329, comma 2, c.p.p., "sganciato" dalle insindacabili prerogative del P.M., sarebbe assoggettato a controllo giudiziale.

Nondimeno, la principale innovazione del disegno di legge Alfano, caratterizzante anche il progetto Mastella, riguarda l'imposizione del vincolo del segreto sui risultati delle operazioni di intercettazione<sup>20</sup>, sin quando non ne sia stata disposta la formale acquisizione al processo (art. 329 *bis* c.p.p.). In altri termini, a differenza di quanto avviene allo stato della normativa vigente, i risultati delle intercettazioni dovrebbero continuare a rimanere sotto il vincolo del segreto anche dopo il loro deposito, poiché

<sup>14</sup> LO FORTE, *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa*, in *Criminalia*, 2006, 374.

<sup>15</sup> Sottolineava la Relazione al disegno di legge C 1638, come «tale scelta è apparsa più opportuna per meglio evidenziare la differente natura del segreto inerente gli atti contenuti nell'archivio riservato (volto a tutelare la riservatezza dei soggetti intercettati) rispetto al segreto di indagine (volto invece a tutelare il corretto andamento delle attività investigative). Il segreto [...] si protrae anche oltre il termine delle indagini preliminari e copre l'intera permanenza della suddetta documentazione all'interno dell'archivio riservato».

<sup>16</sup> Il testo del "nuovo" art. 292, comma 2 *quater*, c.p.p., prevede che «[n]ell'ordinanza le intercettazioni di conversazioni, comunicazioni telefoniche o telematiche possono essere richiamate soltanto nel contenuto e sono inserite in un apposito fascicolo allegato agli atti».

<sup>17</sup> CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861; FILIPPI, *La Consulta deve intervenire per affermare il diritto di difesa sconosciuto dalla cassazione*, in *Giust. Pen.*, 2009, 44; GAETA, *Nulla l'ordinanza di custodia cautelare se il difensore non ha l'audio delle intercettazioni*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 79; ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede caute-*

*lare e diritto di copia*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3765; KALB, *Solo l'ascolto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida Dir.*, 2008, 43, 59; LA ROCCA, *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *Giust. Pen.*, 2008, III, 323; MILANI, *Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza)*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 2759.

<sup>18</sup> Cass., Sez. un., 22 aprile 2010, Lasala, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 61.

<sup>19</sup> In altri termini, la procedura delineata dall'art. 268 c.p.p., finalizzata a «depurare i risultati dell'operazione dalle conversazioni manifestamente irrilevanti o comunque inutilizzabili, oltre ad assicurarne la genuinità», tende ad «impedire che, in spregio alla segretezza delle comunicazioni, pur sempre costituzionalmente tutelata, possano essere rese pubbliche notizie la cui conoscenza non risulta utile per l'accertamento dei fatti, o raccolte addirittura in violazione delle garanzie legali richieste dall'art. 15 Cost.» (ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, cit., 3765).

<sup>20</sup> Cui vanno assimilati i tabulati riguardanti il traffico telefonico o telematico (art. 266, comma 1).

tale vincolo verrebbe meno soltanto nei confronti dei verbali e dei documenti che, essendo stati acquisiti al processo, abbiano perciò superato i diversi filtri di rilevanza predisposti dal medesimo progetto<sup>21</sup>.

Quanto alla divulgazione degli atti del procedimento, rimarrebbe fermo il divieto radicale di pubblicazione, anche parziale o per riassunto, degli atti coperti dal segreto o anche solo del loro contenuto, così come, per quelli non più coperti da segreto, sarebbe «sempre consentita» la pubblicazione del contenuto (cfr. il novellato comma 2 dell'art. 114 c.p.p., che razionalizza a livello sistematico la previsione oggi contenuta nel comma 7).

Con specifico riferimento alle intercettazioni, la Commissione giustizia, accogliendo un emendamento governativo, ha soppresso il comma 5 del testo del Senato, che introduceva i commi 2 *bis* e 2 *ter* nel corpo dell'art. 114 c.p.p.; tali disposizioni prevedevano un divieto assoluto di pubblicazione, anche parziale, per riassunto o nel contenuto, degli atti e dei documenti relativi a conversazioni o comunicazioni fino alla conclusione delle indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare e disciplinavano, in senso assolutamente restrittivo, la pubblicazione delle richieste di misure cautelari e delle relative ordinanze.

Tale atteggiamento di chiusura, analogo a quello palesato nel progetto Mastella, avrebbe delineato un regime eccessivamente rigoroso, specie se si consideri che il divieto avrebbe riguardato anche atti non più coperti da segreto, estendendosi a quelle parti di motivazione degli atti del procedimento cautelare nelle quali i risultati delle intercettazioni fossero stati recepiti. Per altro verso, la stessa istituzione dell'archivio riservato, garantita dal segreto su quanto vi sia custodito, evidenzerebbe l'inutilità di simili, ulteriori vincoli conoscitivi: in altri termini, solamente i risultati delle intercettazioni già acquisite, poiché rilevanti, non sarebbero più coperti da segreto, mentre quelli conservati in archivio, poiché «riguardanti esclusivamente fatti, circostanze e persone estranei alle indagini», rimarrebbero soggetti a vincolo.

A seguito dell'ulteriore lettura operata dalla Commissione giustizia della Camera dei Deputati, il regime di segretezza della documentazione e degli atti relativi alle operazioni di intercettazione e di acquisizione dei tabulati telefonici è stato disciplinato nel nuovo art. 266, comma 2 *bis*, c.p.p., ai sensi del quale l'obbligo del segreto opera fino alla conclusione della "udienza stralcio" di cui all'art. 268, comma 6 *ter*, funzionale all'acquisizione delle conversazioni che non appaiono manifestamente irilevanti e allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione.

Trattasi di un'opzione maggiormente in linea con l'esigenza di trasparenza dei provvedimenti adottati dall'autorità giudiziaria, funzionale al soddisfacimento delle legittime aspirazioni dell'opinione pubblica ad essere informata circa le ragioni poste a loro fondamento<sup>22</sup>.

### 5. La tutela penalistica del divieto di pubblicazione.

Al fine di corredare di maggiore effettività le norme del codice penale tese a sanzionare il divieto di pubblicazione dei risultati delle intercettazioni, il progetto Alfano è intervenuto sul testo dell'art. 684 c.p., la cui limitata afflittività è spesso causa della carenza di effettività del divieto. A tal proposito, il disegno di legge estende il raggio di operatività della norma incriminatrice al divieto di pubblicazione e diffusione dei nomi e delle immagini dei magistrati relativamente ai procedimenti e processi penali loro affidati, recando altresì un considerevole aumento della sanzione pecuniaria, aggravata nell'ipotesi in cui la pubblicazione riguardi intercettazioni. Parallelamente è stato interpolato il testo dell'art. 379 *bis* c.p. che vede inasprito il trattamento sanzionatorio. In particolare, il nuovo testo, oltre a far salve le eventuali più gravi fattispecie di reato, contempla l'aumento da cinque a sei anni del massimo della reclusione per la rivelazione illecita di segreti inerenti ad un procedimento penale da parte di chi ne sia venuto a conoscenza in ragione del proprio ufficio o servizio. Un'innovazione di rilievo riguarda la nuova ipotesi di reato inserita sub art. 616 *bis* c.p., rubricata "Riprese e registrazioni fraudolente", punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La nuova fattispecie, punibile a querela della persona offesa, consiste nella condotta di chi fraudolentemente effettua riprese o registrazioni di comunicazioni e conversazioni a cui partecipa, o comunque effettuate in sua presenza e ne fa uso senza il consenso degli interessati. Del pari, l'inedito art. 617

*septies* c.p. rubricato "Accesso abusivo ad atti del procedimento penale", sanziona con la reclusione da uno a tre anni chiunque illecitamente prende cognizione di atti del procedimento penale coperti dal segreto. Rispetto alla prima lettura parlamentare, il Senato ha aggiunto l'aggravante del fatto commesso dal pubblico ufficiale o da incaricato di pubblico servizio, al quale si applica la reclusione da due a sei anni.

Sul versante dell'effettività dei controlli opera, invece, il nuovo art. 685 *bis* c.p., recante la contravvenzione di omesso controllo in relazione alle operazioni di intercettazione. La nuova disposizione prevede, salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, l'ammenda da euro 500 a euro 1.032 per i procuratori generali presso la Corte d'appello e procuratori della Repubblica territorialmente competenti, nonché per il funzionario responsabile del servizio di intercettazione, della tenuta del registro riservato delle intercettazioni e dell'archivio riservato nel quale sono custoditi i verbali e i supporti, i quali omettono di esercitare il controllo necessario ad impedire la indebita cognizione di intercettazioni *et similia* di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. In prospettiva correlata, l'inserimento di due nuovi reati presupposto all'interno del microsistema della responsabilità delle persone giuridiche (artt. 25 *novies* e 25 *decies* D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231) vale ad estendere la tutela della riservatezza al di là della sfera d'imputazione individuale.

Infine, le modifiche apportate dal progetto Alfano alla legge sulla stampa (L. 8 febbraio 1948, n. 47) sono limitate alla precisazione che, in materia di diritto di rettifica, il riferimento alla pubblicazione sui siti informatici comprende anche i giornali quotidiani e periodici diffusi per via telematica.

### 6. Un bilancio provvisorio.

Il tormentato *iter* del progetto Alfano evidenzia, invero, talune soluzioni *bipartisan* che avevano caratterizzato le esperienze della passata legislatura: dalla rinuncia alla riduzione dell'elenco dei reati per il cui accertamento le intercettazioni sono oggi consentite, alla necessità di utilizzare le intercettazioni anche per lo sviluppo di indagini ancora rivolte contro ignoti. Dalla netta distinzione concettuale tra *intercettazioni*, *riprese visive di immagini e acquisizione di tabulati relativi al traffico telefonico*, all'esigenza di pervenire ad un ragionevole bilanciamento tra tutela del segreto investigativo e diritto di cronaca giudiziaria.

Ebbene, se tali e tanti sono i punti condivisi, appare ancora necessario che la futura regolamentazione interna delle intercettazioni sia aderente agli *standard* europei di protezione dei diritti fondamentali e alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza europea, con particolare riferimento alla maggiore specificazione legislativa delle categorie soggettive suscettibili di formare oggetto di intercettazioni, alla revisione del sistema di selezione delle intercettazioni, con l'applicazione di più rigorosi parametri di verifica "in positivo" della loro rilevanza, alla introduzione, infine, di maggiormente incisivi strumenti di accertamento e di sanzioni effettivamente dissuasive rispetto alle violazioni della *privacy* commesse mediante la illecita pubblicazione dei risultati intercettati.

## Bibliografia

APRILE, *Nuovi strumenti e tecniche investigative nell'ambito U.E.: Intercettazioni all'estero, operazioni di polizia oltre frontiera, attività sotto copertura e videoconferenze con l'estero*, in *Cass. Pen.*, 2009, 440; APRILE-SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004; APRILE, *Legittimità delle intercettazioni di telefonate dirette all'estero*, in *Cass. Pen.*, 2006, 1837; BARGI-FURFARO, *Le intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale* a cura di Gaito, II, Torino, 2008, 159; BRICCHETTI, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti*, in *Guida Dir.*, 2006, 47, 18; CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996; CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove "incostituzionale"*, in *Cass. Pen.*, 1999, 1192; CAPRIOLI, *Inter-*

<sup>21</sup> GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, cit., 55.

<sup>22</sup> GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, cit., 58.

cezzazioni e registrazione di colloqui tra persone presenti nel passaggio dal vecchio al nuovo codice di procedura penale, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1991, 143; CONSO, *Intercettazioni telefoniche: troppe e troppo facilmente divulgabili*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1991, 137; CONTI, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 785; CORBO, *Il diritto del difensore di accedere alle registrazioni delle intercettazioni utilizzate per una misura cautelare personale*, in *Cass. Pen.*, 2009, 861; DE LEO, *Un "restyling" dell'archivio riservato per migliorare il Ddl intercettazioni*, in *Guida Dir.*, 2007, 27, 10; DI BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 8; DIDDI, *Il regime delle intercettazioni per instradamento*, in *Giust. Pen.*, 2001, III, 120; DINACCI, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova, 2003, 314; FERRUA, *Privacy e riservatezza nella riforma delle intercettazioni*, in *Studi sul processo penale. Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997; FILIPPI, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano, 1997; FILIPPI, *Distruzione dei documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia"*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2007, 153; FILIPPI, *La Consulta deve intervenire per affermare il diritto di difesa sconosciuto dalla cassazione*, in *Giust. Pen.*, 2009, I, 44; FURFARO, *Controlli sulla motivazione dei decreti esecutivi delle intercettazioni*, in *Giur. It.*, 2007, 707; FURFARO, *Un problema irrisolto: le intercettazioni telefoniche*, in *GAITO, Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 117; GAETA, *Nulla l'ordinanza di custodia cautelare se il difensore non ha l'audio delle intercettazioni*, in *Guida Dir.*, 2010, 28, 79; GAETA, *Le Sezioni unite riaffermano l'importanza del diritto a un pieno contraddittorio*, in *Guida Dir.*, 2010, 44, 80; GAITO A., *L'integrazione successiva dei decreti di intercettazione telefonica non motivati*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2004, 929; GAITO E., *Vizi procedurali e inutilizzabilità delle intercettazioni ambientali a mezzo di microspie*, in *Giur. It.*, 1991, II, 430; GALLO, *La riforma delle intercettazioni nel d.d.l. Alfano*, in *www.costituzionalismo.it*; GIOSTRA, *Intercettazioni fra indagini e privacy. Primo, evitare soluzioni improvvisate*, in *Dir. e Giust.*, 2006, 31, 96; GREVI, *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 1979; GREVI, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Atti del convegno, Milano, 2009, 24; GREVI, *Le intercettazioni come "mezzo di*

*ricerca" di riscontri probatori*, in *Cass. Pen.*, 2009, 848; GREVI, *Sul necessario collegamento tra "utenze telefoniche" e "indagini in corso" nel decreto autorizzativo delle intercettazioni*, in *Cass. Pen.*, 2009, 3344; IACOVIELLO, *Intercettazione ambientale*, in *Cass. Pen.*, 1992, 1565; ILLUMINATI, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *Giur. Cost.*, 2008, 3765; ILLUMINATI, *Come tutelare la riservatezza delle intercettazioni telefoniche*, in *Gazz. Giur.*, 1996, 17, 1; KALB, *Solo l'ascolto del "captato" assicura un pieno diritto di difesa*, in *Guida Dir.*, 2008, 43, 59; LA ROCCA, *Condizioni per la utilizzabilità delle intercettazioni tramite decreti successivi*, in *Giur. It.*, 2007, 1496; LA ROCCA, *Misure cautelari e diritto all'ascolto delle intercettazioni*, in *Giust. Pen.*, 2008, III, 323; LA ROCCA, *Prova per intercettazione e tutela sostanziale del diritto di difesa*, in *Giur. It.*, 2011, 180; LO FORTE, *Intercettazioni di comunicazioni fra esigenze repressive, tutela della privacy e libertà di stampa*, in *Criminalia*, 2006, 374; MARINELLI, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Torino, 2007, spec. 61 e segg.; MARZADURI, *Intercettazioni: le troppe lacune di un testo approvato con «riserva»*, in *Guida Dir.*, 2006, 47, 11; MELILLO, *Dati e intercettazioni di nuovo distinti. Le Sezioni Unite ritrovano le tesi della Corte costituzionale*, in *Dir. e Giust.*, 2000, 21, 69; MILANI, *Problemi aperti in tema del diritto del difensore ad ottenere la copia delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare*, in *Cass. Pen.*, 2010, 2759; MILANI, *Sul diritto del difensore all'ascolto e alla copia delle conversazioni intercettate poste a fondamento di una misura cautelare (tra salvaguardia delle garanzie difensive e tutela della riservatezza)*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2009, 909; RANALDI, *Il procedimento per la distruzione delle intercettazioni illegali: tra fairness giurisdizionale ed esigenze di tutela costituzionale*, in *Giust. Pen.*, 2007, III, 651; RUGGIERI, *Le intercettazioni "per instradamento" sul canale internazionale: un mezzo di ricerca della prova illegittimo*, in *Cass. Pen.*, 2000, 1058; RUGGIERI, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano, 2001; SCIPPA, *L'interpretazione del "linguaggio criptico" nelle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2010, 591; SICA, *Le intercettazioni di conversazioni o comunicazioni per instradamento o a "fascio"*, in *Nuovo Dir.*, 2000, 1116; SPANGHER, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. Pen.*, 1994, 4; SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 2008, 1209.