

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



I/2018

ANNO XXIX – N. 1 – GIUGNO 2018

POSTE ITALIANE S.P.A. - SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE - D.L. 353/2003 (CONV. IN L. N°46 DEL 27/02/2004) ART. 1 COMMA 1 C/ RM/24/2018

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

I/2018

PESCARA — GIUGNO 2018

P.Q.M.

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE
DI GIURISPRUDENZA E VITA FORENSE

Direttori: GIULIO CERCEO, PIERLUIGI DE NARDIS, VINCENZO DI GIROLAMO

Redattori: CLAUDIO ANGELONE – MARCO AZZARITI – RAFFAELLO CARINCI –
MASSIMO CIRULLI – LUCIO DE BENEDICTIS – GIULIO DE CAROLIS – FEDERICA
DE ROBERTIS – ROBERTO DE ROSA – FRANCO DI TEODORO – DORA DI LORETO
– GIAMPAOLO DI MARCO – MARIA DI TILLIO – MICHELE DI TORO – GREGORIO
EQUIZI – PIERA FARINA – FABRIZIO FOGLIETTI – GIUSEPPE GIALLORETO –
FABIANA GIUBITOSO – RODOLFO GIUNGI – MARIA CRISTINA IEZZI – ALDO LA
MORGIA – CARLA LETTERE – GENNARO LETTIERI – SALVATORE MEZZANOTTE
– GIACOMO NICOLUCCI – ANDREA NUCCIARELLI – MICHELE PEZONE –
FRANCESCA RAMICONE – PIETRO REFERZA – ENRICO RAIMONDI – ALESSIO
RITUCCI – STEFANO ROSSI – MARCELLO RUSSO – LUIGI SALCIARINI – MARCO
SANVITALE – PIERO SANVITALE – MARIACARELA SERAFINI – MARIA SICHETTI –
MARCO RIARIO SFORZA – GOFFREDO TATOZZI

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI
Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

GIUSEPPE CANNATI — ROBERTA COLITTI — GIOVANNI DI BARTOLOMEO —
RICCARDO DI GIROLAMO — MARIA DI TILLIO — PIERA FARINA — FABIANA
GIUBITOSO — FABRIZIO MARINELLI — ENRICO RAIMONDI — ALESSIO RITUCCI
— MARCELLO RUSSO — FRANCO SABATINI — MARIA CARLA SERAFINI —
VALERIO SPEZIALE

Patrocinio del C.O.F.A.
Contributo dei Consigli dell'Ordine degli Avvocati di Pescara e di Sulmona

Editore: Fondazione Forum Aterni, Pescara
Iscr. R.O.C. n. 21214

Registrazione del Tribunale di Pescara n. 20/88 del 14/10/1988
ISSN: 1591-5565

Direzione – Redazione ed Amministrazione di “P.Q.M.” sono presso la sede della Fondazione
Forum Aterni - Palazzo di Giustizia - Pescara (Tel. 085/61966)

*La collaborazione a P.Q.M. è aperta a tutti gli operatori del diritto che vogliano spontaneamente
inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e articoli riguardanti la
vita forense. I materiali per la pubblicazione vanno inviati per posta elettronica e devono
uniformarsi ai criteri redazionali della rivista (che possono essere forniti a richiesta). La
pubblicazione è subordinata all'approvazione da parte della redazione. I testi non pubblicati
non saranno restituiti.*

Fotocomposizione e stampa: Gioacchino Onorati editore S.r.l – unipersonale

SOMMARIO

FRANCO SABATINI In copertina: Guido Alberto Scoponi Pag. 9

Parte I – SAGGI

- VALERIO SPEZIALE Il “declino” della legge, “l’ascesa” del diritto giurisprudenziale ed i limiti dell’interpretazione giudiziale » 15
- FABRIZIO MARINELLI Dagli usi civici ai domini collettivi » 63

Parte II – GIURISPRUDENZA

- Competenza Penale Truffa online – Competenza territoriale – Locus commissi delicti (*Trib. Pescara, Sent. 19.1.2018, con nota redazionale*) » 250
- Contratti bancari Obbligazioni e contratti - Conclusione del contratto bancario - La forma ad substantiam - Mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca – Validità (*Trib. Teramo, sent. 24 gennaio 2018 n. 59, con nota di M. Azzariti e S. Mezzanotte*) » 138
- Cooperativa Cooperativa edilizia – Assegnazione di alloggio gravato da vincolo ipotecario – Omesso rilievo del vincolo in sede di trasferimento del vincolo in sede di trasferimento del bene – Responsabilità contrattuale della cooperativa e del notaio rogante (*Trib. Pescara, sent. 24.10.2017 n. 1918, con nota “La responsabilità contrattuale dell’alienante e del notaio rogante all’atto del trasferimento del bene” di Alessio Ritucci*) » 187

4 Sommario

Edilizia urbanistica	Edilizia – Determinazione e liquidazione del contributo per oneri di urbanizzazione – Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo – Sussiste – Diritto alla restituzione del contributo versato nel caso di rinuncia o decadenza del titolo edilizio – Sussiste – Applicabilità del termine di prescrizione e non quello di decadenza (<i>TAR Abruzzo – L'Aquila, sent. 29.12.2017 n. 610</i>)	» 277
Elezioni	Elezioni comunali – Ballottaggio - Attribuzione del premio di maggioranza nel caso in cui le liste collegate abbiano conseguito la maggioranza del 50 per cento dei voti nel primo turno e risultino perdenti nel turno successivo – Interpretazione dell'art. 73, comma 10, del D.Lgs 18 agosto 2000 n. 267 (problematica della cd. "anatra zoppa"). (<i>TAR Abruzzo – L'Aquila, sent. 12.10.2017 n. 417, con nota "La questione dell'anatra zoppa" di Marcello Russo</i>)	» 280
Esecuzione penale	Permessi premio – Condizione per la concessione – Collaborazione (impossibilità) – (In)attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata (<i>Trib. Sorv. L'Aquila ord. 14.9.2017, con nota di Piera Farina e Fabiana Giubitoso</i>)	» 258
	Ordine di esecuzione – Art. 656 co. 5 c.p.p. – Efficacia nel tempo della sent. n. 43/2018 Corte Cost.	» 265
Estorsione	Estorsione (art. 629 c.p.) – Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.) – (<i>Trib. Pescara ord. 20.11.2017, con nota redazionale</i>)	» 233

	Estorsione (art. 629 c.p.) – Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.) – Discrimine (<i>Trib. Pescara, sent. 22.12.2017, con nota redazionale</i>) »	233
Fallimento	Opposizione allo stato passivo – Credito della banca per rimborso di mutuo e scoperto di conto – Mancanza di prova – Rigetto (<i>Trib. Pescara decr. 13.9.2017 n. 261, con nota di Giovanni Di Bartolomeo</i>) »	174
	Opposizione allo stato passivo – Credito della banca per rimborso di un prestito – Prova della data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento – Timbro postale sul contratto di fidejussione – Prova della data certa anche per il contratto garantito (<i>Trib. Pescara, decr. 23.2.2018 n. 57, con nota di Giovanni Di Bartolomeo</i>) »	174
Giustizia amministrativa	Sanità – Evento “sentinella” – Interesse a ricorrere – Giurisdizione amministrativa – Verificazione (<i>TAR Abruzzo – Sez. Pescara, sent. 20.10.2017 n. 349, con nota di Marcello Russo</i>) »	293
Intercettazione	Intercettazioni telefoniche – Presupposti dell’autorizzazione (assenza) – Inutilizzabilità - (<i>Trib. Teramo, sent. 22.12.2017</i>) »	245
	Intercettazioni telefoniche – Art. 68 c.p.p. – Procedura di stralcio delle registrazioni e dei verbali – Competenza »	252
Lavoro	Licenziamento collettivo – Criteri di scelta – Violazione – Interesse ad agire (<i>App. L’Aquila, sent. 2.11.2017, con nota “Novità in tema di licenziamenti collettivi” di Enrico Raimondi</i>) »	103

	Contratti di lavoro in somministrazione – In home providing e divieto di convenzione – Sussiste – Diritto alla sola indennità di cui all'art. 32 L. 183/2010 (<i>App. L'Aquila, sent. 1.3.2018, con nota di Giuseppe Cannati</i>)	» 75
Prescrizione penale	Reati in materia di imposta sul valore aggiunto – Prescrizione – Disapplicazione degli artt. 160, ultimo comma e 161 comma 2 c.p. – Presupposti (<i>Trib. Teramo, sent. 4.10.2017, con nota di Riccardo Di Girolamo</i>)	» 236
Responsabilità civile	Domanda proposta dai genitori per conto del figlio minore – valore economico particolarmente elevato – autorizzazione Giudice tutelare – necessità – ottenimento in corso di causa – possibilità- entenza penale a carico di minori – efficacia nel giudizio civile – esclusione- Divulgazioni di immagini su un falso profilo Facebook senza consenso – illecità – sussiste -Attività posta in essere da minori - Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. – sussiste (<i>Trib. Sulmona, sent. 9/4/2018 n. 103, con nota di Pierluigi De Nardis</i>)	» 209
Responsabilità contabile	Responsabilità amministrativa – Sussistenza della colpa grave – Valutazione ex ante – Comportamento rispondente a criteri di sufficiente ponderazione e razionalità, rilevabili dalla comune esperienza amministrativa- Esclusione – (<i>Corte dei Conti – Sez. Abruzzo, sent. 28.9.2017 n. 109</i>)	» 309
Società	Società – Società di capitali – Amministratori – Rapporto di mandato e rapporto gestorio – Azione di responsabilità – Condotta, danno e nesso eziologico – Onere di allegazione e prova – Prova della responsabilità dell'amministratore	

– Sufficienza, da parte dell'attore, della prova del solo pregiudizio subito dalla società – Necessità, da parte del convenuto, di dimostrazione della propria condotta diligente » 118

Società – Di capitali – Società per azioni – Organi sociali – Amministratori – Responsabilità – Responsabilità degli amministratori non operativi – Onere di allegazione – Precisa esposizione dei fatti nei quali ravvisare il concorso ad ogni singola operazione produttiva di danno – Necessità (*Trib. L'Aquila, sent. 10.10.2017 n. 607 e 608, con note "La ripartizione dell'onere della prova tra attore e convenuto nell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società" di Roberto De Rosa e "La responsabilità sociale degli amministratori non esecutivi nelle società per azioni" di Giulio De Carolis*) » 119

Parte III – INTERVENTI

MARIA C. SERAFINI
MARIA DI TILLIO
L'orientamento dei Tribunali abruzzesi dopo la sentenza della Corte di Cassazione n. 11504/2018 in materia di assegno di divorzio » 325

Parte IV – VITA FORENSE

MARCELLO RUSSO
L'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018. Considerazioni per le P.A. abruzzesi » 335

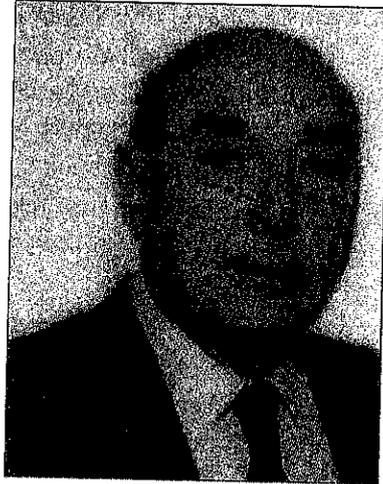
FRANCO SABATINI
La giustizia ordinaria in Abruzzo nell'anno 2017 : una sintesi incompleta della relazione della Presidente della Corte con note minime di commento ed una istanza finale » 345

8 *Sommario*

ROBERTA COLITTI

La disciplina dei corsi di formazione per
l'accesso alla professione di avvocato » 353

In copertina:
Guido Alberto Scoponi



La irrobustita Redazione di PQM – dopo un periodo di sospensione delle pubblicazioni – ambisce di inaugurare, con questo numero, una nuova fase nella vita della Rivista. L'impresa (improbabile, se non temeraria, in un contesto fortemente ostile alla pubblicazione delle riviste giuridiche) richiede coraggio, determinazione, energia morale ed intellettuale che vanno ricercati nella coscienza individuale, ma anche nella riflessione sull'esempio di colui che della vita della nostra Rivista ha fatto una vera e propria missione della propria vita.

§

Guido Alberto Scoponi nasce ad Ancona il 31 luglio 1923.

Nel 1947 si trasferisce a Pescara. Nello stesso anno si iscrive all'Albo degli Avvocati e Procurati della città ove inizia l'esercizio della professione forense.

Contemporaneamente si dedica all'insegnamento del diritto nell'Istituto Tecnico "Tito Acerbo".

Nell'esperienza di docente – durata solo qualche anno – matura due tratti che ne caratterizzeranno la personalità: la passione per la cultura giuridica e la sua diffusione, l'attenzione per i giovani.

I due tratti si fondono in un singolare itinerario esistenziale.

Nel corso degli anni '60 succede a Filandro de Collibus nella guida del "Circolo Giuridico" ed organizza importanti convegni (tre gli altri, nel 1972, quello su "L'Avvocato nella società italiana attuale", relatori Natalino Irti e Tommaso Mancini), il corso (frequentatissimo) di esercitazioni pratiche in preparazione all'esame di procuratore legale e un concorso regionale di diritto, con periodicità annuale, riservato ai pra-

ticanti procuratori della nostra Regione (i premi del secondo concorso, svoltosi nel 1971, sono consegnati ai giovani vincitori da Alfredo De Marsico che, nell'occasione, pronuncia un memorabile discorso).

Allorquando, alla fine degli anni '80, matura, nell'ambito dell'Ordine pescarese, l'idea di pubblicare una rivista giuridica si succedono discussioni nel gruppo dei promotori (che hanno ad oggetto il titolo della rivista, la impostazione, il formato, la struttura, l'organizzazione, la periodicità, le risorse finanziarie ecc. ecc.): un solo argomento non viene discusso perché non si discute ciò che è nell'ordine naturale delle cose: il direttore della rivista – cui viene dato il nome di “PQM” – è Guido Alberto Scoconi.

E così il direttore dal 1988 (anno di pubblicazione del numero “1”) sino al 2013 (anno in cui, il giorno 17 agosto, viene meno al mondo dei vivi) fa della propria vita e della vita di PQM un tutt'uno.

La missione della Rivista coincide con quella del direttore: dotare gli avvocati abruzzesi di un utile strumento di lavoro professionale e, al tempo stesso, di riflessione sull'esperienza giuridico forense; stimolare i giovani avvocati allo studio del diritto, animare la cultura giuridica abruzzese.

Certo la Rivista è frutto di un lavoro collettivo, ma di più del direttore.

Al direttore fa capo la raccolta del materiale che egli esamina e studia puntigliosamente prima di portarlo in redazione per la selezione definitiva.

È il direttore, ancora, a dispensare consigli e suggerimenti agli autori, specie se giovani, proponendo modifiche ed integrazioni agli articoli ed alle note che essi redigono; a concepire ed attuare iniziative volte al miglioramento della qualità della giurisdizione (è da ricordare la battaglia, condotta con successo, per l'unificazione, da parte degli uffici giudiziari abruzzesi, dei criteri di liquidazione del danno biologico); ad impegnarsi personalmente nella redazione dei testi, tutti significativi per contenuti ed eleganza di scrittura, firmati sovente “Guasco” (un acronimo, non uno *nom de plume* mutuato dal cognome del famoso scrittore del '600); ad organizzare importanti convegni su temi di particolare interesse dei cui atti cura la pubblicazione nei “quaderni” di P.Q.M..

Ed ancora.

È don Guido (così viene appellato dai redattori e collaboratori con la riesumazione di una non più attuale usanza dei fori meridionali espressiva, al tempo stesso, di affettuosa vicinanza e di dovuto rispetto) ad essere di casa nella tipografia per seguire la stampa della rivista e ritirare la prima e definitiva copia di ogni numero che orgogliosamente esibisce, come una neo-nata creatura in una festa di battesimo, nella prima riunione redazionale immediatamente successiva; ed, ancora, a seguire anche la distribuzione: se un Collega non riceve un numero della Rivista o esso ritorna al mittente, egli si attiva per individuare la causa dell'inconveniente ed eliminarla.

Un lavoro enorme e disinteressato, sorretto da altrettanta enorme passione intellettuale e morale.

Un lavoro esemplare.

§

Guido Alberto Scoponi, poi, nella sua attività di avvocato incarna la figura del civilista colto e provveduto che nella redazione degli atti e nella conduzione delle cause profonde una diligenza che si fa' scrupolo talora appena al di qua' del confine della pignoleria.

Accoglie nel suo studio giovani praticanti di più generazioni.

E se nell'apprendistato professionale è maestro di questi ultimi, nella deontologia è maestro di tutti i colleghi.

Sospinto da una altissima concezione della funzione dell'avvocatura ispira la propria condotta – nel foro e fuori di esso – al più rigoroso rispetto delle regole deontologiche che formano, con il tempo, oggetto di riflessione e di studio.

Avviene così che allorquando il C.O.F.A. nel 1994 avverte la necessità di dotare l'avvocatura abruzzese di un codice deontologico, Guido Alberto Scoponi presiede la commissione, formata da rappresentanti di tutti gli ordini della Regione, con l'incarico di compilarlo.

Egli dà alla redazione del Codice deontologico abruzzese un contributo tanto qualificato e determinante che il C.N.F. lo nomina membro della commissione nazionale incaricata di redigere il codice deontologico forense approvato dal Congresso Nazionale Forense del 1997.

§

Il Nostro, infine, partecipa intensamente non solo alla vita delle associazioni forensi (per molti anni è Presidente Onorario dell'Associazione Stampa Forense e della sezione abruzzese della Associazione

Internazionale di Diritto delle Assicurazioni), ma anche di associazioni impegnate nella solidarietà come nella cultura.

Dare analitico conto degli svolgimenti dell'impegno di Guido Alberto Scoponi nelle associazioni operanti nella società civile aprirebbe un troppo lungo discorso.

Basterà qui ricordare che egli, donatore di sangue, premiato con medaglie d'argento, fonda il primo centro trasfusionale AVIS di Pescara; e che, per molti anni, è segretario-tesoriere della "Fondazione "Papparella - Treccia", proprietaria del museo "Villa Urania", uno scrigno che custodisce molti capolavori della ceramica abruzzese.

§

Un vita piena ed intensa, quella di Guido Alberto Scoponi la cui complessiva personalità può essere descritta ripetendo l'antica definizione del giureconsulto: "*Vir bonus dicendi peritus*".

Franco Sabatini

I

SAGGI

Il “declino” della legge, “l’ascesa” del diritto giurisprudenziale e i limiti all’interpretazione giudiziale

SOMMARIO: 1. Il rapporto tra legge e giurisprudenza. – 2. Le ragioni del “declino” della legge quale fonte di regolazione giuridica. – 3. La “legge è soggetta soltanto ai giudici o i giudici sono soggetti soltanto alla legge” (art. 101 Cost.)? Alcune considerazioni critiche. – 4. Il problema della interpretazione della legge e la realtà concreta della giurisdizione – 5. Il diritto “vivente” delle regole interpretative. – 6. L’autorità del diritto vivente sulla interpretazione e la necessità di regole “a priori” sull’attività interpretativa. – 7. L’interpretazione del giudice e le dinamiche sociali.

1. Il rapporto tra legge e giurisprudenza

Il tema che intendo analizzare, in coerenza con le sollecitazioni che mi derivano da alcune acute osservazioni dell’Avv. Franco Sabatini, è quello del ruolo della legge e della giurisprudenza nella esperienza concreta della giurisdizione. Si è sottolineato, infatti, come ormai le sentenze tendano ad essere una vera e propria fonte giuridica, svolgendo una funzione di “creazione” del diritto, più che di individuazione del significato della disposizione. E si messo in evidenza come questa realtà sia valutata negativamente da chi vi vede il tramonto del primato della legislazione o positivamente da chi, al contrario, ritenga che in tal modo si realizzi la possibilità di un concreto adeguamento del diritto alla realtà concreta, superando il “mito illuministico della legge intesa come testo sacro” (riprendo le parole dell’Avv. Sabatini). Senza dimenticare, tra l’altro, che l’accettazione di questo ruolo della giurisprudenza pone delicati problemi in relazione a principi costituzionali fondamentali, quali la divisione dei poteri e la soggezione del giudice alla legge.

Queste innovazioni, continua l’Avv. Sabatini, hanno anche riflessi sul legislatore che “si affanna a legificare, attraverso le cd. riforme, le

massime giurisprudenziali... e, dall'altro, abdicando alla sua funzione, affida alla giurisprudenza il compito di regolare spinosi e rilevanti fenomeni della modernità". Mentre l'Avvocatura asseconda "passivamente" tali tendenze, sviluppando le proprie argomentazioni difensive esclusivamente alla luce degli orientamenti giurisprudenziali e ponendo in secondo piano il ruolo della legge.

Le questioni sollevate sono di enorme rilievo e toccano alcuni snodi teorici fondamentali del diritto, quali il primato della legge, il ruolo del costituzionalismo, la "costituzione materiale" della Repubblica (per usare le parole di Mortati) e la stessa funzione della interpretazione come strumento attraverso il quale gli operatori giuridici e la dottrina provvedono alla concretizzazione delle norme nell'ordinamento e nella società italiana. Dico subito che, pur essendomi occupato di questi temi, non sono certo in grado di fornire risposte adeguate a problemi di tale complessità che rinviano più alla teoria generale del diritto che all'analisi di un giuslavorista. Tuttavia sono certamente in grado di svolgere alcune osservazioni, che richiamano studi da me svolti anche in questo campo.

Prima di approfondire il tema, vorrei però partire da due considerazioni preliminari. La prima è che esistono da sempre sistemi giuridici nei quali il "diritto" si sostanzia molto più attraverso il ruolo della giurisprudenza che della legge. È questo il caso dei paesi a tradizione giuridica di *common law*, dove, pur in presenza di elevati livelli di legificazione, le sentenze, con il principio del "precedente vincolante", hanno acquisito il valore di "legge", con un ruolo assai più importante rispetto ai testi emanati dal Parlamento o da altre autorità legislative¹. E non vi è dubbio, ad esempio, che anche il rapporto tra giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea e fonti normative dell'Unione si atteggi con caratteristiche assai più vicine a quelle dei paesi anglosassoni che a quelle degli ordinamenti giuridici continentali. Dunque una

1. Mi sono occupato del principio dello *stare decisis* in SPEZIALE 2011, 1009 ss., a cui rinvio per la bibliografia italiana e straniera (particolarmente nelle note 15 e ss.). In tempi più recenti, con riferimento ai mutamenti intervenuti nella giurisprudenza amministrativa (e al ruolo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato), ma anche con un'analisi in generale del problema del precedente vincolante, cfr. Civitarese MATTEUCCI, 2014, 1 ss. (con ulteriori indicazioni bibliografiche nel § 2 e nei seguenti) e CALDARERA, 2015, 1 ss. Sulla giurisprudenza amministrativa in relazione a tale problema e alle sentenze della Corte di Giustizia Europea cfr. SCHEPISI, 2017, 1 ss.

prima considerazione: l'accresciuta importanza del ruolo del giudice rispetto alla legge scritta costituirebbe un elemento di avvicinamento del nostro paese ad altri sistemi che sono parte integrante della tradizione giuridica occidentale e senza quindi costituire un'"anomalia". Il che, ovviamente, non escluderebbe il carattere essenziale di una simile innovazione, anche se, in verità, come cercherò di dire, il processo in atto è ormai in corso da molti anni e non può essere considerato come qualcosa di totalmente "nuovo".

La seconda considerazione preliminare si lega alla mia esperienza personale. Quando, circa quaranta anni fa, ho cominciato la professione di avvocato, ho immediatamente avuto la percezione del carattere essenziale della giurisprudenza. In definitiva il testo scritto nella legge, pur costituendo un elemento importante, non aveva valore essenziale ai fini della soluzione del caso giuridico che, come professionista, dovevo sostenere dinanzi al giudice. Mi sono trovato, quindi, di fronte ad una realtà molto diversa da quella che avevo conosciuto sui libri durante gli studi universitari. Il diritto giurisprudenziale, che, allora non lo sapevo, costituiva il fondamento delle elaborazioni teoriche del realismo scandinavo ed americano, era una realtà già molto diffusa. La mia percezione all'epoca era che la "legge" si identificava con quanto sostenuto dalla "giurisprudenza dominante" e non con il testo contenuto nella fonte primaria, con una differenza di significato a volte anche molto rilevante, nel senso che l'elaborazione del principio giurisprudenziale si allontanava in certi casi in modo sostanziale dalle parole scritte nella disposizione normativa.

Il fenomeno del "dominio" della giurisprudenza descritto in precedenza era dunque già molto consolidato alla fine degli anni '70. Anche se, in effetti, negli ultimi decenni questa tendenza si è accentuata. Basta ricordare che la "supremazia" del diritto comunitario su quello nazionale e i rapporti tra i due ordinamenti è stato originariamente definito da alcune importanti decisioni della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia Europea (oltre che della Cassazione) in assenza di disposizioni che regolino la materia². Mentre, per quanto attiene, ad esempio,

2. In questo caso ovviamente ci si riferisce a norme di raccordo tra fonti comunitarie e nazionali, perché è evidente che la interpretazione della giurisprudenza non si regge sul vuoto, ma sulle disposizioni dei Trattati UE e CE e sulla Costituzione.

ai confini del danno risarcibile, la Corte costituzionale e la Cassazione, a normativa invariata, hanno esteso in modo rilevante i limiti e le tipologie del danno non patrimoniale. Molti altri esempi potrebbero essere fatti. Tra questi, con riferimento al Diritto del lavoro, gli orientamenti della Corte costituzionale e della Cassazione in materia di applicazione al licenziamento disciplinare dell'art. 7 dello statuto dei lavoratori. O, in tempi più recenti, il nuovo indirizzo interpretativo della Suprema Corte in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo³. Ma situazioni analoghe sono rinvenibili anche in altri settori del diritto.

Piuttosto, rispetto a circa quaranta anni fa, si è accentuato il fenomeno della instabilità degli orientamenti giurisprudenziali. I contrasti sono notevolmente aumentati e stentano a consolidarsi in un orientamento uniforme. Il fenomeno si registra nei rapporti tra giurisprudenza di merito e Cassazione o all'interno delle stesse Sezioni della Corte Suprema. Anche la funzione delle Sezioni Unite sembra essersi affievolita, nell'ambito di una più generale perdita di autorevolezza del precedente giurisprudenziale sia dal punto di vista gerarchico (la Cassazione o le sentenze interpretative della Corte costituzionale sui giudici di merito), sia per quanto attiene al vincolo interpretativo (almeno sotto forma di una motivazione che spieghi il perché non si intenda aderire ad un certo orientamento). Non posso approfondire tali aspetti, da me già esaminati in passato⁴. La situazione ha assunto un tale livello di problematicità che la Sezione Lavoro della Cassazione ha recentemente deciso, per evitare contrasti evidenti tra i diversi Collegi, di adottare un metodo di discussione interna sulle questioni più problematiche e di decidere poi a maggioranza quale orientamento assumere, con l'impegno di applicarlo in modo uniforme nelle decisioni future⁵. Una soluzione diretta a valorizzare il ruolo nomofilachico della Cassazione, fortemente depoten-

3. Su tale nuovo orientamento cfr. SPEZIALE, 2018, 127 ss. In verità nel diritto del lavoro la giurisprudenza ha svolto sempre un ruolo essenziale. In tale ambito, l'esempio più eclatante è quello del diritto sindacale, dove, in alcune materie, la disciplina si basa su un complesso ed articolato diritto giurisprudenziale emanato in assenza totale di leggi o con l'adattamento di regole pensate per contesti giuridici completamente diversi. È questo il caso dello sciopero nel settore privato o dell'applicazione, ai contratti collettivi di diritto comune, di alcune disposizioni del codice civile pensate per i contratti collettivi corporativi oggi non più esistenti. Per l'approfondimento di tali aspetti rinvio a SPEZIALE, 2008, 614.

4. SPEZIALE, 2008, 614 ss.

5. Ho analizzato tale aspetto in SPEZIALE, 2017, 121 ss.

ziato dalla varietà delle interpretazioni adottate dalla Suprema Corte. Il che testimonia l'attualità del problema che può in parte essere spiegato con alcune osservazioni che svolgerò in seguito.

2. Le ragioni del “declino” della legge quale fonte di regolazione giuridica

Si assiste, dunque, ormai da tempo ad un fenomeno di “perdita di autorità” della legge. Questa tendenza dipende da una pluralità di fattori di carattere politico, giuridico e sociale. Proverò a sintetizzarli.

Vi è innanzitutto il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto. “Il primo era caratterizzato da strutture giuridiche semplici e nitide: sistema delle fonti governato più dal principio gerarchico che da quello di competenza; dominio incontrastato della legge;... morigeratezza dell'attività nomopoietica, che non conosceva l'inflazione della produzione normativa...; saldezza della separazione di campo della legislazione dalla giurisdizione, con il riconoscimento alla prima del monopolio nel bilanciamento tra gli interessi sociali; fiducia dell'interprete nel testo; certezza del diritto come massima della legislazione e della sua esecuzione... Nessuno di questi elementi strutturali resta intatto con l'avvento dello Stato costituzionale del diritto. Il sistema delle fonti diventa sempre più complesso, anche perché la costituzione sottrae interi domini materiali alla legge, delimitandone la competenza per rapporto ad altre fonti divenute sue concorrenti e riducendo il principio gerarchico a regolatore di una frazione sempre più limitata delle antinomie. Cessa la duplice riduzione del diritto a diritto dello Stato (postulata dallo statalismo) e del diritto dello Stato alla legge (postulata dal legalismo), riproducendosi al livello del sistema delle fonti la complessità pluralistica della tessitura sociale”. In sostanza è innegabile che “l'avvento dello Stato costituzionale di diritto presupponga ed implichi la crisi della legge (del suo primato, cioè, e della “preferenza” di legge), scuotendo – quindi – proprio il basamento sul quale lo Stato di diritto era assiso”⁶.

In questo contesto si deve rilevare “che lo Stato non esaurisce la giuridicità e che siamo di fronte ad una – fino a ieri inimmaginabile

6. LUCIANI, 2016, 462 – 463.

– pluralizzazione delle fonti del diritto” se non alla loro “detipizzazione”⁷. Un esempio di tale fenomeno è costituito dalla disciplina normativa dell’Unione Europea che “complica” il rapporto tra fonti giuridiche nazionali e sovraordinate, affidando tra l’altro alla giurisprudenza europea e nazionale il compito di definire le reciproche interferenze, connessioni, relazioni gerarchiche e di competenza. Senza dimenticare il ruolo svolto dalla cosiddetta *lex mercatoria*, dove gli operatori economici definiscono sempre nuove regole giuridiche “più adeguate ad ordinare e disciplinare il magma ribollente dei nuovi fatti economici di questa fase del capitalismo”⁸. Si tratta di fattori che alimentano la crisi della legge.

D’altra parte il passaggio da uno Stato fondato su valori stabili e coerenti – di cui la legge era espressione – ad uno “pluriclasse”, ha determinato lo sviluppo di una società “aperta”, caratterizzata dal pluralismo di valori “ed in cui gli stessi valori costituzionali sono variamente interpretati e soppesati”. In tale ambito si è osservato “che la causa dell’incertezza dei processi di applicazione del diritto non è in una cattiva disposizione mentale dei giuristi ma nel deperimento di un quadro di principi di senso e valore generalmente condiviso”⁹. Ed evidentemente questa “pluralità valoriale” si riflette anche sul contenuto della legge aumentandone l’ambiguità e la controvertibilità dei suoi contenuti.

La “crisi” della legge è anche espressione di una accentuata perdita di valore della dimensione “politica”, che è alla base del processo di formazione della fonte primaria. Il “diffuso sentimento antipolitico”¹⁰ oggi esistente (e non solo in Italia) non può non riflettersi sulla produzione normativa, minandone la sua autorevolezza. E questo anche in considerazione della emanazione di testi legislativi di contenuto spesso ambiguo o impreciso nella loro formulazione. Un risultato, questo, che non è frutto solo di un deperimento della tecnica legislativa (che è solo

7. GROSSI, 2017, 4. V. anche SORRENTI, 2018, 114 (con ulteriore bibliografia).

8. GROSSI, 2017, 4.

9. ZAGREBELSKY, 1992a, 201. Si tratta di un’opinione assai diffusa. Si vedano, tra gli altri, MARINELLI, 2008, 45 ss.; BALDASSARRE, 2007, 41 ss.; SORRENTI, 2018, 116. Si è rilevato che il “pluralismo - o ‘politeismo’ (Max Weber) - dei valori etico-normativi” determina differenti “visioni del mondo”, “che si riflettono fatalmente in interpretazioni alternative e confliggenti delle medesime disposizioni” (CHIASSONI, 2007, 144 - 145).

10. LUCIANI, 2016, 433.

una parte residuale del problema), quanto della esistenza di continue mediazioni – derivanti dalla instabilità del sistema politico e dalla pluralità di valori in gioco in una società pluriclasse – e dei “concitati” processi legislativi che ne sono espressione¹¹. In questo contesto, va ricordata anche una concezione che vede nella prevalenza della legge una visione “autoritaria” espressione di “un imperante statalismo, che genera un altrettanto imperante legalismo”. Visione messa in crisi dal passaggio allo Stato costituzionale, che – come si è già detto – “rompe” il monopolio della legge, contesta il principio che la giuridicità coincida con quella dello Stato, apre ad una pluralità di fonti e valori diversi mettendo in discussione il “comando” contenuto nella fonte primaria¹².

Un ulteriore fattore di “crisi” della legge è dato dalla accentuata dinamicità dello sviluppo sociale ed economico. Le disposizioni contenute nella fonte primaria (o in altre fonti di produzione del diritto) presuppongono necessariamente una realtà “statica”, nella quale si cristallizzano situazioni concrete che, in breve tempo, diventano obsolete, perché superate da innovazioni sociali assai rapide che richiederebbero continui processi di adattamento legislativo. In sostanza la legge non è in grado di regolare una realtà in continuo mutamento¹³. E si è rilevato che “lo stesso legislatore – a partire dagli anni Novanta... – ha preso coscienza della inattività di una normazione volta a disciplinare dettagliatissimamente una certa materia (come un tempo, presuntuosamente, il legislatore e il codificatore erano soliti fare), inattività provocata dalla estrema mutevolezza socio-economica e tecnica, con la conseguenza di una scelta innovativa, un legiferar per principi”¹⁴.

Un riflesso della situazione descritta (l'impossibilità di legificare una realtà in continuo mutamento) è dato dalla diffusione, nella legge, di norme “aperte” o di clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne l'effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica dettagliata¹⁵. In tal modo, infatti, si affida

11. Ho esaminato questi profili in SPEZIALE, 2008, 616 ss.

12. GROSSI, 2017, 1 ss.

13. SPEZIALE, 2008, 655 ss. Si vedano anche le osservazioni di SORRENTI, 2018, 68 ss.

14. GROSSI, 2017, 4.

15. Su tali aspetti cfr. MENGONI, 1996, 98; Id., 1986, 9 ss.; ZAGREBELSKY, 1992a, 186 – 187; DI MAJO, 1984, 540 ss.; CASTRONOVO, 1986, 25; GUARNERI, 1988, 403 ss. In tempi più recenti v. VELLUZZI, 2010 e BRONZINI, COSIO (2017). Rinvio anche agli ulteriori riferimenti bibliografici in

all'interprete (e al giudice) il compito di adeguare il contenuto della legge ad una realtà in continuo movimento evitando quella "normazione dettagliata", incapace di una effettiva idoneità regolativa. La utilizzazione di questo tipo di norme nel Diritto del lavoro è assai comune¹⁶ ma essa è ormai usuale in tutti i settori giuridici. Ed è chiaro che, in questo caso, è soprattutto la concretizzazione della norma da parte del giudice a diventare la disciplina del caso concreto, dilatando i margini di intervento della giurisprudenza ed affievolendo la funzione regolativa della disposizione generale ed astratta.

I fattori descritti – tra cui l'adozione di norme "aperte" o di clausole generali, l'affermazione dello Stato costituzionale di diritto e gli altri elementi esaminati – enfatizzano il ruolo crescente della giurisprudenza e, di riflesso, depotenziano la funzione della legge. Questo fenomeno, peraltro, è frutto anche di una significativa modifica delle teorie sull'interpretazione giuridica, che analizzerò in seguito.

Per adesso soffermiamoci su due conseguenze del costituzionalismo democratico strettamente attinenti alla attività dei giudici. Il primo è quello della possibilità per il magistrato di utilizzare direttamente la Costituzione come "regola di giudizio" per la risoluzione del caso concreto¹⁷. A seguito della giurisprudenza della Corte Costituzionale il giudice comune è stato investito di un compito particolare: quello "di valutare sulla conformità di una fonte ai valori costituzionali, operando una scelta tra una pluralità di significati e ricercando e privilegiando le possibili ipotesi interpretative che permettano di adeguare la disposizione a una lettura costituzionalmente conforme"¹⁸. La "interpretazione conforme a Costituzione" o "costituzionalmente orientata" è ormai una tecnica usuale¹⁹ che determina una sorta di "giudizio costituzionale diffuso", dove il giudice è coinvolto "nell'ingranaggio della giustizia

SPEZIALE, 2018, 129 ss.

16. Si pensi alle nozioni di giusta causa o giustificato motivo o alle "comprovate ragioni tecniche, organizzative" che consentono il trasferimento del lavoratore.

17. Ho analizzato questi temi in SPEZIALE, 2018, 143 ss., a cui rinvio per la bibliografia in materia. In tempi più recenti cfr. Sorrenti, 2018, 84, che richiama la tesi di PIZZORUSSO, 1977, 343.

18. GROSSI, 2017, 7.

19. Su tale forma di interpretazione si rinvia, per tutti, a LUCIANI, 2016, 391 ss. e agli autori da me citati in SPEZIALE, 2018, 143 ss.

costituzionale, estesa ben al di là dei ristretti confini della Corte”²⁰. Il che implica, a ben vedere, la possibilità per il magistrato di ridurre il valore precettivo della norma giuridica, “reinterpreandola” anche in senso molto difforme dal suo contenuto testuale alla luce di una sua rilettura in base ai valori costituzionali. E, come è noto, tale ruolo si amplia ulteriormente nei casi in cui l’oggetto del giudizio è materia disciplinata anche a livello europeo, visto che al giudice si chiede una “interpretazione adeguatrice” che renda la disposizione nazionale coerente con quella dell’Unione²¹. Questo ampliamento dei poteri interpretativi del giudice si traduce, di riflesso, in una riduzione del carattere cogente della norma, che può essere riletta in modo molto difforme dal testo e dalla stessa intenzione del legislatore.

Un ulteriore fattore di ampliamento del ruolo della giurisprudenza è dato dalla dottrina del “diritto vivente”, accolta fin dall’origine dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 3 del 1956²². In presenza di una interpretazione ampiamente condivisa in giurisprudenza che sia tale da qualificarsi come *living law* di rango costituzionale²³, la Corte costituzionale esclude che il giudice di rinvio, prima di sottoporre la questione al vaglio della Corte, debba effettuare una interpretazione adeguatrice rispetto alla carta fondamentale che ne elimini la contrarietà con la Costituzione²⁴. Lo stesso giudice delle leggi, inoltre, si astiene dal

20. GROSSI, 2017, 7.

21. Su questo tipo di interpretazione (e sui problemi che pone) si rinvia, per tutti, ai numerosi saggi contenuti in BERNARDI, 2015. La giurisprudenza italiana ed europea in materia è pienamente orientata all’applicazione di tale principio.

22. “La corte, pur ritenendo di potere e di dovere interpretare con autonomia di giudizio e di orientamenti e la norma costituzionale che si assume violata e la norma ordinaria che si accusi di violazione, non può non tenere il debito conto di una costante interpretazione giurisprudenziale che conferisca al precetto legislativo il suo effettivo valore nella vita giuridica, se è vero, come il vero, che le norme sono non quali appaiono in astratto, ma quali sono applicate nella quotidiana opera del giudice, intesa a renderle concrete ed efficaci” (corsivo mio: C. cost. 15.6.1956 n. 3, www.cortecostituzionale.it, 4).

23. Ho mutuato l’espressione inglese da MARINELLI, 2008, 178.

24. La Corte, tuttavia, ritiene che, a fronte di un «diritto vivente» il giudice che non lo condivide, può anche optare per «l’adozione, sempre consentita, di una diversa interpretazione», oppure può, «adeguandosi al diritto vivente», proporre la «questione davanti a questa Corte» (C. cost. 21.11.1997 n. 350, *DeJure*, www.dejure.it, 4, 2008, Giuffrè, Milano). In senso conforme C. cost. (ord.) 1.7.2005 n. 252, *GCost.*, 2001, 2821; C.cost. (ord.) 30.1.2002 n. 3, *ivi*, 2002, 29. Il principio è stato ribadito anche dalle decisioni più recenti della Corte costituzionale. Si veda *infra* nt. 113.

proporre una propria autonoma interpretazione e la sottopone – nella versione definita dai giudici ordinari o amministrativi – “a scrutinio di costituzionalità, perché la norma vive ormai nell’ordinamento in modo così radicato che è difficilmente ipotizzabile una modifica del sistema senza l’intervento del legislatore o di questa Corte”²⁵.

La dottrina descritta, pur introducendo soltanto un vincolo “tendenziale”²⁶ rivela come di fatto la giurisprudenza possa, a determinate condizioni, diventare essa stessa “la legge”, anche se l’esito interpretativo si discosta in modo significativo dal testo contenuto nella fonte primaria. Ed è chiaro che la prevalenza in via interpretativa della disposizione da parte dei giudici è un altro fattore di depotenziamento della autorità *in sé* del testo normativo.

Il fenomeno descritto – a riprova del suo essere parte del sistema già da molto tempo – è stato efficacemente sintetizzato nel 2003 dal Presidente della Corte costituzionale, quando ha affermato che “anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione”²⁷. Ed in tempi più recenti si è sottolineato che l’ordinamento giuridico è ormai caratterizzato da un fattore determinante: “il ruolo crescente dell’interprete, lo spostamento dell’asse portante dell’ordinamento dal legislatore all’interprete, il coinvolgimento di questo nello stesso processo di enucleazione e definizione del diritto...”²⁸. E tra gli interpreti, ovviamente, una funzione essenziale è svolta dai giudici, per le attribuzioni ad essi affidate dalla Costituzione.

Sembra, in definitiva, che la legge abbia ormai un ruolo non più fondamentale rispetto al carattere determinante della funzione svolta dalla giurisprudenza.

25. C. cost. 21.11.1997 n. 350, 5, cit. a nt. 24.

26. LUCIANI, 2016, 465. Si vedano anche le sentenze della Corte costituzionale citate nelle nt. 24 e 113.

27. CHIEPPA, 2003, 3180.

28. GROSSI, 2017, 5.

3. La legge è soggetta soltanto ai giudici o i giudici sono soggetti soltanto alla legge (art. 101 Cost.)? Alcune considerazioni critiche

Va subito detto che la situazione descritta non può essere risolta con un ritorno al passato. La "crisi di autorità" della legge si riconnette a mutamenti epocali dei sistemi politici e sociali, oltre che alla evoluzione specifica delle forme giuridiche dello Stato moderno. Pensare, dunque, di ripristinare il "primato" della legge con le caratteristiche proprie di epoche storiche ormai lontane o anche riconducibili agli anni '50 e '60 del secolo scorso significherebbe negare la Storia e la sua direzione di marcia.

Tuttavia, se il ruolo della giurisprudenza è ormai indiscutibile, si tratta di analizzare i limiti del giudice nella sua attività giurisdizionale. In particolare bisogna comprendere il valore di una serie di principi, anche di fonte costituzionale, che regolano la sua funzione. Inoltre occorre capire di quale "autonomia" il magistrato disponga rispetto alla legge per la risoluzione del caso concreto sottoposto a giudizio. Perché se la sua attività deve essere esercitata nell'ambito di regole ben definite e individuabili a priori che valorizzano il testo scritto nella fonte primaria e la sua correlazione con altre disposizioni all'interno del sistema giuridico, è chiaro che la norma generale ed astratta mantiene una importanza rilevante, pur nel contesto della "crisi" già descritta. Mentre se, al contrario, la legge è soltanto "un semplice ' punto di partenza' (P. Habermas) sul quale 'la società aperta degli interpreti' (*ndr*: giudici inclusi) può liberamente (secondo le proprie logiche culturali) costruire i significati normativi"²⁹, la situazione è ovviamente molto diversa. In tale ipotesi, infatti, il "depotenziamento" del valore cogente della legge sarebbe molto superiore. E questo ci porta direttamente al problema della interpretazione degli atti normativi e dei limiti della funzione del giudice nell'ascrizione di senso alla disposizione, dove la latitudine dei poteri concessi al magistrato è determinante per la soluzione di tale questione.

Il tema della interpretazione costituisce uno dei problemi più rilevanti in ambito giuridico, che influisce su aspetti di teoria generale, quali ad esempio la stessa individuazione di un "metodo scientifico",

29. BALDASSARRE, 2007, 34.

tale da distinguere il diritto da altre scienze sociali. D'altra parte il potenziale conflitto tra un testo e le possibili letture che se ne possono dare ha sempre caratterizzato la funzione legislativa, se è vero che Giustiniano, nel *Corpus iuris*, e, molti secoli dopo, Napoleone I introdussero espressamente il divieto di interpretazione. Una previsione che, al di là della illusione di garantire una "unica e vera" applicazione della legge, esprime la tensione tra la fonte di produzione normativa e coloro che sono tenuti ad attuarla, nel tentativo di impedire o ridurre la discrezionalità degli interpreti e di ribadire la "forza" dell'autorità da cui la legge promana.

La centralità della questione spiega perché le teorie sull'interpretazione sono molteplici. Tra queste vanno ad esempio ricordate, con una esemplificazione sicuramente non esaustiva, il realismo scandinavo e americano, la teoria dell'argomentazione di Perelman, le teorie cognitive, scettiche, eclettiche, quella ermeneutica e del circolo interpretativo ed altre ancora³⁰. Ed è evidente che non è possibile, in questa sede, neppure tentare una analisi critica delle varie teorizzazioni.

Ai fini del discorso che sto svolgendo, peraltro, può essere utile soffermarsi sulle tesi che esaltano la funzione "creativa" dell'interprete e, quindi, anche del giudice. Tra queste, ad esempio, il "metodo eclettico", che "consente al giudice di selezionare, per ogni controversia, le direttive interpretative di volta in volta più adeguate a *giustificare a posteriori* l'esito sostanziale suggerito dalle 'opzioni politiche o ideologiche' cui il giudice stesso abbia ritenuto di aderire"³¹. Oppure il «metodo del realismo intuizionistico» (una «variante estrema del metodo eclettico»), secondo il quale il giudice deve «badare al sodo dei rapporti di forza, siano essi economici o politici; le decisioni giudiziali devono essere arbitraggi tra interessi confliggenti; ciò che conta è la giustizia sostanziale del caso concreto, non gli argomenti che possono essere adottati per giustificare le decisioni...»³². Si tratta, come ben

30. Per la individuazione delle varie teorie rinvio, per tutti, a GUASTINI, 2004, 21 ss.; SPEZIALE, 2008, 619 ss.; GUASTINI, 2011; Id., 2014, 233 ss.; GUASTINI, 2015, 1 ss.; LUCIANI, 2016, 391 ss. Per un'analisi approfondita dei problemi dell'interpretazione in generale v. anche CHIASSONI, 2008, 553 ss.; RESCIGNO G.U., 2008, 589 ss. In tempi più recenti, e con particolare riferimento al diritto del lavoro, cfr. Aa.Vv., 2014.

31. CHIASSONI, 2008, 615.

32. CHIASSONI, 2008, 615. Per la descrizione di queste teorie v. CHIASSONI, 2007, 11 ss. e Guastini, 2011, 407 ss.

si vede, di teorizzazioni assai lontane da quelle che appartengono alla tradizione culturale del giurista. Esse, tra l'altro, sembrano configurare una radicale alterazione del rapporto tra fonti normative ed attività del giudice, che è proprio il tema centrale che si sta analizzando. In ogni caso, queste tesi sembrano negare la stessa possibilità di un processo interpretativo condotto secondo regole definite a priori.

In questo ambito, con un testo ormai diventato famoso³³, un grande costituzionalista afferma che è il caso concreto che determina le regole giuridiche da applicare e non la disposizione prevista dalla legge. Il giudice deve partire da un'ipotesi specifica (un fatto a cui è stato attribuito un «senso» ed un «valore») e deve poi cercare la norma adeguata³⁴. Se la regola giuridica risponde alle esigenze del caso non vi sono problemi. Altrimenti il giudice deve adattare il significato dei testi normativi per cercare la «giustizia sostanziale», ricordando che «le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possano invalidarla»³⁵. In relazione ai metodi di interpretazione, si è sostenuto che «la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo a essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare»³⁶. Si è detto che in questo modo «il giudice deve – prima – decidere il caso secondo giustizia (in accordo, cioè, con i suoi privati

33. ZAGREBELSKY, 1992a.

34. «Il fatto, di per sé, nella sua semplice realtà storico-materiale... non avanza pretese, è muto e non postula "adeguatezza" (ZAGREBELSKY, 1992a, 189). Tuttavia, il caso concreto a cui il fatto si riferisce non può essere disciplinato da una regola di diritto se non se ne trova il «senso» e «valore». «Per "senso" si deve intendere qui la connessione tra un'azione e il suo "prodotto sociale"» (in sostanza, le conseguenze che tale azione produce nella società). «Ad esempio, lo stesso fatto materiale della morte procurata ad un uomo può essere inteso in molti differenti "sensi": come mezzo rivolto contro la vita altrui, oppure contro le sofferenze altrui (eutanasia)...oppure come difesa di un bene primario proprio o altrui (legittima difesa)...» (Id., 187 – 188). «La comprensione di senso conduce e condiziona la comprensione di valore in vista del giudizio» (una cosa sono i valori coinvolti nell'omicidio volontario, altri quelli connessi all'eutanasia), fermo restando che «il "senso" e il "valore" che devono avere rilievo dal punto di vista dell'applicazione giudiziaria hanno un significato oggettivo, non soggettivo» (Id., 188).

35. ZAGREBELSKY, 1992a, 183.

36. ZAGREBELSKY, 1992a, 184. Si potrebbe dire che «ancora una volta: non è il procedimento a disposizione del giudice che determina il risultato, ma il risultato a cui si vuol giungere che determina la regola che di volta in volta viene adottata» (BOBBIO, 1968, 701). I metodi di interpretazione si configurerebbero «come possibilità, offerte all'interprete, di legittimare i risultati desiderati o comunque ritenuti più appropriati» (VIOLA, ZACCARIA, 1999, 212).

sentimenti di giustizia) e – poi – cercare nell’ordinamento una norma idonea a giustificare la sua decisione»³⁷.

A mio giudizio il pensiero di Zagrebelsky può essere interpretato anche in modo diverso (la necessità di attribuire al caso concreto rilievo determinante ai fini dell’interpretazione e di trovare, se necessario, regole nuove nell’ambito dei principi costituzionali)³⁸. L’autore è recentemente tornato su questo tema³⁹. Dopo aver riaffermato tutti gli elementi fondamentali della sua teoria, questo illustre costituzionalista non ha ribadito alcuni dei concetti sopra espressi, soprattutto in relazione alla prevalenza della “giustizia sostanziale”, sulla inesistenza di un metodo *a priori* per definire il significato da attribuire alla disposizione, sul fatto che le “esigenze dei casi” prevalgono sulla volontà del legislatore, oltre che sul valore del giudizio equitativo. E la sua analisi più recente sembra avvalorare la interpretazione “più mite” (per parafrasare il titolo del libro di Zagrebelsky) da me proposta.

Tuttavia, se il pensiero dell’autore è quello prima descritto in modo più ampio⁴⁰, troviamo in questo caso la razionalizzazione espressa di alcune delle concettualizzazioni in precedenza indicate. Il riferimento è al «metodo eclettico» o a quelle del «realismo intuizionistico» già descritti in precedenza⁴¹. A me sembra che questa teoria e la giurisprudenza che vi fa (più o meno inconsapevolmente) riferimento, a parte le numerose obiezioni specifiche che si potrebbero sollevare⁴², costituiscono la teorizzazione del giudizio equitativo del giudice, seppure nei limiti complessivi definiti dai principi e valori costituzionali. Non è un caso che Zagrebelsky rivaluti l’equità, seppure depurata dal suo fondamento «giusnaturalistico» e finalizzata a realizzare le «esigenze di giustizia sostanziale che si trovano materializzate nei casi che chiedono di essere risolti nei termini del diritto»⁴³.

37. GUASTINI, 2004, 281, nt. 34.

38. Si veda, ad esempio, quanto da lui affermato (1992a) nelle pagine 181, 183 e 210.

39. ZAGREBELSKY, 2017, 293 ss.

40. Ritengo che il pensiero di ZAGREBELSKY ha un certo margine di ambiguità e consente *anche* l’interpretazione proposta nel testo. Non vi è dubbio, peraltro, che la tesi qui criticata sia stata considerata come quella «autentica» (si vedano, ad esempio, GUASTINI, 2004, 281, nt. 34 e BOGNETTI, 2004, 6).

41. V. *retro* nt. 31 e 32.

42. Si vedano, ad esempio, le serrate critiche di GUASTINI, 2004, 281, nt. 34 e la replica di ZAGREBELSKY (2017, 305)

43. ZAGREBELSKY, 1992a, 205 e 204. E, a conferma del suo pensiero, l’autore afferma che «...attraverso l’interpretazione e, eventualmente, la questione di costituzionalità, i giudici han-

In termini analoghi si esprime un altro autorevolissimo giurista, che è stato anche Presidente della Corte costituzionale. Secondo questo autore "il testo non è una realtà autosufficiente, ma ha compiutezza solo con l'interpretazione; l'interpretazione, togliendo generalità e astrattezza alla norma, la immerge nel concreto, la rende diritto vivo in immediata comunicazione con la attualità (quella attualità a cui appartiene l'interprete); l'interpretazione è intermediazione tra il messaggio del testo cartaceo (necessariamente estraniato dal divenire) e la attualità dell'interprete; consequenziale protagonismo dell'interprete quale attore primario grazie alla sua operosità interpretativa. All'interno del novero degli interpreti... un posto primario spetta oggi, senza alcun dubbio, al giudice...". Dopo aver criticato il procedimento interpretativo fondato sul sillogismo, si afferma che "entro il progetto moderno (e la sua conseguente visione del diritto) il giudice doveva adattare il fatto alla norma (una norma pensata come premessa maggiore di un procedimento sillogistico, cioè – ripetiamolo – squisitamente logico-deduttivo). Oggi, in questo nostro tempo giuridico pos-moderno, il giudice, attraverso operazioni squisitamente valutative, deve comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto di vita, individuandone la più adeguata disciplina. E la sua ricerca si concretizza, appunto, in una *invenzione*, che è un procedimento contrario a quello sillogistico perché in essa non è coinvolta solo la razionalità del giudice con le sue capacità di logico, ma soprattutto qualità di intuizione percezione comprensione, tutte segnate sul piano assiologico"⁴⁴.

In questo contesto, si ritiene che la divisione dei poteri, messa sicuramente in discussione da queste caratteristiche dell'attività giurisdizionale, deve essere riletta "criticamente alla luce dell'evolversi delle forme politiche e soprattutto dell'esperienza". Anche perché, la separazione dei poteri, da fattore di garanzia, si è trasformato "in una smodata preminenza del potere legislativo, se non in un monopolio nella produzione del diritto"⁴⁵. Quanto poi al principio costituzionale della sogge-

no il potere (e il dovere) di far prevalere l'equità sulla mera volontà del legislatore» (corsivo mio: Id., 1992a, 215, nt. 22).

44. Grossi, 2017, 5. Con la precisazione che per questo autore il termine "invenzione" deriva dal latino *inventio* e va quindi inteso come "un cercare per trovare qualcosa, un *reperire*" nel sistema giuridico la norma per risolvere il caso (Id., 2017, 1).

45. Grossi, 2017, 6. Per una recente ed approfondita analisi del principio di separazione dei poteri (analizzato anche in funzione della sua evoluzione storica) cfr. Sorrenti, 2018, 70 ss. L'a.,

zione del giudice soltanto alla legge (art. 101, comma 2, Cost.), si afferma che esso va reinterpretato come disposizione che garantisce la autonomia e l'indipendenza del magistrato, senza "esprimere una relazione gerarchica"⁴⁶. Infine, all'obiezione secondo cui con tale interpretazione si potrebbe sostenere che il giudice "crea diritto", Grossi risponde in modo perentorio: la realtà è che "il diritto non lo crea, a rigore, nemmeno il legislatore; ovviamente, tanto meno il giudice. Ripetiamolo a costo di esser monotono: l'operazione intellettuale tipicamente giudiziale è la *inventio*, il reperimento". E, in tale ambito, occorre dare una "lettura adeguatrice dell'art. 113 c.p.c." ("nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto"). A questa disposizione "non si può assegnare che questo significato: avere – da parte del giudice – la capacità di trovare la disciplina più efficace nel contesto della questione controversa"⁴⁷.

Si tratta, come ben si vede, di concettualizzazioni che "rovesciano" il comune sentire dell'operatore giuridico. La legge è soltanto un "punto di partenza"⁴⁸ per l'ascrizione del significato della disposizione che spetta al giudice definire, in un processo nel quale, parafrasando l'art. 101 Cost., "la legge è soggetta ai giudici" ed alla loro ricerca di una soluzione concreta del caso (che potrebbe anche "smentire" o "ribaltare" il contenuto della disposizione). Si è passati dal giudice "bocca della legge" che si limita a "scoprire il significato contenuto nella norma – tipico del positivismo ottocentesco – al "giudice legislatore"⁴⁹.

peraltro, conferma che "lo Stato costituzionale 'non è lo Stato entro cui si realizza il tanto temuto 'governo dei giudici'; esso 'non ha tolto il potere 'sovrano' al legislatore per consegnarlo ai giudici', ma per aprire spazio ad un assetto costituzionale che conosce 'solo poteri limitati e bilanciati'" (78).

46. GROSSI, 2017, 6. Si è affermato che "il principio di soggezione del giudice alla legge deve essere...reinterpretato in un contesto pluralistico in cui l'atto legislativo, da una parte, non racchiude più il monopolio politico del diritto e, dall'altro, può essere costantemente delegittimato alla luce del modello normativo costituzionale" (SORRENTI, 2018, 85).

47. GROSSI, 2017, 6.

48. V. *retro* testo e nt. 29.

49. Sulla nozione, assai controversa, di "positivismo", mi permetto di rinviare all'analisi da me svolta (SPEZIALE, 2008, 618, con ulteriori indicazioni bibliografiche). La tesi del "giudice legislatore" non è accolta neanche da chi, come Sorrenti (cit. a nt. 46), propone una lettura più innovativa dell'art. 101 Cost. Infatti, l'a. sostiene che "si deve negare al giudice un potere di disapplicazione o di *interpretatio abrogans* della legge, quanto una sua forzatura in chiave interpretativa al di là dei limiti consentiti dal tasso di resistenza linguistica e sistematica delle disposizioni" (Id., 2018, 80).

E, a riprova di quanto si sia lontani dall'approccio tradizionale sul rapporto tra legge e giurisprudenza, è interessante osservare quanto Grossi afferma sui fattori che vincolano la libertà del giudice nella interpretazione. Essi infatti si identificherebbero nei principi di imparzialità e di ragionevolezza, nel rispetto del contraddittorio e nell'obbligo di motivazione delle pronunce giurisdizionali, oltre che nel carattere ben definito del "complesso assiologico" scaturente dalla Costituzione⁵⁰. Dunque, tra i limiti al processo interpretativo del magistrato non viene incluso il testo della legge, quasi si trattasse di un elemento privo di rilievo che, insieme ad alcune regole legislative in tema di interpretazione, possa essere tranquillamente disatteso. Tali questioni verranno analizzate successivamente.

Ora è importante sottolineare come le interpretazioni descritte contribuiscano in modo rilevante al "deperimento" dell'autorità giuridica della legge e siano in qualche modo sintomo della sua crisi. Inoltre, ritengo che queste teorie si prestano a numerose obiezioni.

In relazione alla trasformazione dell'attività giurisdizionale in un giudizio equitativo, questa conclusione è contraddetta da una molteplicità di fonti normative di segno opposto, tra cui, prima di tutto, l'art. 101 della Costituzione («I giudici sono soggetti soltanto alla legge»), le varie disposizioni che limitano il giudizio equitativo ai casi espressamente previsti dalla fonte primaria (art. 113 c.p.c.), che sottopongono le sentenze di merito al controllo su una eventuale "violazione o falsa applicazione di norme di diritto e dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro" (art. 360, n. 3, c.p.c.) o che ribadiscono la necessità di indicare le norme ed i principi di diritto nella motivazione della sentenza (art. 118, c. 2, disp. att. c.p.c.) e altre ancora⁵¹. E non è un caso che, per depotenziare il contenuto dell'art. 101 Cost. o dell'art. 113 c.p.c. si sia obbligati a proporre una lettura che "prescinde" dal testo delle due disposizioni, "forzandone" il significato⁵².

50. GROSSI, 2017, 7.

51. Tra queste l'art. 114 c.p.c. (giudizio di equità su istanza di parte e su diritti disponibili); l'art. 822 c.p.c. («gli arbitri decidono secondo le norme di diritto, salvo che le parti abbiano disposto con qualsiasi espressione che gli arbitri pronunciano secondo equità»), la necessità di indicare, nel ricorso per cassazione, le «norme di diritto su cui si fondano» i motivi di impugnazione (art. 366, c. 1, n. 4 c.p.c.) ecc.

52. Il riferimento è alla interpretazione proposta da Grossi, cit. nelle precedenti note.

La tesi per cui l'art. 101 Cost. garantirebbe *soltanto* l'autonomia e l'indipendenza del magistrato può essere confutata, oltre che in base al testo scritto nella Costituzione (di contenuto inequivocabile), anche ricordando che tale principio è garantito dall'art. 104 Cost. ("La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere"). E la prevalenza della legge desumibile dal testo della disposizione costituzionale ha portato la dottrina ad affermare che essa renderebbe "costituzionalmente illegittima una eventuale legge (ordinaria) che pretendesse di introdurre nell'ordinamento la regola del precedente vincolante ("*stare decisis*") sul modello dei sistemi di *common law*"⁵³.

In verità l'art. 101, comma 2, Cost. è una disposizione che ha una pluralità di significati diversi⁵⁴ e tra questi *anche* quello di garantire l'indipendenza dei giudici. Ho già approfondito tali aspetti⁵⁵ anche alla luce di una importante sentenza della Corte costituzionale. Il giudice delle leggi, infatti, ha affermato che la disposizione costituzionale "esprime l'esigenza che il giudice riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto"⁵⁶. La sentenza precisa che, per "autorità", si intende un di-

53. GUASTINI, 1994, 191 – 192. Sempre in relazione all'art. 101, c. 2, Cost., si è ribadito che «non è sostenibile, nel sistema costituzionale italiano, un *vincolo giuridico* che obblighi il giudice di primo grado a seguire i percorsi interpretativi e i precedenti forniti dalle altre giurisdizioni...» (BIFULCO, 2008, 215. Ma si veda anche p. 71). In senso analogo anche ZANON, PANZERI, 2006, 1962 (con ulteriori indicazioni bibliografiche sull'art. 101 Cost.). Nella sentenza 23 settembre 2010, n. 20075, le Sezioni Unite della Cassazione affermano che l'art. 420 bis c.p.c. introduce un «"vincolo" per gli altri giudici di merito; un vincolo solo processuale, non già di merito, perché il giudice non è tenuto ad uniformarsi alla pronuncia di questa Corte e, se non la condivide, ben può pronunciarsi in senso difforme... Insomma non c'è una regola di *stare decisis*, che forse sarebbe difficilmente compatibile con il dettato costituzionale che vuole il giudice soggetto solo alla legge» (*DeJure*, www.dejure.it, 9). Su tale aspetto vedi anche *infra* nt. 116, a cui va aggiunta anche Cass. 26.7.2016 n. 15513, che conferma i principi espressi nelle decisioni citate in quest'ultima nota e rileva come "il principio dello *stare decisis* non opera nei rapporti tra vari organi giurisdizionali (né sul piano "orizzontale" relativo al rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni unite della Corte di cassazione, né sul piano "verticale" relativo al rapporto tra Corte di cassazione e giudici di merito)..."

54. Cfr. GUASTINI, 1994, 183 ss.; ZANON, PANZERI, 2006, 1962 ss.; BIONDI, 2008, 915 ss. Per una rilettura recente della disposizione costituzionale cfr. SORRENTI, 2018, 85 ss.

55. SPEZIALE, 2011, 1019.

56. C. cost. 23.5.1964 n. 40, www.cortecostituzionale.it, 7 – 8.

verso potere istituzionale e non la decisione di un altro magistrato⁵⁷. La soggezione "soltanto alla legge" andrebbe letta in questo suo significato fondamentale, senza vedere nella disposizione costituzionale una preclusione allo *stare decisis*. Tuttavia, se l'art. 101, comma 2, Cost. non è tale da impedire l'introduzione del principio del precedente giurisprudenziale vincolante e può anche esprimere la regola dell'indipendenza della magistratura, questa disposizione non può mai essere letta come la libertà del giudice di prescindere dalla legge, quasi che il potere giudiziario si ponesse sullo stesso piano di quello legislativo ed in assenza di rapporti gerarchici. In tale ambito, le parole della Corte costituzionale (è la legge che fornisce al giudice le regole da applicare) sono molto significative a conferma di quanto sostengo⁵⁸.

Vi sono poi ulteriori argomentazioni a confutazione delle teorie criticate. Esse sono state recentemente analizzate in modo approfondito da un altro autorevole costituzionalista in un saggio a cui, per ragioni di spazio, non posso che rinviare⁵⁹. Tuttavia, qualche veloce considerazione, oltre quelle già fatte, mi sembra utile. Ad esempio è difficile poter sostenere che la disposizione non possa essere interpretata se non in relazione ad "un caso"⁶⁰. In verità, qualunque testo normativo può, alla luce delle regole grammaticali, sintattiche, ortografiche e del contesto linguistico formale, avere un significato "astratto"⁶¹, che può essere poi ulteriormente definito alla luce delle connessioni tra disposizioni. "Esse possono non avere alcun collegamento con alcun concreto caso della vita... eppure, già prima di essere 'interrogate' dal caso, quelle norme 'rispondono'⁶². Mentre il "caso" può svolgere una funzione importante di definizione del significato della disposizione, nella misura in cui la concretizza rispetto ad una situazione astratta. Ma questo non avviene sempre – perché vi sono "casi" non particolarmente significativi e tutti

57. Infatti, sostiene la Corte, sarebbe certamente illegittima "una legge la quale condizionasse inderogabilmente la pronuncia del giudice a una scelta o anche soltanto ad un accertamento compiuto, per caso singolo, *in veste autoritativa da un organo non giurisdizionale* (v. sentenza n. 70 del 1961)" (C. cost. n. 40/1964, cit., 8, corsivo mio).

58. Mi sembra, dunque, che la tesi di GROSSI (v. *retro* testo e nt. 46) sia quantomeno discutibile. E, a tal proposito, si rinvia alle osservazioni di SORRENTI, cit. a nt. 49.

59. LUCIANI, 2016, 393 ss.

60. ZAGREBELSKY, 1992a, 187 ss; Id., 2017, 303 ss.

61. GUASTINI, 2004, 281.

62. LUCIANI, 2016, 426.

riconducibili all'ipotesi tipo prevista dalla disposizione – e, comunque, anche se in grado di meglio definire la portata precettiva, solo in alcune situazioni esso è tale da assumere una funzione centrale nel processo interpretativo.

Il “reperimento” del significato all'interno del sistema giuridico tramite l'applicazione dei principi costituzionali non è illimitata. Si è osservato che, nell'interpretazione conforme a Costituzione, “l'opera di adeguamento di un testo non può essere condotta sino al punto di leggervi quel che non c'è, anche quando la costituzione vorrebbe che vi fosse”⁶³. La stessa Corte costituzionale, in relazione al problema della interpretazione secondo Costituzione che il giudice ordinario deve effettuare per rendere la disposizione conforme alla legge fondamentale, ha più volte ribadito che “l'univoco tenore letterale della norma impugnata preclude un'interpretazione adeguatrice, che deve, pertanto, (dare spazio) al sindacato di legittimità costituzionale”. L'interpretazione conforme “cede il passo all'incidente di legittimità costituzionale ogni qual volta essa sia incompatibile con il disposto letterale della disposizione”⁶⁴.

D'altra parte è indiscutibile che il giudice possa, in considerazione del notevole ampliamento dei suoi poteri interpretativi (su cui tornerò in seguito), anche “creare” diritto, nel senso cioè di reinterprete la disposizione in modo tale da attribuirle un contenuto molto distante dalla formulazione letterale del testo e dalla stessa intenzione del legislatore. Tuttavia, a parte i limiti a questa sua attività – che, come si vedrà, sussistono – questa “creazione” non sarà mai tale da poter essere equiparata a quella del legislatore. Mentre quest'ultimo è libero di definire il contenuto di qualsiasi disposizione – fermo il rispetto del principio di ragionevolezza, di proporzionalità e delle norme della Costituzione – il secondo non ha tale libertà. Egli deve comunque compiere “un'operazione di estrazione di significati da significanti. Al testo egli non può sfuggire e, sebbene la pienezza di significato del testo si acquisisca solo

63. LUCIANI, 2016, 434.

64. Le parole citate nel testo sono espresse dalle sentenze n. 82/2017 e 83/2017, entrambe reperibili in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 64 (*Giurisprudenza Costituzionale dell'anno 2017*, Riunione straordinaria della Corte costituzionale del 22 febbraio 2018, presieduta da Paolo Grossi, in www.cortecostituzionale.it, I ss.). In termini analoghi, tra le tante, anche C. cost. 23.7.2013 n. 231.

entro un contesto materialmente definito, l’opera dell’interprete non potrà mai essere legittimamente giustificata se il testo è stato abbandonato”. In tal caso, infatti, il giudice realizzerebbe “un soggettivismo anarchico che dimenticherebbe ‘la subordinazione dell’interprete alla norma’”⁶⁵. E questa rilevanza del testo della legge ben si collega alla giurisprudenza della Corte costituzionale sopra descritta⁶⁶.

Vi sono poi altre numerose distinzioni che impediscono di porre sullo stesso piano “la *legis-latio* e la *iuris-dictio*” e che non posso approfondire⁶⁷. In definitiva, l’indubbia maggiore discrezionalità del giudice nell’interpretare ed applicare le disposizioni non si traduce nel potere di creare «norme *ad hoc*» che, prescindendo dalla legge o *contro* il suo contenuto, consentano ai giudici di sostituirsi al potere legislativo, trasformandoli nei «padroni del diritto» (un evento considerato in realtà in modo negativo anche da chi ha usato questa espressione)⁶⁸.

Ma a parte le singole obiezioni che posso essere espresse sulle teorie descritte, vi sono alcune considerazioni di carattere più generale. La prima è che “è un sottile sentimento antipolitico, una sottile tentazione aristocratica...che ha alimentato e probabilmente ancora alimenta le dottrine della creatività giurisprudenziale e ha sorretto la svalutazione del testo degli enunciati legislativi”⁶⁹. La seconda è che questa esaltazione del ruolo del giudice determina “conseguenze assai gravi sul già segnalato piano della forma di governo (si smarrisce ogni senso della distinzione delle funzioni costituzionali e l’interprete ‘cesserà di esse-

65. LUCIANI, 2016, 433, che cita le parole di Betti.

66. Si è rilevato, tra l’altro, che “se le strutture cui appartengono i segni del diritto hanno spesso un carattere vago ed elastico ai margini, in un alto numero di casi non marginali risultano adeguatamente e sufficientemente determinati, e se un contorno di incertezza sembra sempre accompagnare lo sviluppo del diritto, un cuore di certezza ne rende possibile l’esistenza stessa ed il funzionamento come struttura sociale” (U. SCARPELLI, 1971, 569).

67. Rinvio, sul punto, a LUCIANI, 2016, 393 ss. e, per una prospettiva in parte diversa, a Sorrenti, 2018, 65 ss.

68. ZAGREBELSKY ritiene che l’eccezionale importanza oggi acquisita dalla funzione giurisdizionale potrebbe portare a «riconoscere nei giudici gli attuali “padroni del diritto”». «Ma i giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale, cioè della necessaria, mite coesistenza di legge, diritti e giustizia» (ZAGREBELSKY, 1992a, 208 e 213). Si vedano anche le osservazioni di Sorrenti, cit. a nt. 45.

69. LUCIANI, 2016, 394.

re interprete e diventerà qualcos'altro: diventerà un rappresentante') e su quello della forma di Stato (i diritti e i doveri non sono più nella disponibilità dei cittadini, capaci di darsi le costituzioni e le leggi che – nei limiti consentiti dal gioco della rappresentanza – vogliono, ma di un'aristocrazia di guardiani). La realtà delle costituzioni liberal – democratiche, dunque, viene forzatamente trasformata nel suo contrario⁷⁰. E si è giustamente osservato che “la forza dell'argomento linguistico poggia sul principio dell'autorità del legislatore, a sua volta sorretto dai principi della democrazia, della separazione dei poteri e dello Stato di diritto”⁷¹. Senza dimenticare che, in assenza di “una riserva normativa di giurisdizione...rimane affidato al Parlamento il potere di stabilire quale ampiezza debba assumere, di volta in volta, il principio di soggezione del giudice alla legge, di cui è l'organo rappresentativo a stabilire in definitiva i confini” (Sorrenti, 2018, 10).

Va detto, tuttavia, che l'esperienza concreta dell'attività giurisdizionale ci consente di giungere a conclusioni meno pessimistiche rispetto a quelle descritte qualora le tesi qui criticate trovassero accoglimento. Chi, infatti, ha contatti costanti con le aule giudiziarie, si rende conto che la indiscutibile dilatazione dei poteri del giudice nella interpretazione della legge non raggiunge mai gli effetti già analizzati ed ampiamente criticati. Su tali aspetti tornerò in seguito.

4. Il problema della interpretazione della legge e la realtà concreta della giurisdizione

A questo punto, peraltro, per comprendere quali sono concretamente poteri attribuiti al giudice occorre soffermarsi in generale sulla interpretazione degli atti normativi. Con l'avvertenza che, trattandosi di uno dei temi più importanti della teoria generale del diritto, non si potrà che fornire una descrizione sommaria di questioni di così ampio spessore. Oltre a ricordare che, da un punto di vista culturale, si è in presenza di problematiche talmente complesse da “far tremare i polsi” a chiunque si avventuri nell'analisi.

70. LUCIANI, 2016, 434.

71. NUZZO, 2012, 17.

Innanzitutto una premessa: ritengo che la definizione di interpretazione più accettabile sia quella secondo la quale l’interpretare è “l’attività che consiste nel *determinare il significato di una disposizione...*”⁷², ricavandone “norme”, che sono il risultato del processo interpretativo e, quindi, esprimono il significato ad essa attribuito⁷³. Inoltre mi sembra vi sia piena condivisione sul superamento della tesi secondo cui l’interpretazione è un processo diretto a “scoprire” il “vero ed oggettivo” significato della legge. Infatti, in conseguenza della evoluzione delle teorie in questa materia, “nessuno ha più potuto dare credito all’illusione positivistico-ottocentesca [...] dell’interpretazione ‘unica’ dei testi normativi”⁷⁴. Oggi è diffusa l’idea che il testo della fonte primaria (la disposizione) è un elemento di un processo ermeneutico che conduce alla definizione del suo contenuto (la norma), che può essere anche molto diverso da quanto, ad una prima lettura, è effettivamente scritto. L’interprete, in sostanza, non scopre – tramite sillogismi «automatici»⁷⁵ – un significato già esistente, ma lo individua attraverso l’interpretazione, anche se, ovviamente, vi è ampia discussione sui limiti e sui contenuti di tale attività⁷⁶. In sostanza l’interpretazione è un processo molto complesso determinato da una pluralità di fattori, che possono realizzare risultati assai diversi, con la conseguenza che il medesimo testo può assumere significati differenti. Questa realtà deriva da vari elementi, che, ovviamente, richiederebbero un’analisi approfondita che non posso effettuare in questa sede, limitandomi ad una loro rapida rassegna⁷⁷.

72. CHIASSONI, 2007, 50.

73. In tal senso GUASTINI, 2004, 99 ss.; Id., 1998, 16 (con ulteriori indicazioni bibliografiche). La distinzione è accolta da numerosi autori (rinvio a SPEZIALE, 2008, 623, nt. 49 per le citazioni). Ma questa concettualizzazione è criticata da RESCIGNO G.U., 2008, 6 ss. e 11 ss., e, in tempi più recenti, da LUCIANI, 2016, 413 ss. (particolarmente 421 ss.). Peraltro, per ragioni espositive – ma senza ingenerare confusione tra le due espressioni –, i termini “norma” e “disposizione” verranno utilizzati come sinonimi.

74. LUCIANI, 2016, 393. Su tali aspetti rinvio all’analisi da me effettuata in Speziale, 2008, 617 ss. (con indicazioni bibliografiche).

75. MENGONI, 1996, 69; BALDASSARRE, 2007, 5.

76. V. *retro* e *infra* nel testo. Sulla interpretazione quale “creazione” del diritto v. le approfondite analisi di GUASTINI, 2004, 259 ss. e di LUCIANI, 2016, 393 ss., 399 ss. A questi a. si rinvia per le molte indicazioni bibliografiche in materia.

77. Mi permetto, sul punto, di rinviare a SPEZIALE, 2008, 613 ss.; Id., 2014, 273 ss.

Un primo fattore è dato dalla “vaghezza semantica” del testo normativo⁷⁸ connessa al fatto che il lessico ordinario e quello giuridico sono dotati di una “pluralità di sensi”, in un contesto di “degrado del linguaggio tecnico giuridico e, in generale, dell’arte di fare le leggi” oltre che di “perdita, (nella lingua) comune, del rigore lessicale e sintattico”⁷⁹. Tra l’altro la polisemia della disposizione è accentuata dalla utilizzazione – di cui si è già parlato – di norme “aperte” o clausole generali che affidano al giudice il compito di determinarne l’effettivo contenuto e che sono prive di una formulazione linguistica dettagliata⁸⁰.

La indeterminatezza del linguaggio è sostenuta con diverse graduazioni. A chi afferma che prima della interpretazione non vi è alcun significato e che i giudici possano attribuire al testo qualsiasi contenuto⁸¹ si affianca chi ritiene che la vaghezza semantica non è infinita e che il testo normativo ammette più di un significato, ma non qualsiasi «senso» in base alla discrezionalità dell’interprete⁸². Altri distinguono tra casi chiari e casi difficili o tra testi univoci e testi equivoci ed oscuri, sottolineando il diverso grado di chiarezza del linguaggio in relazione alle differenti ipotesi⁸³. Si sostiene poi che l’idea di cogliere il signifi-

78. LUZZATI, 1990; MARINELLI, 2008, 7 ss.; GUASTINI, 2015, 10 ss.

79. MENGONI, 1996, 97. Inoltre, le modalità di formazione di molti testi normativi – realizzati in “concitati” processi legislativi caratterizzati dall’introduzione di miriadi di emendamenti – enfatizzano l’indeterminatezza del linguaggio. V. *retro* § 2, testo e nt. 11.

80. Su tali aspetti si vedano gli a. citati nella nt. 15, a cui aggiungere, con particolare riferimento al Diritto del lavoro, BELLOMO, 2015, 45 ss.; CAMPANELLA, 2015, 89 ss.; LOY, 2015, 3 ss. In generale si rinvia, per tutti, a VELLUZZI, BRONZINI e COSIO cit. a nt. 15.

81. È la tesi dello «scetticismo estremo», sostenuta, ad esempio, da TROPER, 1999, 473 ss., TARELLO, 1974, 265 ss., 389 ss., 403 ss.

82. Secondo la teoria «scettica moderata», su cui v. GUASTINI, 2004, 27 ss. (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche); Id., 2014, 240 ss.; MODUGNO, 1998, 6 ss.; SACCO, 1999, 174 ss. Uno dei più autorevoli esponenti della teoria scettica è H. Kelsen secondo cui ogni testo normativo fornisce una «cornice» (*frame*) di possibili significati tutte ugualmente possibili (KELSEN, 1934, 80; Id., 1950, XVI; Id., 1966, 384).

83. Si tratta della teoria «eclettica», che vanta studiosi importanti (HART, 1961; MACCORMICK, 1978, a cui sembra aderire anche U. SCARPELLI, 1971, cit. a nt. 66) e che è analizzata da MODUGNO, 1998, 8 ss.; GUASTINI, 2004, 28 ss.; Id., 2014, 237 ss.; CHIASSONI, 2007, 143 ss. (a questi autori si rinvia per la bibliografia). A quelle indicate si aggiunge la teoria «cognitiva» (l’interpretazione è un atto di conoscenza che consiste nello «scoprire» il significato già contenuto nel testo, che viene così svelato), che trova fondamento nel pensiero di Savigny (TARELLO 1980, 57, nt. 42) e che «è oggi ormai generalmente screditata» (GUASTINI, 2004, 34). Per un’analisi delle varie teorie indicate nelle note precedenti v. DICIORI, 2003, 5 ss. Per una

cato soltanto in base al dato puramente linguistico è illusoria, perché il «senso» della disposizione può essere colto soltanto in un determinato contesto (e cioè nell'ambito «di situazioni reali o ipotetiche identificate da una serie di caratteristiche "essenziali", o "assunti di fondo", selezionati e considerati dall'interprete»)⁸⁴.

Un elemento ulteriore è dato dalla "debolezza" delle regole interpretative, sia di quelle codificate (con riferimento all'art. 12 delle preleggi o agli artt. 1362 ss. cod. civ.) sia delle tecniche ulteriori che sono frutto di un'elaborazione culturale secolare e che vengono definite con termini diversi ("argomenti interpretativi", "canoni", "direttive", "regole", "codici", "metodi", "principi"). Tra queste vanno ricordati l'argomento sistematico (che deriverebbe implicitamente dalla interpretazione logica desumibile dall'art. 12)⁸⁵, quello *a contrario* (nelle varianti interpretativa e produttiva), ed *a fortiori*. Non vanno dimenticati, poi, l'argomento «apagogico» (o «per assurdo»), analogico, dei principi generali, quello della «dissociazione», l'argomento autoritativo, economico, «orientato alle conseguenze» ed altri ancora. Tra le tecniche ermeneutiche, inoltre, vanno incluse anche l'interpretazione estensiva, restrittiva, evolutiva, adeguatrice così via⁸⁶. Quelle descritte, che servono a giustificare la scelta di determinate interpretazioni e quindi ad argomentare la soluzione prescelta, sono «innumerevoli»⁸⁷, anche se molte sono riconducibili a quelle sopra elencate⁸⁸. Nel 2007, inoltre, se ne sono proposte classificazioni ulteriori, con l'esemplificazione di

recente rivisitazione di tutte queste teorizzazioni v. LUCIANI, 2016, 393 ss. che è fautore di un "cognitivismo moderato" (432).

84. CHIASSONI, 2007, 84 con indicazioni bibliografiche; LUCIANI, 2016, 432 (anche se questo a. afferma, correttamente, la possibilità di una interpretazione in astratto della disposizione: v. *retro* testo e nt. 62). Secondo PALADIN (1996, 106) anche l'art. 12 delle preleggi attribuisce particolare rilievo al contesto in cui risultano inserite le locuzioni linguistiche.

85. CHIASSONI, 2007, 150; Id., 2008, 18; PALADIN, 1996, 106. Sull'interpretazione sistematica si rinvia a TARELLO, 1980, 375 ss.; LAZZARO, 1965; VELLUZZI, 2002; SACCO, 1999, 232 ss.; GUASTINI, 2004, 167 ss.

86. Sugli argomenti interpretativi si rinvia TARELLO, 1980, 341 ss; MODUGNO, 1998, 61 ss.; GUASTINI, 2004, 139 ss.; Id., 2015, 11 ss., 21 ss.; CHIASSONI, 2007, 80 ss.; Id., 2008, 6 ss.

87. GUASTINI, 2004, 142.

88. TARELLO (1980, 341 ss.) individua 15 argomenti. Altri autori variano da 10 a 20 (GUASTINI, 2004, 142, nt. 9) o ne sottolineano il numero variabile (Sacco, 1999, 205), fino alla recente elaborazione di Chiassoni (v. nt. successiva).

decine di “direttive ermeneutiche” che dovrebbero essere utilizzate nel processo interpretativo⁸⁹.

In particolare, le regole sull’interpretazione previste dalle disposizioni preliminari al codice civile – che, ai fini del mio ragionamento, sono le uniche prese in considerazione – sono state oggetto di una forte svalutazione da parte della dottrina o comunque di critiche radicali⁹⁰. Critiche che si sono estese al valore precettivo o meno di queste disposizioni, che, secondo alcuni, non sarebbero “vere e proprie norme giuridiche” o sarebbero del tutto “inutili”⁹¹. Si sono poi sottolineate la indeterminatezza del loro contenuto (in relazione, ad esempio, ai concetti di “significato proprio delle parole secondo la connessione di esse” o di “intenzione del legislatore”), la carenza di un ordine gerarchico tra i canoni interpretativi, la molteplicità degli “argomenti” enucleati dalla dottrina (criterio sistematico, *a contrario*, *a fortiori*, “per assurdo”, analogico ecc.) e la possibilità, in base alla loro utilizzazione, di giungere a conclusioni interpretative opposte e così via. Gli studi in materia hanno poi sottolineato come il processo interpretativo sia fortemente condizionato da “precomprensioni” ed è connotato da forte soggettività sia in relazione ai contenuti che si vogliono attribuire alle disposizioni (influenzati da varie “preferenze soggettive” insopprimibili), sia in rapporto alle scelte ed alla utilizzazione delle varie tecniche interpretative⁹².

Gli approcci teorici e le critiche descritte mettono in discussione l’esistenza di regole in questa materia o comunque sembrano affermare che esse, se vi sono, non escludono il carattere arbitrario della interpretazione. Le difficoltà di comprensione linguistica dei testi (la «vaghez-

89. CHIASSONI, 2007, 78 ss.; Id., 2008, 556 ss. L’autore individua 26 direttive primarie ed un numero elevato di ulteriori direttive secondarie ed assiologiche. Chiassoni si ispira a TARELLO (1980), GUASTINI (2004), WROBLEWSKY (1976 e 1989) ed ALEXI (1998), con l’intento di «combinare le idee portanti dei quattro modelli» interpretativi di questi autori e con l’elaborazione di un proprio «modello, incentrato sulla nozione di *codice interpretativo*» (2007, 79).

90. Su tali aspetti v. SPEZIALE, 2008, 622, nt. 38. Va detto, peraltro, che le osservazioni contenute nel testo sono estensibili anche alle regole in materia di contratti o contenute in altre leggi speciali.

91. Per le citazioni degli autori rinvio a SPEZIALE, 2008, 622, nt. 40 e 41.

92. La “precomprensione” è “un pre – giudizio sul contenuto del testo, in anticipo sui, e a scapito dei, risultati dell’esegesi; un pregiudizio che spinge l’interpretazione verso esiti segnati dall’arbitrio soggettivo”: MENGONI (1996, 6 – 7). Per l’approfondimento di questi temi rinvio a SPEZIALE, 2008, 616 ss., 622 ss., 630.

za» delle disposizioni), l'invadenza delle precomprensioni e dei giudizi di valore, la debolezza dei canoni interpretativi (che hanno contenuti incerti e comunque sempre contestabili) e la loro fungibilità (per cui l'utilizzazione alternativa o congiunta di questi stessi argomenti può condurre ad esiti opposti e tutti coerenti e razionalmente giustificabili) sembrano confermare questa conclusione. Queste analisi, inoltre, hanno certamente contribuito – senza essere peraltro la loro ragione unica – alla diffusione di teorie che negano la stessa possibilità di un processo interpretativo condotto secondo regole definite a priori. Alcune tra esse, come il "metodo eclettico", quello del "realismo intuizionistico" (che ne costituirebbe una variante estrema) ed altre ancora sono state già esaminate (§ 3).

In coerenza con queste analisi e teorizzazioni, l'idea che il giurista si forma è quella di un'attività che consente di legittimare qualsiasi contenuto della disposizione, con una sorta di "nichilismo interpretativo" nel quale ciascuno trova la tecnica che gli è più utile per legittimare la propria ed arbitraria scelta individuale.

In realtà, la sensazione di sconforto iniziale di chi si illudeva che vi fossero delle regole può in parte essere mitigata. Va detto, in primo luogo, che una parte della dottrina riduce il grado di "invarianza" delle tecniche interpretative e sembra codificare prescrizioni in materia meno lasciate all'arbitrio soggettivo⁹³. Tuttavia è soprattutto l'esperienza applicativa che mette in luce una realtà diversa. Quando occorre interpretare un testo normativo i giuristi lo analizzano e spesso giungono a conclusioni contrastanti. Tuttavia, come già osservato, le interpretazioni difformi (che si traducono in norme differenti) sono due, più raramente tre, molto più raramente quattro⁹⁴. I giuristi, dunque, "riducono drasticamente l'area del dubbio"⁹⁵, selezionando i pochi significati alternativi su cui si apre un dibattito che può portare, in conclusione, alla prevalenza di una tra le varie tesi esposte (che diventa, nel linguaggio dei pratici, "l'opinione dominante"). Una situazione analoga si verifica nell'attività giurisdizionale, dove il conflitto interpretativo a volte non c'è, perché le parti in causa adottano la medesima lettura della norma regolativa

93. Cfr., sul punto, a SPEZIALE, 2008, 631.

94. G.U. RESCIGNO afferma che «non ricordo nessun caso in cui sono cinque» (2003, 846).

95. RESCIGNO G.U., 2003, 846.

del caso controverso ed il contrasto attiene solo alla ricostruzione dei fatti. Oppure tutto si gioca su non più di due (al massimo tre, ma molto raramente) ipotesi divergenti⁹⁶.

La realtà pratica del diritto ci consente allora di giungere ad una conclusione: la indeterminatezza e fungibilità delle tecniche interpretative, astrattamente concepibili, di fatto hanno un rilievo concreto assai minore di quello che si potrebbe credere. Ne derivano due conseguenze. In primo luogo, è assai difficile sostenere che, a fronte di un testo, qualsiasi significato è possibile in quanto le tecniche in materia di interpretazione non esistono o sono tra loro totalmente intercambiabili. Inoltre, nonostante la “debolezza” degli argomenti interpretativi, vi sono regole condivise tra giuristi ed operatori del diritto che riducono le ambiguità derivanti dai potenziali significati ascrivibili ad un testo normativo. Si tratta, certo, di regole relative e non assolute, che possono essere contestate. Esse, peraltro, comportano che interpretazioni che utilizzino canoni e giungano a conclusioni in contrasto con quelle comunemente adottate siano considerate “come assolutamente impraticabili (assurde, folli, da incompetente, da arrogante spudorato)” o “ne segna altre come fortemente opinabili”⁹⁷.

Da questo punto di vista, ad esempio, non vi è dubbio che il testo della disposizione, nonostante la “vaghezza” del linguaggio, abbia una pluralità ridotta di possibili significati alternativi o, addirittura, ne abbia uno soltanto⁹⁸. La “disposizione non è una specie di materiale bruto senza significato” su cui l’interprete opera a suo piacimento scegliendo quello che gli sembra il più opportuno⁹⁹. Le regole sintattiche e grammaticali e le stesse convenzioni linguistiche riducono in modo consistente la “cornice” dei contenuti ascrivibili al testo¹⁰⁰. In base a tali regole, a volte il “senso” è univoco. E, quando non lo è, vi possono es-

96. Per gli esempi concreti v. SPEZIALE, 2008, 631.

97. CHIASSONI, 2007, 69. Guastini, al contrario, contesta l’esistenza di regole stabili e condivise in materia di interpretazione (2004, 141-142, nt. 8); Id., 2011 e 2014.

98. RESCIGNO G.U., 2008, 7 ss. Si è giustamente osservato che “la tesi spesso enunciata dai filosofi del diritto secondo cui in principio il numero di enunciati che interpretano il medesimo enunciato di partenza (è infinito) si rivela falsa”: RESCIGNO G. U., 2003, 846.

99. RESCIGNO G.U., 2008, 12, che nota come la disposizione “per essere tale, e non un coacervo di segni senza senso, almeno un significato deve averlo, ed almeno un significato, che fa corpo con le parole usate, lo raggiunge sempre”.

100. Secondo la definizione di H. Kelsen: v. *retro* nt. 82.

sere pochi (o pochissimi: in molte situazioni non più di due) significati diversi e non una varietà infinita di essi, come dimostra l’esperienza applicativa (in dottrina e giurisprudenza) sopra descritta. Una conclusione, questa, che vale soprattutto in rapporto ad una considerazione astratta del contenuto linguistico della disposizione, a prescindere dal caso concreto a cui può essere applicato (che ne potrebbe, al contrario, arricchire il senso o portare ad affermare che l’ipotesi fattuale non trova espressa regolamentazione nella disposizione stessa)¹⁰¹.

L’esperienza pratica, inoltre, ci suggerisce che le interpretazioni concretamente adottate dai giudici e dai teorici del diritto sono sempre dipendenti dal testo dell’atto normativo (in relazione ad una o più disposizioni). La stessa lettura della norma alla luce dei valori costituzionali è un metodo certamente oggi più diffuso che in passato, ma non ha quel rilievo che alcune teorie tendono ad attribuirgli¹⁰². La realtà giudiziaria e la stessa analisi delle sentenze edite dimostra che i giudici fanno un uso moderato di questa tecnica. E questo perché valorizzano a volte il tenore letterale univoco o sufficientemente chiaro della disposizione, in coerenza con i limiti enucleati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰³. Oppure in quanto sono restii ad avventurarsi in difficili operazioni ermeneutiche e preferiscono rifugiarsi in una soluzione più semplice del caso concreto, valorizzando soprattutto i precedenti giurisprudenziali e senza ricercare soluzioni innovative basate su una reinterpretazione del testo alla luce dei valori costituzionali. In realtà, l’interpretazione conforme a Costituzione è un metodo spesso utilizzato in presenza di “norme aperte” a contenuto indeterminato (Speziale, 2018, 132 ss.) o nelle ipotesi di lacune della legge che devono essere risolte in via interpretativa (Sorrenti, 2018, 88, ss.). Mentre, al di fuori di tali casi, non è una tecnica costantemente utilizzata nella attività giudiziaria e cede il passo a metodi più tradizionali.

Questa attenzione dei giudici al testo della disposizione ci fa comprendere che la “creatività” dell’interpretazione – certamente sostenibile nella misura in cui il soggetto “estrae” significati da un insieme di parole – non può mai essere illimitata e, come si è già detto, equi-

101. Sulla distinzione tra interpretazione «in astratto» della disposizione e sul rilievo che il caso concreto può esercitare sulla attribuzione di senso rinvio al § 3, testo e nt. 60 ss.

102. Si vedano, ad es., le teorie di Zagrebelsky e Grossi citate *retro* nel § 3.

103. Cfr., *retro*, § 3, testo e nt. 64.

parabile alla libertà del legislatore di “creare” nuove disposizioni, con il solo limite del rispetto dei principi costituzionali¹⁰⁴. Se è vero che “non vi è interpretazione senza un testo da interpretare”, è altrettanto indiscutibile che “il diritto nasce dalla combinazione di legislazione (in senso materiale) e interpretazione”¹⁰⁵. Ma proprio l’interazione tra i due elementi esclude che l’interprete possa “inventare” una nuova norma, intesa come creazione totalmente innovativa che prescindendo dal contenuto della disposizione e da alcune regole che presiedono alla ascrizione di significato. In sostanza la realtà del diritto – sia nella sua dimensione teorica che in quella giurisprudenziale – dimostra che vi è piena consapevolezza della impossibilità di sostenere “che l’attività interpretativa coincida con l’attività produttiva (creativa) del diritto”¹⁰⁶, in considerazione dei vincoli che il testo pone all’interprete¹⁰⁷.

Tutto risolto allora? Sicuramente no. Non si vuole certo sostenere che l’interpretazione è un processo semplice e lineare. Problemi esistono sempre in relazione a quali canoni interpretativi applicare, alla esistenza o meno di un ordine gerarchico che consenta di risolvere i potenziali conflitti tra essi, alla “autorità” che certi canoni possono esercitare in modo tale da imporre la prevalenza rispetto ad altri, alla definizione del contenuto degli argomenti usati per l’interpretazione e così via. A questi interrogativi si cercherà di dare una risposta in seguito. Qui, per ora, preme sottolineare che il “nichilismo interpretativo” sopra descritto non corrisponde alla realtà. E che esso, al contrario, è espressione di un’ideologia potente: dimostrare che *tutte* le regole sono incerte e “defettibili” e che, quindi, in mancanza di esse, ogni possibile conclusione è giuridicamente accettabile.

5. Il diritto “vivente” delle regole interpretative

Si è già osservato che le (poche) possibili interpretazioni alternative nella dottrina e giurisprudenza derivano da una condivisione delle re-

104. LUCIANI, 2016, 432 ss. Si è giustamente osservato che il giudice “dispone di una discrezionalità che ‘non è mai assoluta’, ma ‘limitata’ da vincoli sia sostanziali che procedurali” (SORRENTI, 2018, 117).

105. GUASTINI, 2004, 263.

106. LUCIANI, 2016, 432.

107. Si vedano le osservazioni di LUCIANI (2016, 433), cit. nel § 3.

gole e delle tecniche da parte dei giuristi ed operatori del diritto. L'accordo sulla loro utilizzazione, infatti, limita la “vaghezza” (per usare un termine spesso riferito alle disposizioni) dei metodi applicati. Tutto ciò, peraltro, non esclude molti dei problemi sopra descritti. Si tratta, allora, di verificare se non è possibile individuare un ulteriore criterio che possa essere “socialmente accettato” e consenta di ridurre (e non certo di escludere) la ineliminabile discrezionalità soggettiva dell'interprete. Questo criterio, inoltre, dovrebbe permettere un adeguato controllo sociale delle argomentazioni utilizzate nelle decisioni giurisprudenziali¹⁰⁸. A me sembra che una lettura approfondita della giurisprudenza sulle disposizioni in tema di interpretazione confermi l'esistenza di un vero e proprio “diritto vivente” in materia.

La nozione di diritto vivente¹⁰⁹, che trova un autorevole precursore nel pensiero di Ascarelli¹¹⁰, è stata già esaminata in precedenza¹¹¹. Il diritto vivente, secondo la Corte costituzionale, si forma a fronte di orientamenti giurisprudenziali “stabilmente consolidati”, “anche se non totalmente univoci”, “maggioritari” o in presenza di “un numero elevato” di sentenze e non richiede la uniformità delle interpretazioni. In presenza di numerose decisioni (soprattutto, ma non esclusivamente, della Cassazione) o di orientamenti espressi dalle Sezioni Unite, l'interpretazione adottata di una disposizione è la norma da sottoporre a giudizio costituzionale, anche se essa è molto diversa da quella che, ad una prima lettura, potrebbe sembrare il suo reale contenuto¹¹². In questi casi, il diritto vivente – che peraltro, come si è detto, introduce un vincolo solo “tendenziale” e lascia al giudice anche la possibilità di tentare

108. TARELLO (1980, 99): «il controllo sociale sulle decisioni relative all'attribuzione di significato è in grande misura reso possibile dalla accettazione (in una cultura data) di schemi di argomentazione in cui gli operatori dell'interpretazione possono conformarsi».

109. Su tale concetto v., per tutti, ESPOSITO, 1962, 605 ss.; ZAGREBELSKY, 1986, 1148 ss.; Id., 1992b, 89; MENGONI, 1996, 141 ss.; Bin, 2006, 11 ss.; MARINELLI, 2008, 159 ss., 171 ss. e gli altri a. da me citati in SPEZIALE, 2008, 634, nt. 107. In tempi più recenti LUCIANI, 2016, 465 ss.

110. ASCARELLI, 1957, 351 ss.; Id., 1959, 153 ss.

111. Cfr. *retro* § 2 testo e nt. 22 e ss.

112. Per l'indicazione delle sentenze della Corte Costituzionale a cui si fa riferimento nel testo rinvio a SPEZIALE, 2008, 635 ss. La Corte, dopo il 2008, non ha mutato il suo orientamento. Si vedano, ad es., le sentenze 191 e 200 del 2016 (Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2016, www.cortecostituzionale.it, 66) o quelle n. 122, 259 e 266 del 2017 (Giurisprudenza costituzionale dell'anno 2017, www.cortecostituzionale.it, 347).

una diversa interpretazione¹¹³ – esercita una influenza determinante, ed il magistrato che intende discostarsi da esso deve utilizzare “argomenti seri e adeguati”¹¹⁴. Se, rispetto ai normali precedenti giurisprudenziali, vi è, da parte del giudice, un “onere di argomentazione intesa [...] nel senso [...] di argomentazione diretta e puntuale, a sostegno dell’assunto di non pertinenza e/o non correttezza del precedente”¹¹⁵, nel diritto vivente questo dovere di spiegare il proprio dissenso assume un valore particolarmente pregnante e presuppone l’esistenza di “argomentazioni forti”¹¹⁶.

Il diritto vivente delle tecniche interpretative, alla luce della giurisprudenza esistente, è una realtà indiscutibile¹¹⁷. In relazione, ad esempio, al problema del contenuto semantico della espressione “significato proprio delle parole” contenuto nell’art. 12 delle preleggi vi è, nelle sentenze, “una sostanziale uniformità di opinioni”¹¹⁸. Si afferma, infatti, che con tale locuzione si debba intendere “i) il significato ordinario o usuale delle parole, se si tratta di vocaboli d’uso comune; ii) il significato tecnico-giuridico delle parole, se si tratta invece di vocaboli specificamente giuridici (c.d. vocaboli tecnici), oppure di vocaboli di uso comune che hanno assunto, nel discorso giuridico, uno o più significati specialistici (c.d. vocaboli tecnicizzati)” e, nel caso di “concorso tra più

113. V. *retro* § 2, testo e nt. 24. Il principio è stato ribadito di recente da C. cost. 122/2017, che ha sottolineato come il giudice sia “libero di non uniformarsi e di proporre una diversa esegesi del dato normativo, essendo la ‘vivenza’ di una norma una vicenda per definizione aperta, ancor più quando si tratti di adeguarne il significato a precetti costituzionali” (in *Giurisprudenza costituzionale* dell’anno 2017, www.cortecostituzionale.it, 347).

114. MENGONI, 1996, 153.

115. MARINELLI, 2008, 282.

116. Bin, 2006, 12, in relazione anche al *living law*. Per quanto attiene al precedente della Cassazione, la Corte Suprema ha affermato che “benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore, o comunque, una direttiva di tendenza immanente nell’ordinamento, (in forza dei quali) non è consentito discostarsi da una interpretazione consolidata del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti e apprezzabili ragioni giustificative” (Cass. 31.7.2012 n. 13620; conf. Cass. 13.5.2003 n. 7355). A me sembra che, a fronte di un “diritto vivente” (non solo processuale ma anche di carattere sostanziale) le giustificazioni adottate dal giudice debbano essere ancora più forti.

117. Ho fortemente sviluppato questo tema in Speziale, 2008, 638 ss. In senso adesivo recentemente MAZZOTTA, 2017, 19.

118. CHIASSONI, 2008, 20; Id., 2007, 151.

accezioni tecniche e/o tecnicizzate, ovvero tra accezioni d’uso comune e accezioni tecniche di uno stesso vocabolo”, il possibile conflitto va risolto “sulla base di considerazioni logiche e sistematiche”¹¹⁹.

Inoltre, esiste un diritto vivente uniforme (con precedenti contrari assenti o rarissimi) sul fatto che l’intenzione del legislatore deve essere intesa in senso oggettivo come “volontà obiettiva della legge” e non come volontà od opinioni dei soggetti che concretamente hanno approvato il testo normativo, in un contesto nel quale i lavori preparatori svolgono una funzione secondaria ai fini dell’interpretazione. La “volontà obiettiva della legge” deve essere ricostruita in base al “dato letterale e logico” e si identifica con la *ratio* (“i motivi informativi e ispiratori della statuizione legislativa nonché (le) finalità perseguite attraverso essa”). Vi è un diritto vivente non uniforme ma assolutamente preponderante per quanto attiene alla prevalenza del canone della interpretazione letterale su quello della intenzione del legislatore, che può essere utilizzato soltanto quale criterio secondario qualora il significato delle parole non sia chiaro¹²⁰. Vi sono anche sentenze secondo le quali le “parole” e “l’intenzione” della legge debbono essere entrambi usate, senza individuare un criterio gerarchico tra i due canoni interpretativi. Esse peraltro sono numericamente molto più ridotte rispetto alle prime e certamente non costituiscono un *living law*.

Sono reperibili moltissime sentenze sulla immediata applicabilità nell’ordinamento interno della interpretazione del diritto comunitario fornita dalla Corte di Giustizia europea e sull’obbligo per il giudice di disapplicare le disposizioni nazionali in contrasto con il primo. Altrettanto indiscutibile è il principio secondo il quale le disposizioni nazionali devono essere interpretate privilegiando “il significato maggiormente conforme al diritto comunitario”. Inoltre, in giurisprudenza non vi è alcun dissenso sull’obbligo per i giudici di adottare, a fronte di possibili significati diversi, una interpretazione che sia conforme ai principi ricavabili dalla Costituzione, enucleando un significato che prevalga

119. CHIASSONI, 2005, 130 – 131; Id., 2007, 151 – 152; Id., 2008, 20 ss., a cui si rimanda per l’illustrazione delle numerose sentenze.

120. Nel 2012, si osservava che era “impressionante il numero di pronunce, soprattutto della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione che in motivazione fanno espresso riferimento all’art. 12 delle Disposizioni preliminari al codice civile e, in particolare, alla prevalenza del criterio letterale”, con indicazione delle pronunce della Suprema Corte (NUZZO, 2012, 18, nt. 43).

su quello che lo porrebbe in contrasto con essi. È del tutto pacifico che per le leggi eccezionali e quelle penali sia vietata la interpretazione analogica ma sia ammessa quella estensiva e che quest'ultima debba essere utilizzata per "individuare nel contenuto implicito della norma eccezionale o derogatoria già codificata altra fattispecie avente identità di 'ratio' con quella espressamente contemplata".

Al contrario, altri orientamenti giurisprudenziali, pur riaffermando alcuni principi, non hanno una consistenza quantitativa ed un consolidamento nel tempo tali da poter configurare un vero e proprio diritto vivente. Ad esempio, anche se vi sono decisioni che confermano la prevalenza dell'interpretazione sistematica su quella letterale, altre sostengono il contrario o ritengono che la lettura sistematica delle disposizioni sia un ausilio che può confermare il significato scaturente dalle parole del testo. Le sentenze sulla interpretazione evolutiva (che tengono conto "dello sviluppo storico degli istituti" e prendono in considerazione "nuove esigenze chiaramente maturate nella coscienza collettiva dopo l'emanazione della legge che non troverebbero altrimenti soddisfazione") non sono molte. Lo stesso può dirsi per il canone della interpretazione restrittiva.

L'analisi delle decisioni in tema di interpretazione del contratto collettivo porta a conclusioni analoghe a quelle già descritte¹²¹.

121. Per l'indicazione analitica delle decisioni della Cassazione rinvio a SPEZIALE, 2008, 639 ss. In questo saggio ho esaminato anche il "diritto vivente" sulle regole interpretative dei contratti collettivi (2008, 641 ss.). La giurisprudenza della Suprema Corte successiva al 2008 non ha modificato i principi illustrati nel testo. In relazione ad alcuni orientamenti, le decisioni dal 2008 in poi non sono molto numerose, come nel caso della nozione di "volontà obiettiva della legge" o in relazione al valore dei lavori preparatori (su cui si veda, peraltro, Cass. 20.3.2014 n. 6514), ma le sentenze già esistenti sono così numerose da consentire la formazione di un *living law*. Mentre, per quanto attiene altri principi – come ad es. la prevalenza del dato letterale, l'interpretazione del diritto europeo da parte della Corte di giustizia quale fonte del diritto, la necessità di adottare una interpretazione adeguatrice del diritto nazionale rispetto a quello della UE ed alla Costituzione e gli altri orientamenti descritti nel testo – la giurisprudenza, negli ultimi 10 anni, si è espressa con numerosissime decisioni, confermando l'esistenza del diritto "vivente" in materia. Sul punto si rinvia anche a Nuzzo, 2012, 15 ss.

6. L'autorità del diritto "vivente" sulla interpretazione e la necessità di regole "a priori" sull'attività interpretativa

Gli orientamenti giurisprudenziali sopra descritti dovrebbero esercitare un'influenza determinante sul Giudice e su chiunque si avvicini ad un testo da interpretare. Essi, tra l'altro, codificano delle tecniche che sono in larga misura introiettate più o meno consapevolmente da giuristi ed operatori del diritto e questa, probabilmente, è una delle ragioni che spiega il numero limitato di interpretazioni alternative proposte da dottrina e giurisprudenza. Inoltre, se si considerano i tanti problemi prima descritti, è evidente che il diritto vivente in materia ne ridimensiona la portata. Ad esempio, la ricostruzione del "senso" del testo normativo in base al linguaggio comune o a quello tecnico (con il rinvio alle ordinarie regole sintattiche o grammaticali o ai "linguaggi" tecnicizzati o dei settori della scienza), la valutazione della "intenzione del legislatore" in senso oggettivo e non soggettivo, il carattere secondario dei lavori preparatori, la necessità di un'interpretazione adeguatrice o conforme rispetto al diritto costituzionale o all'ordinamento comunitario e così via. Questa giurisprudenza fornisce anche un ausilio fondamentale nelle risolvere uno dei problemi più controversi: l'esistenza di criteri gerarchici tra i canoni interpretativi. Le sentenze prima descritte escludono la totale "fungibilità ed invarianza" degli argomenti utilizzabili, che consentono di giungere a significati opposti a seconda di quali tra essi vengono applicati. La prevalenza del canone letterale sia per gli atti normativi che per quelli contrattuali fissa un punto fermo che vincola l'interprete e ne riduce la discrezionalità. E ad analoghe conclusioni si giunge per l'obbligo dell'interpretazione adeguatrice o conforme o per il divieto di analogia delle leggi eccezionali, perché anche in questi casi si impongono limiti sulle potenziali scelte dei vari canoni interpretativi¹²².

Il giudice (e qualunque altro lettore) che volesse seguire queste regole si troverebbe in presenza di un "codice" della interpretazione, che individua sia le modalità d'uso (ad esempio prima il criterio letterale,

122. È evidente infatti che, se astrattamente si pongono all'interprete più soluzioni alternative tutte ugualmente giustificabili, egli è obbligato ad adottare quelle che consentano l'adeguamento al diritto comunitario o alla costituzione. Mentre il divieto di analogia gli inibisce l'uso del c. 2 dell'art. 12 delle preleggi.

poi quello della intenzione del legislatore; “la volontà obiettiva della legge” prevale sui lavori preparatori ecc.) sia il contenuto dei vari argomenti interpretativi, fornendogli una metodologia di lettura del testo sicuramente idonea a ridurre il margine di arbitrio nella attribuzione di un significato.

La discrezionalità dell’organo giudicante (o dell’interprete), ovviamente, non può essere eliminata in relazione alla formulazione linguistica spesso approssimativa del testo, alla elasticità delle regole grammaticali e sintattiche ed alle molteplici variabili che sono state prima descritte (non ultimi gli “arricchimenti di senso” che nascono dai casi concreti a cui la disposizione deve essere applicata). Tuttavia, l’esistenza di regole interpretative codificate da una giurisprudenza costante circoscrive l’area delle soluzioni giustificabili¹²³. Il diritto vivente in materia, dunque, opera in un duplice senso positivo. “Semplifica” l’ambito dei problemi connessi all’interpretazione già descritti in precedenza. Fornisce al giudice (e all’interprete in generale) delle linee guida ben precise che ne orientano l’interpretazione entro confini predefiniti che condizionano gli esiti del processo interpretativo.

Tra l’altro, la necessità di motivare in modo approfondito e con “argomentazioni forti”¹²⁴ le ragioni per cui si intendono utilizzare determinati canoni interpretativi piuttosto che altri aumenta la trasparenza e la verificabilità dell’iter decisionale della sentenza. Con tutte le annesso conseguenze sul “controllo degli organi di impugnazione e anche dell’opinione pubblica”¹²⁵.

Le riflessioni svolte presuppongono un postulato fondamentale: l’interpretazione deve svolgersi secondo regole già definite «a priori». In sostanza sono fautore di una “metodologia che impone l’adozione di un metodo, a prescindere dal concreto, particolare risultato che si intende conseguire per una concreta, particolare controversia”¹²⁶. Vi è quindi il rifiuto dell’idea secondo la quale “la ricerca della regola non è determinata dal metodo, ma è il metodo ad essere conseguenza della (direzione della) ricerca, dipendendo da ciò che si vuole trovare”¹²⁷. E, a

123. ROSS, 1958, 153 e gli autori da me citati in SPEZIALE, 2008, 622, nt. 43.

124. BIN, 2006, 12, cit. a nt. 116

125. GROSSI, 2017, 7.

126. CHIASSONI, 2008, 3. In tal senso anche MAZZOTTA, 2017, 18 – 19.

127. ZAGREBELSKY, 1992a, 184. Si vedano anche gli autori citati nella nt. 36.

maggior ragione non mi sembra possa essere seguita la tesi del giudice libero di selezionare gli argomenti interpretativi che gli consentono di giustificare a posteriori un'attribuzione di significato che rispecchi le sue opzioni politiche e ideologiche o che operi come arbitro tra interessi confliggenti¹²⁸.

Queste conclusioni, a mio giudizio, si fondano su una pluralità di ragioni, alcune delle quali, tra l'altro, rispecchiano vincoli di diritto positivo. Un primo argomento è di ordine politico costituzionale. La mancanza di regole a priori determina una discrezionalità assoluta dell'interprete ed esclude qualsiasi forma di controllo sociale sull'esercizio della attività giurisdizionale, che è uno dei fondamenti di uno stato democratico. D'altra parte, vi è un'esigenza di razionalità del diritto che impone di non "consegnare il campo dell'argomentazione giuridica al compiacente arbitrio del principio nichilistico del 'tutto è permesso'"¹²⁹. La riduzione della discrezionalità dell'interprete, poi, rispecchia la finalità "del ruolo di garanzia che lo stato costituzionale di diritto assegna ai giudici ed ai giuristi"¹³⁰. Questa funzione è incompatibile con le tecniche interpretative che tutto affidano alla volontà esclusiva dell'organo giudicante (trasformandolo da "garante" a creatore arbitrario del diritto per ogni singolo caso concreto). Senza dimenticare che l'ordinamento codifica delle prescrizioni sull'interpretazione (art. 12 delle preleggi; artt. 1362 ss. c.c. e le altre già richiamate) che certamente non permettono di considerarle... inesistenti, quasi si trattasse di meri suggerimenti e non di disposizioni vigenti e vincolanti anche e soprattutto per i giudici¹³¹.

Vi è infine un argomento decisivo. Soltanto l'utilizzazione di regole condivise che limitino la discrezionalità dell'interprete può consentire la (relativa) prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e soddisfare l'esigenza di giustizia, "cioè l'esigenza dell'uguaglianza di trattamento di casi oggettivamente uguali"¹³². L'esistenza di tali regole, infatti, e la

128. Cfr. *retro* § 3.

129. CHIASSONI, 2008, 51.

130. CHIASSONI, 2008, 50.

131. Un vincolo che, per i giudici, acquista un'importanza ancora superiore per effetto proprio del diritto vivente sulle regole interpretative.

132. MENGONI, 1996, 62. Esigenza di giustizia che l'autore qualifica giustamente come "fondamentale".

garanzia della loro applicazione consentono di affermare che – rispetto ad un caso già deciso che sia simile, nei suoi caratteri essenziali, ad un altro ancora da sottoporre a decisione – vi potrà essere una sentenza di contenuto analogo che realizzi questo imprescindibile bisogno di uguale trattamento. Esse, inoltre, possono consentire la prevedibilità anche di decisioni relative a casi nuovi e mai analizzati. Il che ci riporta alla questione della “certezza del diritto” che certamente – pur nella sua storicità – non può essere considerato come un “vecchio arnese” da mettere in soffitta. Indubbiamente occorre liberare la “certezza” dal suo profilo mitologico, proprio in considerazione del “pluralismo interpretativo”, della varietà delle fonti del diritto e dei valori coinvolti che impediscono la “stabilità” degli orientamenti giurisprudenziali¹³³. Tuttavia questo processo non significa escludere che l’ordinamento deve assicurare quantomeno “un grado di tollerabile incertezza”¹³⁴.

7. L’interpretazione del giudice e le dinamiche sociali

La legge, dunque, anche se ha smarrito il suo “primato” e la sua stessa autorevolezza, continua ad assolvere ad un compito essenziale nella Stato costituzionale di diritto. E se è certamente vero che essa ha perso terreno rispetto al diritto giurisprudenziale, è tuttavia evidente che svolge ancora una funzione fondamentale. Tale ruolo è stato limitato da alcune teorizzazioni, ma è ancora ben presente nella esperienza concreta della giurisdizione.

La soluzione da me proposta si basa su una valorizzazione delle disposizioni in tema di interpretazione della legge e sulla giurisprudenza che si è formata su di essa. Si è obiettato, peraltro, che queste norme non sarebbero idonee a consentire il continuo adeguamento del diritto alle esigenze della società. Esse, infatti, sono espressione di un’epoca ormai definitivamente tramontata e caratterizzata dalla scarsa dinamicità.

133. SPEZIALE, 2008, 645. Si è osservato che “la frantumazione delle fonti, il pluralismo sociale ed etico, la crisi della politica, la perdita di prescrittività del linguaggio normativo amplificano la gamma delle oscillazioni giurisprudenziali e riducono sensibilmente la prevedibilità del diritto” (SORRENTI, 2018, 114).

134. MENGONI, 1985, 53. In senso adesivo MAZZOTTA, 2017, 14.

Oggi la società è frammentata nelle sue componenti economiche e sociali, divisa negli orientamenti e nei valori, soggetta a continui mutamenti. Questa realtà determina un processo di cambiamento continuo che produce una rapida obsolescenza delle disposizioni normative. Le tecniche di interpretazione codificate dalla tradizione giuridica e/o dal diritto positivo, nella misura in cui sono finalizzate ad applicare in concreto una «volontà giuridica» espressa dalla legge o da altre fonti, tendono a perpetuare la rigidità delle norme esistenti, impedendo di cogliere i mutamenti sociali del substrato materiale a cui fa riferimento la regola giuridica¹³⁵. La soluzione di questo problema andrebbe rinvenuta nelle nuove funzioni attribuite al giudice in sede di interpretazione. Invece di affidare al legislatore il «compito insopportabile di incessante modificazione del diritto vigente»¹³⁶, è il magistrato che procede all'adeguamento costante della disposizione «generale ed astratta» alla realtà. E questo avviene, in sede di interpretazione, ascrivendo alla fonte tutti quei significati ulteriori che scaturiscono dall'adattamento della regola giuridica «alle esigenze, diacronicamente mutevoli, della vita sociale»¹³⁷. In questo contesto si è parlato del giudice come «avamposto della ricezione delle domande emergenti nel vivere sociale» (Sorrenti, 2018, 68). Le tesi esposte richiamano una «ideologia dinamica» dell'interpretazione, che affida al giudice il compito di un continuo adattamento delle regole giuridiche alle esigenze della vita sociale, esaltandone la funzione di creazione del diritto¹³⁸. Esse sembrano svalutare l'importanza della certezza del diritto e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie che, come ho cercato di spiegare, conservano a mio giudizio una loro validità ed attualità¹³⁹.

Non vi è dubbio, peraltro, che la ricostruzione sopra descritta coglie una realtà (quella della contraddizione tra «fissità» delle regole giuridiche e dinamica sociale) che certamente non può essere trascurata. Tuttavia occorre rilevare che alla trasformazione incessante della società corrisponde un altrettanto rilevante processo di legificazione, con

135. Ho già accennato a tale aspetto *retro* nel § 2.

136. ZAGREBELSKY, 1992a, 203.

137. CHIASSONI, 2007, 117. Si vedano anche le osservazioni di GROSSI, 2017, 4, cit. nel § 2.

138. Cfr. *retro* § 2 e 3. Ho approfondito questi aspetti in SPEZIALE, 2008, 628.

139. Mi sembra che i principi indicati nel testo, tra l'altro, siano strettamente funzionali alla coesione sociale che, in una società di per sé già fortemente disgregata, assume un ruolo fondamentale.

l'emanazione continua di regole giuridiche. Ed anzi, proprio perché si è in presenza di un costante processo di produzione normativa, al giudice si chiede di applicare rigorosamente il diritto vivente delle regole interpretative (legali e contrattuali) senza alcuna necessità di svolgere una funzione di «supplenza giudiziaria» finalizzata a realizzare un raccordo tra regola obsoleta e mutamento della realtà. In questa ipotesi, in definitiva, il compito del magistrato è quello di adeguare la norma generale ed astratta al “caso”, con un'opera di concretizzazione importante ma certo non equiparabile a quella in cui la regola giuridica sia del tutto assente¹⁴⁰.

La situazione, tuttavia, può essere diversa in presenza di discipline giuridiche risalenti nel tempo che potrebbero richiedere quel processo di adeguamento alle nuove realtà di cui si è parlato. In queste ipotesi il diritto vivente delle regole interpretative può essere applicato, anche se un rilievo particolare può assumere l'interpretazione evolutiva¹⁴¹. Rilievo che, peraltro, nel caso in cui si ponga in evidente contrasto con i canoni di interpretazione fondamentali (testo della legge, *ratio*, ecc.) imporrà una adeguata motivazione.

A parte le singole situazioni, comunque, si tratta di comprendere in che modo il contesto sociale debba influenzare il processo interpretativo. Si è detto che «il diritto non si riduce affatto alle norme (= regole di condotta), né alla ‘forma’, ma include anche le relazioni fra i soggetti sociali, i rapporti di potere, i valori e principi storicamente condivisi, l'esperienza giuridica (in primo luogo giudiziale): insomma la vita sociale. In breve, la società con le sue caratteristiche e la sua complessità, non scompare quando compare il diritto. Di modo che, pur mantenendo ben ferma l'idea che le disposizioni giuridiche sono ‘poste’ dal costituente e dai legislatori... si ritiene che l'interpretazione di quelle disposizioni non possa essere limitata ad un'operazione di ricerca o di deduzione logico linguistica, ma debba essere completata da un'analisi delle conseguenze sociali, dell'esperienza giurisprudenziale, del sentimento dei valori diffuso dalla comunità, nei costumi e così via»¹⁴².

140. Su tali aspetti rinvio al § 3, testo e nt. 60 ss.

141. Sull'interpretazione evolutiva cfr. la parte finale del § 5. Le parole contenute nel testo, tra parentesi, sono ascrivibili le prime a C. cost. 23.4.1998 n. 140 e le seconde a Cass. 27.3.1992 n. 3793. Su tali concetti v. anche Cass. 13.5.1971 n. 1378; Cass. 12.3.1973 n. 677; Cass. 3.1.1984 n. 7.

142. BALDASSARRE, 2007, 13-14.

Un giurista del lavoro non può non essere particolarmente sensibile ai «rapporti sociali e di potere» che costituiscono l'*humus* naturale di una disciplina profondamente radicata nella realtà e che vede una interazione continua tra dinamiche economiche, organizzative e sociali e produzione del diritto. Tale situazione, peraltro, è comune anche ad altri settori del diritto, anch'essi condizionati, alcuni in misura maggiore di altri, dalle caratteristiche descritte.

L'influenza di questa interazione, in un'ottica giuridica e non sociologica, condiziona il processo interpretativo in una duplice dimensione. La prima, quella «forte», deriva dalla incorporazione nel diritto positivo dei valori prodotti dalle dinamiche sociali, quando si sono tradotti in disposizioni delle fonti comunitarie, della legge o di altre fonti normative, oppure quando trovano riscontro nella Costituzione o nei Trattati europei. In questi casi il giudice dovrà utilizzare tali valori come «fonte positiva» della sua interpretazione e dovrà argomentare rigorosamente – ed in base al diritto vivente in materia – la loro utilizzazione o la sua volontà di non applicarli. La seconda dimensione, quella «debole», deriva dalla influenza che la realtà sociale esercita sulle tecniche di interpretazione. Essa, in questa ipotesi, interviene sulla individuazione del «senso» da attribuire ad una disposizione in relazione alla ricostruzione della *ratio* di una particolare normativa, all'analisi delle conseguenze sociali derivanti dall'applicazione di una regola, alla coerenza con i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico e così via.

Tuttavia, questa seconda realtà non può diventare quella dominante, tanto da porre in secondo piano il diritto positivo nella sua ampia accezione, inclusiva dei valori contenuti nella Costituzione o in fonti analoghe o superiori. Pertanto, per evitare che il giudice diventi «l'unico legislatore» e che il riferimento ai rapporti sociali ed ai valori diffusi diventi, filtrato dalle convinzioni personali e precomprensioni, il criterio principale, se non esclusivo, del processo ermeneutico, è necessario che l'interpretazione sia governata da regole. Esse devono avere una forza stringente che sia in grado di limitare efficacemente l'ineludibile funzione creativa e di apertura alla società svolta dal giudice, ricordando ad esempio che, pur con tutte le sue ambiguità semantiche, «il rispetto del testo (è)... un limite invalicabile della medesima attività interpretativa»¹⁴³.

143. BALDASSARRE, 2007, 34.

Il diritto vivente delle regole ermeneutiche può assolvere a questo scopo, con un vincolo che, come si è già spiegato è più forte di quello esercitato dalla semplice esistenza di disposizioni sulla interpretazione. Questo *living law* ha la finalità di evitare che le sentenze si trasformino in atti di pura «volontà individuale», del tutto estranei alle fonti di produzione del diritto ed alla stessa razionalità complessiva del sistema definita da valori e principi consensualmente posti ed incorporati in norme dell'ordinamento giuridico.

Avevo già espresso queste tesi in un lavoro di 10 anni fa¹⁴⁴. A distanza di tanto tempo sono ancora più convinto di quanto sostenevo. E va detto che l'esperienza concreta della giurisprudenza nel decennio trascorso, pur se caratterizzata da una maggiore instabilità dei propri orientamenti e della conseguente minore "certezza" e prevedibilità delle decisioni, dimostra spesso – anche se non sempre – una attenzione alle regole interpretative codificate da una lunga tradizione giuridica e dalle disposizioni in materia. Non sembra dunque che l'accresciuto peso del diritto giurisprudenziale abbia determinato quel "rovesciamento" nel rapporto gerarchico tra legge e giurisdizione che già molti anni fa (ma anche oggi) veniva ritenuto come inevitabile e, soprattutto, auspicabile. In tale contesto, la continuità degli orientamenti giurisprudenziali che si sono formati su tali norme – con l'autorevolezza di un vero e proprio diritto vivente – svolge un ruolo fondamentale sotto un duplice profilo. Riduce – senza eliminarla – la naturale discrezionalità del giudice e impone un onere di motivazione adeguata che consenta di comprendere le ragioni di una certa ascrizione di senso ad un testo normativo.

Valerio Speciale

Riferimenti bibliografici

AA.VV. (2014). *Il lavoro e la giustizia. Interpretare, argomentare, decidere*. LD: 229 ss.

144. SPEZIALE, 2008, 613 ss., qui 654 ss.

- ALEXY R. (1998). *Teoria dell'argomentazione giuridica. La teoria del discorso razionale come teoria della motivazione giuridica*. Milano: Giuffrè.
- ASCARELLI T. (1957). Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione. *RDP*: 351 ss.
- ASCARELLI T. (1959). *Problemi giuridici*, I. Milano: Giuffrè.
- BALDASSARRE A. (2007). *Una risposta a Guastini*. www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/teoria_generale/baldassare.html: 1 ss.
- BELLOMO S. (2015). Autonomia collettiva e clausole generali. *DLRI*: 45 ss.
- BERNARDI A., a cura di, (2015). *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*. Napoli: Jovene.
- BIFULCO D. (2008). *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*. Napoli: Jovene.
- BIN R. (2006). L'applicazione diretta della costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a costituzione della legge. www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/aic200610/bin/: 1 ss.
- BIONDI F. (2008). Art. 101 Cost. In: Bartole S., Bin R., a cura di, *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: Cedam.
- BOBBIO N. (1968). Ancora intorno alla distinzione tra interpretazione estensiva e analogia: *GI*, I, 1, 701.
- BOGNETTI G. (2004). Teorie della costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica. In: Aa. Vv., *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*. Padova: Cedam.
- BRONZINI G., COSIO R., a cura di, (2017). *Interpretazione conforme, bilanciamento dei diritti e clausole generali*. Milano: Giuffrè.
- CALDARERA A. (2015). Il principio dello *stare decisis* e la funzione nomofilatica dell'adunanza plenaria del Consiglio di stato al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea. *Judicium.it*. <http://www.judicium.it>: 1 ss.
- CAMPANELLA P. (2015). *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*. *DLRI*: 89 ss.

- CASTRONOVO V. (1986). L'avventura delle clausole generali. *RCDP*: 21 ss.
- CHIASSONI P. (2005). *Art. 12 – 14 Disposizioni sulla legge in generale*. In: Alpa G., Mariconda V., a cura di, *Codice civile commentato*, I. Milano: Ipsoa, 102 ss.
- CHIASSONI P. (2007). *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: il Mulino.
- CHIASSONI P. (2008). L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del "metodo tradizionale". *DLRI*: 553 ss.
- CHIEPPA R. (2003). La giustizia costituzionale nel 2002. *GCost.*: 3169 ss.
- CIVITARESE MATTEUCCI S. (2014). Are Our European Legal System Evolving Towards a Precedent Mode of Adjudication? *Costituzionalismo.it*. <http://www.costituzionalismo.it>, 3: 1 ss.
- DICIOTTI E. (2003). L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo, Università degli Studi di Siena, Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Working Paper 45, Siena. www.gips.unisi.it/files/wp45.pdf: 1 ss.
- DI MAJO A. (1984). Clausole generali e diritto delle obbligazioni. *RCDP*: 539 ss.
- ESPOSITO C. (1962). Diritto vivente, legge e regolamento di esecuzione, *GCost.*, I: 605 ss.
- GROSSI P. (2017). La *invenzione* del diritto: a proposito della funzione dei giudici. *RTDPC*, 831 ss., estratto da *Dejure*, 1 ss.
- GUARNERI A. (1988). Clausole generali. *Digesto civ*, II. Torino: Utet.
- GUASTINI R. (1994). Art. 101 Cost. In; G. Branca, fondato da, A. Pizzorosso, continuato da, *Commentario della Costituzione*, I. Bologna – Roma: Zanichelli – Foro Italiano.
- GUASTINI R. (1998), *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI R. (2004). *L'interpretazione dei documenti normativi*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI R. (2011). *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè.
- GUASTINI R. (2014). Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte. *LD*: 233 ss.
- GUASTINI R. (2015), *Interpretare, costruire, argomentare*. *Osservatorio sulle fonti*. www.osservatoriosullefonti.it: 1 ss.
- HART H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. London: Clarendon Press.

- KELSEN H. (1934, ma 1992), *Introduction to the Problems of Legal Theory*, by Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson. Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN H. (1950), *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*. London: Stevens & Sons.
- KELSEN H. (1966), *La dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- LAZZARO G. (1965). *L'interpretazione sistematica della legge*. Torino: Giappichelli.
- LOY G. (2015). Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile. *DLRI*: 3 ss.
- LUCIANI M. (2016). Interpretazione conforme a Costituzione. *Enc.dir – Annali*, IX. Milano: Giuffrè, 391 ss.
- LUZZATI C. (1990). *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè.
- MACCORMICK N. (1978). *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press.
- MARINELLI V. (2008). *Studi sul diritto vivente*. Napoli: Jovene.
- MAZZOTTA O. (2017). Nel laboratorio del giuslavorista. *Labor – Il lavoro nel diritto*. www.rivistalabor.it: 5 ss.
- MENGONI L. (1985). *Diritto e valori*. Bologna: Il Mulino.
- MENGONI L. (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *RCDP*: 5 ss.
- MENGONI L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milano: Giuffrè.
- MODUGNO F. (1998). *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*. Padova: Cedam.
- NUZZO V. (2012). *La norma oltre la legge: causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*. Napoli: Satura.
- PALADIN L. (1996). *Le fonti del diritto italiano*. Bologna: Il Mulino.
- PIZZORUSSO A. (1977). Indirizzi politici della magistratura. In: Spagnoli U., a cura di, *La riforma dell'ordinamento giuridico*, I. Roma: Editori riuniti.
- RESCIGNO G.U. (2003), Il giurista come scienziato. *DP*, 3: 833 ss.
- RESCIGNO G.U. (2008). Comunicazione, comprensione, interpretazione di disposizioni normative. *DLRI*: 589 ss.
- ROSS. A. (1958). *On Law and Justice*. London: Stevens & Sons.
- SACCO R. (1999). *L'interpretazione*. In: Alpa G., Monasteri P. G., Pascuzzi G., Sacco R., *Le fonti del diritto italiano. Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2. Torino: Utet, 159 ss.

- SCARPELLI U. (1971). Il metodo giuridico. *RDP*, 554 ss.
- SCHEPISI C. (2017). Consiglio di Stato, “giudicato interno” e rinvio pregiudiziale: ancora sui rapporti tra sezioni e adunanza plenaria. *Diritto Unione Europea*. <http://www.dirittounioneuropea.eu>: maggio, 1 ss.
- SORRENTI G. (2018). Il giudice soggetto alla legge...in assenza di legge: lacune e meccanismi integrativi. *Costituzionalismo.it*, fascicolo 1. <http://www.costituzionalismo.it>: 1 ss.
- SPEZIALE V. (2008). La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente” sulle regole interpretative. *DLRI*: 613 ss.
- SPEZIALE V. (2011). Le Sezioni Unite della Cassazione nel 2010 sul termine di impugnazione del licenziamento e sul deposito del testo del contratto collettivo. *RIDL*, II: 1003 ss.
- SPEZIALE V. (2014). Le regole interpretative nella giurisprudenza. *LD*: 273 ss.
- SPEZIALE V. (2017). Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: *extrema ratio* o “normale” licenziamento economico? In: Aa.Vv., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*. In: Perulli A., a cura di. Torino: Giappichelli, 119 ss.
- SPEZIALE V. (2018). Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra “clausole generali”, principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione. *DLRI*: 127 ss.
- TARELLO G. (1974). *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Bologna: Il Mulino.
- TARELLO G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano: Giuffrè.
- TROPER M. (1999). Una teoria realista della interpretazione. *MSCG*, 2: 473 ss.
- VELLUZZI V. (2002). *Interpretazione sistematica e prassi giurisprudenziali*. Torino: Giappichelli.
- VELLUZZI V. (2010). *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*. Milano: Giuffrè.
- VIOLA F., ZACCARIA G. (1999). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Roma – Bari: Laterza.
- WROBLEWSKY J. (1976). Una base semantica per la teoria dell'interpretazione. In: Scarpelli U., a cura di, *Diritto e analisi del linguaggio*. Milano: Ed. di Comunità, 347 ss.
- WROBLEWSKY J. (1989). Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica. In: Comanducci P., Guastini R., a cura di, *L'analisi del*

- ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II. Torino: Giappichelli, 267 ss.
- ZAGREBELSKY G. (1986). La dottrina costituzionale del diritto vivente. *GCost.*, I, 1148 ss.
- ZAGREBELSKY G. (1992a). *Il diritto mite*. Torino: Einaudi.
- ZAGREBELSKY G. (1992b). *Manuale di diritto costituzionale – Il sistema delle fonti del diritto*. Torino: Utet.
- ZAGREBELSKY G. (2017). *Diritto allo specchio*. Torino: Einaudi.
- ZANON N., PANZERI L. (2006). Art. 101 Cost.. In: Bifulco R., Celotto A., Olivetti M., a cura di, *Commentario alla Costituzione*, III. Torino: Utet.

Abbreviazioni

<i>Digesto civ.</i>	Digesto delle discipline privatistiche, sezione civile
<i>DLRI</i>	Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
<i>DP</i>	Diritto pubblico
<i>Enc.dir-Annali</i>	Enciclopedia del diritto - Annali
<i>Gcost</i>	Giurisprudenza costituzionale
<i>GI</i>	Giurisprudenza italiana
<i>LD</i>	Lavoro e diritto
<i>MSCG</i>	Materiali per una storia della cultura giuridica
<i>RCDP</i>	Rivista critica di diritto privato
<i>RDP</i>	Rivista di diritto processuale
<i>RIDL</i>	Rivista italiana di diritto del lavoro
<i>RTDPC</i>	Rivista trimestrale di diritto e procedura civile

Dagli usi civici ai domini collettivi*

SOMMARIO: 1. Il feudo meridionale e le differenze con il feudo franco. – 2. La commissione feudale napoletana. – 3. Il recepimento dei principi fondamentali in materia da parte della legge 1766/1927. – 4. La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione. – 5. La dottrina in tema di assetti fondiari collettivi. – 6. La legge 168/2017 in tema di domini collettivi.

1. Il feudo meridionale e le differenze con il feudo franco

Il presente lavoro ha lo scopo di tentare una prima lettura della legge 20 novembre 2017 n. 168 in tema di domini collettivi. Tuttavia, per comprendere l'evoluzione della materia, che ha portato all'approvazione di una nuova legge, è necessario un inquadramento storico: sia perché gli usi civici sono – come si suol dire – un piccolo pezzo di medioevo giunto sino a noi, sia perché essi comunque traggono il loro fondamento e la loro genesi dalla storia ed in particolare da quell'istituto tipicamente medievale che è il feudo.

Al fine di esaminare compiutamente le caratteristiche del sistema feudale nel Meridione d'Italia, ed i suoi sviluppi, occorre dunque partire da lontano, ovvero dalle assise che si svolsero nell'agosto del 1140 ad Ariano, oggi Ariano Irpino. In quell'occasione re Ruggero II d'Altavilla, principale esponente della dinastia normanna (oltre che nonno materno di Federico II di Svevia, in quanto padre di Costanza), aveva dato un'interpretazione del feudo ben diversa da quella classica, che si è soliti ricondurre al cosiddetto feudo franco.

Il feudo franco ha infatti una struttura assai complessa, essendo costituito «dal congiungersi di un rapporto personale, il vassallaggio, a una base reale, il beneficio: unione che si completa poi con un terzo elemento, di carattere negativo, l'immunità»¹. Il *vassaticum*, negozio di

*Testo rivisto dell'intervento svolto a L'Aquila il 16 gennaio 2018 presso la Facoltà di economia in occasione di un seminario di dottorato sulla legge 168/2017.

1. F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, 1954, p. 189; si veda anche, in

natura personale attraverso il quale il signore riceveva obbedienza dal vassallo, che in cambio riceveva protezione, si collega strettamente al *beneficium*, ovvero all'assegnazione su base reale di un territorio, necessario dapprima a coprire le spese inerenti il servizio stesso e quindi a permettere la vita del vassallo, della sua famiglia, della sua corte. Dalla fusione di questi due elementi si ebbe quell'istituto che, con termine gotico, venne chiamato *foedum*².

Al contrario il feudo meridionale³, in cui si confondono istituti di natura reale come l'enfiteusi e il livello, ha una marcata connotazione patrimoniale, nel senso che il barone esercita il proprio potere quale titolare di un diritto reale su cosa altrui, restando il dominio in capo al monarca (ovviamente, in questa sede, il discorso non può non essere in qualche misura semplificato). Ne discende che i terreni marginali, che non potevano essere utilmente coltivati, venivano lasciati dai baroni agli abitanti dei vari borghi, che se ne servivano per le loro utilità più semplici, ovvero il taglio del bosco ed il pascolo del bestiame, soprattutto con riferimento alle pecore e alle capre. In tal modo il sistema economico, pur nella sua arretratezza, funzionava accettabilmente per l'epoca, garantendo sia un adeguato reddito al barone sia le normali esigenze di sopravvivenza dei sudditi.

Tale tipo di feudo, proprio per queste caratteristiche, diviene con il passar del tempo assai simile ad una enfiteusi, e di questa connotazione reale si avverte l'eco nei cosiddetti livelli (dal documento che incorpo-

tema, R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della Feudalità nelle Province Napoletane. Dottrina, Storia, Legislazione, Giurisprudenza*, Roma, 1909 nonché F. LAURIA, *Demani e feudi nell'Italia meridionale*, Napoli, 1923.

2. Più ampi riferimenti in F. MARINELLI, *Gli usi civici*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Diretto da Cicu e Messineo, seconda ed., Milano, 2013, p. 22 ss.

3. Rileva R. TRIFONE, *Feudi e demani*, cit., p. 23, che "all'assoluta negazione dei diritti dei cittadini nel feudo francese si sostituì un'affermazione senza restrizioni e senza limiti; alla libertà per eccezione si oppose la libertà per regola e da questi mutamenti si originarono tutte quelle conseguenze, che meglio servirono a delineare il nostro feudo. Non il predominio del diritto politico feudale sul diritto civile, ma l'assoluta preminenza di questo su quello; non l'arbitrio del feudatario nel determinare diritti onerosi, precari e prescrivibili nei cittadini, ma affermazione generale e solenne di precedenza, di inviolabilità e di imprescrittibilità dei *iura civitatis*; non l'obbedienza alla forza generale predominante nell'ordine feudale, ma l'egualianza naturale, svolgentesi attraverso la civile equità delle leggi e della giurisprudenza; ecco quali furono gli elementi costitutivi del nostro sistema e le basi che giammai vennero meno nel patrimonio giuridico dei nostri padri".

rava il diritto, detto *libellum*), che sono forme contrattuali con caratteristiche reali, tanto è vero che potevano essere trascritti.

2. La commissione feudale napoletana

Il timidissimo riformismo borbonico, frutto del pensiero illuminista napoletano, non riesce ad esprimersi pienamente nei pochi mesi della Repubblica Napoletana del 1799⁴, che si concluderà tragicamente dimostrando come le illusioni liberali alimentate dai francesi facevano breccia esclusivamente nella borghesia colta, senza penetrare negli altri strati della popolazione. Sebbene Ferdinando avesse tentato una prima sistemazione dei demani dettando istruzioni per censire e frazionare le terre comuni delle Università, come all'epoca venivano chiamati i Comuni, mediante la promulgazione nel 1792 della prammatica *De administratione universitatum*, in realtà l'opposizione dei baroni aveva svuotato di contenuto ogni ipotesi di riforma.

Occorrerà attendere che sul trono di Napoli siedano gli epigoni di Napoleone perché la feudalità venga abolita, e con essa la necessaria ripartizione delle terre tra il barone ed i cittadini. Nel momento in cui Giuseppe Napoleone promulga la legge 2 agosto 1806, che all'art. 1 afferma: "*La feudalità con tutte le sue attribuzioni resta abolita. Tutte le giurisdizioni sinora baronali, ed i proventi qualunque, che vi siano stati annessi, sono reintegrati alla sovranità, della quale saranno inseparabili*", si realizza in brevissimo tempo un rilevante sconvolgimento, insieme giuridico, sociale ed economico. Ne consegue che, quando Gioacchino Murat sale sul trono di Napoli, nel 1808, tra i suoi primi atti provvede alla nomina dei componenti della Commissione feudale che Giuseppe Napoleone aveva istituito l'undici dicembre 1807 ma che non aveva ancora iniziato il proprio lavoro.

La commissione sarà presieduta da Giacinto Dragonetti⁵ e sarà composta da Domenico Coco, Giuseppe Franchini, Giuseppe Raffaeli e Nicola Vivenzio. I suoi lavori saranno indirizzati dal procuratore

4. Si veda al riguardo il classico lavoro di V. CUOCO, *Saggio storico sulla rivoluzione napoletana del 1799*, Bari, 1913.

5. Cfr., di recente, F. MARINELLI, *Giacinto Dragonetti e la Commissione feudale napoletana*, in *Bullettino della Deputazione abruzzese di storia patria*, 2016, in particolare p. 214.

generale David Winspeare, acuto e versatile giurista napoletano dalla lontana discendenza inglese; essa porta a termine un intenso lavoro che si concretizzerà non solo e non tanto in quasi millecinquecento sentenze, ma soprattutto nella completa elaborazione dei principi generali in materia di demanio civico e di rapporti tra comunità locali e baroni, principi che costituiranno un *corpus* giurisprudenziale che influenzerà, sino ai giorni nostri, la materia degli usi civici.

I lavori della predetta commissione ci sono noti grazie alla pubblicazione del bollettino delle sentenze, voluto dal Ministro dell'interno André-François Miot, che il 15 giugno scrive al Presidente Dragonetti per invitarlo a pubblicare un bollettino mensile⁶, che coprirà tre anni, dal 1808 al 1810, e che verrà raccolto in circa sessanta volumi.

Proprio lo scioglimento della feudalità darà modo alla Commissione feudale di elaborare i principi generali in materia quali, principalmente, la non usucapibilità dei beni e la non prescrizione dei diritti. Si manifesta in quella sede, infatti, l'indirizzo che ritiene come i beni civici non possano circolare liberamente, come se fossero beni privati, ma possano circolare solo seguendo particolare procedure che giustifichino – sulla base degli effettuati miglioramenti – prima la legittimazione e poi l'affrancazione.

La Commissione feudale aveva compiti ampi e delicati: doveva distinguere le parti di terreno da assegnare alle comunità, intese come comunità di cittadini che esercitavano usi civici su terreni comuni; le parti da dividere tra singoli cittadini; le parti che dovevano restare in proprietà del barone. Doveva ulteriormente riconoscere l'entità ed i confini dei terreni feudali, determinare le ragioni e gli usi delle comunità, stimare il valore dei diritti e delle terre, in modo da stabilire quale parte spettava ai cittadini e quale ai baroni, definire le porzioni che reciprocamente spettavano loro, ed infine dividere le terre comuni tra i cit-

6. Scrive Miot: "Trovo necessario che gl'Intendenti civili delle Provincie abbiano regolarmente la notizia delle decisioni, che cotesta Commissione fa in ogni mese delle cause de' Comuni coi loro antichi ex baroni, acciocché l'esecuzione di esse non resti abbandonata al solo interesse degli amministratori e de' Procuratori de' Comuni medesimo. Invito perciò V.S. Ill. e la Commissione di pubblicare in fine di ogni mese il bullettino de' suoi atti, in cui sieno inserite le decisioni definitive delle cause trattate. Disponga Ella che ciò venga eseguito dal primo mese in cui la Commissione si è messa in attività delle sue funzioni; e che mi sia trasmesso un numero competente di esemplari di tali bullettini, onde da me si possano inviare a' rispettivi Intendenti".

tadini. Come si vede un'attività sia amministrativa che giurisdizionale, che realizzava quella duplicità di funzioni che verrà ripresa e confermata dalla legge 1766 del 1927. Le decisioni della Commissione feudale non erano appellabili, ma anche quando, dopo il ritorno dei Borboni, le pressioni baronali portarono ad un riesame delle sentenze, esse vennero nella quasi totalità confermate.

3. Il recepimento dei principi fondamentali in materia da parte della legge 1766/1927

La materia degli usi civici non ebbe grande attenzione per circa un secolo: il Risorgimento prima, l'unificazione dopo, non permisero alla classe dirigente dell'Italia unita di affrontare l'argomento, che restò relegato nelle pagine dei meridionalisti o di qualche giurista illuminato di fine Ottocento come Zucconi o Venezian⁷.

Quindi il regime fascista ed alcuni esperti ad esso legati proporranno una riforma della materia avente lo scopo di reperire degli appezzamenti di terreno da distribuire ai reduci della prima guerra mondiale, nei cui confronti il fascismo era stato prodigo di promesse⁸.

La scelta cadde sull'opportunità di unificare una materia assai difforme per latitudine geografica, utilizzando l'elaborazione della demanialistica napoletana che, nel panorama degli stati preunitari, era stata l'unica ad esprimere una visione compiuta del fenomeno della proprietà collettiva, e che anzi possedeva un insieme di principi generali che verranno recepiti pienamente. In primo luogo il demanio civico non può circolare come se fosse una proprietà privata⁹: dunque è sempre rivendicabile dall'ente proprietario, non si usucapisce e i diritti conseguenti non si prescrivono.

7. Si veda sul punto P. GROSSI, *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, 1977, recentemente ristampato (Milano, 2017) in anastatica con l'aggiunta di alcuni più recenti saggi dell'Autore sul tema.

8. G. CURIS, *Gli usi civici*, Roma, 1928, dedica significativamente il suo libro "Ai contadini d'Italia che in pace e in guerra come quelli di Roma la grandezza della patria edificano duce Benito Mussolini".

9. Si veda in particolare F. POLITI, *La circolazione dei beni di uso civico e la tutela costituzionale*, in *Archivio Scialoja-Bolla*, 2006, p. 13.

Ma la scelta più innovativa della legge 16 giugno 1927 n. 1766 è quella della pubblicizzazione degli enti amministratori che nella gran parte dei casi, soprattutto a sud della pianura padana, divengono i comuni e, in caso di esistenza di frazioni con un demanio proprio, le amministrazioni separate. Il fatto che tali enti siano solo amministratori del demanio civico, in quanto proprietari restano i cittadini naturali dando vita ad una comunione senza quote, sposta comunque il diritto applicabile nella sfera del diritto pubblico, perché i comuni sono costretti ad amministrare seguendo le regole del diritto amministrativo. Le amministrazioni separate restano a cavallo del pubblico e del privato, ed anche se la maggior parte della dottrina ritiene che abbiano caratteristiche privatistiche, le stesse sono amministrate secondo regole proprie del diritto pubblico, restando incerte tra associazioni riconosciute che amministrano denaro pubblico e articolazioni delle amministrazioni comunali.

4. La giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione

Dovette passare qualche anno perché la legge 1766 del 1927 (e le relative leggi di attuazione) iniziassero a funzionare, e proprio in quegli anni la guerra, la caduta del regime, la costruzione della nuova Repubblica italiana fecero sì che del problema degli usi civici si parlasse poco.

Peraltro l'economia agraria andava riducendosi nelle zone di montagna ed il coltivatore diretto diveniva sempre più spesso imprenditore agricolo. Le aree marginali della penisola si spopolavano, e i contadini (che dovevano essere i principali destinatari della legge del '27) preferivano emigrare dal meridione in cerca di un agognato posto in fabbrica che avrebbe dovuto risolvere tutti i loro problemi.

Proprio in quegli anni la Corte di Cassazione iniziò a recepire i principi fondamentali espressi dalla legge del '27 che venne interpretata – con notevole lungimiranza – non già in senso liquidatorio bensì in senso conservativo. La Cassazione distinse infatti gli usi civici su terre private, che andavano liquidati, dal demanio civico, che al contrario andava protetto e conservato.

Quindi interverrà in tema di presunzioni di demanialità: affermando che qualsiasi bene sia stato intestato ad un Comune si presume di

natura demaniale, con la decisione delle Sezioni unite 16 luglio 1958 n. 2598, e sull'applicabilità del brocardo "*Ubi feuda ibi demania*" anche al di là della sua fondatezza storica, con la decisione 21 giugno 1966, n. 1592¹⁰. La Cassazione interverrà ancora in tema di espropriazioni, con le decisioni delle Sezioni unite 12 giugno 1969 n. 2073 e 11 giugno 1973 n. 1671, che sostanzialmente stabiliranno la prevalenza della legislazione in materia di usi civici su quella in materia di espropriazioni per pubblica utilità.

Nella stessa direzione la Corte Costituzionale, che con alcune sentenze tra gli anni Ottanta e Novanta afferma una nuova funzione degli usi civici nel senso di una rafforzata tutela dell'ambiente¹¹. Di particolare rilievo la decisione 1 aprile 1993 n. 133 che, nel dichiarare la fondatezza dei poteri d'ufficio del Commissario, ne argomenta la ragionevolezza rilevando che "Accanto agli interessi locali, di cui sono diventate esponenti le Regioni, emerge l'interesse della collettività generale alla conservazione degli usi civici nella misura in cui essa contribuisce alla salvaguardia dell'ambiente e del paesaggio". Ed ancora la decisione 20 febbraio 1995 n. 46, mediante la quale la Corte costituzionale afferma che "la sovrapposizione tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente si riflette in uno specifico interesse unitario della comunità nazionale alla conservazione degli usi civici, in quanto e nella misura in cui concorrono a determinare la forma del territorio su cui si esercitano, intesa quale prodotto di una integrazione tra uomo e ambiente naturale".

Nella stessa direzione si veda, infine, la recente sentenza 11 maggio 2017 n. 103 che dichiara l'incostituzionalità di alcune disposizioni della legge regionale della Sardegna 11 aprile 2016 n. 5 sulla base di un articolato ragionamento volto a valorizzare la natura ambientale degli usi civici, messa in pericolo da una sdemanializzazione poco meditata.

10. Tale sentenza si legge in *Riv. dir. agr.*, 1966, II p. 330. In generale sul tema F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., pp.96 ss.

11. Si vedano in particolare le sentenze 316/1988 e 71/1999 su cui L. FULCINTI, *I beni d'uso civico*, 2° ed., Padova, 2000, pp. 264-265.

5. La dottrina in tema di assetti fondiari collettivi

Al riguardo si deve ricordare come sin dalla metà degli anni Settanta del Novecento si sia sviluppata un'elaborazione dottrinale che ha avuto il merito di riproporre una approfondita riflessione sulla materia: nel 1977 Paolo Grossi pubblica il libro *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria*, che costituirà il punto di partenza di tutti gli studi successivi¹².

Nel 1983 Vincenzo Cerulli Irelli pubblica il volume *Proprietà pubblica e diritti collettivi*¹³, che affronta il problema sul versante del diritto amministrativo, in un periodo di grande trasformazione per tale materia. Quindi Guido Cervati nelle sue pagine sparse, ma non per questo disordinate, elabora una dottrina completa, che ricostruisce tutti gli aspetti della materia collegando i principi affermati dalla giurisprudenza alla storia dei demani¹⁴.

Successivamente, con il nuovo millennio, verrà ripubblicato il volume *Gli usi civici nel Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo¹⁵, che negli anni sessanta era stato scritto da un ormai anziano Romualdo Trifone e che era ormai irrimediabilmente superato. Tale pubblicazione, unitamente ad una rinnovata presa di coscienza della dottrina giuridica italiana, riunita periodicamente nei convegni sulla proprietà collettiva organizzati dai centri studi di Trento e dell'Aquila, ha generato un diffuso interesse per le idee di fondo sottese alla proprietà collettiva, quali il rispetto dell'ambiente, la solidarietà tra soggetti e generazioni, la prevalenza del valore d'uso sul valore di scambio, la capacità dei luoghi di creare identità forti e positive, la riscoperta di valori antichi collegati alla storia delle comunità proprietarie.

Questa riscoperta, culturale prima ancora che giuridica¹⁶, ha, in definitiva, creato le condizioni perché si giungesse all'approvazione di una nuova legge.

12. Meritano di essere segnalati gli atti del convegno svoltosi a L'Aquila il 9 giugno 2017 sul tema: *Un altro modo di possedere quaranta anni dopo*, Pisa, 2017.

13. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983.

14. I lavori di Guido Cervati sono stati ripubblicati sotto il titolo *Guido Cervati. Scritti sugli usi civici*, a cura di F. Marinelli e F. Politi, L'Aquila, 2013.

15. F. MARINELLI, *Gli usi civici*, cit. alla nota 2.

16. Su tali profili cfr. F. MARINELLI, *Un'altra proprietà. Usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, 2016.

6. La legge 168 del 2017 in tema di domini collettivi

Sia consentita dunque, al solo scopo di concludere questo mio racconto, qualche considerazione sulla recentissima legge approvata nel novembre dello scorso anno dal Parlamento, che permette di chiudere l'assai lungo percorso che abbiamo iniziato ad Ariano Irpino a metà del dodicesimo secolo.

Una legge sicuramente positiva nel collocare gli assetti fondiari collettivi (come preferisco definirli) all'interno della Repubblica ponendoli sullo stesso piano delle altre autonomie locali ed attribuendogli un riconoscimento costituzionale connesso alla loro natura di enti primari dotati di autonomia statutaria. Ma anche una legge che non scioglie il nodo della compatibilità tra le proprie norme e la legislazione del '27, non essendo chiaro quali siano le norme abrogate, quali siano quelle conservate e quale sia il loro coordinamento.

Poco innovativa (aspetto che peraltro appare senz'altro positivo) per quanto riguarda i principi generali, che vengono riaffermati in sede legislativa senza modificare quell'impianto che giurisprudenza e dottrina avevano già elaborato, la legge afferma la natura privata delle amministrazioni separate, assecondando il prevalente indirizzo degli studiosi. Di qui un'autonomia rafforzata per tali amministrazioni, che da tempo tentavano di svincolarsi dal controllo delle Regioni e dei Comuni, ritenuto a volte opprimente ed a volte distratto. Anzi, proprio in relazione ai comuni occorre osservare come l'affermazione della proprietà collettiva in capo all'amministrazione separata affranchi quest'ultima dai vincoli che i comuni esercitavano su di essa. Con l'ulteriore conseguenza che il Comune non è più il raccordo tra le varie amministrazioni separate, ma diviene esso stesso un'amministrazione separata che amministra solo ed esclusivamente quella parte del demanio civico che non appartiene alle altre amministrazioni separate.

Certamente il grado di autonomia delle singole proprietà collettive si dilata, anche in applicazione del principio di sussidiarietà intesa sia in senso orizzontale che verticale. Ed alla maggiore autonomia consegue una maggiore responsabilità, anche se ci vorrà del tempo per approfondire tali aspetti e per verificare se le comunità proprietarie saranno capaci di meritare questo atto di fiducia che il legislatore ha voluto attribuire loro.

Ma gli usi civici, gli assetti fondiari collettivi, le proprietà demaniali, i domini collettivi sono adusi a resistere alle incertezze del tempo che passa, per cui occorre essere fiduciosi e sperare che questa nuova legge riesca a estendere e rafforzare il fenomeno dei domini collettivi sia con riferimento alla loro tutela, sia con riferimento alla loro capacità di gestione oculata ed efficiente del territorio.

Fabrizio Marinelli

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

Corte di appello di L'Aquila – Sentenza 1° marzo 2018 – Est. Santini –
D.S.A. c. A. s.p.a.

Contratti di lavoro in somministrazione – In house providing e divieto di conversione – Sussiste – Diritto alla sola indennità di cui all'art. 32, l. 183/2010

È da escludere che la nullità del contratto a termine stipulato con una società di somministrazione di lavoro possa implicare l'instaurazione di un rapporto con l'impresa utilizzatrice a tempo indeterminato, quando la fornitura di lavoro avvenga a favore di una società in house providing, come già previsto dalla L. reg. Abruzzo n. 23/2004 per le società con capitale interamente pubblico che svolgano le attività ivi previste. In tal caso, al lavoratore – che abbia impugnato la sentenza nella parte in cui riconosceva la conversione del contratto e la conseguente indennità ex art. 32, l. 183/2010 – va comunque liquidato il c.d. danno comunitario di cui all'art. 36, d.lgs. 165/2001, parametrandolo ai criteri dettati per tale indennità.

(Omissis)

L'appellante società *A. S.p.A.* ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe, con la quale è stata parzialmente accolta la domanda proposta nei suoi confronti da *D.S.A.M.*, tesa all'accertamento dell'illegittimità dei plurimi contratti di lavoro somministrato (via via prorogati e/o rinnovati) intercorsi tra le parti nel periodo dal 01.06.2011 al 31.12.2015, con qualifica di operaio livello 2B in base al C.C.N.L. Nettezza Urbana e mansioni di operatore ecologico, con declaratoria di nullità della clausola di apposizione del termine al contratto di lavoro somministrato, con conseguente qualificazione del rapporto *ab origine* quale lavoro subordinato a tempo indeterminato e con condanna della *A. S.p.A.* a riammettere il ricorrente nel posto di lavoro e nelle mansioni da ultimo espletate, nonché a risarcirgli il danno subito nella misura di 2,5 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

L'appellante, a sostegno del gravame, ha censurato la decisione impugnata per i seguenti motivi: **1)** fondatezza dell'eccezione di decadenza (applicabile anche a tutti i contratti ripassati prima del 31/12/2011, con "*dies a quo*" fissato a tale ultima data) – Violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 4, lettera d), L. 183/10; **2)** omessa pronuncia sull'eccezione di perdita della situazione soggettiva creditoria reclamata per decorso del tempo; **3)** inammissibilità della conversione in rapporto a tempo indeterminato dei contratti flessibili in contratti di lavoro a tempo indeterminato nel rapporto di lavoro con le società "*in house providing*", aventi natura pubblicistica (violazione art. 7, co. 4, lett. f), L.R. Abruzzo 23/2004; art. 18, D.L. 112/08, in relazione agli artt. 35 e 36, D. Lgs. 165/01); **4)** legittimità nel merito dei contratti, muniti di una motivazione sufficientemente specifica e comunque effettiva (punte di più intensa attività nella raccolta dei rifiuti nel periodo estivo, autunnale e natalizio). Ha quindi concluso chiedendo che venisse respinta l'avversa domanda, perché inammissibile, improcedibile e comunque infondata in fatto ed in diritto, con il favore delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

La parte appellata si è costituita in giudizio ed ha resistito all'appello, del quale ha chiesto il rigetto, assumendone l'infondatezza in fatto ed in diritto, in riferimento a ciascuno dei motivi di gravame. Ha altresì proposto appello incidentale, censurando la sentenza impugnata nella parte in cui ha quantificato nella misura minima l'indennizzo del danno riconosciuto in suo favore, ed ha chiesto liquidarsi il medesimo indennizzo nella misura massima di dodici mensilità.

1. Con il primo motivo del gravame principale, l'appellante *A. S.p.A.* censura la decisione impugnata nella parte in cui ha disatteso l'eccezione di decadenza (istituto di cui sostiene l'applicabilità a tutti i contratti di somministrazione, anche se ripassati prima del 31/12/2011, con "*dies a quo*" fissato a tale ultima data), denunciando violazione e falsa applicazione dell'art. 32, comma 4, lettera d), L. 183/10.

Il motivo è fondato.

In punto di diritto, la norma di cui sopra prevede, come è noto, che "*Le disposizioni di cui all'articolo 6 della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, si applicano anche: a) ai contratti di lavoro a termine stipulati ai sensi degli articoli 1, 2 e 4 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, in corso di esecu-*

zione alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla scadenza del termine; b) ai contratti di lavoro a termine, stipulati anche in applicazione di disposizioni di legge previgenti al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368, e già conclusi alla data di entrata in vigore della presente legge, con decorrenza dalla medesima data di entrata in vigore della presente legge; c) [...]; d) in ogni altro caso in cui, compresa l'ipotesi prevista dall'articolo 27 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto”.

Il richiamato art. 6 l. n. 604/1966, nel testo risultante a seguito della modifica operata dallo stesso art. 32 l. n. 183/2010, impone l'onere di impugnare il licenziamento nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione e poi di proporre azione o tentativo di conciliazione nel successivo termine di 270 giorni (poi ridotto a 180 giorni).

L'estensione di tale disposizione anche alle azioni volte a far accertare l'invalidità del termine apposto al contratto di lavoro comporta l'onere, a regime, di impugnare la clausola entro sessanta giorni dalla scadenza del termine (art. 32, comma 3, lett. d). In via transitoria, invece, il termine è iniziato a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova legge, cioè il 24 novembre 2010, e si è consumato il 23 gennaio 2011 (prorogato al 24 gennaio 2011, cadendo il 23 di domenica).

Trattandosi di termine posto a pena di decadenza, una volta decorso, la persona onerata dell'impugnazione perde definitivamente la possibilità di provvedervi in seguito.

Ciò premesso, è noto che, ai sensi dell'art. 32, comma 1-bis della legge n. 183/2010, introdotto dall'art. 2 comma 54 del d.l. 225/2010, “In sede di prima applicazione, le disposizioni di cui all'articolo 6, primo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604, come modificato dal comma 1 del presente articolo, relative al termine di sessanta giorni per l'impugnazione del licenziamento, acquistano efficacia a decorrere dal 31 dicembre 2011”.

Orbene, l'introduzione del comma 1 bis dell'art. 32 l. 183/2010, ad opera dell'art. 2 comma 54 d.l. 225/2010, non può che essere intesa come un'iniziativa del Legislatore volta a posticipare l'efficacia della disciplina introdotta dall'art. 32 collegato lavoro, e così sostanzialmente rimettere in termini quanti, “in sede di prima applicazione” della

nuova normativa (come testualmente cita la norma), fossero decaduti dall'azione *ex art.32* cit. alla scadenza del 24 gennaio 2011.

Diversamente opinando, infatti, la norma in esame (ossia il comma 1 *bis* dell'art.32 della legge 183/2010) non avrebbe alcun senso, dal momento che, stando al suo tenore letterale, farebbe acquisire efficacia, a decorrere dal 31 dicembre 2011, ad una norma (l'art. 6 l. 604/66) in realtà efficace fin dal 1966.

Sotto diverso profilo, è anche fuori di dubbio che la disposizione del comma 1 *bis* riguardi i termini posti dall'art. 32 per tutte le azioni ivi elencate, e non solo quelli per l'azione di impugnazione del licenziamento: non vi era infatti in proposito alcuna necessità che l'art. 2 comma 54 del c.d. "*Decreto Milleproroghe*" facesse un esplicito riferimento anche alle azioni diverse dall'impugnativa del licenziamento indicate nell'art. 32 del "*Collegato Lavoro*", dal momento che sono già i commi 2, 3 e 4 dello stesso articolo 32 ad estendere espressamente la disciplina dei termini posta dal comma 1 per l'impugnativa del licenziamento (ivi compresa la previsione del comma 1 *bis* circa la decorrenza dell'efficacia) alle altre ipotesi indicate nei successivi commi.

Ciò premesso, resta da risolvere il problema di verificare l'esatto campo di applicazione dello *ius superveniens* rispetto a fattispecie negoziali già esaurite alla data di entrata in vigore della novella legislativa di cui alla legge n. 183/2010 e, segnatamente, il problema della decorrenza dei termini nei rapporti interpositori che discende dall'art. 32, comma 4, lett. d) della legge citata (ai sensi del quale i termini suddetti si applicano anche "*in ogni altro caso in cui ...si chieda la costituzione o l'accertamento di un rapporto di lavoro in capo a un soggetto diverso dal titolare del contratto*" e, dunque, in caso di somministrazione, appalto, distacco illegittimi o, comunque, ogni volta che si lamenti la mera apparenza della titolarità di un rapporto di lavoro in capo ad un soggetto).

È noto che in ordine al termine di operatività nei confronti dei contratti di somministrazione delle decadenze previste dall'art. 32, comma 4, della legge n. 183 del 2010, la Corte di vertice ha recentemente espresso un orientamento (sentenza n. 2420/2016, seguita dalle ulteriori sentenze n.2734/2016; n. 7788/2017; n. 8461/2017) in base al quale sia le suddette decadenze, sia la conseguente proroga di cui al comma 1 *bis* del medesimo articolo (introdotto dall'art. 2, comma 54 del D.L. n.

225 del 2010, convertito con modificazioni dalla L. n.10 del 2011, c.d. decreto "mille proroghe"), si applicano anche ai contratti a termine in somministrazione scaduti alla data di entrata in vigore della legge stessa (24 novembre 2010), senza la necessità di una specifica previsione di deroga all'art. 11 disp. prel. c.c. (atteso che la nuova norma non ha modificato la disciplina del fatto generatore del diritto, ma solo il suo contenuto di poteri e facoltà, suscettibili di nuova regolamentazione perché ontologicamente e funzionalmente distinti da esso e non ancora consumati, dovendosi pertanto escludere ogni profilo di retroattività).

Tale pronuncia si è posta in consapevole contrasto con altra decisione della medesima Corte (Sez. 6, ordinanza n. 21916/2015, successivamente ribadita dalla medesima Sezione con ord. n. 2462/2016) che, invece, ha sostenuto che – in tema di somministrazione di lavoro – il regime della decadenza di cui al novellato art. 6 della L. n. 604 del 1966 (esteso dall'art. 32, comma 4, della L. n. 183 del 2010) e la conseguente proroga di cui al comma 1 *bis* del medesimo articolo si applicano ai soli contratti a termine in somministrazione in corso alla data di entrata in vigore della legge stessa (24 novembre 2010), e non anche a quelli già scaduti a tale data, in assenza di una previsione analoga a quella dettata per i contratti a termine in senso stretto, orientamento seguito dal giudice di prime cure. Queste decisioni hanno richiamato la sentenza della Corte costituzionale n. 155 del 2014, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 4, lett. b), della legge n. 183 del 2010 (sollevata in riferimento all'art. 3 Cost.), evidenziando come un contratto di lavoro subordinato, con una clausola appositiva del termine viziata, non può essere assimilato ad altre figure illecite, per cui non è irragionevole la scelta legislativa di applicare retroattivamente un più rigoroso e gravoso regime della decadenza alla sola categoria dei contratti a termine già conclusi, lasciando immutato per il passato un più favorevole regime per altre forme contrattuali o atti datoriali, come il recesso del committente nei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, il trasferimento del lavoratore, la cessione del contratto di lavoro in caso di trasferimento d'azienda e la somministrazione di lavoro irregolare.

La Corte di vertice con le successive sentenze sopra richiamate e, segnatamente, con la sentenza n. 7788 del 27/03/2017, ha optato per la prima ricostruzione esegetica, ritenendo applicabile la novella legislati-

va dell'art. 6 L.n. 604 del 1966 (nonché il differimento dell'operatività della disciplina al 31.12.2011) anche ai contratti a termine in somministrazione scaduti alla data di entrata in vigore della legge stessa (ossia al 24.11.2010).

Detta sentenza, ai fini di una corretta interpretazione della disposizione in esame, ha evidenziato che “– non può giovare il richiamo alla sentenza della Corte cost. n. 155 del 2014 che non prende autonoma posizione sulla correttezza dell'interpretazione proposta dal giudice remittente, ma si limita ad effettuare lo scrutinio di legittimità costituzionale della norma, come interpretata dall'ordinanza di rimessione in cui si ipotizzava un'irragionevole disparità di trattamento fra l'ipotesi del contratto a termine di cui alla L. n. 183 del 2010, art. 32, comma 4, lett. b e le altre disciplinate dallo stesso articolo; – lo stesso art. 32, comma 1 bis introdotto dal cd. decreto “mille proroghe”, ha assicurato un adeguato arco temporale di adattamento alla nuova e più rigorosa disciplina di cui non si avrebbe avuto alcun bisogno se la decadenza non fosse stata applicabile anche a contratti cessati prima dell'entrata in vigore della legge; – un'apposita previsione sarebbe stata necessaria per derogare alla regola dell'art. 11 preleggi e munire di retroattività la norma, mentre nel caso in esame non si è in presenza di una retroattività propriamente detta, ma solo dell'assoggettamento d'un diritto, già acquisito, ad un termine di decadenza per il suo esercizio; – secondo un risalente, ma pur sempre attuale, insegnamento della S.C. (sentenze nn. 2705/1982, 2743/1975) non sussiste infatti retroattività quando la nuova norma disciplini status, situazioni e rapporti che, pur costituendo effetti di un pregresso fatto generatore siano da questo distinti ontologicamente e funzionalmente e quindi suscettibili di una nuova regolamentazione mediante l'esercizio di poteri e facoltà non consumati sotto la precedente disciplina, come è appunto il caso dell'introduzione d'un termine di decadenza, ove prima non ve ne erano, in cui il potere d'azione era già sorto ma non ancora consumato”. In particolare, la Suprema Corte ha rimarcato che “la previsione di un regime di decadenza in sostituzione della imprescrittibilità dell'azione di nullità del termine apposto al contratto di somministrazione ha inciso su una situazione in fieri che non si era ancora consumata e, pertanto, la novella non incide sul fatto generatore, ovvero sul contratto di somministrazione asseritamente illegittimo e sui suoi effetti sostanziali,

ma sul diverso procedimento impugnatorio, ancora in corso” (v. Cass. Civ., sez. lav., 27/03/2017 n.7788).

La medesima sentenza si è fatto carico di verificare che l'introduzione del nuovo termine di decadenza con efficacia “*ex nunc*” non determinasse una violazione dell'art.24 Cost. o dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali della UE o degli artt. 6 e 13 CEDU e, sul punto, ha ritenuto l'arco temporale “*quantitativamente congruo per la conoscibilità della nuova disciplina*”, attesa anche la proroga disposta “*in sede di prima applicazione*” dal citato comma 1 bis. Ha altresì specificato che “*Nel caso della L. n. 183 del 2010, art.32 il possibile decorso di un termine apprezzabilmente ampio tra l'impugnazione stragiudiziale del licenziamento (da effettuarsi entro 60 giorni dalla comunicazione del recesso anche secondo il previgente L. n. 604 del 1066, art. 6) e l'azione giudiziaria ovvero l'insussistenza di limiti temporali (in caso di azioni imprescrittibili) potevano configurare situazioni prolungate di assoluta incertezza per le parti che il legislatore ha ritenuto di disciplinare mediante l'introduzione di un doppio regime di decadenza esteso ad una ampia rosa di ipotesi, assetto più severo che è stato bilanciato da un congruo differimento dell'efficacia della novella (D.L. n. 225 del 2010), senza che si possa ravvisare – in tale bilanciamento – un “regolamento irrazionale” (Cass. S.U. n. 15352/2015, di seguito esposta) delle due contrapposte esigenze (garanzia di una sollecita definizione delle controversie, da una parte, ed affidamento a fruire del termine prescrizione, dall'altra)”*.

All'uopo, la Suprema Corte ha altresì evidenziato come proprio la disciplina contenuta nel D.L. n.225 del 2010 consentisse di applicare il nuovo regime decadenziale a fattispecie (licenziamenti o altre ipotesi regolate dall'art. 32 I. n. 183 del 2010) intervenute prima del 24.11.2010, in quanto la rimessione in termini al 31.12.2011 rispondeva alla “*ratio legis*” di risolvere, in chiave costituzionalmente orientata, le conseguenze legate all'introduzione “*ex novo*” del suddetto termine di decadenza. Ha a tal fine richiamato quanto già esposto dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 4913/2016 e con la sentenza n.24258/2016, concludendo nel senso che “*la soluzione adottata nel caso di specie, concernente i contratti di somministrazione stipulati o conclusi prima dell'entrata in vigore dell'art. 32 legge n. 183/10 (24.11.2010), si inquadra, pertanto, coerentemente, nell'ambito dell'orientamento di re-*

cente consolidato da parte di questa Corte che – con numerose e distinte pronunce (innanzi citate) – ha ritenuto applicabile ai licenziamenti e alle altre ipotesi regolate dall'art. 32 L. n. 183 del 2010, e risalenti a periodo precedente il 24.11.2010, sia il nuovo regime decadenziale sia il differimento al 31.12.2011 disposto dal D.L. n. 225 del 2010, proprio in considerazione del ragionevole bilanciamento effettuato dal legislatore tra esigenza di tutela della certezza delle situazioni giuridiche e difesa del lavoratore”.

Ritenendo questa Corte di non doversi discostare dai principi espressi dalla Corte di vertice cui si è fatto riferimento, il motivo di gravame in esame deve essere accolto, trovando, nella fattispecie, applicazione la decadenza di cui all'art. 32, comma 4, della L. n. 183 del 2010, e la conseguente proroga di cui al comma 1 *bis* del medesimo articolo, che – per quanto sopra esposto – si applicano anche ai contratti a termine in somministrazione cessati o stipulati prima della data di entrata in vigore della legge stessa (24 novembre 2010).

In quest'ordine di concetti, rileva il Collegio che non vi è stata prestazione lavorativa ininterrotta e continuativa (così come si evince dai contratti di somministrazione e dalle relative proroghe) e che l'impugnativa stragiudiziale è avvenuta solo con lettera in data 02.12.2015, ricevuta da *A. S.p.A.* in data 07.12.2015, con la conseguenza che all'epoca di esplicitazione dell'impugnazione era sicuramente decorso il termine di giorni 60 per la impugnazione stragiudiziale *ex art.32 Legge 183/2010* con riguardo a tutti i contratti di somministrazione intercorsi tra le parti, ad esclusione degli ultimi tre contratti (sottoscritti in data 01.10.2014, 31.03.2015 e 30.10.2015, i quali, per effetto di una serie continuativa di proroghe, hanno dato luogo ad un unico rapporto sviluppatosi senza soluzione di continuità dal 07.10.2014 al 31.12.2015), stante la sicura tardività della lettera di impugnativa stragiudiziale del 02.12.2015 con riguardo ai precedenti contratti (riferiti al periodo sino al 03.07.2014), atteso che con riferimento a questi ultimi all'epoca di esplicitazione dell'impugnazione era sicuramente decorso il termine di giorni 60 per la relativa impugnazione.

2. Con l'ultimo motivo del gravame principale, cui si ritiene di dare la precedenza per motivi di propedeuticità logica, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha dichiarato la nulli-

tà del termine apposto al primo contratto di lavoro somministrato per la violazione formale dell'obbligo di precisare in contratto le ragioni dell'assunzione a termine e quella, sostanziale, relativa alla prova della esistenza delle medesime.

Il motivo non è fondato.

In punto di fatto, vengono in rilievo n° 3 contratti, sottoscritti in data 01.10.2014, 31.03.2015 e 30.10.2015, i quali, per effetto di una serie continuativa di proroghe, hanno dato luogo ad un unico rapporto sviluppatosi senza soluzione di continuità dal 07.10.2014 al 31.12.2015.

I suddetti contratti recano le seguenti causali:

1) contratto 01.10.2014: *“assunzione effettuata in conformità dell'art.1, lettera A, punto primo del Decreto Legge n°34/2014”;*

2) contratto 31.03.2015: *“Punte di più intensa attività per l'acquisizione di nuove commesse [...]; punte di più intensa attività anche indotte dall'attività di altri servizi cui non possa farsi fronte con ricorso ai normali assetti produttivi aziendali da utilizzare per l'attività di spazzamento stradale e raccolta differenziata”;*

3) contratto 30.10.2015: *“assunzione acausale in conformità del D.Lgs.81/2015 art.13 c.1 CCNL Igiene Ambientale: punte di più intensa attività anche indotte dall'attività di altri servizi cui non possa farsi fronte con ricorso ai normali assetti produttivi aziendali da utilizzare per l'attività di spazzamento stradale e raccolta differenziata”.*

In punto di diritto, posto che risultano non colpiti da decadenza ex art.32 Legge 183/2010 esclusivamente gli ultimi tre contratti (periodo dal 07.10.2014 al 31.12.2015), trova applicazione il disposto di cui all'art.1, comma 2, lettera a), numero 1) del D.L. 20 marzo 2014 n. 34, convertito il Legge 16 maggio 2014 n.78, che ha eliminato la necessità che nel contratto di somministrazione siano indicate le *“ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo”*, per cui l'analisi deve concentrarsi esclusivamente sulla sussistenza effettiva, da un punto di vista sostanziale, di una esigenza temporanea che legittimi l'apposizione del termine a tale ultimo contratto.

Ebbene, le doglianze sollevate non appaiono idonee a superare le conclusioni raggiunte dal primo giudice. Ed infatti, anche a voler ritenere sufficiente ad integrare il requisito formale di precisazione delle ragioni la stereotipata ripetizione nel contratto commerciale di somministrazione della clausola contenuta nell'art. 13, comma 1, del C.C.N.L.

di settore, questa Corte ritiene i documenti prodotti dalla appellante società del tutto insufficienti a provare l'effettività delle ragioni che hanno giustificato il ricorso alla somministrazione a termine.

Attesa la mancanza di qualsiasi produzione documentale circa l'effettivo aumento dell'attività aziendale per tutto il periodo dal 07.10.2014 al 31.12.2015 in misura tale da non essere fronteggiata con le risorse già esistenti all'interno dell'azienda, sono evidenti la genericità delle suddette ragioni giustificative indicate nei contratti di assunzione e la totale assenza di specificazioni sia formali che sostanziali negli atti di proroga, non risultando prodotto alcun documento giustificativo di ulteriori sopravvenute esigenze nei periodi in discussione. Del resto, detti ultimi contratti hanno avuto una durata continuativa di ben un anno e due mesi, per cui, evidentemente, non è spendibile la dedotta sussistenza di esigenze temporanee della società utilizzatrice appellante.

Non potendo ritenersi operante un caso di acausalità della somministrazione, le considerazioni che precedono impongono la declaratoria di illegittimità della clausola appositiva del termine agli ultimi tre contratti di lavoro conclusi con *D.S.A.M.* e ai relativi atti di proroga (che non recano autonome causali).

2. Con il secondo motivo del gravame principale, l'appellante *A. S.p.A.* censura la sentenza impugnata nella parte in cui, qualificato il rapporto *ab origine* quale lavoro subordinato a tempo indeterminato, ha disposto la conversione del rapporto e condannato la *A. S.p.A.* a rimettere il ricorrente nel posto di lavoro e nelle mansioni da ultimo espletate. Sostiene a tal fine l'inammissibilità della conversione in rapporto a tempo indeterminato dei contratti flessibili in contratti di lavoro a tempo indeterminato nel rapporto di lavoro con le società "*in house providing*", aventi natura pubblicistica, e lamenta quindi la violazione art.7, co. 4, lett. f), L.R. Abruzzo 23/2004 e dell'art.18, D.L. 112/08, in relazione agli artt. 35 e 36, D. Lgs. 165/01).

Il motivo è fondato, risultando ampiamente provata la natura di società *in house providing* della società appellante.

In punto di fatto, non è contestata la ricorrenza nel caso di specie dei requisiti indicati dalla Suprema Corte (cfr. da ultimo Cass. S.U. ord. n. 10299 del 3/5/2013; n. 20075 del 02/09/2013) al fine di ritenere le società *in house* null'altro che una *longa manus* dell'amministrazione:

“a) l’essere la società a totale partecipazione pubblica, b) la sua destinazione statutaria ad operare in via esclusiva o prevalente in favore dell’amministrazione pubblica partecipante, c) l’esistenza di quello che si è ormai soliti definire come “controllo analogo”, ossia una forma di direzione e controllo sulla gestione societaria, da parte della pubblica amministrazione partecipante, analoga a quella che la medesima amministrazione eserciterebbe su una propria articolazione interna”.

Ciò posto, il giudice di primo grado ha ritenuto non rilevante la natura *in house* della società appellante, in quanto la normativa in materia di società a partecipazione pubblica, pur ponendo vincoli al reclutamento del personale e al conferimento degli incarichi, non introduce divieti di assunzione o estende *“la possibilità di ricorrere a rapporti di lavoro speciale”*.

L’assunto non appare condivisibile.

Alla fattispecie in esame risulta infatti innanzitutto sicuramente applicabile la L.R. Abruzzo n. 23/2004 che, dopo aver affermato il principio generale per cui *“I servizi pubblici locali a rilevanza economica sono prodotti per la soddisfazione dei bisogni dell’utente e sono erogati nel rispetto dei principi di universalità, di accessibilità, di socialità, di eguaglianza, di continuità, di qualità e di trasparenza, garantendo l’uso sostenibile delle risorse naturali”* (art. 1 comma 1) e aver ricompreso tra questi *“il servizio di gestione dei rifiuti urbani”* (art. 2 lett. a), all’art. 7 rimette in via alternativa *“la gestione del servizio a società a capitale interamente pubblico, alla condizione che l’ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulle società un generale potere di direzione, di coordinamento e di controllo analogo a quello esercitato sui servizi gestiti da proprie strutture interne, con particolare riferimento all’effettuazione di specifici controlli sui principali atti di gestione dell’affidatario, nonché all’ulteriore condizione che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell’ente o degli enti titolari del capitale sociale che la controllano”* (art. 1 lett. c) e in questo caso statuisce espressamente che *“è obbligatorio per le società così costituite il rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l’assunzione di personale dipendente”* (comma 4 lett. f).

Quindi, già prima dell’entrata in vigore del ricordato art. 18 d.l. n. 112/2008, esisteva in Abruzzo l’obbligo per le società partecipate a

capitale interamente pubblico, riconducibili alle società *in house providing*, l'obbligo di assumere personale solo nel rispetto delle prescrizioni e dei divieti imposti dal dlgs 165/2001.

Sul punto deve ancora evidenziarsi come la stessa Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale del quarto comma dell'art. 7 lettera f) della L. 23 del 5/8/2004, nel dichiararne l'infondatezza, ha affermato che *“La disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici. D'altronde, questa Corte, sulla base della distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale, e dunque con riferimento al suindicato principio, ha riconosciuto la legittimità della sottoposizione al controllo della Corte dei conti degli enti pubblici trasformati in società per azioni a capitale totalmente pubblico”* (cfr. Corte Cost. sent. n. 29 del 01/02/2006).

Il primo comma dell'art. 18 del d.l. 112/2008, convertito in l. 133/2008, ha poi previsto che *“le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165”*, imponendo così alle società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, in linea generale, il rispetto del principio dell'evidenza pubblica.

Il successivo comma 2 *bis* (nel testo vigente al momento della conclusione dei contratti di lavoro stipulati fino al 23/6/2014) prevede a sua volta per le altre società a partecipazione pubblica totale o di controllo (cioè di quelle che non gestiscono servizi pubblici locali) che *“Le disposizioni che stabiliscono, a carico delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, divieti o limitazioni alle assunzioni di personale si applicano, in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, anche alle società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo (anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle*

società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo – ndr. testo successivo alle modifiche introdotte dal d.l. 66/14) *che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del comma 5 dell'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 ...*”.

Sul significato di “*amministrazione controllante*” ha avuto modo di pronunciarsi la Sezione delle Autonomie della Corte dei Conti con la deliberazione n. 14/AUT/2011/QMIG del 29 dicembre 2011, chiarendo che il concetto di “*partecipazione totalitaria o controllo*” debba essere riferito alle società partecipate al 100% da un ente pubblico o da più enti pubblici congiuntamente, nonché alle società che presentino le caratteristiche di cui all'art. 2359, comma 1, nn. 1 e 2, c.c..

Inoltre, deve precisarsi che le disposizioni dell'articolo 18 l. 133/2008, come integrato dalla l. 102/2009, sono state ritenute dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 68/2011) “*norme interposte*” rispetto all'articolo 97 della Costituzione, vincolanti per l'esercizio della potestà legislativa delle regioni, che, come è noto, in materia di “*armonizzazione di bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica*” hanno competenza normativa concorrente ai sensi dell'articolo 117 della Costituzione.

Il sesto comma dell'art. 3 *bis* del d.l. 138/2011, convertito in legge 148/2011 nel testo vigente fino al 31/12/2014, infine, ha previsto che “*Le medesime società adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché delle disposizioni che stabiliscono a carico degli enti locali divieti o limitazioni alle assunzioni di personale, contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitarie e per le consulenze anche degli amministratori*”. Detta norma sostanzialmente ripropone il contenuto dell'articolo 18 della l. 133/2008, ma, rispetto a quest'ultima norma, identifica l'ambito di applicazione soggettivo con quello delle “*società*”

affidatarie in house". Con questa dizione si individua la società con riferimento alla modalità di affidamento dei servizi; si tratta di una forma di gestione diretta dei servizi pubblici locali, che esenta l'ente dallo svolgimento di gare ad evidenza pubblica al fine di individuare il contraente. L'affidamento *in house*, che rappresenta l'alternativa al ricorso al mercato per il reperimento del servizio pubblico con procedure ad evidenza pubblica, presuppone (come sopra già accennato) il possesso dell'intero capitale sociale e implica che la società affidataria sia, in sostanza, nient'altro che una sorta di diramazione organizzativa dell'ente locale, privo di una sua autonomia imprenditoriale e di capacità decisionali distinte da quelle dell'ente stesso, tanto da potersi parlare di c.d. controllo analogo (cfr. in tal senso C. Cost. sent. n. 46 del 20/3/2013; Cass. SS.UU. sentenze nn. 26806/2009, 519/2010, 4609/2010, 10063/2011, 14655/2011, 14957/2011, 20941/2011 e 3692/2012, nonché ordinanza 8352/2013; Cons. di St., sez. VI, sent. n. 168 del 25/1/2005; sez. V, n. 2334 del 11/5/2007; Corte di Giustizia CE sent. 8/11/1999 C-107/1998; 11/1/2005 C-26/03; 13/11/2008 C-324/07).

Le modifiche legislative a tale ultima disposizione, intervenute successivamente ai fatti dedotti in giudizio, sia pur con diversa formulazione ribadiscono l'obbligo per le società a totale partecipazione pubblica del rispetto per il reclutamento del personale del principio dell'evidenza pubblica, nonché "*dei vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive stabiliti dall'ente locale controllante ai sensi dell'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge n. 112 del 2008*", come a sua volta modificato dal d.l. 90/14.

Dal breve *excursus* svolto appare evidente che nella misura in cui le società *in house providing* "*sono costituite esclusivamente da soci aventi natura pubblica, esercitano l'attività in prevalenza in favore dell'ente o degli enti partecipanti e sono sottoposte ad un controllo corrispondente a quello esercitato dagli enti pubblici sui loro uffici*", e quindi "*costituiscono in realtà delle articolazioni della pubblica amministrazione da cui promanano e non dei soggetti giuridici ad essa esterni e da essa autonomi*" (Cass. Sez. Un. n. 26283 del 25/11/2013) non possono che essere sottoposte agli stessi limiti e divieti imposti dal d.lgs 165/2001 alle pubbliche amministrazioni in senso stretto. Se infatti l'articolo 18, comma 1, l. 133/2008 e l'articolo 3 bis, comma 6, l. 148/2011, richiamano espressamente solo il 3° comma dell'articolo 35 del D. lgs.

165/2001, che indica i principi cui devono uniformarsi le procedure di reclutamento del personale delle pubbliche amministrazioni, tuttavia è anche vero che sia il comma 2 bis del già richiamato articolo 18, come introdotto dalla l. 102 del 2009 (per le società a partecipazione pubblica locale totale che siano titolari di affidamenti diretti di servizi pubblici locali senza gara), sia il comma 6 dell'articolo 3 bis l. 148/2011 (per le società affidatarie *in house*) dispongono l'applicazione a tali società dei "divieti o limitazioni alle assunzioni di personale".

Tali conclusioni appaiono confortate dalla Corte dei Conti, Sezione regionale di Controllo per la Lombardia, che con la deliberazione n. 28 del 23 gennaio 2014, nell'esaminare le modifiche legislative introdotte dalla legge di stabilità 2014 (legge n. 147 del 27 dicembre 2013), in materia di limiti al reclutamento ed agli emolumenti del personale delle società partecipate, ha ritenuto che a norma del comma 6 dell'articolo 3-bis del decreto legge n° 138 del 13 agosto 2011 "*i divieti e le limitazioni in materia di assunzione di personale a carico delle amministrazioni pubbliche (di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) si applicano, in relazione al regime previsto per l'ente controllante, anche agli organismi partecipati*".

Alle medesime conclusioni è pervenuta anche la Corte dei Conti sezione regionale di controllo per il Lazio con deliberazione n.143 del 26 giugno 2013, sul rilievo che dal richiamo alla procedura selettiva per selezionare la professionalità richiesta garantendo l'accesso all'esterno (art. 35, comma 1°, lett. a; art. 36) consegue l'assoggettamento delle *house* "*all'obbligo di applicare la normativa relativa alle assunzioni obbligatorie dei soggetti di cui alla legge 12 marzo 1999, n. 68 (art. 35, comma 1°, lett. b); alla programmazione triennale del fabbisogno di personale e di limite massimo complessivo del 50% delle risorse finanziarie disponibili in materia di assunzioni o di contenimento della spesa di personale (articolo 35, comma 3° bis, come introdotto dall'articolo 1, comma 401, l. 228/2012); all'utilizzo del contratto a termine solo per esigenze "temporanee" ed "eccezionali" (art. 36, 2° comma); al divieto di "conversione del contratto a termine illegittimo" (art. 36, 5° comma). Tutto ciò può, a giudizio del Collegio, essere sussunto nel concetto di "limitazioni alle assunzioni di personale" in relazione al regime previsto per l'amministrazione controllante, di cui all'articolo 18, comma 2 bis, d. l. 112/2008, fatta salva, ovviamente, l'applicabilità*

di tutti gli ulteriori e/o diversi divieti o limitazioni in subiecta materia, di natura sostanziale o finanziaria, dettati/dettandi da altre e/o diverse normative applicabili all'amministrazione controllante".

Le conclusioni raggiunte in riforma della sentenza impugnata escludono l'esistenza di un diritto del lavoratore alla conversione del contratto a termine e, a fronte della accertata nullità della clausola di opposizione del medesimo, impongono esclusivamente, a norma del V comma dell'art. 36 d.lgs. 165/2001, la condanna della società *A. S.p.A.* al risarcimento del danno subito dal prestatore *D.S.A.M.* a causa dell'illegittimo ricorso a forme di lavoro flessibile a termine.

4. Con l'appello incidentale, il lavoratore *D.S.A.M.* censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha quantificato nella misura minima di 2,5 mensilità di retribuzione globale di fatto l'indennizzo del danno riconosciuto in suo favore, ed ha chiesto liquidarsi il medesimo indennizzo nella misura massima di dodici mensilità.

A riguardo questa Corte deve rilevare che la diversità dei presupposti normativi posti a base della presente decisione rispetto a quella del giudice di primo grado impone una diversa considerazione anche dei parametri di liquidazione del danno conseguente alla accertata illegittimità del termine. Se è pur vero che lo stesso non può essere individuato "*nella perdita di un posto di lavoro a tempo indeterminato*" (non essendo per legge consentita la conversione del rapporto), è altrettanto vero che il danno risarcibile *ex art.36 D.Lgs.165/2001* deve essere ricondotto (come di recente affermato dalle Sez. Un. della Suprema Corte con sentenza n. 5072 del 15/3/2016) alla perdita di *chance*, "*nel senso che se la pubblica amministrazione avesse operato legittimamente emanando un bando di concorso per il posto, il lavoratore ... avrebbe potuto parteciparvi e risultarne vincitore*". Detto danno è indissolubilmente connesso alla violazione delle norme in materia di assunzione ed è pertanto presunto per legge; il lavoratore quindi assolve l'onere probatorio posto a suo carico con la sola prova della nullità dei contratti conclusi con la pubblica amministrazione.

In ordine alla sua quantificazione, deve ritenersi che la misura dell'adeguatezza e dell'effettività va individuata non soltanto nell'idoneità dello strumento a riparare il danno sofferto, ma anche nella forza dissuasiva che è propria dei meccanismi sanzionatori (profilo estraneo

al meccanismo liquidatorio pronunciato in primo grado), che esonera altresì il lavoratore pubblico dalla prova del danno “*nella misura in cui questo è presunto e determinato tra un minimo ed un massimo*”, fatta salva la prova dell’eventuale danno ulteriore rispetto alla mera perdita di *chance*. Sulla scorta della già richiamata sentenza a Sezioni Unite della Suprema Corte il meccanismo risarcitorio più appropriato, in quanto omogeneo e sistematicamente coerente e contiguo con l’ambito normativo di applicazione, deve essere individuato in quello di cui all’art. 32, comma 5, l. 183/2010, che prevede – per l’ipotesi di illegittima apposizione del termine al contratto a tempo determinato nel settore privato – la condanna del datore di lavoro al risarcimento del lavoratore mediante pagamento di una indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell’art. 8 della l. 604/1966. Nel caso di specie tenuto conto del rilevante numero di contratti a termine stipulati tra le parti e delle relative proroghe, della sostanziale continuità del rapporto di lavoro protratto per diversi anni e delle condizioni personali e familiari dell’appellato l’indennità in parola deve essere fissata in cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

5. Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, pertanto, sia l’appello principale, che l’appello incidentale devono essere accolti per quanto di ragione, con le conseguenze meglio indicate in dispositivo. Pertanto, dichiarata la decadenza di *D.S.A.M.* dall’impugnazione dei plurimi contratti di lavoro somministrato (via via prorogati e/o rinnovati) intercorsi nel periodo dal 01.06.2011 al 03.07.2014, va dichiarata l’illegittimità degli ultimi tre contratti relativi al periodo dal 07.10.2014 al 31.12.2015, con condanna della *A. S.p.A.* a risarcire il danno al predetto lavoratore liquidato nella misura di cinque mensilità dell’ultima retribuzione globale di fatto.

Sussistono giusti motivi – in considerazione della reciproca soccombenza e del contrasto tra gli orientamenti della Corte di vertice in ordine al termine di operatività delle decadenze previste dall’art. 32, della legge n. 183 del 2010 – per compensare integralmente tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

(Omissis)

NOTA

1. La decisione in epigrafe s'inserisce in un noto contenzioso che ha coinvolto la società affidataria dei servizi d'igiene ambientale della città di Pescara, interamente partecipata dal Comune. Nel caso sottoposto alla cognizione della Corte aquilana un lavoratore aveva impugnato i plurimi contratti a tempo determinato, attraverso i quali era stato somministrato presso la predetta società.

In primo grado il Tribunale di Pescara aveva accertato la nullità del termine ed aveva statuito la conversione del contratto di lavoro da tempo determinato a tempo indeterminato, con effetti da prodursi in capo alla società utilizzatrice.

La Corte d'appello ha riformato tale pronuncia ed ha ritenuto applicabile l'art. 36, d.lgs. 165/2001 riconoscendo al lavoratore il solo risarcimento del danno previsto dalla disposizione e applicando a quest'ultimo riguardo l'art. 32, co. 5, l. 183/2010.

2. La decisione della Corte aquilana affronta varie tematiche riguardanti in generale l'impugnazione dei contratti flessibili e in particolare i contratti a termine stipulati con agenzie di somministrazione.

Il presente commento ha principalmente come scopo quello di offrire un quadro aggiornato sulla tematica dell'impiego del lavoro flessibile nelle società con capitale pubblico. Non di meno, appare utile offrire una panoramica, estremamente sintetica, sulle altre questioni esaminate dal Collegio.

In chiusura, peraltro, si farà qualche cenno anche al problema dell'applicazione dell'indennità risarcitoria stabilita dall'art. 32 cit. in caso di mancata conversione.

3. La sentenza in epigrafe enuncia l'onere di impugnazione dei contratti di lavoro somministrati, anche se scaduti prima del novembre 2010, cioè prima dell'entrata in vigore dell'art. 32, l. 183/2010. Inoltre, applica anche alla somministrazione lo spostamento del termine di impugnazione previsto dal co. 1 bis, introdotto dall'art. 2, co. 54 d.l. 225/2010, convertito con modificazioni dalla l. 10/2001.

Quanto al primo versante, la questione nasce dal fatto che l'art. 32 cit. fa espresso riferimento ai contratti a termine scaduti prima di quella data ma, specificamente per la somministrazione, nulla chiarisce al riguardo. In proposito, la Corte aquilana ha dato atto che, inizialmente, la Corte di legittimità aveva offerto una lettura molto restrittiva del

co. 4 dell'art. 32 cit. (Cass. 27 ottobre 2015 n. 21916 e Cass. 8 febbraio 2016, n. 2462), ma poi ha aderito all'indirizzo ormai prevalente. Secondo quest'ultimo, la decadenza va applicata anche ai contratti di lavoro somministrati scaduti prima del novembre 2010 (Cass. 31 marzo 2017, n. 8461; Cass. 27 marzo 2017, n. 7788; Cass. 11 febbraio 2016, n. 2734; Cass. 8 febbraio 2016, n. 2420; in tal senso anche Cass., sez. un. 14 marzo 2016, n. 4913 alla quale, tuttavia, la controversia era giunta ai sensi dell'art. 374 c.p.c. con riferimento alla diversa tematica della quantificazione del danno).

Sull'altra questione, concernente il differimento al 31.12.2011 del termine di impugnazione, disposto dal co. 1 bis – con una disposizione che richiamava espressamente i soli licenziamenti – la Corte di appello di L'Aquila ha aderito all'indirizzo che appare anch'esso ormai dominante, che per l'appunto estende lo spostamento del termine anche alle altre fattispecie di cui all'art. 32 cit. (in questo senso, spec. Cass. 27 marzo 2017, n. 7788 e Cass., sez. un. 14 marzo 2016, n. 4913).

4. Nell'affrontare ora la problematica delle sanzioni a carico del datore di lavoro, quando questi abbia le vesti di una società partecipata da enti pubblici e abbia i caratteri previsti dai primi tre commi dell'art. 18, d.l. 112/2008, la Corte di appello di L'Aquila ha escluso che il lavoratore possa ambire alla conversione del rapporto di lavoro, a seguito della nullità del termine apposto al contratto (in tal senso, anche Trib. Catania 29 giugno 2011 ined.; in ragione comunque dei «procedimenti selettivi ad evidenza pubblica» ivi previsti, Trib. Pescara 19 novembre 2013; a proposito del co. 1 dell'art. 18 cit., Trib. Chieti ord. 13 luglio 2011; più generica è invece la motivazione di Trib. Pescara 29 aprile 2013 ined. che ha assimilato del tutto una società partecipata agli enti pubblici; vd. ancora App. Ancona 29 gennaio 2013, in Dir. Lav. Marche, 2013, 57; contra, per tutte, Trib. Firenze 10 gennaio 2013 e Trib. Massa 9 gennaio 2013 ined.; per ulteriori citazioni si rinvia al prosieguo).

L'indirizzo che esclude la trasformazione del vincolo, da tempo determinato a tempo indeterminato, oggi ha trovato conferme dalla Corte di legittimità (Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621) e, come si vedrà, ha dei riferimenti importanti nella giurisprudenza costituzionale.

5. Ma la Corte aquilana è giunta alla statuizione suddetta richiamando, innanzitutto, la l. reg. Abruzzo 23/2004 che, come analoghe

disposizioni vigenti in altre regioni, ha anticipato quanto è stato cristallizzato nel 2008 dal legislatore nazionale.

Come ha ricordato il Collegio di merito, la legge regionale abruzzese era stata già valutata positivamente dal giudice delle leggi. In particolare, la lettera f) dell'art. 7, co. 4, l. reg. Abruzzo 23/2004 era stata impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri sulla base dell'asserita violazione della competenza esclusiva statale nell'ambito dell'ordinamento civile, ai sensi dell'art. 117, co. 2, lett. l, Cost. La Corte Costituzionale ha al riguardo precisato che "la disposizione in esame non è volta a porre limitazioni alla capacità di agire delle persone giuridiche private, bensì a dare applicazione al principio di cui all'art. 97 della Costituzione rispetto ad una società che, per essere a capitale interamente pubblico, ancorché formalmente privata, può essere assimilata, in relazione al regime giuridico, ad enti pubblici" (C. Cost. 1° febbraio 2006, n. 29).

Nel guardare più da vicino la disposizione giunta allo scrutinio costituzionale, essa prevede che «è obbligatorio (...) il rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente» per certe società affidatarie di determinati servizi pubblici e, dunque, non per tutte.

Sul piano soggettivo, la legge si è chiaramente ispirata al fenomeno dell'in house providing. La prescrizione opera, infatti, per quelle realtà con capitale interamente pubblico, quando l'affidamento dei servizi sia disposto «alla condizione che l'ente o gli enti titolari del capitale sociale esercitino sulle società un generale potere di direzione, di coordinamento e di controllo analogo a quello esercitato sui servizi gestiti da proprie strutture interne, con particolare riferimento all'effettuazione di specifici controlli sui principali atti di gestione dell'affidatario, nonché all'ulteriore condizione che la società affidataria realizzi la parte più importante della propria attività in favore dell'ente o degli enti titolari del capitale sociale che la controllano».

Sul piano oggettivo è, invece, richiesto che la società fornisca all'ente servizi pubblici locali a rilevanza economica, specificamente con riguardo ai rifiuti urbani, al servizio idrico integrato e al servizio pubblico di trasporto locale di persone.

6. Il richiamo della legge regionale nel caso sottoposto alla Corte di appello di L'Aquila, per la verità, sembra superfluo.

Invero, i contratti oggetto di causa erano sorti quando era già in vigore il co. 2 bis dell'art. 18, d.l. 122/2008 (ed anche l'art. 3 bis, co. 7, d.l. 138/2011), che, come si è anticipato, hanno indotto la giurisprudenza ormai prevalente ad applicare anche alle società in house il divieto di conversione di cui all'art. 36, d.lgs. 165/2001. Era quindi sufficiente, per la Corte, richiamare la legge statale, come poi ha fatto.

Non di meno quel richiamo è utile poiché può rappresentare un'indicazione importante da seguire in altre controversie, dove si discuta di contratti che siano sorti prima dell'entrata in vigore del d.l. 112/2008.

In effetti, in assenza di disposizioni specifiche come queste, a simili fattispecie potrebbe non essere predicabile l'estensione del divieto di conversione dettato dall'art. 36 cit. (si segnala Trib. Pescara 24 settembre 2013, ined. che, sia pure per una società in house operante nel settore della riscossione di tributi, che non era comunque soggetta alla legge regionale cit., ha dato rilievo al fatto che i contratti impugnati erano stati conclusi prima del d.l. del 2008).

7. La questione da ultimo tratteggiata merita, per la verità, un esame un po' più approfondito.

Al di là dell'esistenza di specifiche norme, si potrebbe sostenere che, almeno quando ricorrano i requisiti dell'in house providing – capitale totalmente in mano pubblica, con divieto di cessione a privati delle quote; controllo analogo; destinazione in modo prevalente dell'attività sociale a favore degli enti partecipanti (per tutte, Cass. sez. un., 22 dicembre 2016, n. 26643) – si è di fronte a soggetti che vanno considerati per quel che sono e che ad essi vanno sempre applicati i paradigmi di cui all'art. 97 Cost. e degli artt. 35 e 36, d.lgs. 165/2001, questo al di là dell'introduzione di norme come quelle contenute nell'art. 18, d.l. 112/2008 (che almeno per queste realtà avrebbero un rilievo solo ricognitivo).

Nella giurisprudenza fin qui citata, non a caso, si allude alla distinzione tra «privatizzazione in senso formale» e «privatizzazione in senso sostanziale» (C. Cost. 1° febbraio 2006, n. 29 e Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621 che richiama, a sua volta, la giurisprudenza anche costituzionale riguardante l'ANAS). Tra l'altro, come sostenuto per altre fattispecie, non tutto rientra nella disponibilità del legislatore ordinario e, in questo caso, è in gioco l'applicazione di regole primarie dell'ordinamento, che potrebbero essere disapplicate indipenden-

temente dalla “sostanza” del fenomeno e in base alla volontà espressa con il contratto sociale (si tratta fondamentalmente di un ragionamento non dissimile da quello che ha portato la giurisprudenza costituzionale ad enunciare il principio della «indisponibilità del tipo contrattuale» da parte del legislatore ordinario, a proposito di fattispecie che vanno necessariamente ricondotte nell’ambito del lavoro subordinato: C. Cost. 29 marzo 1993, n. 121; C. Cost. 31 marzo 1994, n. 115; Cass. 1° settembre 2014, n. 18476).

8. L’analisi di questa prospettiva ci porterebbe molto lontani. In una nota di commento, è solo possibile rilevare che i margini per sostenere quanto fin qui visto hanno un certo fondamento (nel senso qui esposto Corte app. Palermo 28 dicembre 2017, in *ilgiuslavorista.it* 19 gennaio 2018 nonché Trib. Catania 29 marzo 2017, in *Dejure*; sebbene sia presente il richiamo del d.l. 112/2008, vanno anche citate Trib. Roma 11 luglio 2016 *ivi* e la stessa Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621; si veda, altresì, Cass. 6 ottobre 2016, n. 20060 riguardante un rapporto di lavoro intrattenuto con una società partecipata dal Comune di Chieti).

Non di meno, in altre decisioni, più recentemente la Suprema Corte ha ribadito che sono proprio le norme come quelle contenute nell’art. 18, d.l. 112/2008 a consentire l’estensione di specifiche normative anche ai rapporti di lavoro intrattenuti con simili società, da ritenersi comunque soggetti di natura privata (Cass., sez. un., 27 marzo 2017, n. 7759, in materia di impugnazione del bando concorsuale e di riparto giurisdizionale; similmente Cass., sez. un., 1° dicembre 2016, n. 24591 che, a dire il vero, ha offerto una lettura parziale della nota pronuncia di Cass., sez. un., 25 novembre 2013, n. 26283; quest’ultima, infatti, pur essendosi espressa «quanto meno ai limitati fini del riparto di giurisdizione» e con specifico riferimento al danno erariale, appare avere un “respiro” più ampio). Ed anche per il noto problema della fallibilità delle società di cui si sta parlando, l’indirizzo di legittimità recentemente espresso salva-guarda proprio lo specifico regime societario e dunque privatistico prescelto dagli enti partecipanti (Cass. 7 febbraio 2017, n. 3196).

9. La possibile riconduzione delle società in house nel novero degli enti pubblici è, dunque, una questione che, qui, va lasciata aperta. A essa si affianca, poi, un’altra problematica strettamente inerente l’art. 18, d.l. 112/2008, ma che ha dei punti di contatto con quella appena richiamata.

Il quesito che si vuole ora affrontare è il seguente. Se per escludere la trasformazione del vincolo, in caso di illegittimità del termine apposto al contratto, occorra o meno un'espressa disposizione di legge, come quella dettata dall'art. 36, d.lgs. 165/2001 per gli enti pubblici o, comunque, occorra una norma per così dire "forte", che non si limiti ad enunciare l'obbligo di assumere personale attraverso procedure ad evidenza pubblica.

In proposito, è utile ricordare che, ancor prima del 5 agosto 2009, data di entrata in vigore del co. 2 bis dell'art. 18, d.l. 112/2008, la legge già prevedeva, per le società che gestiscono servizi pubblici locali a totale partecipazione pubblica, il rispetto dei principi dettati dall'art. 35, co. 3, d.lgs. 165/2001 (co.1) e, per le altre società, a partecipazione pubblica totale o di controllo, l'osservanza di principi di trasparenza, pubblicità e imparzialità e dunque di procedure paraconcorsuali (co. 2). La legge non richiamava divieti espressi, né enunciava un qualche limite ulteriore.

In realtà, non vi è dubbio che i co. 1 e 2 dell'art. 18 siano applicazioni di quanto stabilito dall'art. 97 Cost. (così Corte Cost., 3 marzo 2011, n. 68 che richiama anche il co. 2 dell'art. 18) e che si tratta di norme imperative, che dettano regole coincidenti o assimilabili a quella concorsuale. E, da qui, sostenere che la loro violazione implica tout court la nullità del contratto di lavoro, senza alcuna possibilità di conversione, il passo è breve. E, in effetti, è questa la soluzione seguita dalla Cassazione già da decenni per delle norme analoghe, anche in assenza di un divieto esplicito di conversione (Cass. 7 maggio 2008, n. 11163; Cass. 16 settembre 2002, n. 13528; Cass. 8 luglio 1986, n. 4461; Cass. 17 aprile 1986, n. 2730).

Inoltre, questa stessa è la trama essenziale che si legge anche nella pronuncia della Cassazione del 2018 prima citata. In essa il Collegio di legittimità ha ricordato che, sul piano generale, la nullità virtuale opera non solo per quelle norme che «si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale», ma anche per quelle che, «in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, vietano la stipulazione stessa del contratto». Svoltata questa premessa, la Suprema Corte ha così ha statuito: ciò «induce a escludere che l'omesso esperimento delle procedure concorsuali o selettive possa solo generare responsabilità contabile (...) posto che

l'individuazione del contraente con modalità difformi da quelle prescritte dal legislatore, si risolve nella mancanza in capo a quest'ultimo dei requisiti soggettivi necessari per l'assunzione» (Cass. 14 febbraio 2018, n. 3621). E, conseguentemente, è da escludere una stabilizzazione del dipendente, secondo il paradigma della conversione.

10. *Nel tornare alla sentenza della Corte di appello di L'Aquila, l'importanza che essa ha assegnato alla legge reg. Abruzzo n. 23/2004 è forse segno che, anche per il Collegio abruzzese, ai fini indicati, è sufficiente la sola prescrizione di procedure a evidenza pubblica, affinché non possa esservi la conversione del contratto.*

Non di meno, dalla sentenza in epigrafe pare trasparire un diverso convincimento. Infatti, dopo aver affermato che nella legge regionale vi era «l'obbligo di assumere il personale solo nel rispetto delle prescrizioni e dei divieti imposti dal d.lgs. 165/2001», il Collegio aquilano ha posto l'attenzione al decreto del 2008. E, al riguardo, ha precisato che l'impossibilità della conversione trova fondamento non tanto nel co. 1 dell'art. 18, d.l. 133/2008, che richiama «espressamente solo il 3° comma dell'articolo 35 del D.lgs. 165/2001», ma soprattutto nel co. 2 bis, disposizione che fa riferimento «ai divieti o limitazioni alle assunzioni di personale». Come dire, insomma, che la prescrizione di procedure a evidenza pubblica, per l'assunzione del personale, non basta a fondare il divieto della conversione del contratto.

Ma, molto probabilmente, quest'ultima precisazione si deve all'intenzione della Corte di tagliare corto su di una possibile obiezione che qualche volta si sente nelle aule dei tribunali. Si allude all'idea secondo cui, nel richiamare la sola applicabilità dell'art. 35 d.lgs. n. 165/2001 – peraltro solo nell'ambito del co. 1 dell'art. 18, d.l. 112/2008 – il legislatore non avrebbe esteso alle società di cui si sta parlando anche il divieto di conversione di cui al successivo art. 36 (in questo senso, di recente, Trib. Roma 8/5/2017, n. 4219, in Dejure).

In realtà, su questo punto, va ribadito quanto prima si era detto. La prescrizione del concorso o di procedure analoghe, con norme di carattere imperativo, appare già da sola adeguata a far scattare il divieto di assunzione.

11. *Semmai, ciò che va sottolineato è che il riferimento del co. 2 bis ai «divieti» e alle «limitazioni» ha un valore onnicomprensivo (si pensi ad esempio al divieto o al contingentamento delle nuove assunzioni per gli*

enti deficitari) ed include anche il richiamo dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001. E, per questa via, il divieto di conversione finisce per estendersi a quelle realtà piuttosto variegate, indicate nello stesso co. 2 bis, che non rientrano propriamente nel novero delle società indicate nei primi due commi.

Anzi, a quest'ultimo proposito assume importanza anche l'art. 86, co. 9, d.lgs. n. 276/2003 per nulla richiamato dalla Corte di appello nella sentenza in epigrafe, sebbene riguardi proprio la somministrazione di lavoro. La disposizione precisa che la sanzione stabilita dal precedente art. 27, co. 1 (oggi abrogato a seguito della disciplina introdotta con il d.lgs. 81/2015) non può operare quando l'utilizzo del personale sia avvenuto da parte di amministrazioni pubbliche.

12. La disamina con specifico riferimento alle società partecipate non può andare oltre questi brevi cenni, anche se le questioni in campo non sono soltanto queste (si consenta di rinviare ad un'altra nota di commento di chi scrive, già pubblicata in questa rivista, a Trib. Lanciano, 14 dicembre 2015).

Non si può, tuttavia, fare a meno di richiamare il recente T.U. sulle società partecipate (d.lgs. 175/2016) che ha sostanzialmente ribadito quanto già scritto nel co. 2 dell'art. 18, d.l. 112/2008 ma con alcune modifiche. L'art. 19 del T.U. impone per tutte «le società a controllo pubblico» – si veda la definizione di controllo di all'art. 2, lett. b) ovviamente più ampia di quella del controllo analogo – l'osservanza delle regole della trasparenza, pubblicità e imparzialità nelle procedure di reclutamento del personale e prevede altresì, qualora la società non le abbia dettate in specifici provvedimenti, l'applicazione diretta dell'art. 35, co. 3, d.lgs. 165/2001.

Non vi è quindi più la distinzione che si aveva a proposito delle due tipologie di società di cui ai co. 1 e 2 dell'art. 18, d.l. 112/2008.

Inoltre, il co. 4 dell'art. 19 del T.U. prevede esplicitamente la sanzione della nullità e l'applicazione dell'art. 2126 c.c. rendendo così più visibile il divieto di conversione. E, a quest'ultimo proposito, con la pronuncia resa nel 2018, più volte citata, la Cassazione ha affermato che l'esplicita previsione della nullità da parte del T.U. ha un carattere meramente ricognitivo di quanto era già desumibile dalle regole sulla nullità virtuale.

13. Per completezza, prima di chiudere, va fatto qualche cenno anche alla sanzione risarcitoria applicata dalla Corte di appello di L'Aquila, cioè all'indennità prevista dall'art. 32, co. 5, l. 183/2010.

L'individuazione in quest'ultima norma della misura risarcitoria da applicarsi a carico della P.A. e delle società in house per la violazione delle norme imperative in materia di assunzione, come si ricorderà, dopo alcune oscillazioni, è stata ormai affermata dalle Sezioni Unite che, però, hanno chiarito che il lavoratore può offrire la prova anche del maggior danno subito (Cass., sez. un., 15 marzo 2016, n. 5072). Secondo quest'ultima pronuncia, la misura riparatoria compensa non la perdita del posto di lavoro, che non è prefigurabile ex lege, in conseguenza del divieto di conversione, ma altro, innanzitutto la perdita di chance per non aver potuto partecipare al bando che l'amministrazione avrebbe dovuto indire, piuttosto che ricorrere abusivamente ai contratti flessibili.

Si tratta, com'è evidente, per dirla con le parole delle Sezioni Unite, di una «interpretazione adeguatrice», ma in fin dei conti si ha l'impressione che si è in presenza di quella che potrebbe definirsi una vera e propria ortopedia interpretativa dell'art. 32 cit., visto che l'indennità è ivi prevista per i «casi di conversione del contratto a tempo determinato».

14. Tra l'altro, le problematiche sottese a tale soluzione, si avvertono in una recente pronuncia di una corte di merito resa dopo l'intervento delle Sezioni Unite, proprio nei riguardi di un lavoratore di una società in house. In essa, si legge che tale indennità non può essere riconosciuta se il lavoratore ha richiesto la conversione del contratto e l'indennità e non ha richiamato il «cd. danno comunitario quale inevitabile effetto della mancata conversione delle impugnate convenzioni a progetto perché sottoscritte con un ente pubblico» (Corte app. Palermo, 28 dicembre 2017 cit.).

È si noti anche come nella decisione in epigrafe, resa dalla Corte aquilana, la condanna al pagamento dell'indennità è stata pronunciata nell'ambito dell'appello incidentale proposto dal lavoratore per ottenere la rideterminazione dell'indennità nella misura massima, liquidata dal giudice di primo grado che, tuttavia, in pari tempo aveva disposto la conversione del vincolo. L'indennità riconosciuta dal Tribunale ed oggetto dell'appello incidentale riguardava, cioè, pur sempre la conversione del vincolo e gli specifici danni procurati al lavoratore fino alla pronuncia.

Secondo il Collegio aquilano, vi era una «diversità dei presupposti normativi posti a base dei parametri di liquidazione del danno conse-

guente alla accertata illegittimità del termine», ma subito dopo questo inciso la Corte ha affermato che ciò le imponeva «una diversa considerazione anche dei parametri di liquidazione del danno» e, richiamando le Sezioni Unite del 2016, ha proceduto alla predetta rideterminazione, senza null'altro specificare.

15. In realtà, anche se si volesse accettare la soluzione interpretativa offerta dalle Sezioni Unite, viene qui al pettine un altro e importante profilo.

Nell'impiegare le parole della Corte aquilana, in questi casi, c'è certamente una «diversità» circa «i presupposti normativi», ma essa risiede innanzitutto proprio nel fondamento e nella funzione della sanzione risarcitoria. L'appello incidentale era strettamente correlato a un'indennità che aveva uno scopo e dei caratteri strutturali diversi da quella, poi, riconosciuta dalla Corte aquilana.

Anche se si tratta di danno derivante dall'illegittimità del termine e la disposizione che regola questa fattispecie va trovata nell'art. 36, d.lgs. 165/2001, in un caso si tratta di riparare il danno che il lavoratore subisce per il periodo che intercorre tra la cessazione di fatto del contratto e la pronuncia giudiziale; nell'altro caso, si tratta di riparare altri generi di pregiudizi (il danno derivante dalla lesione della chance di partecipare al concorso che la P.A. avrebbe dovuto indire). La richiesta volta al risarcimento del primo è diversa da quella che riguarda il secondo. La fattispecie dannosa solo lato sensu è la stessa.

In sostanza, si potrebbe dire che l'art. 36 contiene una disposizione che disciplina il danno da illegittimità del termine e che, tuttavia, a seconda della fattispecie di riferimento, essa produce due distinte regole sulla riparazione del danno che assolvono a funzioni molto diverse tra loro e che sono tutt'altro che coincidenti.

A dire il vero, questo problema si rinviene anche nella sentenza resa dalle Sezioni Unite che, fondamentalmente, hanno eclissato il primo motivo d'impugnazione, con il quale si sottolineava che il lavoratore aveva richiesto non il c.d. danno comunitario di cui all'art. 36, d.lgs. 165/2001, ma il danno correlato alla conversione del contratto.

Una simile questione, strettamente inerente l'art. 112 c.p.c., non pare però secondaria. E, ovviamente, altro discorso è quello che andrebbe fatto nell'ipotesi in cui, comunque, il lavoratore abbia richiesto, già in primo grado, anche il danno di cui all'art. 36, d.lgs. 165/2001 e

tale domanda sia rimasta assorbita dall'accoglimento della domanda principale volta alla trasformazione del vincolo.

Giuseppe Cannati

I

Corte di Appello di L'Aquila, 2.11.2017, n. 889 – L.M. s.r.l. c. A.; Est. D. M.L. Ciangola

Licenziamento collettivo – criteri di scelta – violazione – interesse ad agire

La titolarità dell'interesse ad impugnare un licenziamento intimato in violazione dei criteri di scelta è ravvisabile soltanto nei lavoratori che hanno subito in concreto gli effetti della illegittimità, in quanto determinante la loro collocazione in mobilità.

(Omissis)

La società L.M. ha proposto reclamo, ai sensi dell'art. 1, comma 58, della legge 92/2012, avverso la sentenza indicata in epigrafe che ha respinto l'opposizione proposta contro l'ordinanza emessa in data 29.01.2016 ex art. 1, comma 49, della medesima legge, all'esito della fase sommaria, con la quale era stata accolta la domanda del lavoratore (*omissis*) di accertamento della illegittimità del licenziamento intimatogli in data 23.12.2013 all'esito della procedura di licenziamento collettivo avviata, ai sensi della legge n. 221/91, il 21.12.2013 ed essa società condannata a reintegrare (*omissis*) nel posto di lavoro, nonché a risarcirgli il danno ex art. 18, comma 4, legge 300/70 mediante corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (pari ad euro 1. 469,95) ed al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali, detratto quanto eventualmente percepito dal lavoratore a titolo di *aliunde perceptum*, oltre accessori.

In particolare, ha reclamato detta sentenza: 1) nella parte in cui ha respinto l'eccezione pregiudiziale ed assorbente formulata da essa società di difetto di interesse ad agire del lavoratore (assunto con livello AE2 — area esecutiva — addetto al reparto imballaggio reparto 14 della “seconda lavorazione”), in forza della quale — anche a voler accedere alla tesi del lavoratore, secondo cui la scelta dei lavoratori da collocare in mobilità avrebbe dovuto essere effettuata nell'ambito dell'intero complesso aziendale e non del singolo reparto — il licenzia-

mento avrebbe, comunque, pronunciata dal Tribunale di Teramo in data 22.06.2017 investito (*omissis*), per come risultava dal doc. 1, il quale perciò, non avrebbe avuto un interesse concreto ad agire, per violazione e falsa applicazione dell'art. 100 cpc ovvero dell'art. 1441 cod. civ. in relazione agli artt. 4, 5 e 17 della legge n. 223/91 e, segnatamente, per non aver considerato che il lavoratore non aveva contestato che applicandosi la graduatoria "unica" di cui al doc. 1 (il cui risultato intrinseco neppure era stato contestato) egli sarebbe stato egualmente ricompreso nel novero dei licenziati, sicché la statuizione peccava di astrattezza in quanto avrebbe dovuto comunque verificare se in concreto la violazione dei criteri di scelta avesse avuto o meno influenza sul licenziamento impugnato, non potendo prescindere dalla c.d. prova di resistenza nelle controversie aventi ad oggetto selezioni o procedure comparative, come quella disciplinata dalla legge n. 221/1991;

2) nella parte in cui ha ritenuto che la comparazione avrebbe dovuto essere effettuata nell'ambito dell'intero complesso aziendale, sul presupposto della piena fungibilità delle mansioni nell'ambito dei vari reparti, in accoglimento della censura del lavoratore secondo cui tra i lavoratori addetti alla cd. "prima lavorazione" (più complessa e qualificata) e quelli addetti alla "seconda lavorazione" (ove si svolgono operazioni meramente esecutive ed alla quale era addetto (*omissis*)) vi era piena fungibilità, per violazione e falsa applicazione e/o interpretazione dell'art. 5 della legge n. 221/91 nonché dell'art. 132, n. 4, cpc e dell'art. 11, comma 6, Cost. e, segnatamente, per aver ignorato le risultanze della perizia tecnica redatta dall'ing. (*omissis*) avvalorata dalla testimonianza di (*omissis*), responsabile della prima lavorazione ma anche dai testi (*omissis*) e (*omissis*) circa la differenza netta, quasi insormontabile (se non dopo una lunga formazione) tra la prima lavorazione e seconda lavorazione, avendo il giudice di prime cure dato rilievo, in particolare, a testimoni "incrociati" ossia a testimoni che erano contemporaneamente anche parte ricorrente, interessati ad affermare il contrario; 3) nella parte in cui dalla attribuzione della qualifica superiore ai lavoratori (*omissis*) (già con qualifica AE) ha ritenuto alterato il giudizio di fungibilità e conseguentemente anche la comparazione tra i lavoratori, per violazione e falsa applicazione e/o interpretazione dell'art. 5 della legge n. 221/91 nonché dell'art. 132, n. 4, c.p.c. e dell'art. 11, comma 6, Cost. stante che dalla prova testimoniale era emerso che l'attribuzione del livello superiore (qualifica AS) non era stata

affatto un escamotage per sottrarli alla comparazione diretta con l'Antonacci (qualifica AE) bensì un doveroso riconoscimento ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. senza il quale sarebbero potuti insorgere giudizialmente gli stessi (*omissis*) e (*omissis*), atteso che la comparazione — da effettuarsi nel rispetto dei canoni di correttezza e buona fede — non poteva che tenere conto della “concreta” situazione di fatto e non già dell'inquadramento formale (ove non corrispondente alle effettive mansioni svolte).

Ha concluso, perciò, come sopra.

Ha resistito l'appellato contestando specificamente tutti i motivi di reclamo ed eccependo la non utilizzabilità dei documenti 1, bis e 1 ter depositati dalla società reclamante in fase sommaria in quanto redatti dopo la procedura di mobilità e quindi inidonei a sostituirsi alla graduatoria ufficiale del 4/1/2014 trasmessa alla Provincia di Teramo settore politiche del lavoro — procedure di mobilità in data 4/1/2014 (prot. n. 10598 del 10/1/2014).

Il reclamo è fondato e merita accoglimento.

In particolare, è fondato il primo motivo di reclamo che ha caratteri preliminari ed assorbenti.

In punto di diritto questa Corte ritiene di fare applicazione del principio di diritto affermato dalla Suprema Corte (tra tutte vedi Cass. seni. n. 24558 del 11/2/2016) per cui, premesso che la invalidità del licenziamento per violazione dell'articolo 5, 111 comma legge 223/1991 è riconducibile alla forma dell'annullabilità, “vizio connotante la tutela di un interesse di parte, secondo la previsione dell'articolo 1441 co. 1 cc.” e non a quella della nullità, “sanzione conseguente alla violazione delle norme di ordine pubblico (articoli 1418 e 1343 c.c.), la azione di annullamento è proponibile non già da chiunque vi abbia interesse (e dunque in ragione del semplice interesse ad agire), ma soltanto da parte dei soggetti titolari dell'interesse — di diritto sostanziale — protetto dalla norma. Nella fattispecie dell'annullabilità del licenziamento per violazione dei criteri di scelta l'annullamento non può dunque essere domandato indistintamente da ciascuno dei lavoratori licenziati; ove la violazione non abbia influito sulla collocazione in mobilità del lavoratore questi resterebbe titolare sul piano sostanziale piuttosto che dello specifico interesse protetto dalla norma, di un indifferenziato interesse alla legalità della azione del datore di lavoro. Soltanto coloro che, tra i lavoratori, abbiano in concreto subito gli effetti della illegittimità, in

quanto determinante la loro collocazione in mobilità, hanno un interesse qualificato e sono destinatari della tutela apprestata dalla norma dell'articolo 5 L. 223/1991".

Nella specie il giudice di primo grado, pur affermando che la valutazione dell'interesse ad agire "va fatta in modo obiettivo ed in relazione alla fattispecie concretamente dedotta, riferita all'attualità", tuttavia non ha compiuto alcuna indagine in concreto circa le conseguenze della dedotta violazione delle regole di assegnazione dei punteggi e della loro comparazione rispetto alla posizione del lavoratore licenziato.

L'esito in questa sede di detta indagine porta ad escludere in capo all'*(omissis)* di un concreto interesse ad agire.

Preliminarmente occorre rilevare che i documenti n. 1 bis e 1 depositati dalla società reclamante nella fase sommaria non sono altro rispettivamente che una ristampa più leggibile della graduatoria finale, allegata alla comunicazione in data 4.01.2014 alla Provincia di *(omissis)* (in allegato al doc. 8 con timbro prot. n. 10598 del 10.01.2014 della Provincia di *(omissis)* e inserita dal reclamato nella propria comparsa di costituzione in questa sede), e una diversa rappresentazione dei medesimi dati organizzati secondo l'ordine crescente dei punteggi già assegnati a ciascun dipendente e non modificati.

I documenti *de quibus*, in quanto del tutto conformi alla richiamata graduatoria finale, appaiono senz'altro utilizzabili ai fini che qui interessano.

Ciò posto, anche a voler ritenere la fondatezza di tutte le censure mosse dal lavoratore ai criteri di scelta applicati dalla società reclamante e, quindi, procedere alla valutazione comparativa di tutti i dipendenti, a prescindere dalla lavorazione cui erano adibiti, riducendo i punteggi assegnati ai dipendenti *(omissis)* e *(omissis)* a 12,76 e quello di *(omissis)* a 15,09, l'*(omissis)* rientra comunque tra i lavoratori da avviare alla mobilità e quindi al licenziamento, collocandosi nell'ordine crescente dei punteggi nella nova posizione rispetto a 42 unità da licenziare.

Le considerazioni che precedono, di carattere assorbente, impongono la totale riforma della sentenza impugnata, con reiezione delle domande proposte dal reclamato con il ricorso introduttivo.

Ne consegue che — come già è enunciato — l'appello deve essere accolto e la sentenza impugnata integralmente riformata, stante la legittimità del licenziamento intimato a *(omissis)*

NOTA: NOVITÀ IN TEMA DI LICENZIAMENTI COLLETTIVI

1. La Corte di Appello di L'Aquila ha riformato la sentenza emessa dal Tribunale di Teramo di accoglimento del ricorso presentato da un lavoratore che, licenziato a seguito di una procedura di riduzione del personale, aveva impugnato il recesso sostenendo la violazione dei criteri di scelta da parte del datore di lavoro. Il giudice di primo grado, quindi, ha disposto la reintegrazione del lavoratore ed ha condannato, altresì, il datore di lavoro al risarcimento del danno previsto dall'art. 18, comma 4, della legge n. 300 del 1970.

La Corte, tuttavia, in riforma della sentenza impugnata, ha rigettato la domanda del lavoratore perché ha ritenuto di accogliere l'eccezione preliminare sollevata dall'imprenditore sul difetto di interesse ad agire del lavoratore, che non avrebbe fornito la prova del fatto che la violazione dei criteri di scelta da parte del datore di lavoro è stata determinante la decisione di procedere al suo licenziamento. In sostanza, il dipendente non aveva fornito la prova che anche se il datore di lavoro avesse correttamente seguito i criteri di scelta egli non sarebbe stato effettivamente licenziato. Il giudice di secondo grado, aderendo ad un orientamento della Corte di Cassazione, ha motivato la propria decisione in ragione del principio secondo cui "soltanto coloro che, tra i lavoratori licenziati, abbiano in concreto subito gli effetti della illegittimità, in quanto determinato la loro collocazione in mobilità, hanno un interesse qualificato e sono destinatari della tutela apprestata dalla norma dell'art. 5 legge n. 233 del 1991". Il medesimo principio, invero, è stato sostenuto anche dalla Corte di Cassazione in recenti decisioni¹.

La sentenza, di estremo interesse, consente di svolgere alcune considerazioni su una materia, quale quella dei licenziamenti collettivi, che, a seguito delle recenti riforme che hanno interessato il diritto del lavoro, si caratterizza per una riduzione delle tutele dei lavoratori coinvolti in processi di riorganizzazione imprenditoriale e per una svalutazione del ruolo e della funzione delle organizzazioni sindacali, in piena coerenza con una politica del diritto che ha caratterizzato le riforme degli ultimi anni.

2. La legge n. 223/1991, infatti, è stata modificata dall'art. 1, commi 44-46, della legge n. 92/2012. La riforma, come è noto, ha inciso su

1. Cass., sez. lav., 24.8.2017, n. 20335; Cass., sez. lav., 31.5.2017, n. 13803.

due versanti. Da un lato, essa ha modificato alcuni oneri procedurali, al fine di rendere più agevole, per il datore di lavoro, l'avvio della fase di informazione e consultazione sindacale e, contestualmente, di ridurre il rischio di contenzioso giudiziario affidando all'autonomia collettiva il compito di sanare eventuali vizi della comunicazione iniziale. Dall'altro lato, è stato rivisitato il regime delle sanzioni in caso di illegittimità del licenziamento intimato a seguito della procedura prevista dall'art. 4 della legge n. 223/1991.

Quest'ultimo tipo di intervento, ispirato a rendere omogenee le conseguenze sanzionatorie in caso di licenziamenti individuali e collettivi illegittimi, è sicuramente quello di maggiore impatto sistematico, soprattutto alla luce del superamento della distinzione tra collocamento in mobilità e licenziamento collettivo². Proprio la scelta del legislatore di introdurre una disciplina unica in materia di licenziamento collettivo, di cui quello intimato a seguito dell'intervento della cassa integrazione diviene una delle ipotesi possibili "di riduzione o trasformazione di attività o di lavoro", richiederebbe, secondo una parte della dottrina, di mettere in discussione un impianto argomentativo che appare oggi insoddisfacente³. Altri studiosi, tuttavia, hanno ridimensionato la portata degli interventi di riforma del 2012, perché avrebbe introdotto soltanto alcuni correttivi, nella direzione indicata, peraltro, dalla giurisprudenza consolidata, pur ammettendo una regressione delle tutele sul piano sanzionatorio⁴. Altra parte della dottrina, invece, ha avuto modo di mettere in rilievo le "incongruenze" che la riforma ha introdotto nell'ordinamento e, in particolare, il differente ruolo che la procedura sindacale assume nel mutato contesto normativo⁵.

Non è certamente possibile analizzare compiutamente le posizioni assunte in ambito scientifico⁶. Tuttavia, si tratta di verificare se gli

2. Di "travisamento dello stesso impianto legislativo del 1991" parla LAMBERTUCCI 2013, 243.

3. CARABELLI, GIUBBONI, 2013, 392.

4. Secondo FERRARO 2015, 323, in realtà, "la riforma Fornero si era limitata ad introdurre ritocchi relativamente secondari ... ma aveva lasciato invariato l'impianto di base della l. 223/1991", mentre soltanto con l'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 il legislatore "ha completamente stravolto il tradizionale equilibrio normativo, che ora va integralmente ridisegnato". Per Sartori 2014, 625 questi "timori devono essere relativizzati" in quanto la reintegrazione dei lavoratori potrebbe essere sempre garantita a seguito di un procedimento promosso ai sensi dell'art. 28 Stat. lav.

5. Cfr. NATULLO 2015a, 545; LAMBERTUCCI 2013, 242 ss.; MARETTI 2013, 707 ss.

6. Si rinvia, a tal fine, a SARTORI 2014.

orientamenti della giurisprudenza formatasi nel corso degli anni possono essere ritenuti ancora coerenti con l'impianto normativo vigente, soprattutto alla luce del nuovo regime sanzionatorio.

A parte le ipotesi del licenziamento nullo od inefficace perché intimato senza forma scritta⁷, che comportano l'applicazione della tutela reintegratoria con indennizzo pieno, il legislatore, in discontinuità col passato, ha ricondotto nell'area della annullabilità il licenziamento intimato in presenza di vizi del procedimento, allo stesso modo di quello comunicato senza rispettare i criteri di scelta. Nel primo caso, tuttavia, la tutela prevista è quella indennitaria, da dodici a ventiquattro mensilità, mentre nell'altro la legge prevede la reintegrazione, con risarcimento del danno pari a massimo a dodici mensilità⁸.

La riforma del 2012, nella sostanza, ha equiparato la violazione della procedura sindacale ad una delle ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, con la conseguenza che, in tal caso, deve applicare la tutela indennitaria prevista dal quinto comma⁹. Non vi può essere dubbio che questo tipo di regime sanzionatorio ha un elevato impatto sistematico e non è arbitrario sostenere che la riforma del 2012 ha sostituito un modello regolativo fondato sulla dimensione collettiva¹⁰ ad un altro che, invece, valorizza l'aspetto individuale del fenomeno, tendendo verso una equiparazione con la disciplina in materia di licenziamenti individuali.

La procedura sindacale, fino al 2012 e coerentemente con la direttiva europea¹¹, rappresentava, infatti, una condizione di efficacia del

7. Che rappresenta, invero, un "caso di scuola", come ha sottolineato NATULLO 2015a, 547.

8. La disciplina, invero, è differente con riferimento agli assunti con il contratto a tutele crescenti. Ai sensi dell'art. 10 d.lgs. 23/2015, infatti, la violazione della procedura e quella dei criteri di scelta sono sanzionati, per gli assunti a tempo indeterminato dopo il 7 marzo 2015, esclusivamente con la tutela indennitaria. Tuttavia, i casi affrontati dalle sentenze in esame hanno riguardato tutti lavoratori con una maggiore anzianità aziendale.

9. Sotto questo profilo, quindi, non sembra corretto affermare che vi sia stata una "parificazione dei vizi procedurali (del licenziamento collettivo) con i vizi formali del licenziamento individuale" (LAMBERTUCCI 2013, 257).

10. Parla, non a caso, di "supremazia ... dei profili (e interessi) quantitativi e collettivi (sindacali) su quelli individuali e, per altro verso, dei profili procedurali su quelli quantitativo-sostanziali" NATULLO 2015b, 633.

11. Come ricordato, di recente, da NATULLO 2015a, 543 e sottolineato già da CARABELLI 2001, 118.

licenziamento collettivo. In pratica, era il confronto collettivo sulle ragioni della riduzione o della trasformazione di lavoro che, se svolto in modo corretto e veritiero, attribuiva all'imprenditore il potere di procedere alla riduzione del personale e non la sussistenza della causale economico-organizzativa¹². Di conseguenza, il vizio della procedura impediva, a monte, il sorgere del potere di recesso e ciò spiega perché, in questo caso, la sanzione era quella della inefficacia dei licenziamenti e non quella della loro annullabilità, prevista, invece, nel distinto caso della violazione dei criteri di scelta.

È noto, in proposito, che la giurisprudenza, proprio in ragione della descritta funzione assegnata alla procedura sindacale è arrivata a sostenere la sottrazione al giudice del compito di verificare la sussistenza delle ragioni poste alla base della riduzione del personale¹³, con la conseguenza che la valutazione circa l'inefficacia o l'illegittimità dei recessi deve essere effettuata esclusivamente sulla correttezza della procedura seguita od il rispetto dei criteri di scelta seguiti per la selezione del personale con cui risolvere il rapporto lavorativo. Al contrario, l'attuale legislazione, in discontinuità con il precedente modello regolativo, esclude che la procedura sindacale possa incidere sul potere

12. Secondo P. LAMBERTUCCI 2013, 246, "il licenziamento collettivo ... si caratterizzava per il carattere procedurale, che, però, ... si risolve in una codeterminazione nella gestione delle eccedenze di personale e, pertanto, viene ad incidere sulla sostanza dell'esercizio del potere (di licenziamento) del datore di lavoro", a cui si rinvia anche per le indicazioni bibliografiche.

13. La Cassazione, infatti, ha ribadito che "la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinate di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati articoli 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di un'indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva" (Cass. 22.12.2014, n. 27237).

di recesso, ma equipara la sua violazione ad una delle "altre ipotesi in cui (il giudice) accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo". La procedura, da elemento che attribuisce il potere di recesso passa ad essere un profilo che attiene alla legittimità dell'esercizio del potere, di cui il datore di lavoro è comunque titolare.

Le decisioni di merito che sono state assunte a seguito della riforma, comunque, si collocano nel solco dell'orientamento ormai tradizionale della giurisprudenza di legittimità¹⁴ e, da questo punto di vista, si mostrano insensibili a proposte interpretative che, sebbene già avanzate con riferimento alla disciplina previgente, potrebbero trovare maggiori consensi a seguito della riforma.

L'interrogativo è se il mutato scenario può giustificare un mutamento di orientamento da parte dei giudici, nel senso indicato da quella dottrina che, preso atto della svalutazione, ad opera del legislatore, della funzione della procedura sindacale, suggerisce di ritenere possibile, da parte del lavoratore estromesso, di contestare, sotto il profilo causale, il potere dell'imprenditore di procedere ad un licenziamento collettivo¹⁵. Questa lettura ha il merito di evitare irragionevoli disparità di trattamento di situazioni che il legislatore, con ogni evidenza, ha inteso equiparare sotto il profilo delle tutele. Se la violazione della procedura non comporta più l'inefficacia del licenziamento con la conseguente reintegrazione dei dipendenti, ma configura un vizio che attiene all'esercizio del diritto di recesso, non si comprende perché il lavoratore licenziato a seguito di una procedura di licenziamento collettivo non possa oggi contestare la sussistenza dei motivi posti alla base del recesso e, quindi, la veridicità della trasformazione o riduzione di attività o di lavoro, nello stesso modo in cui il lavoratore licenziato ai sensi della legge 604/1966 può contestare le ragioni economico-organizzative poste alla base della risoluzione contrattuale.

Questa conclusione, tuttavia, che presuppone la natura causale del licenziamento collettivo, potrebbe essere ritenuta impedita dall'art. 5, comma 3, della legge 223/1991. Questa disposizione, infatti, nell'individuare le conseguenze sanzionatorie connesse alle violazioni procedu-

14. A. Roma 23.6.2015, in *ilgiuslavorista.it* 2015, 3 novembre; T. Palermo 29.1.2014, reperibile in *DeJure*; Cass. 26.8.2013, n. 19576, in *Giust.civ. Mass.*, 2013; Più di recente, anche T. Milano 21.10.2016; T. Chieti 3.10.2016, entrambe inedite.

15. CARABELLI, GIUBBONI 2013, 392.

rali rinvia esclusivamente al terzo periodo del settimo comma dell'art. 18, che fa riferimento alla tutela di cui al quinto comma e, cioè, quella esclusivamente indennitaria. Il mancato richiamo al quarto comma impedirebbe al giudice di valutare la sussistenza della ragione economico-organizzativa, con l'impossibilità del lavoratore di essere reintegrato anche se essa fosse manifestamente sussistente¹⁶. La questione meriterebbe maggiore approfondimento, che non è certamente possibile compiere in questa sede. Vero è che se dovesse accreditarsi la tesi della natura causale del licenziamento collettivo una disparità di trattamento sotto il profilo sanzionatorio così evidente non potrebbe essere ritenuta ragionevole da un punto di vista dei valori costituzionali.

3. Nella controversia decisa dalla Corte di Appello di L'Aquila si era posto il problema di valutare la corretta applicazione dei criteri di scelta adottati in sede dell'accordo sottoscritto con le organizzazioni sindacali¹⁷ e, in particolare, se fosse da ritenere legittima la riduzione di personale effettuata con riguardo soltanto ad alcuni reparti aziendali e non in ragione dell'intero complesso aziendale.

In sostanza, si tratta di comprendere se il riferimento, contenuto nell'art. 5, alle "esigenze tecnico-produttive dell'intero complesso aziendale", possa indurre a ritenere legittima la scelta effettuata dal datore di lavoro di limitare la platea dei lavoratori in esubero con riferimento ad uno specifico reparto o divisione interessato dalla cessazione del lavoro.

La questione, in verità, non è nuova ed è stata affrontata in più di un'occasione dalla giurisprudenza, anche di legittimità, che è giunta, ormai, ad un orientamento consolidato. In particolare, la Cassazione ha avuto modo di affermare che "nel caso in cui sia disposta la chiusura di un settore o ramo d'azienda, la comparazione dei lavoratori da avviare alla mobilità può essere effettuata avendo riguardo soltanto ai lavoratori addetti al settore o al ramo interessato dalla chiusura e non a quelli addetti all'intero complesso organizzativo e produttivo, qualo-

16. Di "complicazione letterale" ha parlato Cester 2012, 584, che, tuttavia, non ha nascosto il sospetto che ciò forse nasconda "l'intento di escludere che anche la totale omissione della procedura ... possa in qualche modo determinare l'applicazione della tutela reintegratoria".

17. SARTORI (2014, 623) lamenta il fatto che il legislatore non sia intervenuto per risolvere alcuni contrasti interpretativi in ordine all'ambito di applicazione dei criteri di scelta.

ra si accerti che questa riguardi in via esclusiva detto settore o ramo d'azienda"¹⁸.

Tuttavia, la stessa giurisprudenza di legittimità, proprio per giustificare questo tipo di interpretazione, poco rispettosa del tenore letterale della disposizione, afferma che la scelta dei lavoratori da licenziare deve tenere conto anche degli addetti in altri reparti, non oggetto di ristrutturazione o soppressione, che abbiano una professionalità equivalente ai lavoratori adibiti al settore di cui si sia decisa la cessazione dell'attività.

I giudici, quindi, nell'individuazione dei lavoratori che devono essere oggetto di comparazione, hanno utilizzato un concetto, quello di fungibilità delle mansioni, che presuppone una valutazione dei "compiti che rientrano nel bagaglio professionale, con riferimento anche alla classificazione del personale contenuta nella contrattazione collettiva di riferimento, pur dovendosi precisare che occorre dare preminente rilievo al profilo professionale, potendo la categoria d'inquadramento constare, appunto, di più e distinti profili professionali" (principio espresso da tutte e tre le sentenze).

Nel caso concreto, i giudici hanno ritenuto che il datore di lavoro avrebbe dovuto "procedere a raggruppare i dipendenti con professionalità fungibili – anche sulla scorta della classificazione contenuta nel contratto collettivo applicato e tenuto conto dei principi dettati dall'art. 2103 c.c. – e procedere nell'ambito delle stesse all'applicazione degli altri criteri indicati nell'accordo" sindacale. In caso di contestazione, inoltre, da parte del lavoratore estromesso, è il datore di lavoro che deve fornire la prova in giudizio delle condizioni che abbiano impedito la comparazione dei dipendenti del settore interessato dalla riorganizzazione con quelli degli altri reparti¹⁹ e, quindi, la loro infungibilità professionale.

In sostanza, il riferimento alle "esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale" consente al datore di lavoro di individuare parte dei propri dipendenti quali potenziali destinatari del licenziamento, da selezionare poi in concreto mediante i criteri di scel-

18. Cass. 6.11.2013, n. 24990; Cass. 11.7.2013, n. 17177; Cass. 12.11.2012, n. 19644; Cass. 31.7.2012, n. 13705, *Giust. civ.* 2012, 7-8, 1005 ss.; T. Milano 14.11.2012.

19. A. Bari 5.4.2016, n. 2169; T. Roma 20.5.2015; T. Torino 5.5.2015, tutte reperibili in *De Jure*.

ta sindacali e/o legali, a condizione che siano comparati i lavoratori che, all'interno del complesso aziendale, svolgano mansioni tra di loro fungibili²⁰.

Questo orientamento sembra essere più ispirato, più che al rispetto delle regole ermeneutiche, all'esigenza pratica di evitare una valutazione giudiziaria sull'intero complesso aziendale che, in caso di imprese di grandi dimensioni, sarebbe estremamente difficoltoso, se non impossibile. In base ad una interpretazione letterale della disposizione, infatti, "complesso aziendale" non può che significare l'intera azienda o, al limite, una parte di essa dotata di autonomia funzionale.

Ma, a prescindere da tale aspetto, si tratta di comprendere se questo tipo di interpretazione è attualmente compatibile con l'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c. La sentenza in esame, così come l'orientamento assolutamente prevalente della giurisprudenza di legittimità, ai fini della dimostrazione della fungibilità delle mansioni fanno riferimento alla professionalità acquisita nel corso del rapporto da parte dei dipendenti. Esse, inoltre, attribuiscono all'inquadramento contrattuale un rilievo relativo ad "un indice presuntivo" della fungibilità o meno dei dipendenti da selezionare. A prescindere, infatti, dal formale inquadramento, il lavoratore licenziato potrebbe dimostrare in giudizio di essere in possesso di una professionalità equivalente a quella di altri dipendenti che, al contrario, non sono stati presi in considerazione nella fase di selezione dei lavoratori da licenziare.

Per effetto delle modifiche dell'art. 2013 c.c., invece, l'inquadramento formale dei dipendenti assume un rilievo centrale²¹. La disposizione, infatti, induce l'interprete a ritenere equivalenti tutte le mansioni riconducibili ad un medesimo livello di inquadramento. Di conseguenza, in base al principio espresso dalla giurisprudenza richiamata, il lavoratore potrebbe contestare la violazione dell'art. 5 se il datore di lavoro non dovesse applicare i criteri di scelta con riferimento a tutti i dipendenti di un medesimo inquadramento ed a prescindere dalla professionalità in concreto posseduta dai suoi dipendenti. Per la stessa ragione, la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. impedisce al datore

20. Cass. 14.6.2007, n 13876; Cass. 23.6.2006, n 14612; Cass. 11.7.2013, n. 17177. Cfr., in ultimo, T. Milano 21.10.2016, inedita.

21. Cfr. Pisani 2015.

di lavoro di essere ammesso a fornire la prova dell'infungibilità delle mansioni di qualcuno tra quelli inquadrati nel medesimo inquadramento professionale stabilito dal contratto collettivo, per escluderlo dall'insieme dei lavoratori da selezionare ai fini del licenziamento.

4. Con riferimento alle tutele da riconoscere al lavoratore licenziato in violazione dei criteri di scelta la giurisprudenza di merito che si è formata a seguito della riforma del 2012 ha fino ad ora assunto orientamenti discordanti.

In alcune occasioni, i giudici di merito, dopo aver accertato la violazione dei criteri di scelta da parte del datore di lavoro, il giudice ha ritenuto di non poter ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro, perché i ricorrenti non avevano fornito dati, sufficientemente precisi, dai quali poter desumere se i criteri di scelta fossero stati correttamente applicati essi sarebbero stati esclusi dalla dichiarazione di esubero. Secondo questo orientamento, il fatto che il datore di lavoro abbia errato nella individuazione dei lavoratori comparabili non comporta automaticamente che siano stati violati i criteri di scelta. Di conseguenza, il lavoratore deve allegare e provare in giudizio "il risultato vantaggioso conseguibile all'esito del corretto procedimento di selezione, precisando il nominativo delle persone che avrebbero dovuto essere licenziate e specificando in virtù di quale criterio falsamente applicato sarebbe dovuto intervenire" ²².

Questa tesi, che sembra essere sostenuta anche dalla Corte aquilana nella sentenza in esame, tuttavia, non è condivisibile. Non vi può essere dubbio, intanto, che l'errore nell'individuazione dei lavoratori da licenziare in relazione alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale rappresenta una violazione che comporta, per stessa previsione dell'art. 5, la sanzione prevista dal quarto comma dell'art. 18.

È principio maggioritario, del resto, che, a fronte di una specifica contestazione della non corretta applicazione dei criteri di scelta, è onere del convenuto dimostrare il contrario e, cioè, che il licenziamento è legittimo perché il dipendente è stato selezionato in conformità ai criteri concordati in sede di accordo sindacale. Tuttavia, il datore di

22. Trib. Civitavecchia, 4.8.2015.

*lavoro, nel difendersi in giudizio, deve prendere posizione sui fatti allegati dal lavoratore, dal momento che "sebbene la prova dell'avvenuto rispetto dei criteri di scelta dei dipendenti da licenziare sia a carico del datore di lavoro, tale onere non deve riguardare, analiticamente, le posizioni di ciascun lavoratore, ma deve superare le contestazioni che, sul punto, siano state svolte dalla controparte, le quali, in base al principio di allegazione, devono presentare un minimo di specificità, in modo tale da consentire al datore di lavoro di assolvere l'onere probatorio a suo carico"*²³.

*Ecco perché è maggiormente condivisibile ritenere che in questo caso si applica la tutela della reintegrazione, se il datore di lavoro non fornisce la prova di aver correttamente applicato i criteri di scelta e senza richiedere al lavoratore di assolvere a particolari oneri probatori. La Corte di Appello di Roma, con la sentenza del 7.6.2016, ha condiviso questa seconda interpretazione, ritenuta maggiormente condivisibile alla luce dei principi in materia di onere della prova e di quelli allegatori, ribaditi anche dalla Corte di Cassazione*²⁴.

*A tal proposito, possono essere utilmente richiamati alcuni principi espressi di recente dalla Cassazione con riferimento al cd. obbligo di repechâge*²⁵. *In quell'occasione, la Corte ha affermato che il lavoratore, una volta impugnato il licenziamento, non ha alcun onere di allegazione dei posti disponibili a cui il datore di lavoro avrebbe potuto adibirlo in alternativa al licenziamento, dal momento che l'onere della prova dell'impossibilità di ricollocazione grava interamente sul datore di lavoro. Le conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione si fondano sul alcuni principi di carattere processuale, certamente applicabili anche nell'ipotesi dell'impugnazione di un licenziamento per violazione dei criteri di*

23. Cass. 6.7.2000, n. 9045, in *Giust. civ. Mass.* 2000, p. 1508.

24. La Cassazione, infatti, ha affermato che "in tema di licenziamenti collettivi, a fronte della pretesa del lavoratore che assuma in giudizio l'inosservanza, la mancata indicazione o la genericità dei criteri di scelta, l'osservanza, al pari dell'esistenza di tali criteri, della cui prova è onerato il datore di lavoro, assume il valore di fatto impeditivo, che deve essere allegato nella comparsa di costituzione, con il relativo corredo istruttorio. Le contestazioni del lavoratore licenziato circa i propri titoli prioritari per la conservazione del rapporto assumono quindi il valore di fatti costitutivi di secondo grado, da dedurre nella prima difesa utile, in replica alle difese del datore di lavoro convenuto, e cioè normalmente in limine dell'udienza di discussione" (Cass. 23.12.2009, n. 27165, in *Guida al diritto*, 2010, 6).

25. Il riferimento è alla nota Cass. 22.6.2016, n. 5592, a cui hanno fatto seguito altre pronunce di legittimità che hanno sostenuto il medesimo principio.

scelta. Il primo è che non è ravvisabile, nel nostro ordinamento, la possibilità di “divaricare” gli oneri di allegazione da quelli probatori. Di conseguenza, se l’onere della prova sull’esatta applicazione dei criteri di scelta, che comporta la legittimità del recesso, è a carico del datore di lavoro, questi deve allegare e provare di aver correttamente selezionato i dipendenti con cui risolvere il rapporto. Il secondo principio è quello della cd. “vicinanza della prova”, che è finalizzato ad evitare di rendere eccessivamente gravosa la dimostrazione del proprio diritto. Non v’è dubbio che, soprattutto con riferimento ad un licenziamento collettivo, sarebbe quasi impossibile al lavoratore, soprattutto quando l’esubero riguardi un numero consistente di lavoratori, dimostrare che, se l’imprenditore avesse correttamente applicato i criteri di scelta, avrebbe dovuto licenziare un determinato dipendente al suo posto.

Enrico Raimondi

Riferimenti bibliografici

- ANNIBALLI V. (2012), *Il trasferimento di “ramo d’azienda” nel fallimento e nell’amministrazione straordinaria: compatibilità della disciplina italiana con la normativa europea*, in RIDL, 2, p. 345 ss.
- CARABELLI U. (2001), *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, p. 111 ss.
- CARABELLI U., GIUBBONI S. (2013), *Il licenziamento collettivo*, in Chieco P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Bari, Cacucci, p. 391 ss.
- CESTER C. (2012), *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in ADL, 3, p. 547 ss.
- COSIO R. (2012), *I diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in RIDL, 2, p. 311 ss.
- FERRARO G. (2015), *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo, I*, Bari, Cacucci, p. 323 ss.

- LAMBERTUCCI P. (2013), *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012, n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni*, in *ADL*, 2, p. 242 ss.
- MARETTI S. (2013), *I licenziamenti collettivi*, in Pellacani G. (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, Giappichelli, p. 707 ss.
- NATULLO G. (2015a), *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *RIDL*, I, p. 525 ss.
- NATULLO G. (2015b), *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (l.n. 92/2012)*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, II, Bari, Cacucci, p. 633 ss.
- PETRELLA V. (2015), *Note minime in tema di oggetto della cognizione nella fase sommaria del c.d. rito "Fornero" e prospettazioni del ricorrente*, in Tiscini R. (a cura di), *Il processo del lavoro quarant'anni dopo. Bilanci e prospettive*, Napoli, Jovene, p. 24 ss.
- PISANI C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, Giappichelli.
- SARTORI A. (2014), *Prospettive sistematiche per i licenziamenti collettivi dopo la legge 92/2012*, in *RIDL*, I, 3, p. ___ e I, 4, p. 617 ss.
- SPEZIALE V. (2006), *Il trasferimento d'azienda tra disciplina nazionale ed interpretazioni vincolanti della Corte di Giustizia Europea*, W.P. Massimo D'Antona-46/2006.

Tribunale di L'Aquila – Sentenza 10/10/2017 n. 607 – Presidente Rel. Ferrari – B.P.B. Scpa c/ C.D.G.

Tribunale di L'Aquila – Sentenza 10/10/2017 n. 608 – Presidente Rel. Ferrari – B.P.B. Scpa c/ A.D.M.

Società – Società di capitali – Amministratori – Rapporto di mandato e rapporto gestorio – Azione di responsabilità – Condotta, danno e nesso eziologico – Onere di allegazione e prova – Prova della

responsabilità dell'amministratore – Sufficienza, da parte dell'attore, della prova del solo pregiudizio subito dalla società – Necessità, da parte del convenuto, della dimostrazione della propria condotta diligente

Le vicende dei rapporti di mandato, contemplanti attività esecutive complesse attuate in un periodo di lunga durata, in genere non inferiore alla durata minima della carica, si prestano ad ovvi equivoci in tema di oneri di allegazione. Il titolare del diritto (la società e i soci) invero non ha che da allegare quanto accaduto – il titolo del diritto (il rapporto institorio) e il pregiudizio –, ipotizzando che quest'ultimo derivi da quanto non accaduto – l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligato.

Chi propone l'azione di responsabilità è in buona sostanza onerato della allegazione e dimostrazione di null'altro che il pregiudizio (il rapporto negoziale e le parti dello stesso sono rappresentati dalle risultanze del Registro delle Imprese): compito agevole laddove vi siano perdite patrimoniali e conti economici negativi risultanti dal bilancio. Agli amministratori convenuti spetta allegare e dimostrare la propria condotta spiegante effetti nel processo causale che può aver prodotto il disvalore rilevato in contabilità. (I)

Società - Di capitali - Società per azioni - Organi sociali - Amministratori - Responsabilità - Responsabilità degli amministratori non operativi - Onere di allegazione - Precisa esposizione dei fatti nei quali ravvisare il concorso ad ogni singola operazione produttiva di danno - Necessità

Non può individuarsi un vincolo di solidarietà in mancanza della precisa esposizione dei fatti nei quali ravvisare il concorso di determinati amministratori in relazione ad ogni singola operazione produttiva di danno (II).

(Omissis)

BANCA T. (ora Banca P.B. a seguito di fusione) ha proposto azione di responsabilità nei confronti di amministratori, direttori generali e sindaci in carica fino al provvedimento del 30/4/12 con cui il Ministero dell'Economia e Finanze ha disposto lo scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e controllo, chiedendo accertamento della

responsabilità ascritta ai convenuti con pronuncia di condanna generica assistita da provvisoriale variamente dimensionata in ragione delle rispettive responsabilità evidenziate nella relazione ispettiva della Banca d'Italia prodotta all' all. 1 del fascicolo di parte. L'ispezione fu disposta a seguito della *constatazione del deterioramento dei profili tecnici della Banca registrato nel corso del 2011* e l'accertamento si concluse rilevando una crisi aziendale *non superabile con le sole capacità gestionali della Banca*, della quale è stato quindi proposto il commissariamento degli organi disposto con provvedimento del 30/4/12 del Ministero Economia e Finanze, con successiva autorizzazione dei commissari a proporre l'azione di responsabilità.

La causa, in origine proposta cumulativamente, è stata separata in ragione dei diversi titoli di responsabilità in base ai quali sono chiamati a rispondere i componenti dei vari organi, per funzioni e per epoca di carica. La parte convenuta del presente giudizio, C.D.G., non costituita, è stato vice presidente del consiglio di amministrazione dal 25/4/98 al 23/4/10. Tra il 28/3/04 e il 24/3/10 egli è stato comunque componente del comitato esecutivo del consiglio di amministrazione.

Parte attrice addebita ai convenuti una pluralità di condotte relative ad attività negoziali generatrici di erogazioni in grande misura non più recuperabili (sofferenze), evidenziando per alcune gravi profili di irregolarità nella concessione o nell'estensione del fido e nella gestione negoziale e contabile del rapporto. Tali operazioni verranno di seguito partitamente esposte in sede di analisi secondo la numerazione contenuta nella comparsa conclusionale attrice.

Con l'atto introduttivo è stata chiesta la condanna generica del D.G., con liquidazione di una provvisoriale di € 20.000.000, allegati danni per C 192.721.777. In sede di conclusioni definitive è chiesta condanna del convenuto al risarcimento dei danni di cui si ritenga conseguita prova, oltre interessi e rivalutazione.

Va preliminarmente osservato in ordine alla domanda introduttiva, che le conclusioni quantificate in calce con riferimento alla sola condanna generica vadano integrate con il *quantum* complessivamente indicato alla p. 88 (*VI. CONCLUSIONI*), che indica l'ammontare preteso in € 192.721.777,59.

Come emergerà dalle considerazioni che seguono, entro tale misura, tenuto conto degli oneri di allegazione e prova nelle azioni sociali di

responsabilità, la causa può ritenersi matura per la decisione sulla base delle allegazioni e delle produzioni di parte attrice, anche in ordine al *quantum debeatur*.

Al riguardo è indispensabile allo scrutinio dei vari profili di responsabilità addebitati agli amministratori la premessa metodologica che segue.

Affinché gli amministratori possano essere chiamati a rispondere dell'attività gestoria è che dal loro comportamento illecito sia derivato un danno giacché – in difetto dell'individuazione e della quantificazione sia pur sintetica di un danno – l'azione di responsabilità, attesa la finalità risarcitoria che la caratterizza, perde la propria stessa ragion d'essere. (Nella specie invero anche ciò che è esposto in termini di gravi irregolarità e illeciti gestionali, come le operazioni di cui ai paragrafi I. xx e le operazioni su azioni proprie, è collegato con pregiudizi patrimoniali).

Tra la condotta imputata agli amministratori e il pregiudizio arrecato alla società deve intercorrere un nesso eziologico. Dunque in sede di determinazione del *thema decidendum* e quindi di allegazione da parte di chi agisce, individuato e descritto il danno, occorre individuare, tra le possibili cause, la condotta dell'amministratore; condotta attiva, in assenza del quale il danno non si sarebbe prodotto; o condotta omisiva, laddove diritto positivo e regole logiche o d'esperienza comune o professionale esigano dall'amministratore il compimento di attività che avrebbero impedito il verificarsi del danno (trattasi ovviamente di schematizzazione semplificatoria, poiché in genere la condotta diligente si compone di atti da compiere e di atti da evitare). La precisazione che il danno non deve costituire il prodotto di circostanze estranee alla negligenza dell'amministratore è superflua, se l'indagine si compie su danno, condotta negligente e nesso eziologico.

Per quanto attiene alla quantificazione del danno derivato dalla condotta negligente degli amministratori, sarebbe banale precisare che occorre misurare lo specifico pregiudizio arrecato da ogni singola operazione lesiva del patrimonio sociale, se non fosse che in passato fu più volte affermato un metodo di quantificazione sintetico basato su calcoli differenziali di poste contabili (il c.d. deficit fallimentare pari a passivo meno attivo). Ciò non esclude il soccorso in via surrogatoria del metodo sintetico a quello analitico, in applicazione del principio

generale di liquidazione equitativa (art. 1226 cod. civ.) nei casi in cui la quantificazione analitica del danno sia impossibile al momento del processo e fosse molto difficilmente precostituibile o non esigibile dal danneggiato diligente (nella specie viene in rilievo l'assenza di un dovere di controllo del socio).

Nelle vicende in esame non ricorre propriamente esigenza del ricorso a liquidazioni equitative. La vicenda di posizioni debitorie inesigibili oltre una data misura attiene piuttosto alla valutazione del credito all'attivo patrimoniale, che va attualizzata, pur in pendenza di poco ottimistici tentativi di realizzo, sulla base dei criteri prudenziali che presiedono alla stima delle poste di un bilancio di esercizio.

Sotto tale profilo va puntualizzato che la quantificazione allo stato dell'istruttoria che verrà effettuata costituirà una liquidazione definitiva ad istruttoria esaurita e che l'eventuale difetto di analiticità del computo delle perdite su credito è l'effetto della valutazione della posta creditoria, che, in quanto tale, non è prodotto di computo analitico.

La premessa che precede va infine sviluppata nella dinamica processuale attraverso le puntualizzazioni necessarie in tema di oneri di allegazione e prova.

Dell'allegazione si è anticipato l'oggetto ed ovviamente compete in ogni caso a chi agisce; poiché l'allegazione concerne i fatti e quindi quanto accaduto, non occorre contempler – se non necessario per coerenza logico-argomentativa – la espressa esclusione di quanto non accaduto.

Le vicende dei rapporti di mandato peraltro, contemplanti attività esecutive complesse attuate in un periodo di lunga durata, in genere non inferiore alla durata minima della carica, si prestano ad ovvi (per il solo fatto di esser di frequente rinvenibili nella casistica) equivoci in tema di oneri di allegazione. Il titolare del diritto (la società e i soci) invero non ha che da allegare quanto accaduto – il titolo del diritto (il rapporto institorio) e il pregiudizio –, ipotizzando che quest'ultimo derivi da quanto non accaduto – l'inadempimento o l'inesatto adempimento dell'obbligato. Del resto, esigendosi il contrario, l'attore avrebbe agio di affermare l'integrale inesecuzione della prestazione, ripristinando così il proprio privilegio negoziale, con l'effetto di sottrarre alla dialettica processuale un prezioso contributo alla definizione del *thema probandum* (la selezione del contestato).

Non va trascurato del resto che nei rapporti *lato sensu* di mandato il privilegio contrattuale generale del soggetto attivo del rapporto obbligatorio (quello di esigere la dimostrazione dell'adempimento) ha una specificazione legale legata alle caratteristiche della prestazione (di durata, in cui la condotta – complessa e costituita da un rilevante numero di attività – ha rilievo primario rispetto al risultato), costituita dal diritto al rendimento del conto: il creditore legittimamente ignora ogni aspetto dell'attività esecutiva e ha il diritto a pretendere che gli venga narrata. Ulteriore avvertenza che l'analisi della casistica impone è quella di non equivocare sui termini di verifica dell'esattezza dell'adempimento dati dalla condotta e dal risultato (ci si riferisce alla ormai tramontata distinzione tra obbligazione di mezzi e di risultato): nella specie il rilievo primario dato alla condotta da rendicontare deriva dall'indeterminatezza del risultato richiesto all'amministratore, costituito dalla massimizzazione dei risultati economici complessivi (crescita patrimoniale, inclusiva delle aspettative, e dividendi), sicché è possibile verificare che il risultato ottenuto sia il massimo esigibile (con salvezza dell'incensurabilità della scelta economica derivata da una condotta professionalmente diligente) se è dimostrato che l'esecuzione della prestazione sia stata professionalmente diligente.

L'onere della prova è simmetrico all'onere di allegazione e, come questo, legato alla natura contrattuale della responsabilità. Sul punto la giurisprudenza di legittimità è ormai consolidata: secondo la Corte, nell'azione sociale di responsabilità, la società esaurisce il proprio onere probatorio dimostrando che l'atto compiuto dall'amministratore non risponde all'interesse immediato e diretto della società; ciò non comporta automatico riconoscimento della responsabilità dell'amministratore, al quale spetterà però dare la prova – dopo averla allegata nel primo atto difensivo e al più tardi in sede di trattazione – della condotta tenuta. Tuttavia – sia pur in presenza di un orientamento consolidato sul punto – si impone una ulteriore precisazione metodologica, dovuta al fatto che la casistica evidenzia qualche imprecisione (a volte invero ascrivibile alla sintesi richiesta nell'elaborazione delle massime) circa il talora affermato onere della prova *della diligenza*. Fatto da provare è la condotta; la diligenza (così come la prudenza e la perizia) è canone di valutazione della condotta e – come tale – non oggetto di oneri di parte. L'individuazione del canone e la valutazione della conformità ad esso

della condotta provata spetta al giudice, con l'ausilio talora necessario di esperti in una materia in cui la diligenza rilevante non è quella del buon padre di famiglia, ma quella professionale (ragion per cui la giurisprudenza non conferisce rilievo autonomo alla imperizia).

In sintesi dunque chi propone l'azione di responsabilità è in buona sostanza onorato della allegazione e dimostrazione di null'altro che il pregiudizio (il rapporto negoziale e le parti dello stesso sono rappresentati dalle risultanze del Registro delle Imprese): compito agevole laddove vi siano perdite patrimoniali e conti economici negativi risultanti dal bilancio, più arduo ove si affermino sottrazioni di valori o lucro cessante non contabilmente rappresentati.

Agli amministratori convenuti spetta allegare e dimostrare la propria condotta (non e tutta, come nel rendimento del conto cui essi sono annualmente tenuti con la presentazione del bilancio e la sua illustrazione in assemblea, ma soltanto quella) spiegante effetti nel processo causale che può aver prodotto il disvalore rilevato in contabilità. Invece nella seconda ipotesi sopra delineata (pregiudizio non rilevabile dalla contabilità) all'attore è evidentemente riservato un ruolo primario, poiché la prova del pregiudizio implica necessariamente una indagine sulla vicenda che lo ha generato; ma tale ipotesi non ricorre tra gli addebiti ascritti a parte convenuta.

(Omissis)

Il convenuto va pertanto condannato al pagamento a titolo di risarcimento dei danni del complessivo importo (dedotta la voce sub III) di € 176.251.837,59; danno risarcibile derivato dalle descritte operazioni, comprensivo del maggior costo dell'approvvigionamento finanziario.

Nei termini in cui la domanda è stata prospettata non sono rappresentati i presupposti per l'individuazione di un vincolo di solidarietà. È stata infatti proposta domanda di condanna per un importo cumulativo costituente liquidazione di un danno derivante da operazioni compiute, deliberate d'urgenza o dal consiglio di amministrazione in periodi diversi, e da rapporti svoltisi lungo periodi di carica di diversi amministratori e sindaci. Manca in definitiva la precisa esposizione dei fatti nei quali ravvisare il concorso di determinati amministratori e sindaci in relazione ad ogni singola operazione produttiva di danno.

Quanto alla nuova domanda di condanna al danno derivante dal pregiudizio alla reputazione, oltre alla inammissibilità quale domanda

nuova non conseguente alle difese di parte convenuta, va rilevato che tale pregiudizio non è ipotizzabile per enti associativi e commerciali ove non legato a perdite economiche maturate o attese, debitamente stimate queste ultime in base ai criteri di valutazione di poste contabili per ciascuno degli esercizi a venire ritenuti necessari al ripristino della reputazione commerciale dell'impresa.

Le somme come sopra determinate vanno rivalutate alla stregua degli indici ISTAT (relativi al costo della vita per le famiglie degli operai ed impiegati) dalla data della domanda (23/12/13), alla quale debbono intendersi stimate e attualizzate le perdite su credito, e sino alla data di pubblicazione della presente sentenza (Cass. SU n° 1712 del 22/4/1994 - 17/2/1995).

In considerazione dell'entità dell'importo attribuito, va altresì riconosciuto il danno derivato dalla mancata tempestiva disponibilità della somma liquidata, che stimasi equo – in difetto di altri parametri documentati e in conformità della domanda – commisurare al tasso dell'interesse legale.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

(Omissis)

I. NOTA – LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA TRA ATTORE E CONVENUTO NELL'AZIONE DI RESPONSABILITÀ CONTRO GLI AMMINISTRATORI DI SOCIETÀ.

1. Le sentenze in commento – sostanzialmente identiche – risentono del fatto che, essendo i convenuti rimasti contumaci in entrambi i giudizi, è mancato nel processo il fisiologico contrasto di opposte argomentazioni giuridiche. Il che ha limitato fortemente il campo d'indagine delle decisioni, che risulta essenzialmente circoscritto alla distribuzione dell'onere della prova nell'ambito dell'azione di responsabilità contro gli amministratori di società di capitali.

Nondimeno il commento ci sembra quanto mai opportuno, alla luce della rilevanza sia delle decisioni in sé sia di alcuni, autonomi, passaggi chiave delle medesime.

Il caso, noto anche alle cronache giornalistiche, riguarda la responsabilità dei componenti del consiglio di amministrazione di una

banca abruzzese per una lunga serie di atti gestori – dagli stessi posti in essere nel corso degli anni 1998-2010 e descritti dettagliatamente nelle motivazioni delle sentenze – consistenti in attività negoziali generatrici di ingenti erogazioni di denaro (concessione di fidi anche senza garanzie, mutui, ecc.), in grande misura non più recuperabili e dunque classificabili quali sofferenze.

Il Tribunale, dopo aver accertato la responsabilità degli amministratori convenuti, li condanna al pagamento, in favore della banca, di ingenti somme a titolo di risarcimento dei danni, rigettando però le domande attoree relative al vincolo di solidarietà e al risarcimento del danno derivante dal pregiudizio alla reputazione.

Come accennato, in punto di diritto le decisioni si fondano sull'assunto in base al quale nei rapporti di mandato – nel cui ambito evidentemente il Tribunale circoscrive il rapporto giuridico tra amministratori e società – il titolare del diritto può limitarsi ad allegare il rapporto institorio e il pregiudizio subito, ipotizzando che quest'ultimo derivi dall'inadempimento da parte degli amministratori degli obblighi del rapporto gestorio; mentre spetterà poi ai medesimi amministratori convenuti dimostrare la correttezza della propria condotta, in modo da spezzare il nesso di causalità tra pregiudizio sociale e condotta medesima. In altri termini secondo il Tribunale di L'Aquila, trattandosi di responsabilità contrattuale, la società che agisce deve dimostrare solo il pregiudizio subito – oltre naturalmente al rapporto gestorio – laddove sugli amministratori convenuti grava l'onere di provare di aver mantenuto una condotta diligente.

2. Anzitutto vanno fatte alcune brevi considerazioni sulla sostanziale assimilazione, avanzata dalle sentenze in commento, tra rapporto di amministrazione e rapporto di mandato.

Invero, la qualificazione, ormai pacifica, della responsabilità degli amministratori quale responsabilità contrattuale non equivale certo a identificare il rapporto gestorio con quello di mandato.

Sono molteplici infatti le differenze tra i due istituti: – le funzioni attribuite agli amministratori sono più ampie e articolate di quelle che la legge assegna al mandatario; – la disciplina che regola le funzioni degli amministratori è quasi completamente inderogabile, diversamente da quella che governa il negozio di mandato; – la posizione degli

amministratori di società è formalmente autonoma rispetto all'organo assembleare, il che comporta rilevanti poteri ma anche delicate responsabilità per gli stessi; mentre il mandatario dipende essenzialmente dalla volontà negoziale del mandante; – sul piano formale, la riforma del 2003 ha eliminato dal 2° comma dell'art. 2392 c.c. il riferimento preesistente alle norme sul mandato.

Tutte differenze, queste, che autorizzano a escludere l'assimilazione tra le due figure e, di conseguenza, la loro sottoposizione alla medesima disciplina. E inducono viceversa a configurare il rapporto di amministrazione come un rapporto sui generis e tipico, di c.d. immedesimazione organica o di amministrazione tout court¹.

3. Nella parte motiva delle sentenze, inoltre, si sostiene che, con riferimento alle obbligazioni gravanti sugli amministratori in forza del

1. Già prima dell'entrata in vigore della riforma, nonostante l'art. 2392 c.c. disciplinasse la responsabilità degli amministratori alla stregua di quella del **mandatario**, si riteneva superata l'assimilazione del rapporto di amministrazione a quello di mandato, sostanzialmente per le ragioni elencate nel testo. Questa impostazione riteneva preferibile inquadrare il rapporto nell'ampia categoria del **contratto d'opera** o configurarlo come un **contratto tipico di amministrazione** (per tutti: DI SABATO, *Società*, Torino, 1999, p. 271; CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle società*, Torino, 1992, p. 324). Non sembra dubbio che la disciplina specifica del rapporto di amministrazione possa essere integrata dalle norme del mandato e parimenti non sembra dubbio comunque che si tratti di un contratto, anche se il suo contenuto è in notevole parte predeterminato dalla legge (così DI SABATO, *op. e loc. cit.*).

Dopo l'entrata in vigore della riforma del 2003, la sostituzione nell'art. 2392 c.c. del criterio della *diligenza del mandatario* con quello della *diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro [degli amministratori, n.d.s.] specifiche competenze*, ha indotto a maggior ragione a sostenere che il rapporto in esame dev'essere oggi configurato come un vero e proprio **contratto di amministrazione**, che si conclude per effetto della nomina e dell'accettazione da parte dell'amministratore. Si tratterebbe di un contratto a tempo determinato che vincola le parti per la durata pattuita (TOFFOLETTO, *Amministrazione e controlli*, in *Diritto delle società di capitali*, Milano, 2003, p. 131; CAMPOBASSO, *op. cit.*, ma 2009, p. 97-98 e 360).

Altra dottrina ha affermato invece che la nomina degli amministratori, seguita dalla loro accettazione, non sarebbe un atto attributivo di poteri, ma più semplicemente l'atto che designa le persone preposte all'organo, cui è per legge connesso il compito di dare esecuzione al contratto; e le persone, una volta designate, eserciteranno i poteri e adempiranno le correlative obbligazioni inerenti alla funzione che è propria dell'organo cui sono preposte (così GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. Galgano*, XXIX, Padova, 2003, p. 253).

In giurisprudenza, per la tesi del rapporto autonomo di immedesimazione organica, v. da ultimo Cass. Sez. Unite, 20 gennaio 2017, n. 1545.

rapporto gestorio e alla conseguente responsabilità di questi, sia ormai definitivamente tramontata la distinzione tra obbligazione di mezzi e obbligazione di risultato.

Per la verità tale distinzione – in subjecta materia – si traduce sul piano effettuale nella regola secondo cui il giudice, allorquando sia chiamato ad accertare la responsabilità dell'amministratore, non può entrare nel merito degli atti da questo compiuti, cioè nella loro opportunità o convenienza, proprio a ragione del fatto che l'amministratore non ha l'obbligo di assicurare un determinato risultato nell'interesse della società amministrata. In altri termini, il giudizio sulla diligenza di un amministratore nell'adempimento del suo mandato non può mai investire le scelte di gestione, ma solo l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste per tali scelte, in base a un giudizio di tipo prognostico postumo.

È pertanto escluso che si possa sindacare il merito e la bontà delle operazioni poste in essere dagli amministratori, ma in contrario l'indagine dovrà essere volta esclusivamente a verificare e accertare la correttezza procedurale della decisione. Il giudice, quindi, si deve limitare a verificare che l'organo amministrativo abbia "seguito le regole", ossia abbia adempiuto alle obbligazioni specificamente gravanti su di esso in forza di legge e di statuto nonché all'obbligazione generale di gestire con diligenza la società².

Se questo è vero, sembra corretto sostenere che con riferimento al rapporto di amministrazione la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato sia ancora attuale, come del resto confermato sia dalla dottrina³ che dalla giurisprudenza⁴.

Né tale distinzione potrebbe ritenersi superata dalla circostanza che di regola la giurisprudenza condanni al risarcimento dei danni verso la società quegli amministratori che abbiano posto in essere

2. In tal senso, in dottrina: BONELLI, *Gli amministratori di S.p.a. – a dieci anni dalla riforma del 2003*, Torino, 2013, p. 116 ss.; MINERVINI, *Gli interessi degli amministratori di s.p.a.*, in *Gco*, 2006, p. 159 s.; PERUZZO, *Business judgment rule e responsabilità degli amministratori di S.p.a.*, Roma, 2016.

In giurisprudenza, per tutte, v. Cass. civ. Sez. I, 2 febbraio 2015, n. 1783.

3. Oltre quella citata sopra, v. altresì CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 383.

4. Cfr. Cass., 12 agosto 2009, n. 18231 e, da ultimo, Cass. 22 giugno 2017, n. 15470.

operazioni particolarmente avventate o imprudenti. Infatti tali comportamenti rientrano a pieno titolo nell'ambito dell'inadempimento dell'obbligazione (di mezzi) gravante sull'amministratore, e non sono in grado di alterarne la natura al punto da trasformarla in obbligazione di risultato.

4. Come anticipato sopra, le sentenze in commento affermano che "chi propone l'azione di responsabilità è in buona sostanza onerato dell'allegazione e dimostrazione di null'altro che il pregiudizio (il rapporto negoziale e le parti dello stesso sono rappresentati dalle risultanze del Registro delle Imprese): compito agevole laddove vi siano perdite patrimoniali e conti economici negativi risultanti dal bilancio (). Agli amministratori convenuti spetta allegare e dimostrare la propria condotta (...) spiegante effetti nel processo causale che può aver prodotto il disvalore rilevato in contabilità". Il che equivale a dire che l'attore deve dimostrare soltanto il pregiudizio subito dalla società (che in ipotesi di perdite o risultati negativi da bilancio è peraltro da considerarsi in re ipsa), mentre sugli amministratori grava l'onere di discolparsi.

In realtà al fine di ripartire l'onere della prova fra attore e convenuto nell'ambito della responsabilità degli amministratori occorre operare una distinzione, a seconda che si imputi agli amministratori la responsabilità per violazione di obblighi a contenuto specifico su di esso gravanti (redazione del bilancio secondo i principi prescritti dalla legge, assunzione di obbligazioni senza il regolare potere di firma, ecc.) oppure, in altra direzione, che si invochi la violazione dell'obbligo a contenuto generico di amministrare con diligenza o di non amministrare in conflitto di interessi.

Nel primo caso, partendo dal presupposto che la responsabilità degli amministratori verso la società sia sempre di tipo contrattuale e dunque implichi l'applicazione della presunzione di colpa stabilita nell'art. 1218 c.c., l'attore sarà in effetti tenuto a provare soltanto l'esistenza di un danno imputabile a inadempimento degli amministratori e non anche la colpa degli stessi.

Pertanto in questa prima ipotesi, quando cioè si tratti di responsabilità degli amministratori per violazione di obblighi a contenuto specifico, è sugli amministratori che grava l'onere di dimostrare la propria

assenza di colpa o di nesso di causalità tra inadempimento e danno.⁵ E dunque la responsabilità può essere esclusa solo se l'inadempimento sia dipeso da causa che non poteva essere evitata con la speciale diligenza richiesta per tale ipotesi al debitore⁶. Ne consegue che la prova di una condotta diligente non è sufficiente ad escludere la responsabilità dell'amministratore, ma occorre la prova di cui al citato art. 1218 c.c. secondo cui "l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

Questi appena esposti sono stati i principi concretamente applicati dalle sentenze in commento.

Nel secondo caso, viceversa, cioè allorquando si sia in presenza di violazioni dell'obbligo a contenuto generico di amministrare con diligenza, è corretto affermare che sull'attore – società ex art. 2392 c.c. o singolo creditore sociale ex art. 2393 c.c. – gravi pur sempre l'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c. Chi agisce, in altre parole, deve comunque dimostrare: – l'inadempimento da parte degli amministratori ai doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto; – il rapporto di causalità tra la condotta e le conseguenze pregiudizievoli; – il pregiudizio subito.

Infatti in tal caso per invocare la responsabilità dell'amministratore occorre, oltre alla prova attorea della mancata o inesatta esecuzione della prestazione di agire con la diligenza (quella dovuta in ragione della natura dell'incarico e delle specifiche competenze), altresì la dimostrazione del requisito soggettivo della colpa ai fini della configurabilità dell'inadempimento contrattuale, che consista nella tenuta di comportamenti censurabili sotto il profilo della negligenza, imprudenza o imperizia⁷.

5. In dottrina: CAMPOBASSO, *Op. cit.*, p. 389; BONELLI, *Op. e loc. cit.*

6. Cfr. Cass. 23 marzo 2004, n. 5718.

7. Così, da ultimo, Cass., 31 agosto 2016, n. 17441: "La responsabilità degli amministratori di società di capitali per i danni cagionati alla società amministrata ha natura contrattuale sicché la società (o il curatore, nel caso in cui l'azione sia proposta ex art. 146 l.fall.) deve allegare le violazioni compiute dagli amministratori ai loro doveri e provare il danno e il nesso di causalità tra la violazione e il danno, mentre spetta agli amministratori provare, con riferimento agli addebiti contestatigli, l'osservanza dei doveri previsti dal nuovo testo dell'art. 2392 c.c., modificato a seguito della riforma del 2003, con la conseguenza che gli amministratori dotati di deleghe (cd. operativi) – ferma l'applicazione della "business judgement rule", secondo cui le loro scelte sono insindacabili a meno che, se valutate "ex ante", risultino manifestamente avventate ed imprudenti

Sull'attore quindi grava la prova dell'illiceità dei comportamenti degli amministratori allorquando tali comportamenti non siano in sé specificamente vietati dalla legge o dallo statuto, e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda invece dai generici doveri di lealtà o di diligenza, consistenti nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali ad essi amministratori affidati.

In tale ipotesi allora l'onere della prova dell'attore non si esaurisce – come invece enunciato nelle decisioni del Tribunale aquilano – nella semplice dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore e del pregiudizio subito dalla società ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà e di diligenza⁸.

In definitiva l'onere probatorio posto a carico dell'attore che esperisca l'azione sociale di responsabilità ai sensi degli artt. 2392 e 2393 c.c. deve avere ad oggetto l'inadempimento da parte degli amministratori dei doveri ad essi imposti dalla legge o dallo statuto, il rapporto di causalità tra la condotta e le conseguenze pregiudizievoli e infine il pregiudizio subito, sia in termini di danno emergente che di lucro cessante, da commisurarsi in concreto sulla base del pregiudizio che la società non avrebbe subito in mancanza della condotta illegittima. Il convenuto, invece, trattandosi di responsabilità contrattuale, è esonerato da qualsiasi addebito soltanto se prova che l'inadempimento non è a lui imputabile⁹.

Va aggiunto che all'amministratore non può essere imputato ogni effetto patrimoniale dannoso che la società sostenga di aver subito, ma solo quello che si ponga come conseguenza immediata e diretta della violazione degli obblighi incombenti sull'amministratore, gravando sulla società che agisca per il risarcimento la prova sia del danno sia del nesso di causalità¹⁰.

Roberto De Rosa

– rispondono non già con la diligenza del mandatario, come nel caso del vecchio testo dell'art. 2392 c.c., ma in virtù della diligenza professionale esigibile ex art. 1176, comma 2, c.c.". Nello stesso senso: Cass., 22 ottobre 1998, n. 10488; App. Milano, 3 marzo 2004.

8. Cfr. Cass., 17 gennaio 2007, n. 1045.

9. In tal senso, Trib. Milano 22 marzo 2004, n. 3907.

10. Cass., 23 febbraio 2005, n. 3774.

II. NOTA - LA RESPONSABILITÀ SOCIALE DEGLI AMMINISTRATORI NON ESECUTIVI NELLA SOCIETÀ PER AZIONI.

1. Con il provvedimento che si annota¹, il Tribunale di L'Aquila si è pronunciato in materia di responsabilità sociale di amministratori e sindaci di società bancaria, condannando il convenuto, rimasto contumace, al risarcimento dei danni causati all'istituto di credito.

Nonostante si trattasse di soggetto che in un primo tempo era amministratore non operativo, per aver ricoperto, in presenza di deleghe, solamente la carica di vice presidente del consiglio di amministrazione, il tribunale ha rigettato la domanda di corresponsabilità solidale con gli organi delegati, pure proposta dalla banca, ritenendo di non poter individuare il vincolo di solidarietà in difetto di una precisa esposizione dei fatti da cui desumere il concorso di ciascun amministratore alle singole operazioni generative di danno.

La sentenza offre lo spunto per riassumere lo stato della questione concernente la responsabilità sociale degli amministratori non operativi e i connessi oneri di allegazione e prova.

2. La responsabilità degli amministratori di società per azioni, delineata dall'art. 2392 c.c., presuppone che essi abbiano violato i doveri a loro imposti dalla legge e dallo statuto, in tal modo causando alla società un pregiudizio patrimoniale.

Questa responsabilità è qualificabile come contrattuale, tale essendo la natura del rapporto che viene a instaurarsi tra amministratori e società².

È inoltre una forma di responsabilità solidale, potendo ciascun amministratore essere costretto dalla società a risarcirle l'intero danno subito, e personale, cioè per colpa e fatto proprio, dunque non oggettiva o per fatto altrui³.

1. Tribunale di L'Aquila - Sentenza 10 ottobre 2017, n. 607.

2. In tal senso FERRARA - CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1996, p. 556 ss; GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Padova, 2003, p. 278 ss; JAEGER - DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, Milano, 1994, p. 401; BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, Milano, 1992, p. 4 ss; PERNAZZA, *Commento all'art. 2392*, in *Codice Commentato Ipsosa*, Milano, 2004, p. 443; DE NICOLA, *Commentario alla riforma delle società Marchetti, art. 2392*, Milano, 2005, p. 546; Cass. 1 aprile 1994, n. 3216; Cass. 9 luglio 1987, n. 5989; Cass. 6 ottobre 1981, n. 5241; Cass. 9 luglio 1979, n. 3925; Trib. Salerno 17 aprile 1982.

3. BONELLI, *Trattato Colombo-Portale*, 4, Torino, p. 391 ss; FERRI, *Le società, Trattato di diritto civile (Vassalli)*, p. 710; Cass. 8 luglio 2009, n. 16050; *contra*, interpretando la regola

Invero, data la natura personale di tale responsabilità, la regola di solidarietà dell'obbligazione risarcitoria specifica, in ambito societario, il principio generale di cui all'art. 1294 c.c., con la conseguenza che essa non trova applicazione, per impossibilità di configurarne il presupposto, se nessun inadempimento sia imputabile al singolo amministratore.

E infatti, a norma dell'art. 2392, comma 1, c.c., gli amministratori, stante il carattere personale della loro responsabilità, sono solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dalla violazione dei suddetti doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite a uno o più di essi, mentre il terzo comma dell'articolo fa salva la possibilità di provare, con la modalità prescritta, di essere immuni da colpa, ciò che impedisce l'estensione della responsabilità nei loro confronti.

Inoltre, sempre per la natura personale della loro responsabilità, gli amministratori, ai sensi del secondo comma dell'art. 2392 c.c., fermo quanto disposto dal terzo comma dell'art. 2381, sono solidalmente responsabili solo se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o attenuarne le conseguenze dannose.

3. Il testo riformato del secondo comma dell'art. 2392 c.c. ha eliminato l'obbligo di vigilanza sul generale andamento della gestione, sostituendolo con specifici obblighi ben individuati⁴.

Per quanto attiene alla delega di attribuzioni, si rinvia all'art. 2381, comma 3, c.c., che prevede una specifica ripartizione di competenze e responsabilità tra amministratori deleganti e delegati, e ciò per evitare un'interpretazione volta a condannare indistintamente gli amministratori non esecutivi, esigenza avvertita soprattutto nei casi di azione di responsabilità esercitata, ex art. 146 l.f., nel corso di procedure concorsuali⁵.

della solidarietà nel senso di una responsabilità oggettiva o per fatto altrui, GRIPPO, *Deliberazione e collegialità nelle s.p.a.*, Milano, 1979, p. 147; BORGIOI, *Rivista delle società*, 78, p. 1081 ss..

4. Si vedano in particolare gli artt. 2381 e 2391 c.c..

5. Cfr. la *Relazione alla legge di riforma* al par. 6.III.4. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, Aggiornamento della V edizione del vol. 2 (Diritto delle società), La riforma delle*

A proposito degli amministratori deleganti, si è osservato che dal combinato disposto di cui agli artt. 2392, comma 2, e 2381, comma 3, c.c. non è possibile desumere l'esistenza di un obbligo di autonoma attivazione in capo agli stessi: infatti, essi sono passivi destinatari di informazioni e la loro culpa in vigilando può sorgere solo in caso di mancata reazione a fatti pregiudizievoli che gli organi delegati decidano di portare a conoscenza del consiglio di amministrazione⁶.

Considerato che l'art. 2392, comma 2, c.c. omette di rinviare al sesto comma dell'art. 2381 c.c., è sorto il problema se gli amministratori deleganti possano essere chiamati a rispondere per non aver esercitato la facoltà, a essi attribuita da quest'ultima norma, di chiedere agli organi delegati di fornire le informazioni sulla gestione della società, così violando il dovere di agire informati, cui tale facoltà sottintende.

Il problema s'innesta in quello, più generale, se il dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, disposto dal previgente secondo comma dell'art. 2392 c.c., sia stato effettivamente soppresso o se, pur non essendo previsto oggi dalla norma, permanga in capo agli amministratori deleganti.

Parte della dottrina, sulla scorta di un'interpretazione letterale del terzo comma dell'art. 2381 c.c., afferma che la norma prescrive non già la vigilanza sul generale andamento della gestione, che quindi sarebbe stata soppressa, bensì la valutazione dello stesso sulla base della relazione periodica trasmessa dagli organi delegati al consiglio ai sensi dell'art. 2381, comma 5, c.c..

Perciò il mancato rispetto di tale prescrizione implica un inadempimento di specifici obblighi e non del dovere di vigilanza sul generale andamento della gestione, ormai soppresso⁷.

Altri autori desumono invece la permanenza di tale dovere di vigilanza dal terzo comma dell'art. 2381 c.c., richiamato dall'art. 2392 c.c., ritenendo che se il consiglio di amministrazione può dare istruzio-

società di capitali e delle cooperative, Torino, 2003, p. 121; PANZANI, *L'azione di responsabilità*, Torino, p. 1447.

6. VASSALLI, in SCOGNAMIGLIO, *Profili e problemi dell'amministrazione nella riforma delle società*, p. 685; TOMASI, in *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2007, sub art. 2392 c.c., p. 532.

7. AMBROSINI, *Società*, 03, p. 355; SANTUOSSO, *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, p. 138 ss.; VASSALLI, *Comm. Niccolini*, Napoli, 2004, p. 679.

ni ai delegati e compiere direttamente le attività a loro attribuite e il singolo consigliere valutare l'intera gestione societaria, l'esercizio di tali poteri costituisce al contempo un obbligo, quando sia necessario per evitare il compimento di atti dannosi per la società da parte di organi delegati⁸.

4. In giurisprudenza entrambe le questioni sono state risolte da Cass. 31 agosto 2016 n. 17441.

Con tale pronuncia infatti la Suprema Corte ha stabilito, da un lato, che gli amministratori privi di deleghe non sono più sottoposti a un generale obbligo di vigilanza, volutamente eliminato dalla riforma, e, dall'altro, che il rinvio disposto dal secondo comma dell'art. 2392 c.c. deve intendersi necessariamente esteso al sesto comma dell'art. 2381 c.c..

In particolare, secondo gli "ermellini" la responsabilità degli amministratori deleganti non può oggi discendere da una generica condotta di omessa vigilanza, tale da trasmodare, di fatto, in una responsabilità oggettiva, ciò che la riforma ha inteso evitare, ma deve ricollegarsi alla violazione del dovere di agire informati, prescritto dal sesto comma dell'art. 2381 c.c., anche sulla base delle informazioni che essi possono acquisire di propria iniziativa ai sensi di tale norma.

Vale a dire che la responsabilità degli amministratori non operativi si configura anche per non aver impedito fatti pregiudizievoli dei quali debbano acquisire conoscenza, di propria iniziativa, ai sensi dell'obbligo di cui all'ultimo comma dell'art. 2381 c.c.: per il che occorre che la semplice facoltà di "chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società" sia innescata, così da trasformarsi in un obbligo positivo di condotta, da elementi tali da porre sull'avviso gli amministratori alla stregua della "diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze".

8. GALGANO, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da Galgano*, Padova, 2017, p. 279; NAZZICONE, *Commento sub art. 2392*, in *Commentario Lo Cascio*, Milano, 2003, pag. 189. In tal senso anche CAMPOBASSO, che rinviene in capo agli amministratori non esecutivi una responsabilità per *culpa in vigilando*, con la conseguenza che, se costretti a risarcire il danno, avranno diritto di regresso per l'intero nei confronti dei primi (*Manuale di diritto commerciale*, Milano, 2015, p. 268).

Ma la statuizione della Corte di legittimità è degna di nota anche sotto il profilo probatorio.

Si è deciso infatti che spetta a chi agisce in giudizio con l'azione di responsabilità dimostrare la violazione del dovere di agire in modo informato e provare che nelle informazioni effettivamente a disposizione dei consiglieri non operativi vi fossero elementi tali da richiamare la loro attenzione, tenuto conto di quelle loro fornite e della apparente plausibilità di esse.

Onere al quale si aggiunge quello di provare il nesso di causalità tra la condotta omissiva degli amministratori privi di deleghe e il danno cagionato alla società.

5. Sull'argomento sono di recente ritornate, esaminando fattispecie relative a società operanti nel settore creditizio⁹, Cass. 18 aprile 2018, n. 9546 e Cass. 23.4.2018, n. 99732¹⁰.

Quest'ultima sentenza, dopo aver ripetuto che elemento costitutivo della fattispecie integrante la responsabilità sociale degli amministratori non esecutivi, accanto alla condotta d'inerzia, al fatto pregiudizievole antidoveroso altrui e al nesso causale tra essi, è la colpa, ha deciso che questa, in caso di ignoranza del fatto altrui, può essere integrata dalla concreta conoscibilità dei sintomi o segnali d'allarme dell'altrui gestione inadempiente, poiché solo la responsabilità omissiva dolosa presuppone la conoscenza effettiva del fatto illecito quale elemento essenziale della fattispecie.

La Suprema Corte ha poi ribadito che detta conoscibilità non si valuta soltanto in base ai flussi informativi tracciati dall'art. 2381 c.c. o a canali formali o predeterminati, poiché negli illeciti colposi l'individuabilità dell'evento può scaturire anche, persino in contrasto con le informazioni rese dagli organi delegati, da segnali inequivocabili, dunque percepibili con l'ordinaria diligenza dall'amministratore non operativo, seguendone che sussiste poi l'obbligo giuridico di intervenire per impedire il verificarsi dell'evento, altrimenti costituendo l'omissione una concausa del danno.

9. Entrambe emesse in materia di opposizione ai provvedimenti sanzionatori assunti dal Direttorio della Banca d'Italia.

10. Che in sostanza conferma quanto già statuito in materia da Cass. 9 novembre 2015, n. 22848.

Pertanto, nell'attuale sistema l'obbligo di vigilanza degli amministratori privi di deleghe non ha ad oggetto il generale andamento della gestione, inteso come controllo continuo ed integrale sull'attività dei delegati, ma impone ad essi di informarsi ed essere informati, anche su propria sollecitazione, degli affari sociali e di trarne le necessarie conseguenze, attivandosi, se del caso, al fine di scongiurare le condotte dei delegati da cui possa derivare danno alla società; quel che è definito appunto come il dovere di agire informato.

La sentenza si è poi occupata specificamente, come anche Cass. 9546/2018, dei consiglieri non esecutivi di società bancaria, rilevando, in base a quanto disposto dall'art. 53, lett. b e d, del t.u.b. e dalla circolare 21 aprile 1999 n. 229, contenente le relative istruzioni di vigilanza, che il dovere di agire in modo informato dei consiglieri non esecutivi è particolarmente stringente in materia di organizzazione e governo societario delle banche, conseguendone che essi, in presenza di segnali d'allarme percepibili in base alla loro specifica competenza, rispondono per non essersi utilmente attivati.

Infine, Cass. 18 aprile 2018, n. 9546, premesso che in subiecta materia la colpa consiste nel non aver rilevato colposamente i segnali dell'altrui illecita gestione, pur percepibili con la diligenza della carica, anche a prescindere dalle informazioni doverose ex art. 2381 c.c., e nel non essersi utilmente attivati per evitare l'evento, ha confermato, sotto il profilo probatorio, che compete al soggetto che afferma la responsabilità dei consiglieri non delegati allegare e provare, a fronte della loro inerzia, l'esistenza di segnali d'allarme, anche impliciti in condotte gestorie anomale, che avrebbero dovuto indurli ad esigere un supplemento di informazioni o ad attivarsi in altro modo, magari chiedendo al consiglio di amministrazione la revoca della deliberazione illegittima o l'avocazione dei poteri o ancora inviando richieste per iscritto all'organo delegato di desistere dall'attività dannosa o impugnando la delibera ex art. 2391 c.c. e così via.

Una volta assolto tale onere, spetta, per contro, agli amministratori provare di avere tenuto la dovuta condotta attiva o la causa esterna, che abbia reso non percepibili quei segnali o impossibile qualsiasi condotta attiva mirante a scongiurare il danno.

Dalla lettura della sentenza annotata non sembra tuttavia che sia stata fatta un'allegazione utile ai fini della condanna solidale dell'amministratore non esecutivo.

Giulio De Carolis

Trib. Teramo, sentenza 24 gennaio 2018 n. 59 - G.U. Vassallo - D.D.A. c/ Banca d.T.d.C.C.s.c.

Obbligazioni e contratti - Conclusione del contratto bancario - La forma ad substantiam - Mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca - Validità.

Con riferimento alla tematica dei c.d. "contratti bancari monofirma" il requisito della forma scritta può ritenersi soddisfatto anche nel caso in cui il contratto, che abbia avuto pacifica esecuzione, sia sottoscritto dal solo cliente su moduli predisposti dalla banca.

(Omissis)

Viene opposto il decreto ingiuntivo n. 1403/2013, reso provvisoriamente esecutivo in corso di causa ai sensi dell'art. 648 c.p.c., emesso dal Tribunale di Teramo in data 11/7/2013, su ricorso della Banca ..., con il quale si ingiunge alla P.V. di D.D.A. il pagamento della somma € 57.031,18, oltre interessi al saldo e oltre gli oneri della procedura liquidati in complessivi € 1.238,00, oltre IVA e CAP in ragione del credito derivante dal saldo passivo del rapporto di conto corrente n. n. 2/004/040652 e da contratto di mutuo chirografario n. 008157 stipulati dal D.D.A. nella spiegata qualità.

Questo nell'opporsi all'ingiunzione ha eccepito la mancanza dei contratti/ lettere di proposta in ordine "sia all'apertura del conto corrente, sia all'apertura della linea di credito".

Ha inoltre eccepito "la nullità di tutte le clausole dei contratti bancari perfezionati Sig. D.D.A. quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. che

prevedono la facoltà di capitalizzazione degli interessi passivi sul c/c de quo, e comunque l'illiceità di qualsivoglia consimile regolamentazione di fatto dei rapporti".

Ha poi lamentato la nullità e/o l'inefficacia per indeterminatezza dell'oggetto e comunque per contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1284 c.c. "di ogni e qualsivoglia patto contenuto nei contratti bancari che fossero riconosciuti sussistenti e di cui in premessa, ovvero regolamentazione di fatto in punto di interessi a tassi ultralegali, anche per l'illegittimo esercizio dello ius variandi, comunque superiori a quelli pattuiti per iscritto, ovvero infine comunque superiori al tasso di soglia usurario, computo di spese e commissioni".

Ha dunque chiesto: "1) revocarsi, dichiararsi inefficace, inesistente, nullo, e privo di effetto alcuno il decreto ingiuntivo opposto perché infondato, ingiusto ed illegittimo; 2) accertare e dichiarare l'inesigibilità e/o infondatezza delle pretese ex adverso azionate monitoriamente per le causali di cui in narrativa; 3) e per l'effetto, accertare e dichiarare che nulla è dovuto dal Sig. D.D.A. quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. per le causali di cui in narrativa; 4) pure nel merito, in via subordinata, accertare e dichiarare la nullità di tutte le clausole dei contratti bancari perfezionati Sig. D.D.A. quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. che hanno previsto la facoltà di capitalizzazione degli interessi passivi sul c/c de quo, e comunque l'illiceità di qualsivoglia consimile regolamentazione di fatto dei rapporti per le causali di cui pure in narrativa; 5) in via pure subordinata, accertare e dichiarare la nullità e/o l'inefficacia per indeterminatezza dell'oggetto e comunque per contrarietà alla norma imperativa di cui all'art. 1284 c.c. di ogni e qualsivoglia patto contenuto nei contratti bancari che fossero riconosciuti sussistenti e di cui in premessa, ovvero regolamentazione di fatto in punto di interessi a tassi ultralegali, anche per l'illegittimo esercizio dello ius variandi, comunque superiori a quelli pattuiti per iscritto, ovvero infine comunque superiori al tasso di soglia usurario, computo di spese e commissioni, dichiarando in ogni caso l'illegittimità del computo degli stessi tassi ultralegali che si legge negli estratti conto in atti, per le causali di cui in narrativa; 6) e per l'effetto delle declaratorie di cui ai capi tutti che precedono ancora accertare, quali siano tutte le somme che siano effettivamente dovute anche agli odierni ricorrenti (nelle rispettive qualità), giusta la ricostruzione dei saldi contabili del c/c in applicazione delle

declaratorie di nullità ed inefficacia di cui sopra, ovvero pagate in più rispetto al dovuto, oltre interessi e maggior danno ex art. 1224, comma 2° cod. civ., previo ricalcolo dell'ammontare effettivamente dovuto per effetto delle domande di cui sopra delle somme rispettivamente a credito e a debito tra le parti, determinando l'esatto dare e avere tra le stesse, e quindi operando le eventuali compensazioni tra le predette poste di dare - avere, all'esito della corretta ricostruzione dei rispettivi saldi attivi e passivi, del rapporto di c/c da effettuarsi mediante espletanda CTU; 7) in ogni caso revocare e/o dichiarare nullo ed inefficace il decreto ingiuntivo opposto n. 1.403/13 Ing. del Tribunale di Teramo; 8) accertare e dichiarare l'invalidità e/o inoperatività dei contratti di finanziamento ovvero del contratto di mutuo chirografario ex adverso azionato stante il mancato perfezionamento degli stessi, il tutto per le causali di cui in narrativa e, per l'effetto, dichiarata l'intervenuta risoluzione degli stessi contratti bancari, dichiarare che nulla è dovuto anche dal Sig. D.D.A. in proprio e quale titolare della ditta P.V. di D.D.A., ad essa Banca ..., ovvero accertare il quantitativo effettivamente dovuto alle condizioni di legge; 9) accertare e dichiarare l'illegittimità del recesso dal contratto di affidamento e la relativa segnalazione in sofferenza operati da essa Banca - per le causali di cui in narrativa, e, per l'effetto, disporre la cancellazione del nominativo di essa ditta istante Sig. D.D.A. in proprio e quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. dalla Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI) con condanna di essa Banca al risarcimento del danno subito e subendo, da liquidarsi secondo equità; 10) accertata e dichiarata la invalidità, nullità o comunque l'inefficacia dei rapporti bancari per cui è causa anche di anticipazione fatture S.b.f. anche in relazione alla determinazione ed applicazione degli interessi, dell'anatocismo, dell'illegittima applicazione di competenze, spese varie, commissioni, oneri vari, valute di addebito e costi vari, previo ricalcolo delle somme a credito e a debito delle parti sulla base dell'intera documentazione e tenuto conto di tutte le dedotte invalidità, condannare l'istituto di credito opposto al pagamento di tutte le somme, così come saranno determinate in corso di causa a seguito di CTU, indebitamente incassate, addebitate o trattenute dalla Banca ... in danno del Sig. D.D.A. in proprio e quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge, eventualmente compensandole con quelle che dovessero residuare a credito per la banca opposta; 11) previo accertamento

dell'obbligo per la Banca ... di adempiere le obbligazioni assunte con il contratto di anticipazione salvo buon fine su fatture, condannarla all'esatto adempimento e quindi a porre all'incasso tutte le ricevute bancarie oggetto di anticipazione al salvo buon fine con compensazione degli importi così incassati e/o da incassare e ordinare, altresì, all'istituto di credito opposto la resa dei conti ai sensi e per gli effetti degli artt. 263 e segg. c.p.c.; 12) accertata e dichiarata la nullità delle Norme che regolano i conti correnti di corrispondenza e servizi connessi predisposte unilateralmente dall'opposta ed afferente il rapporto bancario per cui è causa, previo ricalcolo delle somme a credito e a debito delle parti sulla base dell'intera documentazione e tenuto conto di tutte le dedotte invalidità, condannare l'istituto di credito opposto al pagamento di tutte le somme, così come saranno determinate in corso di causa a seguito di CTU, indebitamente incassate o addebitate dalla opposta in danno della Sig. D.D.A. quale titolare della ditta P.V. di D.D.A., oltre interessi e rivalutazione monetaria come per legge; 13) condannare la Banca ..., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore del Sig. D.D.A. quale titolare della ditta P.V. di D.D.A. della somma di € 45.738,00 per le causali di cui in narrativa ovvero in quella somma maggiore o minore che il Tribunale riterrà di giustizia, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi come per legge; 14) compensare, quindi, i rispettivi debiti delle parti sino alla concorrenza del minor debito della opponente, e, per l'effetto, condannare la Banca ..., in persona del suo legale rappresentante pro tempore, al pagamento in favore della prima della residuale somma che sarà ritenuta di giustizia, oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi come per legge. In ogni caso: con vittoria di spese e competenze da distrarre in favore del sottoscritto procuratore che si dichiara antistatario".

Si è costituita in entrambi i giudizi qui riuniti la Banca ..., chiedendo il rigetto della opposizione e delle domande proposte.

L'opposizione e le domande formulate da parte attrice sono infondate.

Va preliminarmente osservato che secondo la pacifica giurisprudenza, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo ha ad oggetto la cognizione piena in ordine all'esistenza ed alla validità del credito posto a base della domanda d'ingiunzione; pertanto, va esclusa l'ammissibilità di una autonoma pronuncia sulla legittimità dell'ingiunzione di paga-

mento, anche solo agli effetti dell'incidenza delle spese della sola fase monitoria, dato che tale fase e quella di opposizione fanno parte di un unico processo nel quale l'onere delle spese è regolato in base all'esito finale del giudizio ed alla complessiva valutazione del suo svolgimento (Cass. Civ., Sez. III, 23 settembre 2004, n. 19126, Cass. Civ., Sez. III, 9 agosto 2007, n. 17469). Ne deriva che del tutto ininfluenti sono i rilievi di parte opponente attinenti all'insussistenza delle condizioni normativamente richieste per l'emissione di decreto ingiuntivo.

Ciò premesso, va osservato che la prova del credito oggetto di ingiunzione è stata fornita dalla banca creditrice mediante produzione del contratto di conto corrente n. n. 2/004/040652 e del contratto di mutuo chirografario n. 008157 nonché di tutti gli estratti conto relativi all'intero rapporto.

Se è vero infatti che la posizione processuale delle parti risulta invertita, nel senso che l'opponente (attore in senso formale) sia convenuto in senso sostanziale, mentre l'opposto (convenuto in senso formale) sia attore in senso sostanziale (così, ex multis, la sentenza n. 6421 del 22.4.2003: "Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, solo da un punto di vista formale l'opponente assume la posizione di attore e l'opposto quella di convenuto, perché è il creditore ad avere la veste sostanziale di attore ed a soggiacere ai conseguenti oneri probatori, mentre l'opponente è il convenuto cui compete di addurre e dimostrare eventuali fatti estintivi, impeditivi o modificativi del credito, di tal che le difese con le quali l'opponente miri ad evidenziare l'inesistenza, l'invalidità o comunque la non azionabilità del credito vantato ex adverso non si collocano sul versante della domanda – che resta quella prospettata dal creditore – ma configurano altrettante eccezioni") è anche vero che detto principio non può prescindere dal riparto degli oneri probatori in materia di adempimento di una obbligazione.

Al riguardo deve rilevarsi che, l'art. 2697 c.c. stabilisce che "chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda"; che l'art. 1218 c.c., invece, sancisce che "il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa

a lui non imputabile". La combinazione di tale due norme deve essere letta, così come esplicito dalla Suprema Corte, nel senso che "in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento" (Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533).

La giurisprudenza costante ha ritenuto che il valore probatorio dell'estratto di saldaconto è limitato al procedimento monitorio, mentre nel successivo procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo siffatto documento può assumere rilievo solo come elemento indiziario, la cui portata è liberamente apprezzata dal giudice nel contesto di altri elementi egualmente significativi (cfr. Cass. Sez. 1, Sentenza n. 7549 del 12/04/2005).

Il principio fissato a livello giurisprudenziale non implica che, qualsiasi giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo in cui la banca ingiungente produca il solo estratto di saldaconto debba comportare l'accoglimento dell'opposizione avendo la Suprema Corte dato esplicitamente al saldaconto un valore probatorio ben preciso e cioè indiziario.

Ne consegue che in presenza di altri dati sintomatici che, secondo un prudente apprezzamento, inducano il giudice a ritenere che l'indizio fornito dall'estratto di saldaconto sia corretto, l'opposizione deve essere rigettata anche in presenza del mancato deposito di tutti gli estratti conto durante il rapporto.

La problematica è allora quella di individuare quali possano essere agli ulteriori indizi che valgono a conferire il valore di prova all'estratto di saldaconto.

Ritiene il Giudicante che un dato sintomatico che possa indurre a ritenere provato il credito della banca possa essere costituito dalla stessa infondatezza (spesso pretestuosità) dei motivi di opposizione, specie nei casi in cui, a fronte della produzione del contratto bancario, il correntista si limiti a contestare genericamente la mancata prova delle operazioni ovvero la nullità di alcune pattuizioni (ad esempio riguardanti gli interessi, le commissioni o le altre condizioni) che nella fattispecie non sia ravvisabile in alcun modo. In tali casi il giudice non potrà che ritenere provato il credito azionato.

A tale conclusione si perviene non solo sulla base del principio di non contestazione che, ai sensi del novellato art. 115 c.p.c. (ma il principio era già stato introdotto a livello pretorio), comporta che il convenuto debba contestare in maniera specifica i fatti posti a fondamento dell'altrui pretesa, dovendosi ritenere in contrario provati detti fatti, ma anche sulla base principio della preponderanza della prova (cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 576, in tema di prova del nesso causale, poi adottato da Cass. Civ., Sez. III, 5 maggio 2009, n. 10285 anche con riferimento ad ulteriori elementi fattuali).

Passando pertanto alla fattispecie in decisione, va allora ritenuto, ad una valutazione complessiva del materiale probatorio, secondo i principi appena menzionati – ed in particolare dai contratti prodotti dalla banca, dall'estratto di saldaconto, dagli estratti conto, unitamente alla palese infondatezza dei motivi di opposizione per quanto si dirà infra –, che sia stato provato il credito della banca.

Ed infatti nel caso di specie, la banca opposta ha agito in via monitoria per l'adempimento del contratto di conto corrente n. n. 2/004/040652 e del contratto di mutuo chirografario n. 008157 producendo i titoli negoziali, ed allegando il loro inadempimento sicché era onere dell'opponente, secondo i principi sopra tratteggiati, provare la

sussistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi dell'obbligazione dedotta in monitorio.

Ciò che non è avvenuto, *recte* è avvenuto in maniera infondata.

Ed infatti parte opponente, come detto nella parte introduttiva della presente motivazione, ha eccepito la mancanza dei contratti/ lettere di proposta.

Va preliminarmente rilevato che l'eccezione è radicalmente infondata in punto di fatto con riferimento al contratto di mutuo chirografario che risulta sottoscritto sia al cliente che dalla banca come da copia del contratto depositata dalla banca (cfr. doc. 7 mem. 183 comma 6 n. 2 c.p.c.).

Ciò posto, va osservato che con riferimento alla tematica dei c.d. "contratti bancari monofirma" (questione rimessa al Primo Presidente della Cassazione per l'eventuale rimessione alle SSUU come da ordinanza Cassazione Civile, sez. I, 27/04/2017 n. 10447 che ha espresso qualche perplessità in relazione alla necessità della sottoscrizione dell'intermediario) allo stato questo Giudice intende aderire all'orientamento espresso da copiosa giurisprudenza di merito che sostiene che la forma scritta richiesta per i contratti bancari può ritenersi soddisfatta anche nel caso in cui il contratto, che abbia avuto pacifica esecuzione, sia sottoscritto dal solo cliente su moduli predisposti dalla banca (Corte d'Appello di Napoli, sez. III civile, 28 dicembre 2016 Sentenza n. 4571/2016).

Sostiene l'opponente che benché (la copia de)l contratto bancario in atti (conto corrente) recasse la sottoscrizione del solo correntista, e non anche quella (del funzionario preposto) della banca, dovrebbe ritenersi che la produzione in giudizio di quel documento ad opera dello stesso istituto di credito convenuto valesse a perfezionare validamente il contratto; e tali contestazioni trovano ulteriori argomenti, nella recente giurisprudenza di legittimità (Cassazione, I° Sez., n. 5919 del 24.03.2016, ripresa espressamente anche nella sentenza della medesima sezione, n. 8305 2016) che, smentendo i principi in precedenza affermati da Cass. 4564 del 22.03.2012, ha ritenuto che "in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*", la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*".

Osserva il Giudicante che il documento in esame (cfr. docc. 5 e 6 mem. 183 comma 6 n. 2 c.p.c.) è redatto su modulo della banca, ed sono formulati – secondo quella che era la prassi bancaria all’epoca vigente – sotto forma di dichiarazione resa del cliente, che dichiara di aver preso nota che il conto corrente sarà regolato dalle condizioni seguenti (riportate per iscritto), ed alle condizioni riportate a tergo, sul cui intero contenuto si dichiara d’accordo, sottoscrivendo anche, ai sensi degli artt. 1341 e 1342 c.c., alcune specifiche clausole.

Ora, ad avviso del Giudicante, non è, innanzitutto, condivisibile la tesi, secondo cui quel “documento” non conterrebbe neppure una manifestazione di volontà contrattuale da parte della P.V.: a seguire tale ragionamento, non si comprenderebbe all’applicazione di quali clausole il correntista si sarebbe dichiarata d’accordo, prendendo atto delle specifiche condizioni economiche. Si tratta, invece, con ogni evidenza, dell’accettazione esplicita della proposta contrattuale contenuta nel modulo prestampato, che indica i principali dati economici del conto e le regole contrattuali specificamente approvate.

Il problema è, allora, quello del valore da attribuire a quel documento, in quanto non recante la sottoscrizione del funzionario della banca a tanto preposto.

Il Tribunale ben conosce le recenti sentenze della Cassazione, che, nel dare continuità all’indirizzo giurisprudenziale secondo cui “in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta “ad substantiam”, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l’ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione”, hanno, tuttavia, ritenuto di discostarsi da Cass. 4564 del 22.03.2012, affermando che tale perfezionamento avviene “con effetti “*ex nunc*” e non “*ex tunc*”, essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano”; con la conseguenza “che tale meccanismo non opera se l’altra parte abbia “medio tempore” revocato la proposta” (così Sez. 1, Sentenza n. 5919 del 24 marzo 2016), rendendo del tutto privo di “copertura contrattuale” il rapporto medio tempore sviluppatosi.

E, tuttavia, si ritiene di doversi discostare da tale indirizzo.

Innanzitutto, la ricostruzione operata dalla Suprema Corte muove dal presupposto – che appare indimostrato – della coincidenza tra forma scritta del contratto e sua sottoscrizione da parte dei due contraen-

ti. Questa, certo, costituisce la regola, posta la normale funzione della sottoscrizione di individuazione dell'autore del documento nonché di assunzione della paternità dello scritto. Ma, a ben vedere, la sottoscrizione non è un elemento essenziale dell'atto scritto in quanto tale.

L'art. 2702 c.c., infatti, non stabilisce che la scrittura privata è quella redatta per iscritto e sottoscritta dalle parti; afferma, invece, che la scrittura privata fa piena prova, sino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.

È il firmatario dell'atto, allora, e non la controparte, che può togliere la piena efficacia alla scrittura, disconoscendola. D'altro canto — venendo al terreno processuale — l'art. 214 c.p.c. (rubricato disconoscimento della scrittura privata) afferma che colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione: questo significa, che potrebbe esservi una scrittura privata anche senza sottoscrizione, che varrebbe come tale fino a quando non venga disconosciuta la scrittura. Ed infatti — ragionando su un caso limite, che, per quanto del tutto improbabile nella prassi bancaria, può, però, valere a testare la bontà della ricostruzione che si intende prospettare — ci si può chiedere quale regime applicare ad un contratto per il quale la legge richieda la forma scritta ad substantiam, che, anziché essere redatto su un formulario prestampato, venga scritto di pugno da una parte e sottoscritto solo dall'altra parte. Ora, pare davvero poco sostenibile che la parte che lo ha sottoscritto possa affermarne la nullità, anche se l'autore della scrittura non disconosca il testo scritto, ed anzi vi abbia dato esecuzione.

Che la sottoscrizione, in quanto tale, non sia un elemento naturale della scrittura privata, trova un'involontaria conferma, del resto, anche nella giurisprudenza che afferma che, con la produzione in giudizio del documento non sottoscritto, si può concludere il contratto, sia pure con efficacia ex nunc. Se, infatti, la produzione in giudizio vale a determinare la conclusione del contratto, come accettazione dell'altrui proposta, vuol dire che ben possono esistere comportamenti concludenti che possono tener luogo della sottoscrizione, ferma restando la necessità di un testo contrattuale scritto. E l'avvenuta e reiterata esecuzione del contratto, unita alla sua mancata contestazione ed al suo mancato disco-

noscimento, rappresentano certamente comportamenti che palesano la volontà di dare esecuzione a quel contratto scritto.

Ma, soprattutto, quand'anche si volesse ritenere indispensabile la sottoscrizione anche del contraente che abbia prodotto in giudizio il testo contrattuale scritto e sottoscritto solo dall'altra parte, e non sufficiente a manifestare la volontà di concludere proprio quel contratto (pur redatto per iscritto) l'esecuzione del rapporto che si sia protratta, in ipotesi, per svariati anni, anche mediante la produzione e lo scambio di documenti scritti e sottoscritti (si pensi all'invio degli estratti conto), ritiene il Tribunale che vi sia un'ulteriore, e più radicale, ragione per ritenere che, comunque, non possa essere dichiarata la nullità del contratto. Ed infatti, se quella prospettata per la violazione della forma scritta nei contratti bancari è una nullità di "protezione" (e tale viene espressamente qualificata da Cass. n. 8395 del 2016, che richiama, per il resto, integralmente la precedente 5919/2016), la protezione va accordata al soggetto in cui favore è prevista. E non pare dubitabile che la previsione sotto sanzione di nullità della forma scritta sia rivolta a tutelare la parte che possa avere pregiudizio da una mancanza di adeguata valutazione e ponderazione di un testo contrattuale che venisse solo concordato verbalmente.

Ma allora, nel caso di specie, posto che il cliente, ha certamente avuto quel testo contrattuale, tanto da poterlo sottoscrivere, non può certo dolersi del fatto che non l'abbia sottoscritto la banca, che non deve certo essere "protetta" dall'aver concluso un contratto, che non disconosce, su propri moduli e formulari, al quale ha dato, pacificamente, attuazione, anche con documenti scritti, negli anni successivi e che, nel giudizio, non solo non lo disconosce ma lo produce a riprova delle pattuizioni intercorse con la controparte.

Dunque, in conclusione, deve ritenersi che i contratti oggetto di causa siano validi.

In merito ai motivi di opposizione riguardanti la nullità delle clausole contrattuali di determinazione del degli interessi ultralegali, spese e commissioni asseritamente non pattuiti con violazione dell'art. 1284 III comma c.c., 1346 c.c. e 1418 II comma c.c. va, osservato che il terzo comma dell'art. 1284 c.c. stabilisce che "Gli interessi superiori alla misura legale devono essere determinati per iscritto; altrimenti sono dovuti nella misura legale".

La copiosa giurisprudenza formatasi in tale ambito ha precisato i seguenti principi che ormai possono ritenersi consolidati.

È stato infatti detto che in tema di obbligazioni pecuniarie, sé è vero che il requisito della necessaria determinazione scritta degli interessi ultralegali, prescritto dall'art. 1284 cod. civ., può essere soddisfatto anche "per relationem", è anche vero che questo deve avvenire attraverso il richiamo a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci obbiettivamente individuabili (cfr. Cass. 25-6-1994 n. 6113; Cass. 1-9-1995 n. 9227; Cass. 18-5-1996 n. 4605; Cass. 02-10-2003 n. 14684).

Ciò posto e facendo applicazione dei suddetti principi, osserva il Giudicante che i documenti contrattuali relativi al conto corrente oggetto ed al mutuo di causa sono sottoscritti dall'opponente. Le parti hanno convenzionalmente pattuito il tasso d'interesse nonché le altre condizioni regolanti la applicazione delle commissioni di massimo scoperto, spese, valute ed assegni, come è agevolmente indicato nei documenti di sintesi (cfr. docc. da 5 a 8 mem. ex art. 183 comma 6 n. 2 c.p.c.). Dalla lettura dei contratti agli atti sottoscritti dal correntista emerge pertanto la previsione di tassi creditori e tassi debitori ben precisi nonché delle altre condizioni regolanti la applicazione delle commissioni di massimo scoperto, spese, valute ed assegni.

Dette previsioni appaiono assolutamente idonee ai dedotti fini, siccome fornite del carattere della sufficiente univocità ed univoca determinabilità dell'ammontare del tasso e delle altre condizioni economiche sulla base del documento contrattuale.

Quanto poi alla applicazione di condizioni peggiorative in violazione dell'art. 118 TUB deve osservarsi che la possibilità di variazione delle condizioni contrattuali è stata pattuita nelle condizioni di conto corrente (sottoscritte anche separatamente, quanto alla clausola in parola, dalla opponente) e, come risulta dagli estratti conto periodici prodotti dalla Banca, le variazioni delle condizioni contrattuali sono state comunicate al correntista con gli stessi estratti conto periodici in conformità alle previsioni dell'art. 118 e l'art. 119 del TUB.

Passando alle doglianze attinenti alla nullità ed illegittimità dell'applicazione dell'interesse composito (capitalizzazione trimestrale) per violazione degli artt. 1283 c.c. e 1418 II co. c.c. va detto che — con la delibera emessa dal CICR in data 9/2/00 (efficace dal 22/4/00), ovviamente solo attuativa della fonte legislativa ex art. 120 c. 2 TUB

(giacché il comma 3, si come introdotto dall'art. 25 c. 3 D.Lgs. 342/99: "Le clausole relative alla produzione di interessi sugli interessi maturati, contenute nei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera di cui al comma 2, sono valide ed efficaci fino a tale data e, dopo di essa, debbono essere adeguate al disposto della menzionata delibera, che stabilirà altresì le modalità e i tempi dell'adeguamento. In difetto di adeguamento, le clausole divengono inefficaci e l'inefficacia può essere fatta valere solo dal cliente" è stato dichiarato illegittimo dalla Corte Costituzionale con sent. n. 425/00) – si è preteso di stabilire che "le condizioni applicate sulla base dei contratti stipulati anteriormente alla data di entrata in vigore della delibera" dovessero "essere adeguate" alle disposizioni in parola entro il 30/6/00 e che – qualora le nuove condizioni non avessero comportato un peggioramento delle condizioni precedentemente applicate – le banche avrebbero potuto provvedere all'adeguamento in via generale mediante pubblicazioni sulla Gazzetta Ufficiale, dovendo poi fornire opportuna notizia per iscritto alla clientela alla prima occasione utile e comunque entro il 31/12/00; per il caso contrario, le nuove deteriori condizioni avrebbero dovuto essere approvate dalla clientela. Anche a voler considerare efficace il disposto della delibera (ma la fonte legislativa che consentiva l'attività regolamentare è stata eliminata dalla Corte Costituzionale, come detto), si deve comunque osservare che ovviamente il passaggio da un anatocismo non dovuto – perché basato su clausola nulla – ad un anatocismo astrattamente valido – perché di pari periodicità – concreta peggioramento per il cliente delle condizioni contrattuali, sicché necessita di approvazione specifica da parte del medesimo. In definitiva:

- per il periodo antecedente al 22/4/00 nessuna capitalizzazione di interessi (di ogni tipo) – in deroga all'art. 1283 cod. civ. e al di fuori di esso – è possibile;

- per il periodo successivo al 22/4/00 è possibile specifica pattuizione sulla produzione di interessi sugli interessi maturati, nei limiti di cui all'art. 120 c. 2 TUB è cioè che sia previsto in ogni caso che nelle operazioni in conto corrente sia assicurata nei confronti della clientela la stessa periodicità nel conteggio degli interessi sia debitori sia creditori.

Nel caso di specie, i rapporti hanno avuto inizio in data successiva al 22/4/2000 e risulta valida pattuizione di clausola anatocistica ex art.

120 c. 2 TUB risultando dagli atti la previsione che tutti gli interessi sarebbero stati contabilizzati alla fine di ogni trimestre solare con identica periodicità (cfr. "dare avere trimestrali" fasc. monitoraggio nei contratti e nel documento di sintesi contenente le condizioni economiche da applicare al rapporto).

Passando poi alla contestazione relativa all'illegittimità della commissione di massimo scoperto nonché delle commissioni "finanziarie" ed "accessorie" per assenza di causa va osservato che la commissione di massimo scoperto (CMS) venne introdotta nei contratti bancari a partire dalle norme bancarie uniformi (NBU) adottate dal 1 gennaio 1952, pur osservandosi, in fatto, che di essa sia mancata una definizione legislativa, come pure un'univoca prassi applicativa. Anche in dottrina tradizionalmente la commissione di massimo scoperto era definita come il corrispettivo dell'obbligazione assunta dalla banca di tenere a disposizione del cliente una determinata somma di denaro per un periodo di tempo (determinato o indeterminato), indipendentemente dal suo effettivo utilizzo, mentre nella pratica se ne registravano almeno due forme: a) una commissione di mancato utilizzo (CMU) rilevata e percepita in principio trimestralmente, consistente in una somma espressione di una percentuale calcolata sull'accordato (la disponibilità concessa al cliente) al netto dell'utilizzato, ove la commissione ha funzione di compensare la disponibilità del denaro che la banca si impegna a mantenere in favore del cliente, e quindi i costi industriali e finanziari di essa, non confondibile con gli interessi, perché prescinde dall'effettivo utilizzo della liquidità, dandosi un autonomo valore alla messa a disposizione della somma non utilizzata; b) una commissione di massimo scoperto (CMS), più frequente, rilevata e percepita negli stessi termini trimestrali, sull'ammontare massimo dell'utilizzo nel periodo, quando esso sia durato un minimo di tempo, per cui la commissione è calcolata sul picco più elevato della somma prelevata dal cliente in certo arco temporale, con la funzione di remunerare la banca non tanto per disponibilità concessa al cliente (accordato), quanto piuttosto per quella dallo stesso effettivamente utilizzata. Nel tempo, tuttavia, è stato parimenti rilevato che, perdurante l'assenza di una definizione legale univoca, la prassi bancaria si è allontanata dallo schema originario, applicando la commissione di massimo scoperto al cd. massimo scoperto del periodo, nonché ai cd. Fidi di fatto (scoperti e sconfinamenti di conti correnti,

anche senza formale apertura di credito). Così strutturata, la commissione di massimo scoperto è venuta, di fatto, a rappresentare per il cliente un costo ulteriore rispetto agli interessi pattuiti, assimilabile a questi sotto il profilo economico, essendo calcolata sulla medesima somma (il cd. utilizzato). In dottrina, alla ricerca di una causa giustificatrice di tale voce di costo, si è ritenuto che tale commissione, alternativamente, andasse a remunerare il maggior rischio della banca di recupero del credito derivante dall'incremento dell'esposizione debitoria del cliente nel periodo o il costo sostenuto dalla banca per far fronte a richieste di denaro improvvise e ulteriori rispetto alla media di utilizzazione del finanziamento.

Con l'evoluzione del contenzioso tra correntisti e banche, a seguito dell'arresto di Cass. 2374/1999 sul divieto dell'anatocismo bancario (conf. Cass. 12507/1999, 15706/2001, 1281/2002, 6263/2001, 8442/2002, 4498/2002, 11772/2002), la giurisprudenza è stata così chiamata a pronunciarsi in controversie che avevano per oggetto la stessa debenza di tale commissione e la domanda di ripetizione degli importi versati a tale titolo. Ripercorse natura della CMS (remunerazione dovuta dalla banca per aver immobilizzato e tenuto a disposizione del cliente una determinata somma; corrispettivo per il rischio crescente assunto dalla banca in proporzione all'utilizzo dei fondi concessi in fido; onere accessorio da assimilare agli interessi passivi) e questioni di sua dubitata validità nelle varie tesi (nullità per mancanza di causa, perché calcolata con una modalità del tutto coincidente con quella propria degli interessi, comportando un ulteriore aumento del costo effettivo del credito; assenza di causa se calcolata su importi entro il limite del fido oppure in relazione a conto corrente chiuso, dunque mancante, ovvero esaurito, l'impegno della banca a garantire la disponibilità del credito; nullità ex art. 1346 c.c. per il caso di rinvio ai cd. usi su piazza, in tema di contrattualistica precedente alla L. n. 154 del 1992 – la quale ebbe a sancire che i contratti, redatti in forma scritta, dovessero indicare il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati e che le clausole contrattuali di rinvio agli usi fossero nulle), con riferimento ai contratti stipulati successivamente all'entrata in vigore della normativa in materia di trasparenza bancaria, è stata sostenuta la nullità della CMS per indeterminatezza dell'oggetto, allorquando nel contratto non ne siano indicati sia il tasso sia le modalità di calcolo sia la periodicità,

mentre per altre tesi non era sufficiente l'indicazione della CMS e dei suoi criteri di applicazione nei documenti informativi previsti dalla disciplina di trasparenza, divenendo conseguentemente nulla, ex art. 1346 c.c. e D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 117, comma 4 -Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB), la pattuizione della commissione di massimo scoperto, pure indicata nel foglio allegato al contratto, nel caso di assenza dell'indicazione di tale onere nelle condizioni generali di contratto.

Chiamata a pronunciarsi, per la prima volta, sulla natura della CMS, la Corte di Cassazione ebbe a sostenere argomentativamente che "o tale commissione è un accessorio che si aggiunge agli interessi passivi - come potrebbe inferirsi anche dall'esser conteggiata, nella prassi bancaria, in una misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato, che solitamente è trimestrale, e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale - o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendente dal suo utilizzo, come sembra preferibile ritenere anche alla luce della circolare della Banca d'Italia dell'1 ottobre 1996 e delle successive rilevazioni del c.d. tasso-soglia, in cui è stato puntualizzato che la commissione di massimo scoperto non deve essere computata ai fini della rilevazione dell'interesse globale di cui alla L. n. 108 del 1996 ed allora dovrebbe essere conteggiata alla chiusura definitiva del conto" (Cass. 11722/2002), con la conclusione per cui, quale che sia la soluzione preferibile secondo la Corte "non è comunque dovuta la capitalizzazione trimestrale perché, se la natura della commissione di massimo scoperto è assimilabile a quella degli interessi passivi, le clausole anatocistiche, pattuite nel regime anteriore all'entrata in vigore della L. n. 154 del 1992, sono nulle secondo la più recente giurisprudenza di legittimità; se invece è un corrispettivo autonomo dagli interessi, non è ad esso estensibile la disciplina dell'anatocismo, prevista dall'art. 1283 c.c. espressamente per gli interessi scaduti". A tale osservazione si è poi conformata la suprema Corte in modo più diretto, ove chiamata a pronunciarsi proprio sulla validità della clausola in esame: la CMS sarebbe così la "remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione dei fondi a favore del correntista indipendentemente dall'effettivo pre-

levamento della somma, sancendone, sia pure ed ancora in un passaggio collaterale, la non illegittimità (Cass. 870/2006). In un successivo recente arresto, peraltro, la Cassazione ha ritenuto che “la natura e la funzione della commissione non si discosta da quella degli interessi anatocistici, essendo entrambi destinati a remunerare la banca dei finanziamenti erogati” (Cass. 4518/2014).

Nonostante le pronunce favorevoli alla sua legittimità, l'istituto della commissione di massimo scoperto, divenuto nel frattempo oggetto di critiche da parte delle istituzioni di vigilanza, soprattutto sotto il profilo della scarsa trasparenza della sua determinazione ed applicazione, è entrato in un ulteriore contesto di regolazione, con l'emanazione del D.L. 28 novembre 2008, n. 185-Misure urgenti per il sostegno a famiglie, lavoro, occupazione e impresa e per ridisegnare in funzione anti-crisi il quadro strategico nazionale, convertito, con modificazioni dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2, che, con l'art. 2-bis (inserito in sede di conversione), fissò (tra le altre novità in materia di contratti bancari) nel comma 1 – norma successivamente abrogata – che “Sono nulle le clausole contrattuali aventi ad oggetto la commissione di massimo scoperto se il saldo del cliente risulti a debito per un periodo continuativo inferiore a trenta giorni ovvero a fronte di utilizzi in assenza di fido. Sono altresì nulle le clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione accordata alla banca per la messa a disposizione di fondi a favore del cliente titolare di conto corrente indipendentemente dall'effettivo prelevamento della somma, ovvero che prevedono una remunerazione accordata alla banca indipendentemente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, salvo che il corrispettivo per il servizio di messa a disposizione delle somme sia predeterminato, unitamente al tasso debitore per le somme effettivamente utilizzate, con patto scritto non rinnovabile tacitamente, in misura onnicomprensiva e proporzionale all'importo e alla durata dell'affidamento richiesto dal cliente e sia specificatamente evidenziato e rendicontato al cliente con cadenza massima annuale con l'indicazione dell'effettivo utilizzo avvenuto nello stesso periodo, fatta salva comunque la facoltà di recesso del cliente in ogni momento.

Il D.L. 1 luglio 2009, n. 78, art. 2, comma 2, convertito, con modificazioni, dalla L. 3 agosto 2009, n. 102, aveva successivamente introdotto un limite percentuale al corrispettivo onnicomprensivo, affinché

questo potesse essere ritenuto valido: "L'ammontare del corrispettivo onnicomprensivo di cui al periodo precedente non può comunque superare lo 0,5 per cento, per trimestre, dell'importo dell'affidamento, a pena di nullità del patto di remunerazione. Il Ministro dell'economia e delle finanze assicura, con propri provvedimenti, la vigilanza sull'osservanza delle prescrizioni del presente articolo."

Con l'intervento del legislatore del 2009 si è dunque stabilito che: 1) è legittima la commissione di massimo scoperto, sub specie sia di commissione di massimo scoperto, sia di commissione di messa a disposizione dei fondi; 2) vanno introdotte alcune limitazioni a tutela della clientela per entrambe le ipotesi (sussistenza di un saldo a debito – su un conto affidato – per un periodo continuativo pari o superiore a trenta giorni); 3) sono nulle le (sole) clausole contrattuali stipulate in violazione delle suddette limitazioni.

Può pertanto dirsi che la norma, pure omettendo ogni definizione più puntuale della CMS, abbia effettuato una ricognizione dell'esistente con l'effetto sostanziale di sancire definitivamente la legittimità di siffatto onere e, per tale via, di sottrarla alle censure di legittimità sotto il profilo della mancanza di causa.

Alla luce di tali considerazioni è da escludere la nullità della commissione di massimo scoperto e della altre commissioni indicate dall'opponente per mancanza di causa.

Venendo all'ulteriore motivo di opposizione relativo alla all'asserita applicazione di tassi superiori a quelli previsti dalla L. n. 108/1996, va ricordato che tale normativa ha introdotto il concetto del tasso soglia (art. 2 e 3), designato come limite imperativo alla misura del tasso di interesse convenzionale, superato il quale si configura il fenomeno usurario, con la correlativa sanzione del novellato art. 1815, comma 2, c.c., secondo cui "se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi" (art. 4); in particolare, è usurario il tasso di interesse che, ai sensi dell'art. 2 della normativa citata, supera il tasso medio per la categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato della metà o, più precisamente, il tasso che supera del 50% il "tasso effettivo globale medio, comprensivo di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse, riferito ad anno, degli interessi praticati dalle banche e dagli intermediari finanziari iscritti negli elenchi tenuti dall'Ufficio italiano dei

cambi e dalla Banca d'Italia ai sensi degli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385, nel corso del trimestre precedente per operazioni della stessa natura".

È altrettanto noto che la Legge n. 24/01 (la cui legittimità costituzionale è stata riconosciuta da Corte Cost. 25/02/2002, n. 29), ha introdotto, con l'art.1 comma 1, una norma di interpretazione autentica dell'art. 644 c.p., sancendo che "si intendono usurari gli interessi che superano il limite stabilito dalla legge nel momento in cui essi sono promessi o comunque convenuti, a qualunque titolo, indipendentemente dal momento del loro pagamento".

Ciò posto, rileva il Tribunale che parte opponente, anche in questo caso, si è limitata a una contestazione generica rimasta assolutamente non provata.

Va infatti evidenziato che, nell'ambito del giudizio, era onere della parte dimostrare l'avvenuto superamento dello specifico tasso soglia rilevante, tra l'altro mediante la produzione dei decreti e delle rilevazioni della Banca di Italia o di una perizia di parte.

Ed invero la rilevazione del tasso viene stabilita, periodicamente, con un decreto del Ministro del Tesoro che, evidentemente, ha natura di provvedimento amministrativo e per questo non può rispetto ad esso trovare applicazione il principio *iura novit curia*, stabilito dall'art. 113 del codice di procedura civile, poiché tale norma deve essere letta e applicata con riferimento all'art. 1 delle disposizioni preliminari al codice civile, che contiene l'indicazione delle fonti del diritto, non comprendenti gli atti amministrativi (così, *ex multis*, Cass., 26 giugno 2001, n. 8742, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 116; cfr. altresì Trib. Nola, 9 gennaio 2014, : "al momento in cui il Giudice emette il provvedimento con cui dispone la verifica, da parte del CTU, dei tassi soglia, il Tribunale ha l'obbligo di pronunciarsi in merito alla verifica relativa all'assolvimento dell'onere della prova e cioè della produzione, della parte che intende avvalersene, dei decreti ministeriali previsti dalla legge 108/1996"; Trib. Ferrara, 5 dicembre 2013, cit: "è onere della parte che deduca in giudizio l'applicazione del tasso usurario allegare ed indicare i modi, i tempi e la misura del superamento del tasso c.d. "soglia"; Cass. S.U., 29 aprile 2009, n. 9941: la natura di atti meramente amministrativi dei decreti ministeriali rende ad essi inapplicabile il principio *iura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c. da coordinarsi, sul piano ermeneutico,

con il disposto dell'art. 1 delle preleggi, che non comprende, appunto, i detti decreti tra le fonti del diritto, ragion per cui l'onere di allegazione gravante sulla parte che deduca l'applicazione di interessi usurari comprende anche la produzione dei decreti appena citati").

Ebbene nulla a tal riguardo ha prodotto o dimostrato la parte interessata. Anzi e per converso la contestazione appare solamente genericamente accennata nell'atto di opposizione.

Parte opponente non ha, pertanto, assolto l'onere probatorio che su di lei gravava in ordine alla sussistenza di tali motivi di opposizione e non può essere in ciò alleviata attraverso il ricorso alla consulenza tecnica, posto che la stessa non può essere disposta al fine di esonerare la parte dal fornire la prova di quanto assume ed è quindi legittimamente negata dal giudice qualora la parte tenda con essa a supplire alla deficienza delle proprie allegazioni o offerte di prove ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provati. essa, infatti, non è mezzo istruttorio in senso proprio e spetta al giudice di merito lo stabilire se essa è necessaria od opportuna, fermo restando l'onere probatorio delle parti, e la relativa valutazione, se adeguatamente motivata in relazione al punto di merito da decidere, non può essere sindacata in sede di legittimità. Legittimamente non è disposta dal giudice se è richiesta per compiere un'indagine esplorativa sull'esistenza di circostanze, il cui onere di allegazione è invece carico delle parti (così Cass. Civ., Sez. 21/07/2003, n.11317, cfr. Cass. Civ., Sez. II, 11/01/2006, n. 212).

Ne consegue che l'opposizione alla domanda monitoria va rigettata così come vanno rigettate le connesse domande di accertamento del dovuto nonché di cancellazione del nominativo del Sig. D.D.A. dalla Centrale d'Allarme Interbancaria (CAI) con condanna al risarcimento del danno subito così come le istanze istruttorie riproposte.

Va ora affrontata Domanda riconvenzionale di pagamento della somma di € 45.738,00 per lavori di manutenzione e sistemazione delle fioriere presso la Filiale di Banca ... di M.V..

Sul punto va richiamato il principio per cui il creditore che agisca per l'adempimento deve provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, (Cass. Civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533) e "...nell'ambito di un rapporto a prestazioni corrispettive, l'attore che agisce per il pagamento del corrispettivo...

deve allegare e provare esattamente il pattuito oggetto della prestazione e la conformità a esso di quanto prestato: tale prova non può essere fornita con la produzione di una fattura o di una bolla di consegna emesse in relazione all'effettuata prestazione in quanto detti documenti, avuto riguardo alla loro formazione unilaterale e a fronte della contestazione di controparte, non assurgono a prova del contratto e del suo contenuto" (cfr. Cass. Sez. 3, Sentenza n. 5071 del 03/03/2009).

Orbene, l'opponente che era onerato alla prova del rapporto negoziale, non solo non ha fornito alcuna prova della fonte del proprio credito, limitandosi alla produzione di una fattura dalla stessa ditta emessa n. 57 del 27.12.2012. Anzi e per converso, l'istruttoria espletata ha confermato che nessun contratto per lavori di manutenzione e sistemazione delle fioriere presso la Filiale di Banca ... di M.V. è mai stato stipulato tra le parti.

Al di là, infatti, delle ininfluenti e poco credibili dichiarazioni rese dal teste D.G.M., il quale, non ha potuto riferire in merito agli accordi tra le parti né sull'attività di consulenza e che ha riferito che dal 2010 al 2012 in cinque o sei occasioni, pur non ricordando neppure orientativamente quante fossero le piante, avrebbe provveduto a lavori di potatura e trattamento di piante interne ed esterne alla filiale di Montorio, il Presidente della Banca ... di Credito Cooperativo sc, sig. A.C., nell'interrogatorio formale reso all'udienza del 13.10.2015, così come i testi, sigg.ri A. A. e B. A., sentiti alla medesima udienza, hanno apertamente smentito che l'opponente avesse mai ricevuto ed eseguito incarico per lavori di manutenzione e sistemazione delle fioriere presso la Filiale di Banca ... di M.V..

Il Presidente A., infatti, in sede di interrogatorio formale ha smentito categoricamente le circostanze n. 1) e 2) della memoria istruttoria di parte opponente ex art. 183, comma 6, n. 2, c.p.c., secondo cui, rispettivamente, la Banca ... – Filiale di M.V. commissionava alla P.V. di D.D.A. l'incarico e consulenza per controllo e stato delle piante e trattamenti negli anni dal 2006 al 2012 nonché la stessa P.V. ha eseguito in favore della Banca ... – Filiale di M.V. lavori di consulenza per controllo dello stato e trattamenti delle piante negli anni dal 2006 al 2012, come da fattura n. 57/2012 prodotta dall'opponente, dichiarando: "non è vero, aggiungo che la filiale di M.V. non ha spazi verdi e che io ero consigliere di amministrazione già nel 2006 e mai la stipula del contratto di cui al capitolo è stata proposta in c.d.a."

Allo stesso modo il teste A. A., ex direttore della Filiale di M.V. della Banca ..., ha smentito le medesime circostanze affermando: “non è vero, aggiungo che nella filiale di M.V. non vivono spazi verdi né fioriere a parte un vaso di normali dimensioni che provvedeva ad innaffiare una signora addetta alle pulizie”.

Analogamente il teste B.A., impiegato addetto all’ufficio provveditorato della Banca ..., ha smentito le dette circostanze affermando: “non è vero, non conosco neanche la ditta, tutti i contratti che le filiali dovevano stipulare o se dovevano conferire incarichi le richieste passavano tutte da me e non mi risulta una richiesta simile in quel periodo”.

Entrambi i testi, sigg.ri A. e B., hanno confermato altresì i capitoli 1) e 2) della memoria istruttoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c. della difesa della Banca ..., secondo cui la Banca ... non ha mai instaurato alcun tipo di rapporto di lavoro o di consulenza con la ditta P.V. e secondo cui, altresì, la fattura n. 57 del 27.12.2012, emessa dalla stessa ditta e depositata in giudizio, non è stata recapitata o protocollata presso alcun ufficio della Banca ... Sul capitolo n. 1) della memoria istruttoria ex art. 183, comma 6, n. 3, c.p.c. della difesa della Banca ... aggiungeva il teste B.: “è vero si trattava della Euroservice”, mentre, sul capitolo 2) precisava: “la Filiale di M.V. non ha spazi verdi”.

È dunque acclarato, che la Banca ... non ha mai instaurato alcun tipo di rapporto di lavoro o di consulenza con la ditta P.V. né ha usufruito di tali prestazioni di lavoro o consulenza. L’assenza di rapporto contrattuale è confermata da molteplici dati istruttori di guisa che anche l’istanza di rimessione in istruttoria formulata dalla difesa dell’opponente previa revoca dell’ordinanza del 25.05.2015, va disattesa in quanto essa – come anche la questione della ritenuta decadenza – essa è irrilevante ai fini del decidere, avendo l’istruttoria fornito dati certi e convergenti di convincimento del Giudicante nel senso appena visto.

La domanda riconvenzionale deve essere pertanto rigettata.

(Omissis)

NOTA - LA FORMA “FUNZIONALE” NEI CONTRATTI BANCARI

La sentenza in commento, che segue di pochi giorni il pronunciato della Suprema Corte a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018 n. 898 sul

requisito di forma ex art. 23 TUF, offre l'occasione per svolgere alcune riflessioni sui c.d. "contratti bancari monofirma" in ordine ai quali si è sviluppato negli ultimi anni un acceso e vivace dibattito sia di merito che di legittimità.

Per comprendere appieno questa tematica è utile partire dal concetto di trasparenza quale strumento a tutela del contraente debole nei contratti con le banche, che incide sulla consapevolezza del consenso e sulla autoresponsabilizzazione delle parti e che ha avuto una decisa diffusione solo in un tempo recente.

L'origine di detto termine può ritrovarsi nel vocabolo inglese "disclosure" utilizzato nel diritto commerciale anglosassone.

Nell'ambito del processo di evoluzione normativa, che ha interessato il settore bancario e del credito, si collocano numerosi interventi volti a rafforzare la trasparenza delle banche.

Con il d.lgs. 13 agosto 2010 n. 141 il legislatore italiano ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva comunitaria 2008/48/CE concernente i contratti di credito ai consumatori, modificando il d.lgs. 1 settembre 1993 n. 385, recante il testo unico delle disposizioni in materia bancaria e creditizia.

L'occasione è stata sfruttata dal legislatore italiano al fine di apportare al TUB, oltre alle modifiche a tal fine indispensabili, una serie di innovazioni dallo stesso ritenute opportune.

La legge 7 luglio 2009 n. 88 (Legge Comunitaria 2008), all'art. 33 ha conferito al Governo la delega per la predisposizione dei decreti legislativi per l'attuazione della direttiva comunitaria n. 48 del 2008 stabilendo alcuni criteri direttivi da seguire, tra i quali:

- estendere in tutto o in parte gli strumenti di protezione del contraente debole previsti in attuazione della direttiva 2008/48/CE ad altre tipologie di finanziamento a favore dei consumatori "qualora ricorrano analoghe esigenze di tutela alla luce delle caratteristiche ovvero delle finalità del finanziamento";

- rafforzare i poteri inibitori e l'applicazione delle sanzioni amministrative previsti per contrastare le violazioni delle disposizioni del Testo Unico, per assicurare un'adeguata reazione a comportamenti scorretti a danno della clientela;

- coordinare il Titolo VI del Testo Unico bancario con le altre disposizioni aventi ad oggetto operazioni e servizi rientrati nell'ambito

di operatività del suddetto titolo, estendendo anche a tali disposizioni i meccanismi di controllo e di tutela previsti dal citato Titolo VI;

- rimodulare la disciplina delle attività e dei soggetti operanti nel settore finanziario, sulla base di un insieme di criteri analiticamente formulati;

- rivedere la disciplina dei mediatori creditizi di cui alla l. 7 marzo 1996 n. 108 e la disciplina degli agenti in attività finanziaria di cui al d.lgs. 27 settembre 1999 n. 374;

- coordinare il Testo Unico bancario e le altre disposizioni legislative aventi come oggetto la tutela del consumatore, definendo le informazioni che devono essere fornite al cliente nella fase precontrattuale e le modalità di illustrazione delle stesse e imponendo, in caso di offerta congiunta di più prodotti, l'obbligo di specificare se sia obbligatorio o facoltativo l'acquisto contemporaneo.

Con la successiva legge n. 96 del 4 giugno 2010, il citato art. 33 è stato modificato e sono stati introdotti ulteriori criteri e principi per l'esercizio della delega in riferimento alla direttiva 2008/48.

Seguendo i criteri imposti con la legge comunitaria 2008, il Governo ha emanato il d.lgs. n. 141 del 2010 che apporta svariate innovazioni non solo al Testo Unico bancario, ma anche al Codice del Consumo, al Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, alla legge sulla cartolarizzazione dei crediti ed al decreto antiriciclaggio.

Può certamente affermarsi che la tendenza del legislatore è stata quella di garantire un alto livello di protezione del contraente considerato debole attraverso, per l'appunto, lo strumento della trasparenza che renda immediatamente conoscibile il contenuto del contratto, a vantaggio del contraente che non ha partecipato alla sua predisposizione.

Il presupposto comune di tutte le norme che hanno assicurato la trasparenza nei contratti bancari è una situazione di base di disparità tra i contraenti, che può manifestarsi in vari modi, per esempio nell'asimmetria di potere contrattuale.

Questa disparità viene risolta con il metodo della trasparenza e, dunque, con la previsione di nuovi e specifici obblighi di natura formale, frutto del recepimento nel nostro ordinamento di norme comunitarie, che hanno introdotto l'obbligo della forma scritta in ambiti in cui non era previsto, finalizzati a dare attuazione proprio alla trasparenza contrattuale.

Esemplificativamente e senza pretesa di completezza si segnala che il nuovo art. 124 TUB prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito debbano fornire al consumatore, prima che sia vincolato dal contratto, le informazioni necessarie per consentire il confronto fra le diverse offerte di credito sul mercato. La norma fa riferimento alle informazioni europee di base sul credito ai consumatori, con l'utilizzo di un modulo che deve essere consegnato al consumatore.

Prima ancora degli obblighi informativi precontrattuali, l'art. 123 del TUB (così come modificato dal d.lgs. n. 141/10) prevede che gli annunci pubblicitari devono contenere:

- il tasso di interesse, specificando se fisso o variabile e le spese;
- l'importo totale del credito ed il TAEG.

E venendo ora alla forma del contratto, il comma 1 dell'art. 125 bis del TUB, prevede che i contratti di credito al consumo debbano essere redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole e di cui l'art. 121 fornisce la definizione: ogni strumento che permetta al consumatore di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate e che soddisfi i requisiti della forma scritta nei casi previsti dalla legge. La violazione della norma sulla forma del contratto di credito al consumo e, dunque, la mancata osservanza del descritto requisito formale, implica la nullità integrale del contratto.

L'art. 125 bis richiama l'art. 117, comma 3 del TUB, il quale prevede appunto che i contratti siano redatti per iscritto e che nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

La nullità integrale del contratto è, altresì, prevista quando mancano nel testo contrattuale riprodotto nel documento cartaceo o informatico sottoscritto dalle parti le c.d. informazioni essenziali, concernenti il tipo di contratto, l'identità delle parti, l'importo totale del finanziamento e le condizioni di rimborso e di prelievo (art. 125 bis, comma 8).

Sia la nullità per vizio di forma, che quella per incompletezza del suo contenuto, sono rilevabili d'ufficio dal giudice ed operano esclusivamente a favore del consumatore (art. 127, comma 4).

Come emerso dall'analisi delle norme del nuovo Testo Unico bancario, la conclusione del contratto è ora scandita da fasi e passaggi ob-

bligatori, nei quali ricorre sempre la forma vincolata: 1) la consegna di materiale informativo scritto; 2) la conclusione del contratto in forma scritta; 3) la consegna di copia scritta del contratto.

Nell'ottica del legislatore, prima comunitario e poi nazionale, il graduale passaggio da una fase all'altra dovrebbe fornire al consumatore spunti di riflessione, con il fine di conseguire una volontà consapevole e responsabilizzarne il consenso.

In questa prospettiva la forma è finalizzata alla trasparenza contrattuale e funge da veicolo del contenuto del contratto che materialmente viene messo a disposizione del contraente, il quale vi aderisce con la propria dichiarazione di accettazione.

Fatta questa doverosa premessa, va adesso esaminata la vexata questio dei c.d. contratti bancari monofirma, oggetto, tra le altre, della decisione in commento.

*Da subito va ricordato che, in ordine a questa tematica, si è generato un panorama giurisprudenziale eterogeneo nel quale si registra un primo orientamento concernente sia i rapporti bancari ordinari che quelli finanziari, che reputa tali contratti validi ed efficaci pur se privi della sottoscrizione della banca e ciò sulla base dell'apprezzamento dei *facta concludentia*. In siffatta ipotesi, il contratto si perfeziona con l'originaria sottoscrizione del cliente, non essendo necessari presupposti formali supplementari¹.*

In seguito, è sorto un nuovo orientamento di legittimità di segno contrario, ancorato ad una esegesi maggiormente rigorosa e formali-

1. Cfr. Cass. civ., sez. I, 22 marzo 2012, sent. n. 4564, in *Giust. civ. Mass.* 2012, secondo cui "nei contratti per cui è richiesta la forma scritta *"ad substantiam"* non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti e ... sia la produzione in giudizio della scrittura da parte di chi non l'ha sottoscritta, sia qualsiasi manifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto, realizzano un valido equivalente della sottoscrizione mancante, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta. Anche quindi a voler ritenere che non risulti una copia firmata del contratto da parte della banca, l'intento di questa di avvalersi del contratto risulterebbe comunque, oltre che dal deposito del documento in giudizio, dalle manifestazioni di volontà da questa esternate ai ricorrenti nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguenze perfezionamento dello stesso". Di pari avviso Cass. civ., sez. VI, 7 settembre 2015, sent. n. 17740, in *Dir. & Giust.* 2015, 8, con nota di Bruno.

stica, propendente per la negazione della validità del contratto, anche se prodotto in giudizio, e per il disconoscimento dei comportamenti concludenti della banca non sufficienti a stipulare un contratto. Secondo questo indirizzo, la formazione del consenso contrattuale non può essere desunta dal comportamento complessivo o successivo delle parti, giacché la forma scritta, quando è richiesta come necessaria, è elemento costitutivo del contratto e, perciò, l'eventuale documentazione depositata dalla banca e redatta dalla stessa ai fini dell'esecuzione del contratto, non possiede i caratteri della "estricazione diretta della volontà contrattuale" e non può essere valutata come rilevante dal giudice per ritenere il contratto bancario validamente concluso tra le parti, sicché va dichiarata la nullità del contratto di conto corrente che reca la sola sottoscrizione del correntista². Nelle ipotesi contemplate di contratti monofirma va riaffermato il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.³.

La sentenza in esame, che si affianca ad altre pronunce dei Tribunali abruzzesi⁴, aderisce al primo orientamento accolto anche da diffu-

2. Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2016, sent. n. 5919 in *Giust. civ. Mass.* 2016, che, nel dare continuità all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui "in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta "ad substantiam", la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione", ha, tuttavia, ritenuto di discostarsi da Cass. civ., 22 marzo 2012, sent. n. 4564, affermando che tale perfezionamento avviene "con effetti "ex nunc" e non "ex tunc", essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano"; con la conseguenza "che tale meccanismo non opera se l'altra parte abbia "medio tempore" revocato la proposta".

3. Cfr. Cass. civ., sez. I, 24 marzo 2016, sent. n. 5919, cit. per cui "La forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, è insomma elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estricazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicché occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto". Cfr. anche Cass. civ., sez. I, 11 aprile 2016, sent. n. 7068, in *Dir. & Giust.* 2016; Cass. civ., 27 aprile 2016, sent. n. 8395; in *Contr.* 2016, 1098, con nota di Giuliani, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto* e in *Corr. giur.* 2016, 1110, con nota di Tucci, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2016, sent. n. 10331, in *Guida al dir.*, 2016, 40, 62; Cass. civ., sez. I, 20 maggio 2016, sent. n. 10516, in *Guida al dir.*, 2016, 43, 59. In senso conforme v. da ultimo Cass. civ., sez. I, 14 marzo 2017, n. 6559, in *Il Societario.it*.

4. Cfr. App. L'Aquila, 12 ottobre 2016, sent. n. 1055; Trib. Chieti, 20 settembre 2017, sent. n. 572.

sa giurisprudenza di merito⁵, che sostiene che la forma scritta richiesta per i contratti bancari può ritenersi soddisfatta anche nel caso in cui il contratto, che abbia avuto pacifica esecuzione, sia sottoscritto dal solo cliente su moduli predisposti dalla banca⁶.

La sentenza del Tribunale di Teramo, che fa proprio l'impianto argomentativo utilizzato da altre pronunce di merito precedenti⁷, appare meritevole di attenzione per vari ordini di ragione.

Intanto siffatta decisione sostiene che la ricostruzione operata dalla Suprema Corte nelle richiamate pronunce del 2016 di segno contrario, muove dal presupposto – a suo dire indimostrato – della coincidenza tra forma scritta del contratto⁸ e sottoscrizione dello stesso da parte dei due contraenti. A ben vedere la sottoscrizione non rappresenterebbe un presupposto ontologico fondamentale dell'atto scritto. In particolare, asserisce il Tribunale di Teramo che "L'art. 2702 c.c., infatti, non stabilisce che la scrittura privata è quella redatta per iscritto e sottoscritta dalle parti; afferma, invece, che la scrittura privata fa piena prova, sino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da

5. In questa direzione cfr. Trib. Padova, 29 maggio 2016, sent. n. 1663; Trib. Torre Annunziata, 18 luglio 2016, sent. n. 1061; Trib. Cuneo, 19 agosto 2016, sent. n. 782; App. Venezia, 3 novembre 2016, sent. n. 2477; Trib. Firenze, 15 novembre 2016, sent. n. 3789; Trib. Pistoia, 19 dicembre 2016, sent. n. 1267; App. Napoli, sez. III, 28 dicembre 2016, sent. n. 4571; Trib. Bergamo, 11 gennaio 2017, sent. n. 26; Trib. Ancona, 25 gennaio 2017, sent. n. 111; Trib. Ascoli Piceno, 31 gennaio 2017, sent. n. 87; Trib. Napoli, 13 febbraio 2017, sent. n. 1924; Trib. Catania, 17 febbraio 2017, sent. n. 790; App. Venezia, 7 aprile 2017, sent. n. 771.

6. Cfr. anche Cass. civ., sez. VI, 5 giugno 2014, sent. n. 12711, in *Giust. civ. Mass.* 2014; Cass. civ., sez. II, 16 maggio 2006, sent. n. 11409, in *Giust. civ. Mass.* 2006 per cui, in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta "ad substantiam", la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta equivale a sottoscrizione, perfezionando il contratto, solo a condizione che l'atto sia stato prodotto al fine di invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti.

7. Su tutte App. Napoli, sez. III, 28 dicembre 2016, sent. n. 4571 cit.

8. Sul tema della forma si rinvia a M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 989; N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; A. LISERRE, *Forma degli atti* (diritto civile), in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988; S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2003; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2004, 205; R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato Sacco*, Torino, 2004, 703; U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, a cura di Breccia - Granelli - Roppo, Milano, 2006, 463; R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011, 99.

chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta. È il firmatario dell'atto, allora, e non la controparte, che può togliere la piena efficacia alla scrittura, disconoscendola"⁹.

Inoltre, a norma dell'art. 214 c.p.c. colui contro il quale è prodotta una scrittura privata, se intende disconoscerla, è tenuto a negare formalmente la propria scrittura o la propria sottoscrizione; ciò comporta che è astrattamente ipotizzabile una scrittura privata anche senza sottoscrizione, che vale come tale, e fino a quando, non venga disconosciuta.

A parere del Tribunale teramano un'involontaria conferma del fatto che la sottoscrizione, in quanto tale, non costituisca un elemento naturale della scrittura privata, è data anche dalla citata giurisprudenza di legittimità che sostiene la tesi avversa, per la quale si può concludere il contratto con la produzione in giudizio del documento non sottoscritto, anche se con efficacia solo ex nunc. Si legge nella decisione in commento "Se, infatti, la produzione in giudizio vale a determinare la conclusione del contratto, come accettazione dell'altrui proposta, vuol dire che ben possono esistere comportamenti concludenti che possono tener luogo della sottoscrizione, ferma restando la necessità di un testo contrattuale scritto. E l'avvenuta e reiterata esecuzione del contratto, unita alla sua mancata contestazione ed al suo mancato disconoscimento, rappresentano certamente comportamenti che palesano la volontà di dare esecuzione a quel contratto scritto".

Per il Tribunale di Teramo vi è, poi, un'altra, e più radicale, ragione ostativa alla dichiarazione di nullità del contratto, rappresentata dalla natura protettiva di siffatta nullità.

*Orbene, il ragionamento svolto dalla sentenza in discorso appare interessante sotto molteplici profili, specie alla luce della sentenza delle Sezioni Unite del 16 gennaio 2018, n. 898, che ha affrontato il tema dei rapporti bancari di carattere finanziario componendo un contrasto sorto in seno alle sezioni semplici della Corte di legittimità circa la necessità o meno della sottoscrizione del funzionario di banca*¹⁰.

9. Esattamente in questo senso si era già espressa la Corte d'Appello di Napoli, sez. III civile, con la citata pronuncia del 28 dicembre 2016, n. 4571.

10. La decisione è intervenuta a seguito di rimessione da parte della I sezione civile con l'ordinanza del 27 aprile 2017, n. 10447 che aveva formulato il seguente quesito: "se il requisito

Esercitando la propria funzione nomofilattica le SS.UU. hanno fornito criteri esegetici in materia ed enucleato il seguente principio di diritto: "Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti".

È noto che la forma scritta per i contratti finanziari e bancari era richiesta, a partire dalla legge n. 154 del 1992 sulla trasparenza bancaria (oggi abrogata) e, poi, oggi in modo più specificato dall'art. 23 TUF e dall'art. 117 TUB, i quali entrambi dispongono che i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti e che nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo. È indubbio a riguardo che trattasi di nullità c.d. di protezione sancita a salvaguardia del contraente debole¹¹, dunque, nullità relativa cioè a legittimazione ristretta, ma rilevabile d'ufficio¹². Ne deriva che, la pro-

della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario".

11. Così viene espressamente qualificata da Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2016, sent. n. 8395, in *Giust. civ. Mass.* 2016 e *Guida al diritto* 2016, 31, 70, la quale afferma che la nullità del contratto stabilita dall'art. 23 TUF (così come dagli artt. 117 e 127 TUB) per mancanza di forma scritta *ad substantiam* è configurabile come nullità di protezione ed è rilevabile esclusivamente dal cliente, quale contraente "debole" o, d'ufficio, quando la nullità può operare ad esclusivo vantaggio del primo. La particolare natura e funzione di questo tipo di nullità comporta, quindi, a giudizio della Corte, che l'eccezione possa essere prospettata dalla parte, coerentemente con il principio della domanda e l'interesse sostanziale dedotto in giudizio (art. 99 e 100 c.p.c.), selezionando il rilievo della nullità e rivolgendolo agli acquisti (o più correttamente i contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio. Né è di ostacolo a tale ricostruzione quanto affermato dalle S.U. nella sentenza n. 26242 del 2014 circa la rilevabilità d'ufficio (peraltro non incondizionata) delle nullità di protezione, che ammette la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale anche a cause di nullità protettive non dedotte dalle parti, senza tuttavia consentire il rilievo da parte del giudice anche ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta.

12. Per Cass. civ., Sez. Un., 12 dicembre 2014, sent. n. 26242, in *Giurispr. Comm.* 2015, 5, II, 970, "la rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una "species" del più ampio "genus" rappresentato dalle prime, tutelando

tezione va accordata al soggetto in favore del quale è prevista, ragion per cui la sanzione di nullità per difetto della forma scritta è rivolta a preservare unicamente la parte che possa subire pregiudizio a causa della mancanza di adeguata informazione, valutazione e ponderazione di un testo contrattuale concordato solo in modo orale¹³. D'altronde, la forma scritta funge da veicolo conoscitivo del contenuto del contratto e la sola sottoscrizione rilevante e significativa è quella del cliente, unico legittimato ad invocare la nullità per difetto della propria firma.

Il vincolo di forma, definito "formalismo negoziale", deve essere inteso in armonia con la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità.

La ratio della pronuncia delle SS.UU. è perciò costituita dalla relatività della nullità di protezione, che va recepita in stretta aderenza alle finalità cui è preordinata, così da preservare il diritto oggetto di tutela da letture abusive e strumentali. In tale visione, "atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma ex art. 1325 c.c., n. 4, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati"¹⁴.

le stesse interessi e valori fondamentali – quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 cost.) – che trascendono quelli del singolo". Il rilievo d'ufficio della nullità costituisce irrinunciabile garanzia della tutela dell'effettività dei valori fondamentali dell'organizzazione sociale. In questa prospettiva, va riaffermata la tesi secondo cui la nullità è volta alla tutela d'interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale. A tale unità funzionale non si sottraggono le nullità di protezione, che presidiano interessi generali sottesi alla tutela di una classe di contraenti. A parere di chi scrive va evidenziato a questo proposito, che la forma protettiva è idonea a soddisfare anche un interesse metaindividuale, atteso che garantendo il riequilibrio tra le posizioni delle parti, tutela di riflesso la regolarità e la trasparenza del mercato del credito.

13. Per Trib. Pistoia, 19 dicembre 2016, sent. n. 1267, cit., Il requisito della forma scritta del contratto è finalizzato a garantire al cliente l'adeguata informazione contrattuale, per "colmare il deficit di conoscenza dei servizi bancari e dei relativi costi da parte del cliente, considerato contraente debole".

14. Ne discende che il consenso della banca può ben risultare *aliunde*, da cc.dd. compor-

È stato, altresì, enfatizzato l'ulteriore requisito formale previsto dalla norma a pena di nullità, rappresentato dall'obbligo della banca di consegnare al cliente una copia del contratto sottoscritto, in linea con la finalità di protezione del medesimo.

I giudici di Piazza Cavour riuniti nel consesso più autorevole evidenziano, inoltre, la duplice funzione della sottoscrizione del contratto: l'una connessa alla formazione del consenso delle parti e l'altra collegata alla paternità della scrittura. Partendo da tale assunto, la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, vale ad attestare tanto la manifestazione per iscritto della volontà della parte, quanto la riferibilità del contenuto dell'atto a chi lo ha sottoscritto. Vi è scritto nella ripetuta pronuncia: "Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione".

Aggiunge, poi, la Suprema Corte che "ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche"¹⁵.

tamenti concludenti e non necessariamente dalla sottoscrizione del contratto.

15. La sentenza delle SS.UU. sottolinea che "L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21/4/2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17/9/2007, n.164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione

Conseguentemente, la norma di cui all'art. 23 TUF va letta alla luce di una interpretazione funzionale, vale a dire che consideri il compito di tutela dell'interesse particolare dell'investitore, unico soggetto legittimato a poter far valere la nullità. All'esito di siffatto processo esegetico, la sottoscrizione dell'intermediario diventa requisito formale non utile o quantomeno non imprescindibile rispetto allo scopo e alla ratio della previsione formale, di guisa che una diversa lettura si rivelerebbe asimmetrica.

Diretto corollario di quanto sopra è che soltanto la mancata sottoscrizione del cliente confligge con la ratio della norma, essendo indice dell'ignoranza delle condizioni contrattuali, comportando inevitabilmente la nullità del contratto. Diversamente, la mancata sottoscrizione dell'intermediario, che è il soggetto contro il quale è previsto il rimedio invalidante, non lede in alcuna misura l'interesse tutelato dalla norma e, pertanto, non può condurre alla nullità del contratto.

Se è vero che la sentenza delle SS.UU. interviene nell'ambito dei rapporti bancari di carattere finanziario, è altrettanto vero che – attesa la sostanziale corrispondenza delle disposizioni di cui all'art. 23 TUF con quelle dell'art. 117 TUB, nonché il carattere generale e specialistico e/o di settore di entrambe le norme – detto principio appare estensibile in via analogica ai contratti bancari¹⁶.

Del resto di questo avviso era già stata l'ordinanza interlocutoria, n. 10447 del 10 aprile 2017 della Sezione prima¹⁷, remittente la

con il D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato. Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art. 39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all' accordo di base scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente”.

16. Non mancano tuttavia tesi contrarie, fondate sulla circostanza che la sentenza delle SS.UU. n. 898/2018 si riferisce alla questione specifica dei contratti di intermediazione finanziaria previsti dall'art. 23 TUF in sede di stipula di contratti quadro. La sottoscrizione del cliente è strumentale a garantire che lo stesso sia stato informato, per cui in uno con la consegna del contratto è sufficiente a rispettare quanto prescritto dall'articolo 23 TUF. Viceversa nell'impianto normativo del TUB e nello specifico dell'art. 117, la sottoscrizione delle parti rivestirebbe la tipica finalità di manifestazione della formazione del consenso e di attribuzione della scrittura alle parti contraenti. Secondo questa visione, nell'ambito dei rapporti bancari di conto corrente e di apertura di credito la sottoscrizione di entrambe le parti contraenti – stando alla lettera dell'art. 117 TUB – esprimerebbe la loro volontà di far sorgere obblighi reciproci, ragion per cui dovrebbe risultare da atto scritto a pena di nullità.

17. Cass. civ., sez. I, 27 aprile 2017, ord. n. 10447, in *Contr.* 2017, 393, con nota di Maf-

questione alle Sezioni Unite, che con riferimento ai rapporti bancari in generale tanto riferibili al TUB quanto al TUF, sostiene che "se, a norma del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 la sottoscrizione della banca sia necessaria ad substantiam anch'essa – accanto a quella dell'investitore ... (omissis) ... identico dubbio interpretativo sorge in casi analoghi, ovvero in tutti i contratti di prestazione di servizi di investimento, ai sensi dell'art. 23 cit., e nei contratti bancari, ai sensi del D.Lgs. 24 settembre 1993, n. 385, art. 117". E ciò costituisce un elemento significativo di non poco conto, poiché le SS.UU. hanno accolto e ratificato l'orientamento prospettato dall'ordinanza sopraindicata.

Per quel che attiene all'art. 117 TUB, occorre considerare che detta disposizione si colloca nella parte del titolo VI, dedicata alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti». Ebbene, la norma in discorso assume effettivamente una funzione di garanzia per il cliente, cui va assicurata la possibilità di ricevere un'adeguata informativa sulle condizioni contrattuali, permettendogli di esaminare un testo completo ove è riportato il regolamento negoziale dei propri diritti ed obblighi. Trattasi a ben vedere di una "forma informativa"¹⁸ tesa a raggiungere l'obiettivo testé citato, piuttosto che rivolta ad imporre una consacrazione formale dell'impegno contrattuale. Ne è riprova la circostanza che l'art. 117 TUB, al pari dell'art. 23 TUF, non richiede unicamente la redazione per iscritto, ma pure la consegna di un esemplare al cliente¹⁹.

Qualora, dunque, il cliente abbia ricevuto il contratto, abbia avuto modo di esaminarlo e di valutarne le condizioni e lo abbia sottoscritto, si è pervenuti allo scopo individuato dalla norma.

L'ulteriore sottoscrizione da parte della banca proponente, successiva all'accettazione del cliente, risulterebbe così ultronea, atteso

feis, La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca.

18. In ordine a questo aspetto si rinvia a B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008.

19. La Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 – 9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 della Banca d'Italia, adottata in ossequio alla Delibera CICR n. 286 del 4 marzo 2003, nel riaffermare che i contratti sono redatti per iscritto e una copia è consegnata al cliente, precisa che «La consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente sull'esemplare del contratto conservato dalla banca». Da ciò si evince con tutta evidenza che l'interesse del legislatore è quello di assicurare la presa visione del testo contrattuale da parte del cliente.

altresì che i contratti bancari sono conclusi mediante moduli e modelli redatti su carta intestata della stessa banca. Quest'ultima non deve certo essere "protetta" rispetto ad un contratto contenuto su propri moduli e formulari, che non disconosce, al quale ha dato pacificamente attuazione nel corso del rapporto, anche con documenti scritti, e che produce in giudizio a riprova delle pattuizioni intercorse con la controparte²⁰.

Sulla scorta delle considerazioni sin qui svolte, sono condivisibili le argomentazioni offerte dal Tribunale di Teramo che ha dichiarato infondate le eccezioni di nullità dei "contratti monofirma", che recano la sottoscrizione del solo correntista.

Come si è visto, nell'esperienza comunitaria, la c.d. forma del contratto non è più riconducibile alle tradizionali categorie della forma ad substantiam e ad probationem, né si esaurisce più nella semplice consacrazione dell'atto negoziale in un documento.

L'obiettivo che si persegue con i vincoli formali imposti ai fini della trasparenza, è divenuto non più solo quello di sollecitare l'attenzione del contraente debole, ma di attenuare l'elevata disparità tra i contraenti facendo in modo che il consumatore acquisisca e comprenda tutte le informazioni necessarie affinché possa esercitare la propria autonomia nella maniera più consapevole.

Si tratta della medesima funzione individuata dalla dottrina in relazione all'art. 1341, comma 1° del codice civile. In questo caso la conoscibilità delle condizioni del contratto è valutata alla stregua dell'ordinaria diligenza del contraente aderente, mentre nella forma scritta, intesa ai fini di trasparenza, è la norma che individua quale deve essere il mezzo attraverso il quale il contenuto del contratto va messo a disposizione del contraente aderente.

Ma tale essendo la ratio, una volta che sia rispettata la forma che la norma dispone, strumentale a veicolare il contenuto contrattuale alla (contestuale o successiva) accettazione dell'altro contraente, l'o-

20. In questo senso cfr. Trib. Reggio Emilia, 28 luglio 2016, sent. n. 1153, che in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo promosso contro una Banca da correntisti i quali avevano eccepito la nullità del contratto di conto corrente per violazione del disposto degli artt. 115 e 117 TUB, stante la mancanza di sottoscrizione da parte dell'istituto di credito, afferma di aderire all'indirizzo giurisprudenziale in base al quale il requisito della forma scritta richiesto dalla legge può dirsi soddisfatto anche se il modulo contrattuale è firmato dal solo cliente e non anche dalla Banca, in considerazione della funzione di certezza, a vantaggio del solo cliente, che la forma scritta rappresenta.

biiettivo sancito dal legislatore della piena informazione del cliente può dirsi conseguito.

In conclusione, la strada dell'interpretazione teleologica – funzionale appare la più appropriata e idonea a risolvere la questione in esame, come sembra confermare l'ultima sentenza delle Sezioni Unite.

*Marco Azzariti
Salvatore Mezzanotte*

I

Tribunale di Pescara – Decreto 13.09.2017 n. 261; Est. D. Capezzerà

Opposizione allo stato passivo – Credito della banca per rimborso mutuo e scoperto di conto – Difetto di data certa e documentazione incompleta – Mancanza di prova – Rigetto.

Il creditore (nella specie la banca) che proponga opposizione allo stato passivo ha l'onere di dare piena prova del suo credito, attraverso il deposito di documentazione completa ed avente data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento.

II

Tribunale di Pescara – Decreto del 26.02.2018 n. 57; Est. V. Battista.

Opposizione allo stato passivo – Credito della banca per rimborso di un prestito – Prova della data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento – Timbro postale sul contratto di fideiussione – Prova della data certa anche per il contratto garantito.

Deve essere ammesso al passivo fallimentare il creditore (nella specie una banca) che dimostri d'essere titolare di un credito antecedente la dichiarazione di fallimento con il deposito di una lettera di fideiussione, munita di data certificata dal timbro postale, rilasciata a garanzia di una specifica obbligazione di rimborso in detto documento indicata.

I

(Omissis)

Con ricorso, ex art. 98-99 l.f., la Banca Y (omissis) impugnava lo stato passivo del Fallimento reso esecutivo in data 10.12.2015, nell'ambito del quale, il Giudice delegato aveva escluso la domanda di insinuazione dei crediti della ricorrente.

Quest'ultima, nella propria domanda di insinuazione al passivo, deduceva di essere creditrice in via chirografaria, nei confronti (*omissis*) della somma di euro 2.922.554,70 per le fidejussioni da quest'ultima prestate in favore della Banca, relativamente ad un contratto di mutuo stipulato tra l'istituto di credito e la debitrice principale Z nell'ambito del quale, la (*omissis*) all'epoca *in bonis*, avrebbe prestato garanzia in favore della mutuataria, sia mediante fidejussione specifica a prima richiesta sino alla concorrenza di euro 2.900.000,00 e sia mediante sottoscrizione di fidejussione omnibus a prima richiesta rilasciata sino alla concorrenza di euro 675.000,00, quest'ultima, a dire della Banca, rilasciata in aggiunta a quella già prestata per euro 2.900.000,00 con un impegno complessivo di garanzia che, dovrebbe ritenersi assunto sino alla concorrenza di euro 3.575.000,00.

Inoltre, deduceva la Banca nella propria istanza, di essere creditrice alla data del 02.04.2015 nei confronti della (*omissis*) della ulteriore somma di euro 32.931,13 per scoperto di conto corrente n.072/330/197445 (*omissis*).

Esaminata la domanda di insinuazione al passivo e ritenendo infondate le osservazioni proposte ex art. 95 l.f., il curatore proponeva di escludere integralmente il credito della Banca istante evidenziando che: "... Il tasso di preammortamento del mutuo viene espresso solo in tasso nominale del 5,663 % e non effettivo, come richiede l'attenta lettura dell'art. 1284 c.c. e art. 117 comma 4 TUB. L'indicazione dell'ISC non soddisfa la richiesta del "prezzo" di cui al citato comma 4, art. 117 TUB. Il tasso per *relationem Euribor a tre mesi* risulta determinato ma non determinabile successivamente perché difetta della precisazione se debba intendersi con base 360 o 365. La pattuizione del 18.08.2008 su c/c 2271 197445 risulta usuraria sia per le aperture del credito che per gli anticipi SBF e si riscontrano anche pretese trimestrali usurarie. Conseguentemente per il mutuo si potrebbe ipotizzare la sostituzione del tasso contrattuale con quello BOT ex art. 17, comma 17 TUB e per il c/c l'azzeramento di tutti gli interessi sulle operazioni di scoperto e di anticipo SBF"

Il Giudice delegato confermava l'esclusione dei crediti.

Con l'odierno ricorso, la Banca ha impugnato lo stato passivo del Fallimento nella parte in cui il Giudice ha escluso la propria domanda di insinuazione ritenendo che: a) la mancata chiara indicazione del tasso

effettivo non inficierebbe la validità del contratto, in quanto all'epoca era previsto solo per i contratti di credito ai consumatori; b) il tasso di interesse pattuito non sarebbe di, indeterminatezza e indeterminabilità atteso che, ove non diversamente specificato essa deve considerarsi calcolato su una base di 360 giorni; c); insussistenza, infine, dell'usurarietà del rapporto di c/c nonché delle pretese trimestrali usurarie.

Si è costituita la curatela del Fallimento contestando integralmente il ricorso proposto in quanto infondato.

La curatela ha eccepito, in particolare, l'erronea indicazione dell'ISC e l'indeterminatezza dell'oggetto del contratto di mutuo del 31.07.2007 nonché l'indeterminatezza dell'oggetto dell'atto di ricognizione di debito sottoscritto in data 30.05.2012, paventando così la violazione delle norme imperative di cui agli artt. 1346 e 1284 c.c. e 117 TUB. La curatela, in sostanza, deduce che la scorretta indicazione dell'ISC comporterebbe la nullità della clausola afferente gli interessi, laddove nel contratto sottoscritto sarebbe stato previsto un riferimento ad un tasso variabile parametrato all'Euribor a tre mesi senza però indicare il relativo numero divisore.

La resistente ha poi specificato che, nel determinare il contenuto dei contratti, il citato 4° comma dell'art. 117 TUB prevede la congiunzione "e" così richiedendo la indicazione sia del tasso di interesse che quella di ogni altro prezzo e condizione praticati, sicché i tre richiesti requisiti contrattuali devono coesistere congiuntamente, condizioni queste ultime da ritenersi però, a giudizio della curatela resistente, del tutto assenti sia nel contratto del 31.7.2007 che nello stesso atto di ricognizione del 30.5.2012.

Con specifico riferimento a quest'ultimo atto (denominato "atto di ricognizione di debito del 30.5.2012"), la curatela ha poi evidenziato come la determinazione del tasso di interesse fisso non soddisferebbe la prescrizione degli artt. 1284 c.c. e 117 TUB, per carenza di precisazione del reale Tasso di Interesse che governa il Mutuo e di ogni prezzo corrispondente attesa l'assenza di qualsiasi riferimento al tasso c.d. effettivo, diverso ontologicamente da quello c.d. nominale.

Quanto al contratto di affidamento del 18.08.2008, operativo sul c.c. 197455 ed intestato alla (*omissis*) il fallimento ha poi dedotto la usurarietà della promessa, eccependo anche l'indeterminatezza dell'oggetto della fideiussione omnibus rilasciata da (*omissis*) in favore della

banca atteso che la stessa, a proprio dire, farebbe riferimento ad altra fideiussione, pari ad € 2.900.000,00 che sarebbe stata però sottoscritta in data 31.7.2007 e non già il 18.12.2008, come indicato nel contratto.

In ultimo, la curatela ha dedotto la necessità di rideterminazione in *minus del credito vantato dalla Banca* posto che la stessa stava incassando somme dalla debitrice principale destinate alla riduzione del mutuo.

All'udienza del 9.3.2017 e nelle note difensive autorizzate, la curatela ha infine rilevato l'assenza di data certa degli estratti conto relativi ai contratti fatti valere, eccezione in senso lato che non ha trovato controreplica alcuna da parte della opponente.

Concessi i termini per il deposito di note conclusive, la causa giunge oggi in decisione. L'opposizione (la cui tempestività è stata adeguatamente documentata dalla ricorrente attraverso la produzione della comunicazione del curatore ex art. 97 L.F.) non può essere accolta, non risultando sufficientemente provate, neppure a seguito della espletata *ctu contabile*, le ragioni di credito fatte valere dalla ricorrente nonché tutte le operazioni effettivamente compiute in esecuzione di detti rapporti. Infatti, la documentazione che la opponente ha prodotto al fine di provare i crediti dei quali ha chiesto l'ammissione al passivo, consiste nell'atto pubblico di mutuo e fideiussione del 31.7.2007, nell'atto pubblico di ricognizione del 30.5.2012 e nel contratto di apertura di credito, nonché negli estratti conto riepilogativi del mutuo e del contratto di apertura di credito, atti questi ultimi, sforniti però di data certa. Ebbene, deve ritenersi che tutta tale documentazione predisposta dalla società ricorrente non può in alcun modo costituire prova in sede di formazione dello stato passivo, in favore della medesima, in ordine all'esistenza ed entità del credito vantato.

Ed infatti, nell'ambito dell'accertamento del passivo non valgono i principi espressi dagli artt. 2709 e ss. del c.c., attesta la terzietà della figura del curatore.

È noto che il curatore del fallimento, nella qualità di organo investito di una pubblica funzione nell'ambito dell'amministrazione della giustizia, svolge un'attività distinta da quella del fallito o dei creditori, agendo egli imparzialmente, e non in rappresentanza o in sostituzione di costoro, onde far valere, di volta in volta, e sempre nell'interesse della giustizia, le ragioni dell'uno o degli altri, ovvero della massa attiva

fallimentare (Cassazione civile, Sez. 1, Sentenza n. 508 del 15/01/2003, tanto che da tale fondamentale premessa la Giurisprudenza di legittimità ha tratto la conseguenza della esclusione, in ambito fallimentare, della valenza probatoria degli estratti conto).

Ed allora, dal principio che nel procedimento di accertamento del passivo il curatore deve essere considerato terzo sia rispetto al fallito sia rispetto ai creditori concorsuali, la Corte di Cassazione ha dedotto i seguenti principi di irrilevanza di determinate tipologie di prova documentale: – nel procedimento di accertamento del passivo, il creditore per ottenere l'ammissione al passivo del proprio credito non può limitarsi a produrre le scritture contabili del fallito, in quanto non è applicabile nei confronti del curatore del fallimento l'art. 2709 c.c., secondo cui i libri e le scritture contabili delle imprese soggette a registrazione fanno prova contro l'imprenditore, invocabile solo nei rapporti fra i contraenti o i loro successori, fra i quali ultimi non è però annoverabile il curatore nella sua funzione istituzionale di formazione dello stato passivo (Cassazione civile, sez. I, 15 marzo 2005 n. 5582); neppure l'art. 2710 cod. civ., che conferisce efficacia probatoria tra imprenditori, per i rapporti inerenti all'esercizio dell'impresa, ai libri regolarmente tenuti, può trovare applicazione nei confronti del curatore del fallimento il quale agisca non in via di successione di un rapporto precedentemente facente capo al fallito, ma nella sua funzione di gestione del patrimonio del fallito, non potendo egli, in tale sua veste essere annoverato tra i soggetti considerati nella norma in questione, operante soltanto tra imprenditori che assumano la qualità di controparti nei rapporti d'impresa (Cassazione civile, sez. I, 26 gennaio 2006 n. 1543; conformi: Cassazione civile, Sez. 1, Sentenza n. 17543 del 19/11/2003 e Cassazione civile, Sez. 1, Sentenza n. 352 del 14/01/1999).

Conseguentemente, l'istituto di credito, il quale prospetti una propria ragione di credito verso il fallito ha l'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena prova (ed anche opponibile) del credito vantato, assolvendo al relativo onere secondo il disposto della norma generale dell'art. 2697 c.c. attraverso la completa documentazione (dotata di data certa anteriore al fallimento) **relativa all'intero svolgimento del conto**, non potendo opporre al curatore (stante la sua posizione di terzo) gli effetti che derivano (esclusivamente tra le parti del contratto) dall'approvazione anche tacita delle comunicazioni pe-

riodiche effettuate dalla società concedente e dalla decadenza dalle impugnazioni, né invocare (stante che le contestazioni insorte in sede di formazione dello stato passivo non si configurano come controversie tra imprenditori) il disposto dell'art. 2710 c.c., in relazione alle risultanze interne dei suoi libri contabili.

In definitiva, l'istituto di credito ha l'onere, nel giudizio di opposizione allo stato passivo, di dare piena prova del suo credito, attraverso la documentazione relativa **alle singole operazioni poste in essere nello svolgimento del conto**, che, ai sensi dell'art. 119 della legge bancaria, deve essere conservata dalla banca per dieci anni.

Pertanto ed in sintesi, alla curatela risultano opponibili le sole scritture private aventi data certa anteriore al fallimento.

Ancora, deve ribadirsi la necessità della completezza della documentazione utile alla ricostruzione della evoluzione del rapporto di durata esistente tra le parti fino alla determinazione del saldo con contestuale rideterminazione del medesimo necessitando, quindi, che la domanda sia corredata di tutti gli estratti conto a nulla valendo il c.d. "saldaconto bancario" ex art. 50 T.u.b. (Dlgs. 385/93).

Invero la giurisprudenza prevalente esclude, in linea generale, ogni valenza probatoria a favore del creditore istante delle scritture contabili dalla stessa tenute, sul presupposto che l'art. 2710 c.c., costituendo deroga al principio generale secondo cui la documentazione predisposta dalla parte non costituisce prova in favore della medesima, non sarebbe mai applicabile in sede di formazione dello stato passivo del fallimento in quanto il curatore non è qualificabile come imprenditore e rappresenta l'intero ceto creditorio, il quale, non solo può comprendere soggetti che non sono imprenditori, ma è anche estraneo all'eventuale rapporto d'impresa tra il fallito ed il creditore istante.

Concludendo, essendo il creditore un imprenditore commerciale, si ritiene necessario che questi produca, nell'ambito della verifica dello stato passivo, la scheda integrale del conto comprensiva – quindi – del piano di ammortamento che indichi le rate pagate e quelle insolute nonché sorte capitale distinta dagli interessi, considerando che il saldo finale è il frutto di tutte le movimentazioni in dare ed in avere a partire dall'apertura del conto stesso; ed è altresì necessario il deposito dell'estratto autentico dei libri contabili per il rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 2697 e 2710 c.c..

Solamente a fronte di tale specifica produzione può imporsi al curatore fallimentare l'onere di formulare contestazioni specifiche in assenza delle quali il credito risultante dal saldo finale potrà considerarsi provato.

Nel caso di specie, invece, l'opponente si è limitata a produrre i contratti (mutuo e fideiussione del 31.7.2007, atto di ricognizione e quietanza del 30.5.2012, fideiussione *omnibus*, apertura di credito) e mere copie dei rendiconti dei singoli rapporti finanziari, questi ultimi però del tutto sforniti di data certa anteriore al fallimento.

Infatti, riguardo ai rendiconti mutuo ed agli estratti conto depositati come prodotti coll'atto di opposizione allo stato passivo, deve ribadirsi come i detti atti privi di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento risultino del tutto inopponibili alla curatela.

Infine, deve osservarsi che, sebbene le dette scritture non risultino essere state contestate in sede di verifica dello stato passivo fallimentare, il creditore non può avvalersi nei confronti del curatore fallimentare – che, come già è stato evidenziato è terzo – degli effetti preclusivi della mancata contestazione degli estratti conto precedentemente inviati al debitore fallito.

Per completezza, poi, e con specifico riferimento al contratto di mutuo fondiario garantito da (*omissis*) all'epoca *in bonis*, deve rilevarsi che le eccezioni che attengono al merito del rapporto garantito non si possono considerare precluse al garante non risultando, contrariamente a quanto affermato da parte opposta, il carattere autonomo della garanzia.

Come è noto la Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che la clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia c.d. *Garantievertrag*), in quanto incompatibile con il principio di accessibilità che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (Sez. U, Sentenza n. 3947 del 18/02/2010). In tale ipotesi, la previsione del carattere incondizionato dell'obbligo di corrispondere l'indennizzo pari all'ammontare dell'obbligazione garantita esclude l'applicabilità della normativa sulla fideiussione alla garanzia, la quale si deve ritenere svolgere una funzione analoga a quella del deposito cauzionale.

Ma per il caso in esame deve osservarsi come il carattere autonomo della garanzia non possa desumersi dal dato testuale, che si riferisce ripetutamente e costantemente alla figura della fideiussione, né dalla disciplina dell'escussione della garanzia secondo cui "Il fideiussore è tenuto a pagare immediatamente alla Banca, a semplice richiesta scritta..." che è evidentemente riferita alle modalità dell'escussione ed ai tempi del pagamento da parte del fideiussore, ma non limita in alcun modo le eccezioni da questo opponibili; inoltre il contratto esclude espressamente l'opponibilità da parte del fideiussore delle (sole) eccezioni relative ai tempi dell'esercizio del diritto di recesso da parte della banca. Solo per completezza si osserva che anche qualora si ritenesse dubbia l'interpretazione del testo contrattuale, si imporrebbe comunque l'opzione per la fideiussione, per le seguenti ulteriori ragioni: perché questa, diversamente dalla garanzia autonoma, configura una fattispecie tipica, alla quale pertanto si deve presumere indirizzata la comune volontà delle parti; perché, trattandosi di contratto redatto su modulo predisposto dalla banca, opera il criterio ermeneutico di cui all'art. 1370 c.c.; perché il garante, rappresentato dalla parte opposta del presente giudizio, non appartiene al novero dei soggetti che professionalmente svolgono l'attività di rilascio di garanzie autonome.

Conclusivamente, il credito oggetto di gravame non risulta adeguatamente e validamente provato neppure all'esito dell'espletata ctu contabile (che a pag. 3 ha pure rilevato la mancanza di alcuni estratti conto afferenti il rapporto di conto corrente), talché l'avversa opposizione va rigettata rimanendo assorbita ogni ulteriore questione (*omissis*).

II

(*Omissis*)

Con ricorso ex artt. 98 comma II e 99 L.F., depositato in data 02.11.2017, la Banca Alfa (*omissis*), proponeva opposizione avverso il decreto con il quale il G.D., in data 05.10.2017, aveva rigettato la richiesta formulata dall'Istituto di Credito di ammissione al passivo in chirografo del fallimento Beta per l'importo di € 48.922,26 – quale debito residuo del prestito n.055/3711577 – avendo ritenuto che lo stesso non fosse provato con documenti avanti data certa anteriore al fallimento (*omissis*)

All'esito dell'analisi della documentazione versata in atti, ritiene il Collegio che l'opposizione sia fondata e debba essere accolta (*omissis*).

In data 12.12.2013 la società Beta concludeva con la Banca Alfa il contratto di prestito aziendale n. 155/03711577 per l'importo di E 50.000,00. La relativa somma – pari, al netto delle spese di apertura pratica, ad €. 49.369,50 – veniva contestualmente accreditata sul conto corrente n. 0823 000000558604 aperto dalla stessa società Beta in data 10.12.2013 presso il medesimo Istituto di credito.

Lo stesso 12.12.2013, il signor X – amministratore unico della società Beta – si costituiva garante del suddetto prestito giusto contratto di fideiussione n. 16202268 concluso sempre con la Banca Alfa. In tale contratto si legge espressamente quanto segue: il sottoscritto signor X dichiara di costituirsi fideiussore a favore di codesta Banca nell'interesse di società Beta e dei suoi successori e aventi causa, fino all'importo di E 50.000,00 a garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni assunte nei confronti di codesta banca in dipendenza del seguente rapporto: prestito aziendale dell'importo di E 50.000,00 con durata 15.12.2018 attualmente contrassegnato al numero 3711577 deliberato in data 13.11.2013". Tale fideiussione veniva, poi, dotata di data certa mediante apposizione di timbro postale del 23.12.2013 (si veda la pagina 6 del relativo contratto ove si legge: "si richiede l'apposizione del timbro postale per la data certa").

Come è noto, la fideiussione è un contratto avente natura accessoria e che, in quanto tale, dipende dal contratto principale a garanzia del quale viene, appunto, sottoscritta la garanzia. Ciò significa che la fideiussione non è dotata di autonomia né di vita propria posto che laddove venga meno l'obbligazione principale viene meno anche l'obbligazione del fideiussore la quale non ha più ragion d'essere posto che la sua funzione è quella di garantire l'adempimento della medesima obbligazione principale (attesa l'identità tra la prestazione del debitore principale e la prestazione dovuta dal garante).

Applicando tali principi al caso che occupa deve rilevarsi quanto segue.

La fideiussione sottoscritta da società Beta con la Banca Alfa in data 12.12.2013 aveva quale finalità quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione principale rappresentata, come si legge espressamente nello stesso contratto di garanzia, dal prestito di € 50.000,00 effettua-

to dall'Istituto di credito in favore della società Beta prestito in assenza del quale la fideiussione non sarebbe sorta e non sarebbe proseguita posto che l'adempimento dell'obbligazione principale – a garanzia della quale viene concluso il contratto accessorio – comporta l'estinzione anche dell'obbligazione del garante. È, pertanto, evidente che se la fideiussione – sicuramente dotata di data certa – veniva sottoscritta in data 12.12.2013 a garanzia della suddetta obbligazione principale – in difetto della quale, si ribadisce, giammai sarebbe venuta in vita – quest'ultima doveva essere necessariamente sorta in epoca antecedente o, al più tardi, come avvenuto nel caso di specie, in pari data.

Ne consegue che non vi è dubbio circa la venuta ad esistenza dell'obbligazione principale garantita – della quale la Banca Alfa chiedeva l'ammissione in chirografo – in epoca anteriore al fallimento, posto che la data certa del contratto di fideiussione, per le ragioni sin qui esposte, si estende anche al rapporto dal quale è originata la garanzia. Dunque, il decreto di rigetto dell'ammissione emesso dal G.D. in data 5.10.2017 va revocato e in accoglimento della presente opposizione, la Banca Alfa va ammessa in chirografo al passivo del fallimento (*omissis*) per il complessivo importo di E. 48.922,26 come richiesto.

(Omissis)

NOTA

Il tema affrontato nei provvedimenti che si annotano è quello della prova del credito che l'istituto è chiamato ad offrire in sede di insinuazione allo stato passivo fallimentare e/o nella successiva fase di opposizione.

Nella prima decisione il Tribunale riconosce che il contratto di mutuo, quello di fideiussione e quello di apertura di credito avessero data certa opponibile alla procedura. Esclude tuttavia l'ammissione del credito (oltre che per essere la documentazione incompleta, anche) perché data certa non avevano i documenti relativi al "rendiconto del mutuo" e gli estratti del conto corrente, vale a dire i documenti che erano destinati a provare l'evoluzione della situazione creditoria nel tempo e fino alla dichiarazione di fallimento.

Nella seconda decisione il giudice, considerata come certa (per effetto della apposizione del timbro postale) la data del contratto di

fideiussione sottoscritto dalla fallita, ritiene per tal via provata altresì la certezza della data del contratto di mutuo oggetto della garanzia. Ammette quindi il credito al passivo: evidentemente ritenendo non contestato l'aspetto relativo alla entità del debito del fallito.

Entrambi i provvedimenti (in specie il primo) hanno occasione di applicare e ribadire consolidati principi in merito all'assumere il curatore, nel procedimento di accertamento del passivo, in quanto portatore degli interessi della massa alla conservazione del patrimonio fallimentare, la condizione di terzo sia rispetto ai creditori concorsuali che rispetto al fallito stesso.

Ne deriva che l'accertamento dell'anteriorità della data della scrittura privata allegata a documentazione della pretesa creditoria, resta soggetto alle regole dettate dall'art. 2704 c.c., comma 1, in tema di certezza e computabilità della data riguardo ai terzi e che – in difetto di prova della formazione del documento in data antecedente alla sentenza dichiarativa – il creditore non possa conseguire verso la massa gli effetti negoziali propri della convenzione in quel documento stabilita.

I principi ricordati vengono applicati al peculiare tema dei contratti e rapporti bancari.

La seconda decisione, in maniera condivisibile, ritiene provata la data certa della fideiussione a seguito della apposizione sulla scheda del timbro datario postale. Applica così il principio per cui "In tema di efficacia della scrittura privata nei confronti dei terzi, se la scrittura privata non autenticata forma un corpo unico con il foglio sul quale è impresso il timbro, la data risultante da quest'ultimo deve ritenersi data certa della scrittura, perché la timbratura eseguita in un pubblico ufficio deve considerarsi equivalente ad un'attestazione autentica che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui essa è stata eseguita." (da ultimo Cass. civ. Sez. VI - 1 Ordinanza, 02/03/2017, n. 5346).

Così determinata la data della fideiussione, perviene altresì a stabilire la data del contratto di mutuo, in detta fideiussione indicato quale oggetto della garanzia.

È noto infatti che "In tema di data della scrittura privata, qualora manchino le situazioni tipiche di certezza contemplate dall'art. 2704, primo comma, cod. civ., ai fini dell'opponibilità della data ai terzi è ne-

cessario che sia dedotto e dimostrato un fatto idoneo a stabilire in modo ugualmente certo l'anteriorità della formazione del documento" (Cass. civ. Sez. III, 03/08/2012, n. 13943) e che "la relativa prova può essere fornita anche per testimoni o in via presuntiva, atteso che, a differenza di quella vertente direttamente sulla data, i limiti probatori previsti dalla citata norma riguardano la natura del fatto idoneo a stabilire con certezza l'anteriorità, non anche le modalità di prova di tale fatto." (Cass. 01/10/2015, n. 19656; Cass. civ. Sez. I, 17/11/2016, n. 23425).

In forza di tali principi, accertata la data dell'impegno di garanzia riferito alla specifica obbligazione di rimborso del prestito, è stato possibile stabilire altresì che anche quest'ultima era stata assunta in epoca quantomeno coeva alla stessa fideiussione.

Il primo provvedimento offre l'occasione di una qualche ulteriore riflessione.

Esso rigetta l'opposizione della banca pur considerando certa la data e quindi l'opponibilità alla procedura dei contratti di mutuo e fideiussione (stipulati con atto pubblico), di ricognizione (anch'esso in forma di atto pubblico) e di apertura di credito prodotti dal creditore.

L'esclusione del credito è tuttavia disposta osservando che nella specie il "rendiconto del mutuo" e gli estratti del conto corrente risultavano però incompleti e privi di data certa.

La decisione deve essere senz'altro condivisa lì dove ricorda che, con riguardo alla prova del credito rinveniente dallo scoperto di conto, la domanda di insinuazione deve essere corredata di una documentazione completa, composta cioè da tutti gli estratti del conto "a nulla valendo il c.d. saldaconto bancario ex art. 50 TUB" (Cass. 13.10.16 n. 20693; Cass. 20.09.2013 n. 21597).

Valutazione questa che con ogni probabilità risultava di per sé decisiva della sorte dell'opposizione.

Meno condivisibile pare invece l'ulteriore argomento che motiva il rigetto osservando, se ben si è compreso, che risulterebbe indispensabile che anche gli estratti del conto e le schede del mutuo, per poter essere opposti alla curatela, debbano essere muniti di data certa.

Allo scopo di non gravare il creditore di un onere forse eccessivo e comunque di ben difficile assolvimento, pare preferibile aderire alla opinione che contempera le opposte esigenze (quelle di tutela della massa e dei diritti del creditore) concludendo nel senso che:

- risulterà non ammissibile la pretesa creditoria, anche se corredata dalla produzione di tutti gli estratti del conto e delle schede del mutuo (Cass. 12.08.2016 n. 17080), allorquando i contratti di mutuo, conto corrente e fideiussione risultino privi di data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento. In tal caso, come puntualmente rilevato dal Tribunale, non sarebbe neppure consentito utilizzare a fini probatori i registri contabili della banca e della società fallita ex artt. 2709 e 2710 c.c. (Cass. 10.03.2017 n. 6351; Cass. 24.08.2015 n. 17093);

- al contrario, la pretesa risulterà ammissibile se fondata su documentazione contrattuale munita di data certa anteriore al fallimento e se corredata dalla produzione di tutti gli estratti conto – o di documentazione equivalente – sin dall'inizio del rapporto, capace di riflettere con completezza l'evolversi delle poste del dare e dell'avere e di consentire la precisa ricostruzione in conformità delle (sole) pattuizioni opponibili al fallimento (così L. Andretto, in *Fallimento* 7/2017, 802).

In definitiva, in presenza di documentazione contrattuale munita di data certa, gli estratti del conto – pur se privi di data certa – e le schede del conto restano pur sempre il principale mezzo di prova a disposizione del creditore bancario per attestare il titolo, la natura e l'importo delle varie operazioni, oltre che l'effettiva annotazione in conto delle relative partite.

Ha di recente avvertito la Suprema Corte, pronunciando in tema di opposizione allo stato passivo fallimentare, che “”Nei rapporti bancari in conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione sugli interessi, la rideterminazione del saldo deve avvenire con l'integrale ricostruzione del dare e dell'avere sulla base di dati contabili certi in ordine alle operazioni annotate nel conto sin dalla sua apertura: la relativa prova può essere fornita mediante produzione integrale degli estratti conto, ma, non essendo previsti limiti al riguardo, può essere ugualmente desunta da partitari interni come le schede dei movimenti, oppure da altri documenti parimenti idonei ad attestare il compimento dei negozi da cui derivano, nonché il titolo, la natura e l'importo delle operazioni e l'effettiva annotazione in conto delle relative partite.” (Cass. 13.3.17 n. 6384).

Superfluo aggiungere che, intervenuta la produzione dei contratti e degli estratti/schede capaci di permettere la integrale ricostruzione dei rapporti, sarà pur sempre salva la facoltà per il curatore di muovere specifiche contestazioni, oltre che in punto di validità dei patti, circa la completezza delle scritturazioni.

In tal caso sarà restituito alla banca l'onere di produrre ulteriore documentazione interna idonea a fornire la prova del compimento delle singole operazioni; senza che l'istituto di credito possa opporre al curatore (stante la sua posizione di terzo) gli effetti che derivano, esclusivamente tra le parti del contratto di conto corrente, dall'approvazione anche tacita del conto e dalla eventuale decadenza dalle impugnazioni.

Giovanni Di Bartolomeo

Tribunale di Pescara – sent. n. 1918 del 24 ottobre 2017 - Est. Fortieri
– C. A. c/ I. s.p.a. + Cooperativa F. + Notaio G.

Cooperativa edilizia – assegnazione di alloggio gravato da vincolo ipotecario – omesso rilievo del vincolo in sede di trasferimento del bene – responsabilità contrattuale della cooperativa e del notaio rogante – sussistenza;

Sussiste la responsabilità contrattuale della cooperativa edilizia che ha disposto l'assegnazione di un alloggio gravato da vincolo ipotecario omettendone dare preventiva comunicazione al socio assegnatario; del pari, quella del notaio che, officiato della stipula dell'atto di trasferimento, abbia omesso svolgere i necessari accertamenti ipotecari sul bene, così tralasciando informarne la parte acquirente; (1)

(Omissis)

Il Sig. C.A. ha proposto opposizione avverso l'atto di precetto intimato, nei confronti della Cooperativa F. a r.l., dall'I. S.p.a., portante la somma complessiva di € 208.317,71 e contenente l'avvertimento, nei confronti dell'opponente che, in difetto di pagamento da parte della creditrice principale si sarebbe proceduto ad espropriazione forzata dell'immobile gravato da ipoteca e, quanto all'opponente, per la debitoria di € 16.041,61.

L'opponente ha contestato la legittimità del richiamato precetto eccependo:

- l'inesistenza-invalidità del titolo o, comunque, la nullità del precetto per non avere l'intimante in alcun modo indicato gli estremi del titolo esecutivo in forza del quale erano state richieste le specifiche somme, infatti, in precetto non era fatta menzione dell'atto di frazionamento del mutuo ipotecario in virtù del quale si preannunciava l'esecuzione forzata in suo danno;

- l'inopponibilità del credito vantato dalla opposta I. s.p.a. stante l'assenza del vincolo di solidarietà tra la debitrice principale F. a r.l. ed i singoli soci della cooperativa;

- la mancata conoscenza della quota parte di mutuo e relativa ipoteca a garanzia gravante in capo ai singoli soci. In particolare l'ipoteca in forza della quale era minacciata l'esecuzione sull'immobile di proprietà dell'opponente gli era rimasta del tutto sconosciuta atteso che, al momento dell'atto di assegnazione di alloggio il notaio aveva comunicato solo l'esistenza di altra ipoteca derivante da diversa quota del mutuo fondiario frazionato.

L'opponente, pertanto, ha richiesto, in via preliminare, l'autorizzazione alla chiamata in causa della Cooperativa F., società a r.l. in persona della legale rappresentante (questa anche in proprio) e del Notaio G. che aveva rogato l'atto di assegnazione dell'alloggio e, nel merito, la declatoria di nullità del precetto e di non esigibilità delle somme richieste, l'ordine di cancellazione dell'ipoteca e, in via subordinata, la condanna dei chiamati in causa a manlevare l'opponente delle conseguenze dannose derivate dalla vicenda, tanto in relazione alle somme eventualmente dovute all'I., quanto alla cancellazione dell'ipoteca.

La opposta I., costituendosi, ha chiarito che il precetto era stato notificato all'opponente ai sensi dell'art. 603 c.p.c. e la legittimità dell'esecuzione nei confronti del terzo proprietario andava individuata nell'art. 2910 c.c., il bene di sua proprietà, infatti, era vincolato a garanzia del credito in forza dell'ipoteca iscritta su di esso. Ha richiesto, anch'essa l'integrazione del contraddittorio con la debitrice principale Cooperativa F.. Nel merito ha richiesto il rigetto dell'opposizione.

Autorizzata la chiamata in causa della legale rappresentante della Cooperativa F. e del Notaio G., solo quest'ultimo si è costituito eccependo, preliminarmente, l'intervenuta prescrizione dell'eventuale drit-

to risarcitorio dell'opponente per essere decorsi oltre dieci anni dall'atto di assegnazione di alloggio senza che nessuna pretesa fosse stata avanzata nei suoi confronti.

Nel merito ha osservato il Notaio che nessuna omissione informativa vi era stata da parte sua atteso che nell'atto di assegnazione era stato menzionato l'atto di frazionamento da cui discendeva l'unica ipoteca, dunque, l'atto doveva essere ben noto all'opponente.

La responsabilità poteva, al più essere addebitata alla cooperativa che era rimasta inadempiente nel pagamento di alcune rate di mutuo, dovendosi escludere che il notaio rogante potesse attribuire quote di mutuo o intervenire negli accordi economici intervenuti tra le parti.

Né la fattispecie poteva essere equiparata a quella della compravendita ove si avverte una maggiore esigenza di tutela dell'acquirente.

In conclusione, non vi era nesso eziologico tra l'attività espletata dal notaio e l'evento dedotto in lite la cui responsabilità era attribuibile, per un verso, all'inadempimento della Cooperativa F. e, per altro verso alla mancata diligenza dello stesso opponente che non si era premurato di conoscere gli atti sociali con conseguente applicabilità dell'art. 1227 comma 2 c.c.

È rimasta, invece, contumace la legale rappresentante della Cooperativa F..

Nel corso dell'istruttoria sono stati prodotti documenti ed espletati gli interrogatori formali dei chiamati in causa.

Non vi è dubbio che il precetto notificato dalla creditrice mutuante a tutti i proprietari acquirenti degli immobili ipotecati loro trasferiti dalla debitrice Cooperativa F.a.r.l. sia stato intimato ai sensi e per gli effetti dell'art. 602 c.p.c., e cioè per realizzare gli effetti dell'esecuzione forzata anche nei confronti degli stessi acquirenti degli immobili ipotecati, non debitori.

Dunque, l'azione esecutiva intrapresa dalla creditrice mutuante è riconducibile, seppur con le specificità e le deroghe previste dalla disciplina del credito fondiario, alla tipologia dell'espropriazione contro il terzo proprietario.

Viene, pertanto, in rilievo, in primo luogo, la disposizione normativa di cui all'art. 2910, 2° co., c.c., a norma del quale «possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore».

La norma in esame sancisce, sul piano sostanziale, il principio della c.d. responsabilità patrimoniale del terzo senza debito che trova attuazione, sul piano processuale, negli artt. 602 ss. c.p.c., laddove si consente al creditore di far espropriare beni non appartenenti al patrimonio del suo debitore, quando oggetto dell'esecuzione sia un bene gravato da pegno o da ipoteca per un debito altrui, oppure quello la cui alienazione da parte del debitore sia stata revocata per frode.

Il principio viene ribadito, ancora sul piano sostanziale, dall'art. 2808 c.c. in virtù del quale «l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo creditore».

Si tratta, dunque, del caso della espropriazione contro il terzo proprietario il quale, pur se estraneo al rapporto di credito, viene assoggettato alla espropriazione e diviene soggetto passivo dell'attività attuativa del diritto di credito in conseguenza dell'acquisto di un bene gravato da ipoteca, pegno o privilegio con diritto di seguito.

Il vincolo derivante dalla garanzia ipotecaria, però, opera in danno del terzo acquirente dell'immobile ipotecato solo nei limiti della somma per la quale è iscritto e delle ulteriori somme alle quali la garanzia è estesa ai sensi dell'art. 2809 c.c., conseguentemente, il creditore che esegue il pignoramento dell'immobile non può far valere il suo credito sulla somma ricavata dalla vendita per quelle eccedenti tali limiti.

Ciò che legittima l'espropriazione contro il terzo proprietario di un bene ipotecato è solo il diritto di sequela che assiste il credito ipotecario.

Affermati questi principi in punto di diritto, in fatto deve rilevarsi come l'azione esecutiva (per quanto detto legittimamente avviata dal creditore mutuante nei confronti del terzo proprietario) risulti conforme al modello legale, Né può revocarsi in dubbio che l'azione esecutiva intrapresa sul bene dell'opponente sia sussumibile nell'archetipo normativo di cui all'art. 602 c.p.c. per il solo fatto che il titolo esecutivo non è stato notificato al medesimo dal creditore procedente, atteso che, l'ampia formulazione della legge sul credito fondiario porta ad escludere una deroga al beneficio previsto dall'art. 41 T.U.B., nel caso in cui l'espropriazione si avvii contro il terzo proprietario. (*Cass. Civ., n. 2755/92; Trib. Napoli 14 aprile 2011, Trib. Cassino, Sent., 02/12/2013*).

Né per promuovere l'espropriazione forzata contro il terzo proprietario a norma degli artt. 602 e seguenti c.p.c. può predicarsi la necessità

di un titolo esecutivo autonomo, ma è sufficiente quello ottenuto contro il debitore diretto.

L'opponente ha acquistato la proprietà del bene quando questo era già gravato dall'iscrizione ipotecaria e quando il frazionamento era stato già effettuato.

In ogni caso, la proposizione della presente opposizione (da qualificarsi agli atti esecutivi, ex *art. 617, comma 1, c.p.c.*) avrebbe sanato la nullità allegata dall'opponente e ciò in quanto l'atto impugnato ha all'evidenza raggiunto il proprio scopo: l'atto di precetto, infatti, indica chiaramente i titoli esecutivi azionati (i due contratti di mutuo) nonché gli estremi dell'atto di frazionamento del mutuo ipotecario e lo stesso opponente lo cita espressamente nel suo scritto difensivo (Cass. Civ., n. 4225/75; Cass. Civ., n. 5138/78; Cass. Civ., n. 1612/86; Cass. Civ., n. 15378/06). L'atto di precetto indica esattamente anche la quota di mutuo frazionato gravante sull'opponente. Dunque, dalla ricostruzione effettuata dall'opponente nell'atto di opposizione appare chiara l'esatta e attuale consapevolezza circa esistenza della formalità pregiudizievole che oggi si vorrebbe a lui non opponibile.

La circostanza che alcune frazioni di ipoteca non siano state rese note agli assegnatari dalla cooperativa debitrice – a parte le eventuali conseguenze risarcitorie a carico della cooperativa o del notaio rogante che dovranno essere valutate – non può incidere sui diritti derivanti al creditore ipotecario dall'*art. 2808 c.c.*

Legittima è, dunque, la pretesa esecutiva dell'intimante nei confronti dell'opponente.

Va, a questo punto esaminata la domanda di accertamento di responsabilità dei chiamati in causa.

Sussiste in primo luogo e pacificamente la responsabilità contrattuale della cooperativa edilizia ai sensi e per gli effetti *dell'art. 1476 c.c.* ed *all'art. 1482 c.c.* in quanto ha trasferito un bene gravato da una quota di ipoteca ulteriore, senza renderne edotto l'acquirente.

In tal modo ha riscosso un prezzo superiore a quello che le sarebbe spettato in rapporto al valore del bene indicato nell'"atto di assegnazione di alloggi di cooperativa edilizia ed accollo relativo di mutuo" a rogito del Notaio G. Rep. 71784 e Racc. 20847 del 06.06.2003.

Vi è stata, da parte della cooperativa la palese violazione degli obblighi sulla stessa gravante ex *artt. 1476 c.c.* e *ss.* avendo, all'atto della

stipula del rogito notarile, sottaciuto il reale *status* giuridico nel quale l'immobile versava.

La responsabilità della parte venditrice, nelle ipotesi delineate in giurisprudenza analoghe al caso *de quo*, viene pacificamente ricondotta nell'alveo della garanzia da evizione, ovvero quel tipo di responsabilità contrattuale diretta e conseguente alla violazione dell'impegno traslativo.

Il venditore, infatti, non solo è tenuto ad osservare un comportamento conforme alle regole di correttezza e buona fede nella fase anteriore al contratto di vendita (ex *art. 1337 c.c.*), ma è anche titolare di una precisa posizione obbligatoria scaturente da tale contratto (ex *art. 1476 n. 3 c.c.*), dovendo garantire, e far acquistare al compratore, la piena proprietà e disponibilità del bene compravenduto senza che vizi esistenti e non dichiarati all'atto della vendita, ne possano in alcun modo diminuire, in maniera apprezzabile, il completo esercizio delle facoltà annesse al diritto trasferito.

Pertanto, alla luce dei principi di buona fede contrattuale, deve ritenersi che la falsa rappresentazione della realtà ingenerata nella parte acquirente, assume nella fattispecie un carattere essenziale e determinante.

Da tale comportamento è derivata la diretta produzione del danno al Sig. C.

Quanto alla domanda nei confronti del Notaio G., va, preliminarmente esaminata l'eccezione di prescrizione da questi sollevata.

L'eccezione è infondata dovendosi far decorrere il termine di prescrizione dalla comunicazione del 03 novembre 2006 con la quale la Cooperativa F. richiedeva all'assegnatario il pagamento di ulteriori somme, seppure senza esplicitare le ragioni dell'ulteriore preteso credito.

Infatti, la giurisprudenza di legittimità, ancora di recente, ha affermato che "In tema di azione risarcitoria per responsabilità professionale, ai fini del momento iniziale di decorrenza del termine prescrizionale, si deve avere riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno come percepibile dal danneggiato alla stregua della diligenza da quest'ultimo esigibile ai sensi dell'art. 1176 c.c., secondo standards obiettivi e in relazione alla specifica attività del professionista, in base ad un accertamento di fatto rimesso al giudice del

merito. (così Cass. civ. Sez. III, Sent., 18/02/2016, n. 3176 che, nella specie, relativa alla *responsabilità* di un *notaio* per aver erroneamente asseverato l'inesistenza di pesi e vincoli sul bene immobile oggetto di una compravendita, la S.C. ha ritenuto che la sentenza impugnata, avendo ancorato il "dies a quo" di decorrenza della prescrizione alla mera stipula dell'atto, avesse pretermesso la doverosa indagine sul momento in cui si era prodotto e reso conoscibile il danno lamentato dagli acquirenti, i quali avevano subito la risoluzione di un successivo contratto di compravendita, dagli stessi concluso con terzi, in quanto l'immobile era risultato gravato da ipoteca).

La Cassazione precisa che la prescrizione dell'azione di responsabilità contrattuale non può iniziare a decorrere prima del verificarsi del danno di cui si chiede il risarcimento.

Dunque, poiché nell'ambito della responsabilità contrattuale – cui va ricondotta quella professionale per l'inadempimento della prestazione d'opera intellettuale (e, dunque, anche quella del notaio) – l'inadempimento stesso (parziale o totale) si configura come l'evento produttivo (o la fonte) del danno risarcibile, ma non si identifica con questo, che è invece da individuarsi nel pregiudizio (perdita subita o mancato guadagno) patito dal creditore della prestazione quale conseguenza immediata e diretta, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., della condotta inadempiente.

Pertanto, ai fini della configurazione di un diritto al risarcimento del pregiudizio patito a seguito di inadempimento occorre che la fattispecie di responsabilità contrattuale si sia perfezionata con la presenza di un danno risarcibile.

Tale danno (che può anche non prodursi affatto) può sorgere contestualmente con l'inadempimento del debitore, ovvero in un momento successivo, rimanendo, comunque, sempre ben distinta (in senso logico-giuridico) la fonte del danno dal danno stesso.

Di qui, la correlazione tra insorgenza del diritto al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e decorrenza della prescrizione, che, in base all'art. 2935 c.c., è ancorata al momento in cui il diritto anzidetto può farsi valere e, dunque, non prima che lo stesso venga ad esistere con l'insorgenza del danno risarcibile.

Superata l'eccezione di prescrizione, va, altresì, rilevata la sussistenza, nei confronti dell'odierno opponente, della responsabilità contrattuale del notaio rogante dott. N.G. che, omettendo i necessari accer-

tamenti ipotecari, nell'imminenza del rogito, non ha consentito il rilievo dell'esistenza dell'ulteriore quota di ipoteca iscritta sull'immobile.

Nel corso dell'interrogatorio formale il Notaio ha dichiarato di non esser stato a conoscenza, al momento del rogito, dell'esistenza di due diverse quote di ipoteca gravanti sul bene.

Da tempo la Suprema Corte ha affermato che ove richiesto della stipulazione di un contratto di compravendita immobiliare il notaio è tenuto al compimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti, e in particolare all'effettuazione delle c.d. visure catastali e ipotecarie, allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà (v. Cass., 28/7/1969, n. 2861, e, più recentemente, Cass., 24/9/1999, n. 10493; Cass., 18/1/2002, n. 547).

La sussistenza di tale obbligo è stata dalla giurisprudenza di legittimità dapprima argomentata dal combinato disposto di cui *all'art. 2913 c.c.*, e art. 28 L. N., in ragione della funzione pubblica del notaio (v. Cass., 1/8/1959, n. 2444), ovvero da quello di cui al *D.P.R. n. 640 del 1972*, artt. 4 (secondo cui alle domande di voltura debbono essere acquisiti i certificati catastali) e 14 (che fa obbligo al notaio di chiedere la voltura), in base al quale il notaio è tenuto ad espletare attività di verifica catastale ed ipotecaria volta ad accertare la condizione giuridica ed il valore di un immobile, da tenersi distinta dalla normale indagine giuridica occorrente per la stipulazione dell'atto (v. Cass., 23/7/2004, n. 13825).

Successivamente, evidenziando che l'opera professionale di cui è richiesto il notaio non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 31/7/2012, n. 13617), la fonte dell'obbligo in argomento è stata ravvisata nella diligenza che il notaio è tenuto ad osservare (v. già Cass., 1/3/1964, n. 525, e, successivamente Cass. civ. Sez. III, Sent., 29/01/2013, n. 2071, Cass., 28/9/2012, n. 16549; Cass., 27/10/2011, n. 22398. V. anche Cass., 2/3/2005, n. 4427) nell'esecuzione del contratto d'opera professionale (v. già Cass., 25/10/1972, n. 3255, e, successivamente Cass., 5/12/2011, n. 26020; Cass., 28/11/2007, n. 24733; Cass., 23/10/2002, n. 14934) nel senso che

tra notaio ed il cliente intercorre un rapporto professionale inquadrabile nello schema del mandato.

Si è, al riguardo, precisato che la responsabilità del notaio rimane esclusa solamente in caso di espresso esonero – per motivi di urgenza o per altre ragioni – del notaio per concorde volontà delle parti, con clausola inserita nella scrittura (v. Cass., 16/3/2006, n. 5868; per l'ammissibilità di una dispensa anche in forma verbale v. peraltro Cass., 1/12/2009, n. 25270), da considerarsi pertanto non già meramente di stile bensì quale parte integrante del contratto (v. Cass., 1/12/2009, n. 25270; Cass., 12/10/2009, n. 21612), sempre che appaia giustificata da esigenze concrete delle parti (v. Cass., 1/12/2009, n. 25270).

Non sono mancate, persino pronunce nelle quali si è affermato che, quand'anche il notaio fosse stato esonerato dalle visure, se sia stato a conoscenza o abbia avuto anche solo il mero sospetto della sussistenza di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto della compravendita deve in ogni caso informarne le parti, essendo tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui *all'art. 1176 c.c.*, comma 2, e della buona fede (v. Cass., 2/7/2010, n. 15726; Cass., 11/1/2006, n. 264; Cass., 6/4/2001, n. 5158). Ancora la Suprema Corte ha affermato che "Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività di notaio, il professionista è tenuto ad una prestazione che, pur rivestendo i caratteri dell'obbligazione di mezzi e non di risultato, non può ritenersi circoscritta al compito di mero accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, estendendosi, per converso, a tutte quelle ulteriori attività, preparatorie e successive, funzionali ad assicurare la serietà e la certezza del rogito e, in particolare, la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico (non meno che del risultato pratico) del negozio divisato dalle parti, con la conseguenza che l'inosservanza di tali obblighi accessori dà luogo a responsabilità "ex contractu" per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale" (Cass. 28/1/2003 n. 1228).

La corposa giurisprudenza richiamata trova di certo attinenza anche all'ipotesi di atto notarile avente ad oggetto l'assegnazione di alloggio da cooperativa. Non è, infatti, condivisibile la diversa tesi sostenuta dal chiamato in causa che argomenta dalla diversa natura rispetto all'atto di compravendita (sebbene, in altro passaggio dei suoi scritti difensivi,

venga, invece a sostenere l'equiparabilità dell'atto di assegnazione e di quello di compravendita allorquando viene a richiamare la giurisprudenza formatasi in tema di prezzo della compravendita: si veda pag. 9 della comparsa conclusionale).

Anche l'atto di assegnazione formalizza un rapporto sinallagmatico di scambio prezzo-bene e produce l'effetto di trasferire la proprietà all'acquirente.

Più di recente si è sviluppata una ulteriore prospettiva di valutazione della responsabilità professionale del notaio, in termini di dovere di informazione.

Si è pervenuti a rapportare tale dovere, per un verso, ad una regola (*artt. 1337, 1358, 1375 e 1460 c.c.*) di comportamento (quale dovere di solidarietà fondato *sull'art. 2 Cost.* (v. Cass., 10/11/2010, n. 22819; Cass., 22/1/2009, n. 1618; Cass., Sez. Un., 25/11/2008, 28056) che trova applicazione a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità (v. Cass., 27/4/2011, n. 9404; Cass., Sez. Un., 25/11/2008, n. 28056; Cass., 24/7/2007, n. 16315; Cass., 13/4/2007, n. 8826; Cass., 27/10/2006, n. 23273; Cass., 20/2/2006, n. 3651. V. altresì Cass., 24/9/1999, n. 10511; Cass., 20/4/1994, n. 3775), per altro verso a regola (*art. 1366 c.c.*) di interpretazione del contratto (v. Cass., 23/5/2011, n. 11295), la buona fede oggettiva o correttezza è infatti anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto (v. Cass., 30/10/2007, n. 22860), là dove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio (che non si sostanzia cioè in attività gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (v. Cass., 30/3/2005, n. 6735; Cass., 9/2/2004, n. 2422).

Il ruolo pregnante che i doveri di informazione hanno ormai assunto in ogni ambito di attività contrattuale o anche solo di contatto sociale, deve darsi ormai per acquisito. Nel caso del notaio la sussistenza di tale dovere è ulteriormente rafforzata dalla nota funzione di adeguamento affidatagli, che impone di pervenire al convincimento che l'atto

da ricevere sia effettivamente voluto dalle parti, potendo fondarsi, tale piena consapevolezza, esclusivamente sul presupposto che le parti siano adeguatamente informate sulle implicazioni dell'atto in questione. L'indagine sulla volontà non può prescindere quindi da uno scambio di informazioni tra notaio e contraenti, di entità tale da assicurare l'effettività del voluto e la idonea funzionalità dell'atto al raggiungimento degli interessi perseguiti.

Nel caso di specie, il tenore dell'atto di assegnazione dell'alloggio, rende persuasi della circostanza che l'effetto reale prodotto dall'atto non è rispondente a quello voluto dalle parti acquirenti atteso che, seppure ai fini fiscali, si indica in € 87.800 il valore di quanto assegnato e si precisa che tale valore, detratta "la quota" di mutuo (il singolare indica che il riferimento è alla sola quota accollata) era già stato riscosso e versato.

È, dunque, chiaro che, non rientrando l'ulteriore quota di mutuo non accollata nella determinazione del valore del bene, diversamente da quanto asserito dal Notaio, l'atto non era rispondente a precedenti accordi contrattuali intercorsi tra le parti e nei quali nessuna interferenza poteva esservi da parte sua.

L'obbligo di effettuare le visure ipocatastali incombe allora senz'altro al notaio officiato della stipulazione di un contratto di trasferimento immobiliare, anche se di assegnazione di alloggio data la natura sinalagmatica - prezzo per immobile - già rilevata.

Dunque, nel caso di specie risulta che il notaio rogante l'atto di assegnazione non abbia correttamente eseguito la prestazione contrattuale a favore dell'opponente secondo la diligenza richiesta ad un professionista, mediamente preparato ed avveduto, per avere ommesso di riportare nell'atto - o di avvisare gli acquirenti che sul bene esistevano altre formalità pregiudizievoli oltre alla quota dell'ipoteca corrispondente alla parte di mutuo accollata.

Non risulta, peraltro, che vi sia stato espresso esonero del notaio dallo svolgimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti, e in particolare dal compimento delle c.d. visure ipotecarie.

L'aver ommesso di indicare in modo pieno e completo la situazione dell'immobile non può essere considerato un adempimento completo e puntuale dell'obbligazione professionale gravante sul notaio né appare

attinente la giurisprudenza da questi richiamata e che attiene ad ipotesi in cui non vi era ancora stato frazionamento del mutuo.

Nel presente caso si è realizzato un concorso di due inadempimenti contrattuali a diverso titolo, quello del venditore nel contratto di vendita e del Notaio nel contratto di opera intellettuale, entrambi concorrenti alla produzione di un concreto danno in pregiudizio degli opposenti e dunque, fonte di una responsabilità solidale: "Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 cod. civ., dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, dovendosi, inoltre, escludere che una delle persone responsabili possa rispondere in via soltanto sussidiaria rispetto alle altre, in difetto in tale senso di una norma di legge o di una volontà convenzionale (Cass. III, 15.05.1999 n. 5946; cfr. altresì Cass. III, 09.11.2006, n. 23918).

Ciò posto, risulta dimostrato lo "an debeatur", non potendosi negare che nella fattispecie è stato accertato un fatto potenzialmente dannoso, cui consegue il diritto degli opposenti al risarcimento del danno, che è "in re ipsa" e trova la sua causa diretta ed immediata nella illegittima condotta della cooperativa e del notaio rogante.

Ai fini della determinazione e della liquidazione del danno occorre tuttavia la prova dell'esistenza di un pregiudizio concreto.

Secondo l'art. 2858 c.c. il terzo acquirente dei beni ipotecati, non personalmente obbligato, ha il diritto potestativo di pagare i creditori iscritti o di rilasciare i beni o di liberarli dalle ipoteche. Agli effetti dell'azione di risarcimento del danno questi deve però provare di avere tenuto una di tali condotte, in mancanza delle quali il terzo acquirente è soggetto ad espropriazione a norma del citato articolo.

L'opponente ha ricevuto la notifica del precetto con il quale è stato annunciato il pignoramento dell'immobile di loro proprietà, gravato dal vincolo ipotecario, nel caso di omesso pagamento della somma di € 16.041,61.

La giurisprudenza della Suprema Corte distingue tra il pericolo di danno (non risarcibile) ed il pericolo che determina un danno attuale, in quanto tale risarcibile (Cass. 2000 n. 6123) e la seconda è l'ipotesi che ricorre nel caso di specie.

Inoltre, da tempo si è chiarito che se non basta la mera eventualità di un pregiudizio futuro per giustificare condanna al risarcimento, per dirlo immediatamente risarcibile è invece sufficiente la fondata attendibilità che esso si verifichi secondo la normalità e la regolarità dello sviluppo causale (*ex multis*, Cass., nn. 1637/2000, 1336/1999, 495/1987, 2302/1965).

La rilevante probabilità di conseguenze pregiudizievoli è configurabile come danno futuro immediatamente risarcibile quante volte l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocamente sintomatici di quella probabilità, secondo un criterio di normalità fondato sulle circostanze del caso concreto (nella specie: richiesta di pagamento da parte del creditore ipotecario ed eseguita notifica del precetto).

Il danno deve essere ragguagliato all'importo corrispondente alla quota di ipoteca non segnalata all'acquirente (€ 16.041,61) necessario per ottenere la cancellazione dell'ipoteca, oltre alle spese per la cancellazione dell'ipoteca.

I chiamati in causa, pertanto, vanno condannati, in solido tra loro, al risarcimento del danno come sopra liquidato.

L'opposizione nei confronti dell'I. va, pertanto, rigettata e va accolta la domanda di risarcimento dei danni nei confronti dei chiamati in causa.

Quanto alle spese, atteso che l'opposizione al precetto si è resa necessaria a seguito degli inadempimenti dei chiamati in causa, questi vanno condannati, in solido tra loro, alla refusione delle spese sostenute dall'I. e dall'opponente. Vanno, invece, compensate le spese nei rapporti tra i chiamati in causa.

(Omissis)

NOTA – LA RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE DELL'ALIE-NANTE E DEL NOTAIO ROGANTE L'ATTO DI TRASFERIMENTO DEL BENE

Con la pronuncia in epigrafe, il Tribunale di Pescara affronta due specifiche tematiche, la responsabilità contrattuale del notaio rogante e quella del dante causa (cooperativa edilizia) nell'ambito di un atto di assegnazione di alloggio; e ciò soffermandosi preliminarmente sull'istituto processuale della "espropriazione contro il terzo proprietario" cui ritiene riconducibile la fattispecie oggetto di causa, seppur con le specificità e le deroghe previste dalla disciplina del credito fondiario.

Sul piano processuale, è bene ricordarlo, l'art. 602 c.p.c. consente al creditore di far espropriare beni non appartenenti al patrimonio del suo debitore, quando oggetto dell'esecuzione sia un bene gravato da pegno o da ipoteca per un debito altrui.

Alcun dubbio come nel caso di specie il precetto notificato dalla I. s.p.a. a tutti i proprietari acquirenti degli immobili loro trasferiti dalla debitrice, Cooperativa F. a r.l., e gravati da vincolo ipotecario, sia stato intimato ex art. 602 c.p.c., per realizzare gli effetti dell'esecuzione forzata anche nei confronti di loro confronti; a ciò legittimata la creditrice dal diritto di sequela che assiste il credito ipotecario.

Principio questo, ribadito sul piano sostanziale dall'art. 2808 cod. civ. secondo cui «l'ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare, anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo creditore».

Viene così in rilievo la disposizione normativa di cui all'art. 2910, 2° co., c.c., secondo cui «possono essere espropriati anche i beni di un terzo quando sono vincolati a garanzia del credito o quando sono oggetto di un atto che è stato revocato perché compiuto in pregiudizio del creditore».

Norma, quest'ultima che, sul piano sostanziale, sancisce il principio della c.d. responsabilità patrimoniale del terzo proprietario il quale, pur se estraneo al rapporto di credito, viene assoggettato alla espropriazione e diviene soggetto passivo dell'attività attuativa del diritto di credito in conseguenza dell'acquisto di un bene gravato da ipoteca, pegno o privilegio con diritto di seguito

Ritenuti detti principi in punto di diritto, in fatto deve rilevarsi come l'azione esecutiva, legittimamente avviata dal creditore mutuante

nei confronti del terzo proprietario, risulti conforme al modello legale; non può dubitarsi, infatti, che la stessa non sia sussumibile nell'archetipo normativo di cui all'art. 602 c.p.c. per il solo fatto che il titolo esecutivo non è stato notificato al medesimo dal creditore procedente, atteso che, l'ampia formulazione della legge sul credito fondiario non esclude una deroga al beneficio previsto dall'art. 41 T.U.B., nel caso in cui l'espropriazione si avvii contro il terzo proprietario. (Cass. Civ., n. 2755/92; Trib. Napoli, 14 aprile 2011, Trib. Cassino, Sent., 02/12/2013.).

Del pari fuori di dubbio che l'espropriazione forzata contro il terzo proprietario non necessita di un titolo esecutivo autonomo per essere sufficiente quello ottenuto contro il debitore diretto.

Da qui, con argomentazione pienamente condivisibile, il Tribunale ha dichiarato la irricevibilità della eccezione di nullità allegata dall'opponente viepiù se si considera che la proposizione della opposizione, da qualificarsi quale opposizione agli atti esecutivi, ex art. 617, comma 1, c.p.c., avrebbe comunque sanato la nullità allegata dall'opponente in quanto l'atto impugnato ha, all'evidenza, raggiunto il proprio scopo per essere nello stesso indicati chiaramente i titoli esecutivi azionati (i due contratti di mutuo) e gli estremi dell'atto di frazionamento del mutuo ipotecario e relative quote (Cass. Civ., n. 4225/75; Cass. Civ., n. 5138/78; Cass. Civ., n. 1612/86; Cass. Civ., n. 15378/06).

Dalla ricostruzione effettuata dall'opponente nell'atto di opposizione appare chiara, infatti, l'esatta e attuale consapevolezza circa l'esistenza della formalità pregiudizievole che si vorrebbe a lui non opponibile.

Legittima è, dunque, la pretesa esecutiva dell'intimante nei confronti dell'opponente.

Passando ora ad esaminare la domanda di accertamento di responsabilità dei chiamati in causa, il Tribunale ha ritenuto sussistere la responsabilità contrattuale della cooperativa edilizia ex artt. 1476 e 1482 cod. civ. per avere la stessa trasferito un bene gravato da una quota di ipoteca "ulteriore", senza averne preventivamente reso edotto l'acquirente.

Così facendo, infatti, la Cooperativa ha riscosso un prezzo superiore a quello che le sarebbe spettato in rapporto al valore del bene indicato nell'atto di assegnazione di alloggi di cooperativa edilizia ed

accollo relativo di mutuo" a rogito del Notaio G. Rep. 71784 e Racc. 20847 del 06.06.2003.

Chiara la responsabilità della parte venditrice che, in palese violazione dell'impegno traslativo e degli obblighi alla stessa imposti dagli artt. 1476 c.c e ss., all'atto della stipula del rogito notarile, ha sottaciuto il reale status giuridico nel quale l'immobile versava; responsabilità che la giurisprudenza riconduce nell'alveo della garanzia da evizione.

Il venditore, giova ricordarlo, non solo è tenuto ad osservare un comportamento conforme alle regole di correttezza e buona fede nella fase antecedente la stipula di un contratto di vendita (ex art. 1337 cod. civ.) ma è altresì titolare di una precisa posizione obbligatoria scaturente da tale contratto (ex art. 1476 n. 3 cod. civ.), dovendo garantire, e far acquistare al compratore, la piena proprietà e disponibilità del bene compravenduto senza che vizi esistenti e non dichiarati all'atto della vendita, ne possano in alcun modo diminuire, in maniera apprezzabile, il completo esercizio delle facoltà annesse al diritto trasferito.

Alla luce dei principi di buona fede contrattuale, deve dunque ritenersi che la falsa rappresentazione della realtà ingenerata nella parte acquirente, assume nella fattispecie un carattere essenziale e determinante.

Da tale comportamento ne è derivata, infatti, la produzione di un danno alla parte opponente.

Quanto alla domanda svolta dall'opponente nei confronti del Notaio G., la stessa va esaminata sotto un duplice profilo, di carattere preliminare, in ordine alla eccezione di prescrizione, di merito, in ordine alla responsabilità professionale dello stesso.

Assume la parte terza chiamata in causa (Notaio G.) l'intervenuta prescrizione dell'eventuale diritto risarcitorio competente all'opponente per essere decorsi oltre dieci anni dall'atto di assegnazione di alloggio senza che nessuna pretesa fosse stata avanzata nei di lui confronti.

Come ritenuto dal Tribunale, l'eccezione è da ritenersi infondata dovendosi far decorrere il termine di prescrizione dalla comunicazione del 03 novembre 2006 con la quale la Cooperativa F. richiedeva all'assegnatario il pagamento di ulteriori somme.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità, anche di recente, ha affermato che "In tema di azione risarcitoria per responsabilità professionale, ai fini del momento iniziale di decorrenza del termine prescri-

zionale, si deve avere riguardo all'esistenza di un danno risarcibile ed al suo manifestarsi all'esterno come percepibile dal danneggiato alla stregua della diligenza da quest'ultimo esigibile ai sensi dell'art. 1176 c.c., secondo standards obiettivi e in relazione alla specifica attività del professionista, in base ad un accertamento di fatto rimesso al giudice del merito. (così Cass. civ. Sez. III, Sent., 18/02/2016, n. 3176 che, nella specie, relativa alla responsabilità di un notaio per aver erroneamente asseverato l'inesistenza di pesi e vincoli sul bene immobile oggetto di una compravendita, la S.C. ha ritenuto che la sentenza impugnata, avendo ancorato il "dies a quo" di decorrenza della prescrizione alla mera stipula dell'atto, avesse pretermesso la doverosa indagine sul momento in cui si era prodotto e reso conoscibile il danno lamentato dagli acquirenti, i quali avevano subito la risoluzione di un successivo contratto di compravendita, dagli stessi concluso con terzi, in quanto l'immobile era risultato gravato da ipoteca).

La Cassazione precisa che il termine di prescrizione dell'azione di responsabilità contrattuale non può iniziare a decorrere prima del verificarsi del danno di cui si chiede il risarcimento.

Dunque, poiché nell'ambito della responsabilità contrattuale – cui va ricondotta quella professionale per l'inadempimento della prestazione d'opera intellettuale (e, dunque, anche quella del notaio) – l'inadempimento stesso (parziale o totale) si configura come l'evento produttivo (o la fonte) del danno risarcibile, ma non si identifica con questo, che è invece da individuarsi nel pregiudizio (perdita subita o mancato guadagno) patito dal creditore della prestazione quale conseguenza immediata e diretta, ai sensi dell'art. 1223 cod. civ., della condotta inadempiente.

Pertanto, ai fini della configurazione di un diritto al risarcimento del pregiudizio patito a seguito di inadempimento occorre che la fattispecie di responsabilità contrattuale si sia perfezionata con la presenza di un danno risarcibile.

Tale danno (che può anche non prodursi affatto) può sorgere contestualmente con l'inadempimento del debitore, ovvero in un momento successivo, rimanendo, comunque, sempre ben distinta (in senso logico-giuridico) la fonte del danno dal danno stesso.

Di qui, la correlazione tra insorgenza del diritto al risarcimento del danno da responsabilità contrattuale e decorrenza della prescri-

zione, che, in base all'art. 2935 cod. civ., è ancorata al momento in cui il diritto anzidetto può farsi valere e, dunque, non prima che lo stesso venga ad esistenza con l'insorgenza del danno risarcibile.

Superata l'eccezione di prescrizione, va condiviso il giudizio circa la sussistenza della responsabilità contrattuale del notaio rogante, dott. N. G. che, omettendo i necessari accertamenti ipotecari, nell'imminenza del rogito, non ha consentito il rilievo dell'esistenza dell'ulteriore quota di ipoteca iscritta sull'immobile.

Costanti arresti giurisprudenziali hanno condiviso il principio secondo cui, ove richiesto della stipulazione di un contratto di compravendita immobiliare, il notaio è tenuto al compimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti, e in particolare all'effettuazione delle c.d. visure catastali e ipotecarie, allo scopo di individuare esattamente il bene e verificarne la libertà (v. Cass., 28/7/1969, n. 2861, e, più recentemente, Cass., 24/9/1999, n. 10493; Cass., 18/1/2002, n. 547).

La sussistenza di tale obbligo è stata dalla giurisprudenza di legittimità dapprima argomentata dal combinato disposto di cui all'art. 2913 c.c. e art. 28 Legge Notarile, in ragione della funzione pubblica del notaio (v. Cass., 1/8/1959, n. 2444), ovvero da quello di cui al D.P.R. n.640 del 1972, artt. 4 (secondo cui alle domande di voltura debbono essere acquisiti i certificati catastali) e 14 (che fa obbligo al notaio di chiedere la voltura), in base al quale il notaio è tenuto ad espletare attività di verifica catastale ed ipotecaria volta ad accertare la condizione giuridica ed il valore di un immobile, da tenersi distinta dalla normale indagine giuridica occorrente per la stipulazione dell'atto (v. Cass., 23/7/2004, n. 13825).

Successivamente, evidenziando che l'opera professionale di cui è richiesto il notaio non si riduce al mero compito di accertamento della volontà delle parti e di direzione nella compilazione dell'atto ma si estende alle attività preparatorie e successive perché sia assicurata la serietà e la certezza degli effetti tipici dell'atto e del risultato pratico perseguito dalle parti (cfr. Cass., Sez. Un., 31/7/2012, n. 13617), la fonte dell'obbligo in argomento è stata ravvisata nella diligenza che il notaio è tenuto ad osservare (v. già Cass., 1/3/1964, n. 525, e, successivamente Cass. civ. Sez. III, Sent., 29/01/2013, n. 2071, Cass., 28/9/2012, n. 16549; Cass., 27/10/2011, n. 22398. V. anche Cass., 2/3/2005, n.

4427) nell'esecuzione del contratto d'opera professionale (v. già Cass., 25/10/1972, n. 3255, e, successivamente Cass., 5/12/2011, n. 26020; Cass., 28/11/2007, n. 24733; Cass., 23/10/2002, n. 14934) nel senso che tra notaio ed il cliente intercorre un rapporto professionale inquadrabile nello schema del mandato.

Si è, al riguardo, precisato che la responsabilità del notaio rimane esclusa solamente in caso di espresso esonero – per motivi di urgenza o per altre ragioni – del notaio per concorde volontà delle parti, con clausola inserita nella scrittura (v. Cass., 16/3/2006, n. 5868; per l'ammissibilità di una dispensa anche in forma verbale v. peraltro Cass., 1/12/2009, n. 25270), da considerarsi pertanto non già meramente di stile bensì quale parte integrante del contratto (v. Cass., 1/12/2009, n. 25270; Cass., 12/10/2009, n. 21612), sempre che appaia giustificata da esigenze concrete delle parti (v. Cass., 1/12/2009, n. 25270).

Non sono mancate, pronunce secondo cui, quand'anche il notaio fosse stato esonerato dalle visure, se sia venuto a conoscenza o abbia avuto anche solo il mero sospetto della sussistenza di un'iscrizione pregiudizievole gravante sull'immobile oggetto della compravendita deve in ogni caso informarne le parti, per essere tenuto all'esecuzione del contratto di prestazione d'opera professionale secondo i canoni della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, cod. civ. e della buona fede (v. Cass., 2/7/2010, n. 15726; Cass., 11/1/2006, n. 264; Cass., 6/4/2001, n. 5158).

Ed ancora, la Suprema Corte ha affermato che "Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio dell'attività di notaio, il professionista è tenuto ad una prestazione che, pur rivestendo i caratteri dell'obbligazione di mezzi e non di risultato, non può ritenersi circoscritta al compito di mero accertamento della volontà delle parti e di direzione della compilazione dell'atto, estendendosi, per converso, a tutte quelle ulteriori attività, preparatorie e successive, funzionali ad assicurare la serietà e la certezza del rogito e, in particolare, la sua attitudine ad assicurare il conseguimento dello scopo tipico (non meno che del risultato pratico) del negozio divisato dalle parti, con la conseguenza che l'inosservanza di tali obblighi accessori dà luogo a responsabilità "ex contractu" per inadempimento dell'obbligazione di prestazione d'opera intellettuale" (Cass. 28 gennaio 2003 n. 1228).

La corposa giurisprudenza richiamata trova di certo attinenza anche all'ipotesi di atto notarile avente ad oggetto l'assegnazione di al-

loggio da cooperativa. Non è, infatti, condivisibile la diversa tesi sostenuta dal professionista chiamato in causa che argomenta dalla diversa natura rispetto all'atto di compravendita allorquando anche l'atto di assegnazione formalizza un rapporto sinallagmatico di scambio prezzo-bene e produce l'effetto di trasferire la proprietà all'acquirente.

Più di recente si è sviluppata una ulteriore prospettiva di valutazione della responsabilità professionale del notaio, in termini di dovere di informazione.

Si è pervenuti a rapportare tale dovere, per un verso, ad una regola (artt 1337, 1358, 1375 e 1460 cod. civ.) di comportamento (quale dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. (v. Cass., 10/11/2010, n. 22819; Cass., 22/1/2009, n. 1618; Cass., Sez. Un., 25/11/2008, 28056) che trova applicazione a prescindere alla sussistenza di specifici obblighi contrattuali, in base al quale il soggetto è tenuto a mantenere nei rapporti della vita di relazione un comportamento leale, specificantesi in obblighi di informazione e di avviso, nonché volto alla salvaguardia dell'utilità altrui nei limiti dell'apprezzabile sacrificio, dalla cui violazione conseguono profili di responsabilità (v. Cass., 27/4/2011, n. 9404; Cass., Sez. Un., 25/11/2008, n. 28056; Cass., 24/7/2007, n. 16315; Cass., 13/4/2007, n. 8826; Cass., 27/10/2006, n. 23273; Cass., 20/2/2006, n. 3651. V. altresì Cass., 24/9/1999, n. 10511; Cass., 20/4/1994, n. 3775), per altro verso a regola (art. 1366 c.c.) di interpretazione del contratto (v. Cass., 23/5/2011, n. 11295), la buona fede oggettiva o correttezza è infatti anche criterio di determinazione della prestazione contrattuale, costituendo fonte di integrazione del comportamento dovuto (v. Cass., 30/10/2007, n. 22860), là dove impone di compiere quanto necessario o utile a salvaguardare gli interessi della controparte, nei limiti dell'apprezzabile sacrificio (che non si sostanzia cioè in attività gravose o eccezionali o tali da comportare notevoli rischi o rilevanti sacrifici (v. Cass., 30/3/2005, n. 6735; Cass., 9/2/2004, n. 2422).

Il ruolo pregnante che i doveri di informazione hanno ormai assunto in ogni ambito di attività contrattuale o anche solo di contatto sociale, deve darsi ormai per acquisito. Nel caso del notaio la sussistenza di tale dovere è ulteriormente rafforzata dalla nota funzione di adeguamento affidatagli, che impone di pervenire al convincimento che l'atto da ricevere sia effettivamente voluto dalle parti, potendo fondarsi, tale piena consapevolezza, esclusivamente sul presupposto che le parti sia-

no adeguatamente informate sulle implicazioni dell'atto in questione. L'indagine sulla volontà non può prescindere quindi da uno scambio di informazioni tra notaio e contraenti, di entità tale da assicurare l'effettività del voluto e la idonea funzionalità dell'atto al raggiungimento degli interessi perseguiti.

Nel caso di specie, il tenore dell'atto di assegnazione dell'alloggio, rende persuasi della circostanza che l'effetto reale prodotto dall'atto non è rispondente a quello voluto dalle parti acquirenti.

Appare chiaro, infatti che, non rientrando l'ulteriore quota di mutuo non accollata nella determinazione del valore del bene, diversamente da quanto asserito dal Notaio, l'atto non era rispondente a precedenti accordi contrattuali intercorsi tra le parti e nei quali nessuna interferenza poteva esservi da parte sua.

L'obbligo di effettuare le visure ipocatastali incombe senz'altro al notaio officiato della stipulazione di un contratto di trasferimento immobiliare così come di assegnazione di alloggio, data la loro natura sinallagmatica (prezzo per immobile).

Nel caso di specie appare dunque evidente come il notaio rogante l'atto di assegnazione non abbia correttamente eseguito la prestazione contrattuale a favore dell'opponente secondo la diligenza richiesta ad un professionista, mediamente preparato ed avveduto, per avere ommesso di riportare nell'atto – o di avvisare gli acquirenti che sul bene esistevano altre formalità pregiudizievoli oltre alla quota dell'ipoteca corrispondente alla parte di mutuo accollata.

Non risulta, peraltro, che vi sia stato espresso esonero del notaio dallo svolgimento delle attività accessorie e successive necessarie per il conseguimento del risultato voluto dalle parti, e in particolare dal compimento delle c.d. visure ipotecarie.

Conclusivamente, la fattispecie in esame realizza, a diverso titolo, un concorso di due inadempimenti contrattuali; quello del venditore nel contratto di vendita e del Notaio nel contratto di opera intellettuale, entrambi concorrenti alla produzione di un concreto danno in pregiudizio degli oppositori e dunque, fonte di una responsabilità solidale: "Quando un medesimo danno è provocato da più soggetti, per inadempimenti di contratti diversi, intercorsi rispettivamente tra ciascuno di essi ed il danneggiato, tali soggetti debbono essere considerati corresponsabili in solido, non tanto sulla base dell'estensione

alla responsabilità contrattuale della norma dell'art. 2055 cod. civ. dettata per la responsabilità extracontrattuale, quanto perché, sia in tema di responsabilità contrattuale che di responsabilità extracontrattuale, se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, al fine di ritenere la responsabilità di tutte nell'obbligo risarcitorio, è sufficiente, in base ai principi stessi che regolano il nesso di causalità ed il concorso di più cause efficienti nella produzione dell'evento (dei quali, del resto, l'art. 2055 costituisce un'esplicitazione), che le azioni od omissioni di ciascuno abbiano concorso in modo efficiente a produrlo, dovendosi, inoltre, escludere che una delle persone responsabili possa rispondere in via soltanto sussidiaria rispetto alle altre, in difetto in tale senso di una norma di legge o di una volontà convenzionale (Cass. III, 15.05.1999 n. 5946; cfr. altresì Cass. III, 09.11.2006, n. 23918).

Ciò posto, risulta dimostrato l' "an debeatur", non potendosi negare che nella fattispecie è stato accertato un fatto potenzialmente dannoso, cui consegue il diritto degli oppositori al risarcimento del danno, che è "in re ipsa" e trova la sua causa diretta ed immediata nella illegittima condotta della cooperativa e del notaio rogante.

Orbene, ai fini della determinazione e della liquidazione del danno occorre tuttavia la prova dell'esistenza di un pregiudizio concreto.

Secondo l'art. 2858 c.c. il terzo acquirente dei beni ipotecati, non personalmente obbligato, ha il diritto potestativo di pagare i creditori iscritti o di rilasciare i beni o di liberarli dalle ipoteche. Agli effetti dell'azione di risarcimento del danno questi deve però provare di avere tenuto una di tali condotte, in mancanza delle quali il terzo acquirente è soggetto ad espropriazione a norma del citato articolo.

L'opponente ha ricevuto la notifica del precetto con il quale è stato annunciato il pignoramento dell'immobile di loro proprietà, gravato dal vincolo ipotecario, nel caso di omesso pagamento della somma di € 16.041,61.

La giurisprudenza della Suprema Corte distingue tra il pericolo di danno (non risarcibile) ed il pericolo che determina un danno attuale, in quanto tale risarcibile (Cass. 2000 n. 6123) e la seconda è l'ipotesi che ricorre nel caso di specie.

Da tempo si è inoltre chiarito che se non basta la mera eventualità di un pregiudizio futuro per giustificare condanna al risarcimento,

per dirlo immediatamente risarcibile è invece sufficiente la fondata attendibilità che esso si verifichi secondo la normalità e la regolarità dello sviluppo causale (ex multis, Cass., nn. 1637/2000, 1336/1999, 495/1987, 2302/1965).

La rilevante probabilità di conseguenze pregiudizievoli è configurabile come danno futuro immediatamente risarcibile quante volte l'effettiva diminuzione patrimoniale appaia come il naturale sviluppo di fatti concretamente accertati ed inequivocabilmente sintomatici di quella probabilità (cfr. richiesta di pagamento da parte del creditore ipotecario ed eseguita notifica del precetto); danno che deve essere ragguagliato all'importo corrispondente alla quota di ipoteca non segnalata all'acquirente (€ 16.041,61), necessario per ottenere la cancellazione dell'ipoteca, oltre alle spese per la cancellazione dell'ipoteca.

Per quanto innanzi e conclusivamente appare condivisibile la statuizione del Tribunale che ha rigettato l'opposizione nei confronti della s.p.a. I. ed accolto la domanda di risarcimento dei danni nei confronti dei chiamati in causa.

Alessio Ritucci

Tribunale Sulmona – sentenza n. 103 del 9 aprile 2018 – Est. Sodani
– D.L.V c. R.M.M. ed altri

Domanda proposta dai genitori per conto del figlio minore – valore economico particolarmente elevato – autorizzazione Giudice tutelare – necessità – ottenimento in corso di causa – possibilità

Sentenza penale a carico di minori – efficacia nel giudizio civile – esclusione

Divulgazioni di immagini su un falso profilo Facebook senza consenso – illiceità – sussiste

Attività posta in essere da minori - Responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c. - sussiste

La sentenza penale adottata nell'ambito di un giudizio minorile non spiega effetti nel giudizio civile in considerazione del fatto che in tale giudizio non è possibile esercitare l'azione civile e che l'art. 652 c.p. subordina l'efficacia della sentenza penale di assoluzione all'esplorabilità dell'azione civile risarcitoria in seno al giudizio penale. Inoltre la sentenza penale può esplicare effetti nel giudizio civile sono nelle ipotesi in cui essa sia stata adottata all'esito dell'istruttoria dibattimentale e non nell'udienza preliminare.

Sebbene la cessione di foto erotiche sia inizialmente avvenuta direttamente dal soggetto nelle medesime ritratto pur tuttavia la successiva, ulteriore, cessione di esse da parte di coloro che ne erano venuti in possesso ad una platea indefinita di persone, senza il consenso dell'originario cedente, integra una condotta illecita. Quando detta condotta è posta in essere da minori sussiste la responsabilità dei loro genitori ex art. 2048 c.c.

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

1. Con atto di citazione regolarmente notificato D.L.V., T.P., sia in proprio che in nome e per conto di D.L.V., convenivano in giudizio; R.M.M. e R.D.F.A., genitori esercenti la potestà genitoriale sulla figlia minore S.R.E.M.; B.G. e F.C., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore B.D.; F.M. e C.M., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore F.L.; D.S.A. e C.M., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore D.S.M.; P.D.C., genitore esercente la potestà genitoriale sul minore M.G.U.; E.A.C. e S.M., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore E.J.; G.V. e R.S., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore G.A.; M.M. e V.A.M., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore M.M.; S.M. e N.M., genitori esercenti la potestà genitoriale sul minore S.A.; B.F. e L.S.; ciò al fine di sentire accogliere le seguenti conclusioni: "a) Dichiarare la responsabilità dei minori S.R.E.M., B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A., nonché i Sigg.ri L.S. e B.F. quali responsabili della diffusione delle foto della minore V.D.L. ai sensi e per gli effetti delle disposizioni legislative tutte innanzi ripor-

tate; b) Condannare, conseguentemente, i convenuti in solido tra loro, quanto ai genitori dei minori S.R.E.M., B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A., ai sensi dell'art. 2048 c.c., quali esercenti la patria potestà sugli stessi, quanto ai Sigg.ri L.S. e B.F. ai sensi dell'art. 2043 c.c. al risarcimento dei danni in favore degli attori quali, a loro volta, genitori esercenti la patria potestà sulla figlia minore V.D.L., nella misura che appare adeguata determinare in Euro 650.000,00 (diconsi seicentocinquantamila/00) o nella misura maggiore o minore che risulterà di giustizia; c) Condannare i convenuti, sempre in solido tra loro ed allo stesso titolo di cui al punto b), al risarcimento dei danni patrimoniali e non, come innanzi descritti, in favore dei Sigg.ri V.D.L. e P.T. nella misura che risulterà di giustizia da determinarsi anche in via equitativa ai sensi dell'art. 2056 c.c. in riferimento al danno patrimoniale; d) Condannare i convenuti, in solido tra loro, al pagamento delle spese e competenze legali”.

Sempre con l'atto introduttivo deducevano che, nel mese di gennaio 2013, un gruppo di minorenni aveva creato un profilo sul social network facebook contenente una foto senza veli di V. che la stessa si era fatta scattare da una sua amica; che tale fotografia era stata realizzata dietro richiesta ed insistenze di un conoscente, tale B.F., il quale ripetutamente aveva invitato la giovane ragazza a fargli avere una sua foto senza intimo; che l'invio della foto era avvenuto nell'estate 2012 dietro la rassicurazione del destinatario che nessun altro ne avrebbe preso visione; sennonché B.F. l'aveva inviata a sua volta ad un suo amico e poi ancora quest'ultimo ad altri, sino a che, durante le festività natalizie, era stata inserita in un falso profilo facebook creato appositamente da un gruppo di coetanei; che venutane a conoscenza la sorella, prima, e i genitori dopo, questi ultimi avevano sporto denuncia contro ignoti.

Evidenziavano, altresì, che, per tali fatti, erano stati imputati presso il Tribunale dei Minorenni di L'Aquila i seguenti soggetti: per il reato di cui all'art. 600 ter comma 4 c.p.

S.R.E.M. perché offriva e cedeva ad altri materiale pedopornografico realizzato utilizzando minori di anni di 18 ed, in particolare, pubblicava all'interno del profilo facebook G. una fotografia di natura pornografica di V.D.L.; L.S. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a D.S.M., F.L., D.F.G., F.I. e S.M. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare,

una fotografia di natura pronografica di V.D.L.; B.D. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a L.S. materiale pornografico di V.D.L.; F.L. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a D.S.M. e D.F.G. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V. ricevuta da L.S.; D.S.M. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a G.G., B.S. e M.M. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; M.G.U. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a B.S. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; E.J. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a D.F.G. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; G.A. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a D.M.F. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; M.M. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a S.R.E.M. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; S.A. perché, mediante l'utilizzo del proprio telefono cellulare, cedeva a F.F. materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, una fotografia di natura pornografica di D.L.V.; per il reato previsto dall'art. 600 quater c.p. B.F. perché consapevolmente procurava e deteneva materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni 18 ed, in particolare, richiedeva ed otteneva da D.L.V. l'invio di due fotografie di natura pornografica che ritraevano la stessa D.L..

Sottolineavano che, con la pubblicazione della foto della minore sul falso profilo G., l'immagine aveva avuto una risonanza notevole tra gli iscritti di facebook, in quanto la foto compariva automaticamente al momento del collegamento degli amici e poiché trattavasi, comunque, di profilo pubblico, liberamente consultabile anche da terzi estranei. Tale pubblicazione era stata materialmente operata da S.R.E.M., avvalendosi del falso profilo creato precedentemente con M.M. e S.A..

Sostenevano che di tale pubblicazione dovevano rispondere tutti i convenuti, difatti essi avevano avuto il possesso della foto a nudo e

l'avevano inviata ad altri coetanei: una vera e propria catena partita da B. che materialmente si era procurato la foto dalla giovane V..

Concludevano, infine, deducendo che la notizia della pubblicazione della foto a nudo di V.D.L. aveva avuto notevole risonanza sulla stampa locale ed era divenuta di dominio pubblico; che da ciò V. aveva subito un danno non patrimoniale rilevante, connesso alla lesione del diritto all'immagine, alla reputazione, all'onore, alla riservatezza, all'integrità psichica. Ella, infatti, si era, in seguito all'accaduto, chiusa in casa, aveva perso amicizie, aveva percepito ricadute sul rendimento scolastico, era stata continuamente esposta alla critica sociale, a scuola e per strada, destinataria di offese anche sul suo profilo facebook. Ricadute vi erano state anche sul clima familiare. La ragazza, inoltre, aveva riportato una evidente sintomatologia depressiva: aveva, infatti, perso il sonno, soggetta a continue crisi di pianto, sicché per tale motivo era stata sottoposta ad un aiuto psicologico da parte prima della Dott.ssa L. e poi della Dott.ssa R..

In ragione di ciò gli attori quantificavano il danno morale, psichico ed esistenziale patito dalla ragazza nella misura di Euro 650.000,00, chiedendone la condanna in solido a carico di tutti i convenuti, per i genitori ex art. 2048 c.c., mentre per B.F. e L.S. ex art. 2043 c.c..

Quanto, invece, al danno patito dai genitori (oggetto parimenti di richiesta risarcitoria nei confronti dei medesimi convenuti e sulla scorta del medesimo titolo, ossia ex art. 2048 c.c. per i genitori ed ex art. 2043 c.c. per B.F. e L.S.), specificavano che esso era consistito nella forte sofferenza patita dal vedere la foto a nudo della figlia esposta sul web, nella conseguente esposizione al giudizio e critica sociale, oltre che ad una riduzione della clientela frequentante il bar dagli stessi gestito.

2. Si costituivano in giudizio R.M.M., B.G., F.C., F.M., C.M., C.M., P.D.C., M.G.U., E.A.C., S.M., G.V., R.S., G.A., M.M., V.A.M., S.M., B.F. e L.S., eccependo preliminarmente: il difetto della previa autorizzazione ad opera del giudice tutelare con riferimento all'azione risarcitoria intentata da D.L.V. e T.P. per la figlia D.L.V.; la genericità della causa petendi contenuta nell'atto di citazione; la vincolatività dell'esito del giudizio penale svoltosi dinanzi al Tribunale dei Minorenni di L'Aquila per i medesimi fatti, conclusosi con sentenza di non doversi procedere perché il fatto non sussiste e, nel corso dell'odierno procedimento civile, passata in giudicato per effetto della sua conferma

in Cassazione. Nel merito, contestavano in radice in fatto e in diritto la fondatezza della domanda, sostenendo, in sintesi, che era stata la giovane V. a diffondere sconsideratamente le sue foto a nudo, oltre a contestare la quantificazione dell'ammontare del danno patito dalla ragazza e dai suoi genitori.

3. Rimanevano contumaci, invece, D.S.A. e N.M., benché regolarmente citati. Gli attori, all'udienza del 10.06.2015, rinunciavano alla domanda nei confronti di R.D.F.A. e, pertanto, veniva dal giudice già in quella sede dichiarata l'estinzione dell'azione nei confronti solamente di quest'ultimo.

4. Poiché vi è rinnovazione nella comparsa conclusionale di taluno dei convenuti dell'eccezione relativa al difetto di autorizzazione del giudice tutelare con riguardo alla azione promossa dai genitori per conto della minore V.D.L., occorre da subito evidenziare che tale autorizzazione è stata acquisita nel corso del processo. Difatti, con ordinanza del 22.12.2018 veniva dal Giudice ritenuto che, secondo la giurisprudenza più recente, "vanno considerati di ordinaria amministrazione gli atti che presentino tutte e tre le seguenti caratteristiche: 1) siano oggettivamente utili alla conservazione del valore e dei caratteri oggettivi essenziali del patrimonio in questione; 2) abbiano un valore economico non particolarmente elevato in senso assoluto e soprattutto in relazione al valore totale del patrimonio medesimo; 3) comportino un margine di rischio modesto in relazione alle caratteristiche del patrimonio predetto. Vanno invece considerati; di straordinaria amministrazione gli atti che non presentino tutte e tre queste caratteristiche" (Cass. 15 maggio 2003 n. 7546, Cass Sez. 3, Sentenza n. 8720 del 2010). Di tal che si è ritenuto che, nel caso di specie, non si trattasse di atto di ordinaria amministrazione, poiché il danno non patrimoniale asseritamente patito dalla minore dovrebbe essere risarcito con il rilevante importo di Euro 650.000,00, suscettibile di avere conseguenze per il patrimonio della minore, ancorché l'azione miri a reintegrare il patrimonio della figlia danneggiata, in considerazione di un eventuale rischio di condanna al pagamento delle spese di lite commisurate al valore della domanda (cfr pure Trib. Roma Sez. 1, Sent., 07/10/2012). Si è dato, pertanto, applicazione all'art. 182 comma 2 c.p.c. – come novellato dalla L. n. 69 del 2009 –, secondo cui "quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al

difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono sin dal momento della prima notificazione". L'art. 182 comma 2 c.p.c. deve, infatti, essere interpretato nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti "ex tunc", senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali (Cass. Civ. SSUU, 19 aprile 2010, n. 9217).

Assegnato un termine agli attori per la presentazione dell'istanza per la necessaria autorizzazione ex art. 320 c.c. ad opera del giudice tutelare, l'istanza ex art. 320 c.c. veniva tempestivamente proposta dinanzi il Giudice Tutelare del Tribunale di Sulmona, il quale autorizzava l'azione con la seguente motivazione: "considerato che l'azione de qua costituisce strumento di tutela della minore al ristoro del danno non patrimoniale patito dalla stessa in conseguenza della condotta posta in essere dai soggetti convenuti innanzi il Giudice civile e dunque deve considerarsi validamente proposta nell'interesse della minore stessa".

5. Non va neppure condivisa l'eccezione di genericità della domanda. L'atto di citazione reca, infatti, la chiara ricostruzione dei fatti posti in essere dai minori ai danni degli attori: questi vengono, peraltro, specificamente enucleati con il completo rimando ai fatti contestati nel processo penale. In sostanza, si ascrive al B. di avere reperito la foto a nudo della giovane V. e poi di averla diffusa, dando l'avvio ad una lunga e vasta catena di trasmissione, per il tramite di singole cessioni, talune delle quali poste in essere dagli altri minorenni, sino a determinare la pubblicazione dell'immagine medesima all'interno del falso profilo facebook "G." ad opera di S.R.E.M.. Conseguentemente, viene chiesto il risarcimento del danno non patrimoniale derivato tanto in capo alla minore V. quanto in capo ai suoi genitori, coinvolti ed offesi inevitabilmente e personalmente nella vicenda.

Sufficientemente evincibile era anche il destinatario della richiesta risarcitoria ed il titolo della domanda: difatti, nelle conclusioni dell'atto di citazione è chiaro e unico il riferimento, per i genitori citati in giu-

dizio, all'art. 2048 c.c., a dispetto di B.F. e L.S. per i quali si invoca una responsabilità ex art. 2043 (...Condannare, conseguentemente, i convenuti in solido tra loro, quanto ai genitori dei minori S.R.E.M., B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A., ai sensi dell'art. 2048 c.c., quali esercenti la patria potestà sugli stessi, quanto ai Sigg.ri L.S. e B.F. ai sensi dell'art. 2043 c.c. al risarcimento dei danni in favore degli attori quali, a loro volta, genitori esercenti la patria potestà sulla figlia minore V.D.L., nella misura che appare adeguata determinare in Euro 650.000,00 (dicansi seicentocinquantamila/00) o nella misura maggiore o minore che risulterà di giustizia; c) Condannare i convenuti, sempre in solido tra loro ed allo stesso titolo di cui al punto b), al risarcimento dei danni patrimoniali e non, come innanzi descritti, in favore dei Sigg.ri V.D.L. e P.T. nella misura che risulterà di giustizia da determinarsi anche in via equitativa ai sensi dell'art. 2056 c.c. in riferimento al danno patrimoniale). In sostanza, dei genitori si chiede la condanna per "fatto proprio" dovuto ad una colpa in vigilando o in educando, sicché essi vengono inevitabilmente citati in proprio, mentre il riferimento nella citazione alla loro qualità di esercenti la potestà genitoriale, non può che giustificarsi nel senso di specificare il presupposto fattuale della loro citazione e della loro responsabilità ex art. 2048 c.c., ancorata, appunto, alla titolarità della potestà genitoriale. Non va ritenuta, invece, ipotizzabile una lettura nel senso di qualificare la citazione del genitore quale mero rappresentante (in nome e per conto) del minore autore del fatto, posto che le conclusioni, contenendo il riferimento normativo alla disposizione contenuta all'art. 2048 c.c., non giustificano e supportano siffatta interpretazione. Nessuna domanda risarcitoria, infatti, è stata mai spiegata nei confronti dei minori (con l'eccezione di B.F. e L.S.), l'accertamento della cui responsabilità rileva, quindi, solo quale presupposto della responsabilità per "fatto proprio" del genitore esercente la potestà genitoriale.

Benché il corpo motivazionale si concentri a dimostrare la commissione del fatto da parte del minore, successivamente all'interno delle conclusioni si fa riferimento esclusivo alla condanna dei genitori ex art. 2048 c.c., così chiaramente circoscrivendo il portato della domanda solo ad essi ed esplicando contestualmente la ragione della stessa. Dal riferimento all'art. 2048 c.c. si evince adeguatamente l'addebito all'esercente la potestà genitoriale di una colpa in educando o in vigilando, prevedendo la norma che il genitore risponda per il fatto del figlio, one-

rando solo il primo dello sforzo di dimostrare e provare di aver assolto ai propri obblighi educativi e di controllo sul minore.

In conclusione, parti del giudizio sono i soli genitori che, in ragione dell'esercizio della potestà genitoriale sui minori, autori del fatto, vengono chiamati a rispondere civilmente dei danni da quest'ultimi cagionati agli attori. Che con le conclusioni si chieda sub a) di dichiarare, quali responsabili materiali, i minori, si spiega perché la commissione dell'illecito da parte del minore costituisce passaggio imprescindibile per condannare ex art. 2048 c.c. i genitori, convenuti in giudizio e uniche parti dello stesso.

Più in generale a tal proposito, va osservato che, in caso di illecito del minore, rispondono insieme, in solido, il minore e il genitore esercente la potestà genitoriale; rientra nella facoltà del danneggiato prescegliere l'uno o l'altro come destinatario della azione risarcitoria, con la specificazione che per ottenere la condanna del genitore è necessaria la prova e l'accertamento dell'illecito materialmente commesso dal figlio, potendo, in ogni caso, andare esente da responsabilità laddove dimostri "di non aver potuto impedire il fatto".

La domanda (che nel caso di specie, come detto, è stata svolta verso i genitori, ad eccezione che per la posizione di B.F. e L.S.) non ha subito alcuna modificazione con la prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c. ed è escluso che possa essere modificata o specificata in seguito. Del resto, non si evince neppure una modificazione in seguito, avendo gli attori sostanzialmente mantenuto il medesimo tenore in sede di precisazione delle conclusioni tenendo fermo l'esclusivo richiamo per i genitori all'art. 2048 c.c., anzi confermando ampiamente il tenore della domanda con le comparse conclusionali.

Erra anche la difesa dell'attrice laddove all'udienza del 21.06.2017 ritiene che, in caso di citazione dei genitori ex art. 2048 c.c., anche il minore debba essere inteso parte del giudizio.

La deduzione dell'attore, comunque, non è atta a modificare il significato della domanda rassegnata con la citazione e tenuta ferma con la prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c., poiché tende a ritenere, in ipotesi di azione ex art. 2048 c.c., parte del giudizio un soggetto, invece, ad esso estraneo.

6. E sono le medesime ragioni che hanno indotto il giudicante a non dichiarare l'interruzione del giudizio allorquando i difensori dei conve-

nuti hanno dichiarato che taluni minori, descritti in citazione quali autori dell'illecito, erano divenuti maggiorenni. Difatti, il raggiungimento della maggiore età da parte degli autori del fatto, non essendo questi parti del presente giudizio, non comporta la pronuncia di interruzione della causa. Laddove si legge in talune comparse di costituzione che vi è stata costituzione anche dell'autore del fatto (essendo nel frattempo divenuto maggiorenne) essa integra, in quella parte e per quella posizione soggettiva, atto processuale non necessario. Deve essere, pertanto, confermato il provvedimento reso con l'ordinanza del 18.07.2017.

7. Quanto al merito e, in particolare, alla ritenuta vincolatività e preclusività della sentenza di non doversi procedere emessa dal Tribunale dei Minorenni di L'Aquila in seno al giudizio penale, devono essere, anzitutto, tenute ferme le argomentazioni contenute nelle ordinanze del 22.06.2016 (che per comodità si riporta: "Ritenuto del tutto improprio il riferimento all'efficacia vincolante nel presente giudizio della sentenza di non doversi procedere reso all'esito del giudizio penale, tanto sulla scorta dell'inapplicabilità dell'art. 651 bis c.p.p., facendo luogo questo per le ipotesi di tenuità del fatto, tanto in considerazione dell'inapplicabilità dell'art. 652 c.p.p. rispetto ad una sentenza resa a conclusione di processo penale a carico di persona minorenni. Ed infatti, tale disposizione subordina l'efficacia di giudicato della sentenza penale di assoluzione alla esperibilità dell'azione civile risarcitoria in seno a quel giudizio penale. Tale facoltà, invece, nel caso di specie era totalmente esclusa, stante il chiaro dettato dell'art. 10 comma 1 e 2 D.P.R. n. 448 del 1988. Il comma 2, in particolare, chiarisce che "la sentenza penale non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato da reato". In ultimo, ma non meno rilevante, l'operatività della disposizione invocata appare preclusa sulla scorta della precipua limitazione normativa alla sentenza di assoluzione resa all'esito di "dibattimento", quando per contro nel caso di specie il processo si è definito in udienza preliminare ai sensi dell'art. 425 c.p.p.") e del 10.09.2016 (che per comodità si riporta: "Rilevato anzitutto, sotto quest'ultimo profilo, che i precedenti giurisprudenziali richiamati, seppure appaiano condivisibili, non sono applicabili al caso di specie; ed infatti, l'art. 652 c.p.p. limita l'efficacia del giudicato penale alle sole ipotesi in cui il danneggiato si sia costituito parte civile nel processo penale o sia stato nelle condizioni di

farlo, mentre nel caso de quo tale facoltà è espressamente preclusa dalla legge, per effetto del divieto di costituzione di parte civile operante in seno al processo penale minorile. Peraltro, la norma richiamata fa preciso riferimento alla sentenza di assoluzione all'esito di dibattimento, mentre nel caso di specie la sentenza di non doversi procedere non ha avuto scaturigine dall'istruttoria dibattimentale, ma è stata emessa all'esito dell'udienza preliminare. Infine, si rileva che l'azione civile in questa sede è stata proposta (luglio 2014) prima della sentenza penale di primo grado (novembre 2014), così da escludere la forza di giudicato di tale pronuncia in questa sede (vedi combinato disposto artt. 652, 75 comma 2 e 3 c.p.p.)"). Dovendosi solo aggiungere che le richiamate sentenze penali non contengono (salvo che per il B.) la negazione della cessione o della pubblicazione dell'immagine, affermandone, invece, l'irrelevanza penale in ragione di argomentazioni esegetiche in diritto connesse alla offensività del reato contestato e alla ratio sottesa alla norma incriminatrice. L'irrelevanza penale del fatto non esclude, però, che quello stesso fatto possa assumere una rilevanza civilistica e colorarsi di illiceità nei termini e per le ragioni che si diranno nel prosieguo.

8. Muovendo alla ricostruzione dei fatti, l'istruttoria, consistita nell'interrogatorio formale della giovane V., nella prova testimoniale, nella acquisizione documentale dei verbali di S.i.t. formati nel procedimento penale sopra richiamato, prodotti tanto dagli attori che dalle parti convenute, ha consentito, anzitutto, di appurare che, verso la primavera del 2012, V.D.L. inviava una prima foto in intimo a B.F. e, poi, ancora al termine dell'estate dello stesso anno una seconda foto ritraente la ragazza nella propria camera da letto con la parte intima a nudo e con il solo reggiseno. Risulta anche che la ragazza inoltrava in favore di L.P. (rimasto estraneo al giudizio sia penale che civile), verso la fine di ottobre 2012, un'ulteriore foto sempre a nudo, ma questa volta all'interno del bagno della sua abitazione. Non può, ancora, trascurarsi il dato rilevante, dimostrato e riferito all'interno delle S.i.t. del procedimento penale, oltre che da alcuni testi in seno al presente giudizio, che la stessa V. si spingeva anche a trasmettere, nel medesimo arco temporale, foto a nudo a beneficio di altri ragazzi suoi coetanei: in particolare, si fa riferimento all'immagine inviata a S.F., ad A.P., a V.D.G., a M.G.U.. Inoltre, vi sono stati riferimenti testimoniali a che talune delle foto a nudo fossero state realizzate con l'ausilio della amica D.A.. La D.L.

non si limitava, peraltro, ad inviare le sole foto a nudo di cui si è detto, ma aveva inoltrato, in quell'anno, ad alcuni amici ed amiche altre immagini che, benché non mostrassero la parte intima, erano, comunque, di natura erotica poiché la ritraevano in intimo.

Tale premessa, ad avviso del giudicante, risulta decisiva al fine di apprezzare la concreta portata offensiva delle singole cessioni poste in essere dagli allora minorenni B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A. e L.S., nonché al fine di escludere la prova di un coinvolgimento dei B.F. nella vicenda diffusiva della immagine della giovane ragazza senza veli, dapprima mediante whatsapp sui cellulari dei coetanei di Sulmona e dei paesi limitrofi e, in seguito, fatta oggetto della pubblicazione sul social network facebook.

Sotto quest'ultimo profilo, sulla posizione di B.F., occorre sin da subito notare come alcuno dei verbali di sommarie informazioni acquisiti nel corso del procedimento penale e, parimenti, alcuna delle testimonianze rese nel processo civile abbia confermato la divulgazione o la cessione dell'immagine posseduta dal B. in favore di terzi, né può dirsi suffragato l'assunto che il B. abbia carpito la foto con modalità costrittive nei confronti della ragazza: tanto è vero che la medesima ragazza aveva, come detto, pure inviato spontaneamente foto a nudo ad altri coetanei, oltre che alcune immagini in intimo trasmesse a svariati amici o amiche, con la conseguenza che l'ipotesi che anche B. avesse ottenuto la foto per volontà libera della ragazza risulta assunto più che plausibile, nemmeno avversato da un qualsivoglia riscontro testimoniale versato in atti. Inoltre, che la diffusione possa essere avvenuta per mano di altro soggetto costituisce alternativa parimenti plausibile in ragione della disponibilità, per volontà della stessa ragazza, delle foto a nudo in capo ad altri coetanei (S.F., A.P., V.D.G., M.G., L.P.), facendo svilire la tesi di una responsabilità e di un coinvolgimento del B. nella fase divulgativa dell'immagine. Si noti, del resto, che V. in sede di interrogatorio formale non è stata nemmeno in grado di ricordare e perimetrare con precisione i soggetti in favore dei quali aveva inviato la foto senza veli, onde appare anche lecito immaginare che vi siano stati altri ragazzi che abbiano beneficiato dell'invio della medesima immagine.

9. Ciò detto per la posizione di B.F.; viceversa assumono, ad avviso del Tribunale, rilevanza illecita nel campo civilistico la condotta degli altri minorenni, benché nei termini e nei limiti sotto specificati.

Deve, infatti, rimarcarsi la circostanza temporale che tutte le cessioni poste in essere dagli allora minorenni B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A. e L.S. sono collocabili durante le festività natalizie a cavallo tra l'anno 2012 e l'anno 2013, proprio in prossimità, dunque, della diffusione su facebook dell'immagine senza veli della ragazza, avvenuta nel corso della giornata del 3.01.2013. Ed allora non può sottacersi come, già in quel periodo, la foto fosse ampiamente diffusa tra i ragazzi dell'area peligna: risulta, infatti, che già nel mese di ottobre 2012 la giovane V. era stata vista piangere durante un'assemblea di classe proprio in ragione della diffusione che stava prendendo l'immagine a nudo inviata. Nel mese di novembre risulta che i genitori della ragazza, proprio per la diffusione che la foto aveva assunto, venute a conoscenza, si stavano adoperando per impedirne la sua ulteriore diffusione e trasmissione. Dunque, la conoscenza tra i coetanei della immagine nuda di V. era ampiamente condivisa alla fine del mese di dicembre 2012, motivo per cui le cessioni poste in essere da B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A. e L.S. vengono ad inserirsi in un contesto in cui la ragazza aveva già percepito un sensibile danno alla sua reputazione, all'onore, oltre che alla sua riservatezza. Per tale ragione, lo screditamento già cristallizzatosi non può essere ascritto, ad avviso del giudicante, agli allora minori ora indicati, proprio perché la loro condotta si inserisce e si colloca in un momento temporale susseguente tale da far difettare il nesso causale tra quel danno, già verificatosi alla persona della giovanissima ragazza, e le singole cessioni della immagine compiute in prossimità degli ultimi giorni del mese di dicembre 2012.

Ciò nondimeno, però, la loro condotta non può qualificarsi del tutto lecita e priva di portata offensiva, in quanto, nonostante quanto sinora argomentato, si è concretizzata in un'attività di cessione e trasmissione della foto, arrecando in tal modo un pregiudizio aggiuntivo alla personalità della ragazza, certo marginale rispetto a quella lesione già patita sino a quel momento, ma purtuttavia esistente e apprezzabile.

Sotto il profilo dell'illiceità deve, infatti, affermarsi che la trasmissione di quella immagine mediante dispositivo telefonico e applicazione Whatsapp costituisca una condotta non consentita dall'ordinamento, poiché, laddove non autorizzato, l'invio a terzi di una foto ritraente l'immagine nuda di una persona lede una pluralità di interessi costitu-

zionalmente protetti, tra cui il diritto alla riservatezza, alla reputazione, all'onere, all'immagine, alla inviolabilità della corrispondenza. Che la ragazza abbia mandato lei stessa la foto in favore di alcuni ragazzi per richiesta degli stessi, per sua spontanea iniziativa, per vanità o per altra ragione, non abilita i destinatari di quella foto (oppure ugualmente coloro che ne sono venuti indirettamente in possesso) a cederla in favore di altri soggetti che l'autore della foto non ha abilitato alla consultazione e alla detenzione dell'immagine.

Essendo attinti interessi che attengono alla sfera della persona, costituzionalmente rilevanti e protetti dall'art. 2 della Costituzione, è certamente risarcibile, ex art. 2059 c.c., il danno non patrimoniale che ne consegue. Danno che, lo si è però detto, deve essere apprezzato in termini di effettività ed in relazione a quello cagionato dalla singola condotta posta in essere dai minori, ai quali, invece, non può ascriversi il maggior pregiudizio già verificatosi indipendentemente da una loro attivazione.

La sussistenza del danno può essere provato per il tramite di presunzioni alla stregua del canone di ciò che per lo più accade e, nella specie, si ritiene di liquidarlo in via equitativa – tenuto conto dell'intimità dell'immagine, della sua peculiare offensività, della minore età di V., ma anche, per converso, del non elevato senso del pudore posseduto dalla minore traibile dal fatto che ella stessa aveva deciso di mandare ad alcuni ragazzi la foto a nudo, come anche altre in intimo ad amici e amiche – nella misura di Euro 2.000,00 per la condotta di B.D. (che ha ceduto ad un solo soggetto, ossia L.S.), nella misura di Euro 10.000,00 per la condotta di L.S. (che ha ceduto contemporaneamente a 5 persone, ossia D.S.M., F.L., D.F.G., F.I., e S.M.), nella misura di Euro 6.000,00 per la condotta di D.S.M. (che ha ceduto a 3 persone, ossia G.G., B.S. e M.M.), nella misura di Euro 2.000,00 per la condotta di M.G.U. (che ha ceduto ad un solo soggetto, ossia B.S.), nella misura di Euro 2.000,00 per la condotta di G.A. (che ha ceduto ad un solo soggetto, ossia a D.M.F.), nella misura di Euro 2.000,00 per la condotta di M.M. (che ha ceduto ad una sola persona, ossia S.R.E.M.), nella misura di Euro 2.000,00 per la condotta di S.A. (che ha ceduto ad una sola persona, ossia F.F.).

Per la condotta di F.L. ed E.J. il Tribunale ritiene di dover pervenire ad una pronuncia di condanna benché le stesse abbiano ceduto la foto in favore di soggetti che ne avevano già avuto la disponibilità (F. ha cedu-

to in favore di D.S. e D.F. che però avevano già ricevuto la foto da L.S.; E. ha ceduto la foto in favore di D.F. che però, come detto, aveva già ricevuto la foto); ciò in quanto, seppure in maniera ridotta, la condotta lede ugualmente quei diritti costituzionali, nella veste della reputazione e dell'onore, derivandone da ciò pur sempre un danno non patrimoniale; nello specifico si ritiene che la ricezione da parte di D.S. e D.F. delle foto, non solo ad opera del L., ma anche da parte di F. ed E. sia idonea a determinare un accrescimento nel destinatario delle immagini del senso di critica e di screditamento elaborato verso la persona ritratta (e correlativamente in quest'ultima la sofferenza patita nel percepire la maggiore critica sociale), dovuto al fatto che il destinatario di una fotografia proveniente dall'invio di più soggetti riscontra, in tal modo, la maggiore portata diffusiva e la condivisione della foto nell'ambito di un numero più ampio di coetanei, proprio per esser questa sopraggiunta da parte più mittenti. Nel caso di F.L. e E.J. il valore preso a parametro per la liquidazione deve essere dimezzato, dunque per la condotta di F.L. deve essere riconosciuta la somma di Euro 2.000,00 (poiché ha ceduto in favore di 2 soggetti, ossia D.S.M. e D.F.G.), mentre per la condotta di E.J. deve essere riconosciuta la somma di Euro 1.000,00 (poiché ha ceduto in favore di una sola persona, ossia D.F.G.).

Quanto ai genitori della giovane V. – considerata l'effettiva minore offensività degli illeciti integrati delle singole cessioni–, nulla può essere riconosciuto ai genitori D.L. e T. per le singole condotte poste in essere dagli allora minorenni B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., M.M., S.A. e L.S., in difetto di un'efficienza causale sia rispetto allo screditamento della figlia già verificatosi al mese di dicembre 2012, che rispetto a quello ulteriore verificatosi a cagione della pubblicazione dell'immagine senza veli sul falso profilo di facebook denominato G.. In relazione alle sole singole condotte di cessione, in sostanza, non si ravvisa una lesione di un interesse costituzionalmente rilevante attinente alla personalità dei genitori e, per tale ragione, è precluso l'accoglimento della domanda risarcitoria del danno non patrimoniale.

10. Più in particolare, sulla condotta specifica posta in essere dalla allora minorenni S.R.E.M., consistita nella pubblicazione della fotografia a nudo di D.L.V., va osservato che rispetto ad essa manca del tutto il nesso causale con le cessioni poste in essere dagli allora minorenni B.D., F.L., D.S.M., M.G.U., E.J., G.A., S.A. e L.S..

Difatti, la foto a S.R.E.M. è stata ceduta dalla sola M.M., dunque, anzitutto, può osservarsi che gli altri minorenni sopra indicati sono in radice estranei rispetto alla susseguente azione posta in essere da S.R.E.M., non avendo loro procurato la disponibilità della foto a quest'ultima.

Tuttavia, va, del pari, escluso il nesso causale tra la cessione posta in essere da M.M. con la successiva condotta di pubblicazione sul social network facebook.

Pubblicazione che, infatti, costituisce un'attività sconsiderata, eccezionale ed atipica rispetto alla prima, che, pur inserendosi nella serie causale già intrapresa, è idonea ad interromperla e a produrre da sola l'evento dannoso, assorbendo sul piano giuridico ogni diversa serie causale e riducendola al ruolo di semplice occasione.

11. Ne deriva, quindi, che la pubblicazione sul social network dell'immagine nuda della giovane minorenne va imputata alla sola autrice materiale S.R.E.M.; condotta che ha generato un'ulteriore sensibile lesione ai diritti della personalità cui si è prima fatto cenno e nella specie, lo si ribadisce, quelli alla riservatezza, alla reputazione, all'onore, all'immagine, all'inviolabilità della corrispondenza (non però dell'integrità psichica rispetto alla quale non vi è stata adeguata prova circa la traduzione della sofferenza in una patologia specifica. Del resto, rispetto alla sindrome depressiva la dott.ssa L., che per 3 mesi ha assistito la ragazza, non ha saputo diagnosticare alcunché al riguardo). Se si considera che il profilo era pubblico e che l'immagine appariva automaticamente sul profilo di coloro che avevano accettato l'amicizia telematica con il profilo G., se si considera che il volto oscurato non ha impedito a coloro che l'hanno guardata di riconoscerne l'identità di V. (perché quella foto l'avevano già vista oppure perché notiziari di ciò da coloro che ne conoscevano, l'identità), se si considera che a seguito della pubblicazione su facebook la notizia ha avuto un'ulteriore esponenziale diffusione sulla stampa, deve, allora, denotarsi che il danno non patrimoniale percepito dalla ragazza si è sensibilmente aggravato, acuito e, comunque, rinnovato. Danno che viene liquidato equitativamente – considerata sempre la minore età della vittima, l'oggetto ritratto, la potenzialità offensiva del mezzo di diffusione utilizzato – nella somma di Euro 35.000,00.

In tal caso, diversamente per quanto sostenuto per le cessioni singole della foto mediante il dispositivo whatsapp, la condotta della

pubblicazione sul social network si deve ritenere in concreto offensiva anche della reputazione dei genitori della minore V.. Ed infatti, la sconsiderata scelta di postare l'immagine della figlia su un social network di larghissima utilizzazione ha determinato un tale risalto sulla stampa locale e nell'ambiente di vita e di lavoro della coppia per cui la divulgazione della foto della figlia si è ripercossa anche sulla reputazione e sull'onore dei genitori, soggetti ed esposti alla critica sociale della comunità di appartenenza. Il danno, nella specie, va equitativamente liquidato in Euro 10.000,00 per ciascun genitore. Il danno patrimoniale, per converso, non risulta sufficientemente provato.

La valenza escludente della condotta di S.R.E.M. del nesso causale rispetto alla serie causale anteriore opera a beneficio anche dei genitori D.L.V. e T.P., deficitari nei propri obblighi educativi verso la figlia minore, sicché è da escludersi una riduzione del risarcimento a tale titolo.

12. Per le somme sopra liquidate devono rispondere i soli genitori, parti in causa e soli soggetti citati in giudizio per fatto proprio ex art. 2048 c.c., ad eccezione di L.S. che, invece, è stato citato personalmente ex art. 2043 c.c.. Su tale profilo, non può rilevarsi come la disposizione richiamata trasli in capo al genitore l'onere di provare e di dimostrare il corretto assolvimento dei propri obblighi educativi e di controllo sul figlio, solo in tal modo potendosi esonerare dalla condanna risarcitoria. Nella specie, nulla è stato dimostrato. Anzi, i fatti – quello della pubblicazione su facebook, ma anche le singole cessioni, non autorizzate da V., dell'immagine a nudo di una coetanea – esprimono, di per sé, una carenza educativa degli allora minorenni, dimostratisi in tal modo privi del necessario senso critico, di una congrua capacità di discernimento e di orientamento consapevole delle proprie scelte nel rispetto e nella tutela altrui. Capacità che, invece, avrebbero dovuto già godere in relazione all'età posseduta. Tanto è vero che alcuni coetanei ricevuta la foto non l'hanno divulgata.

13. In conclusione, il genitore R.M.M. va condannata, ex art. 2048 c.c., al pagamento in favore di V.D.L. della somma di Euro 35.000,00, somma da intendersi già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 3.01.2013 e via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza. Inoltre, R.M.M. va condannata, ex art. 2048 c.c., al pagamento in

favore di D.L.V. e T.P. della somma di Euro 10.000,00 ciascuno, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 3.01.2013 e via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori B.G. e F.C. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori F.M. e C.M. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori D.S.A. e C.M. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 6.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

Il genitore P.D.C. va condannata, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori E.A.C. e S.M. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 1.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori G.V. e R.S. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori M.M. e V.A.M. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi com-

pensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

I genitori S.M. e N.M. vanno condannati, ex art. 2048 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 2.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi via via rivalutata annualmente sino alla presente sentenza.

L.S. va condannato, ex art. 2043 c.c., al pagamento nei confronti di V.D.L. della somma di Euro 10.000,00, somma già rivalutata all'attualità, oltre gli interessi legali (quali interessi compensativi del danno da ritardo) sulla somma devalutata al 31.12.2012 e poi devalutata via via annualmente sino alla presente sentenza.

Infine, sui suddetti importi complessivamente dovuti vanno aggiunti gli interessi al tasso legale dalla decisione al saldo.

Devono essere, invece, rigettate tutte le domande spiegate nei confronti di B.F., nonché la domanda spiegata da D.L.V. e da T.P. in proprio nei confronti di B.G., F.C., F.M., C.M., D.S.A., C.M., P.D.C., E.A.C., S.M., G.V., R.S., M.M. e V.A.M., S.M., N.M. e L.S..

14. Quanto alle spese di lite, in ragione della soccombenza, i genitori convenuti e L.S. devono essere condannati al loro pagamento nei confronti di D.L.V. e T.P.. La condanna alle spese va disposta, da una parte, nei confronti di R.M.M. e, dall'altra, nei confronti degli altri genitori in solido attesa, per questi ultimi, la comunanza delle questioni trattate.

Laddove, invece, sono state rigettate le domande dei genitori D.L.V. e T.P. si deve operare la compensazione delle spese di lite in ragione della particolare complessità e controvertibilità connessa anche alla natura della controversia. Ugualmente devono essere compensate le spese di lite in relazione alla posizione di B.F., anche in tal caso per la peculiarità della controversia e per la sua elevata complessità.

NOTA – IL CODICE CIVILE E LE NUOVE TECNOLOGIE

L'uso degli strumenti informatici è sempre più oggetto di studio nel mondo del diritto e, come sempre avviene in questi casi, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza viene assorbita, oltre che dalla disciplina dei nuovi mezzi di comunicazione, anche dall'uso patologico dei medesimi.

Sotto quest'ultimo profilo è ormai consueto che nelle aule giudiziarie venga affrontato il fenomeno della diffamazione attraverso tali nuovi mezzi di diffusione del pensiero.

Anche in questo occasione deve rilevarsi che la collaudata strumentazione del codice civile riesce a fornire gli strumenti anche per queste nuove realtà.

Uno dei nuovi fenomeni patologici emergenti è quello del cosiddetto cyberbullismo dovendo per esso intendersi una forma d'espressione realizzata attraverso l'uso della rete telematica, è principalmente a mezzo di Internet, per molestare, denigrare, effettuare il furto d'identità, disvelare fatti della vita privata ottenuti ingannando la vittima.

Il fenomeno è diventato talmente grave da indurre il legislatore ad adottare una legge ad hoc, la legge 29 maggio 2017 numero 71, la quale, all'articolo uno, definisce i propri scopi affermando che:

"1. La presente legge si pone l'obiettivo di contrastare il fenomeno del cyberbullismo in tutte le sue manifestazioni, con azioni a carattere preventivo e con una strategia di attenzione, tutela ed educazione nei confronti dei minori coinvolti, sia nella posizione di vittime sia in quella di responsabili di illeciti, assicurando l'attuazione degli interventi senza distinzione di età nell'ambito delle istituzioni scolastiche.

2. Ai fini della presente legge, per «cyberbullismo» si intende qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo.

3. Ai fini della presente legge, per «gestore del sito internet» si intende il prestatore di servizi della società dell'informazione, diverso da quelli di cui agli articoli 14, 15 e 16 del decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, che, sulla rete internet, cura la gestione dei contenuti di un sito in cui si possono riscontrare le condotte di cui al comma 2."

Al suo articolo due introduce il diritto del minore ultra quattordicenne di ottenere, tramite un'istanza, l'oscuramento, la rimozione ed il blocco di qualsiasi dato personale diffuso nella rete Internet. All'arti-

colo tre ha affidato al governo il compito di elaborare il c.d. "Piano di azione integrato" assegnando compiti particolari al ministero dell'istruzione. A tal proposito è da dire che, in passato, detta amministrazione ha istituito il portale "smontailbullo.it" sostituendolo, successivamente, con il sito "generazioniconnesse.it". Prova della gravità del fenomeno è data dalla circostanza che, una volta abbandonato il sito smontailbullo.it, il medesimo è stato acquistato da terzi che vi hanno ospitato contenuti non appropriati per i minori tanto da indurre il Ministero ad emanare una specifica circolare, per gli istituti scolastici, con cui li ha invitati a rimuovere, dai rispettivi siti istituzionali, il vecchio dominio ed eventuali collegamenti al vecchio sito.

All'articolo quattro sono state dettate linee di orientamento per la prevenzione ed il fenomeno in ambito scolastico; all'articolo cinque è stata prevista un'informativa alle famiglie, nonché progetti di sostegno e di recupero e, da ultimo, all'art. 7, è stata introdotta una particolare diffida di P.S. stabilendosi che:

"1. Fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per taluno dei reati di cui agli articoli 594, 595 e 612 del codice penale e all'articolo 167 del codice per la protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, commessi, mediante la rete internet, da minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne, è applicabile la procedura di ammonimento di cui all'articolo 8, commi 1 e 2, del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, e successive modificazioni.

2. Ai fini dell'ammonimento, il questore convoca il minore, unitamente ad almeno un genitore o ad altra persona esercente la responsabilità genitoriale.

3. Gli effetti dell'ammonimento di cui al comma 1 cessano al compimento della maggiore età.

La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sarà inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. È fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.

Accanto ai nuovi strumenti legislativi, come sopra anticipato, nell'ipotesi in cui i comportamenti diffamatori, ovvero lesivi dei diritti della personalità, quali onore e la reputazione, vengano violati, a

danno di minori, in ambito civilistico si è ricorsi alla strumentazione codicistica esistente e, in particolare, all'art. 2048 c.c..

*Come noto la giurisprudenza formatasi in relazione alla norma in argomento è molto rigorosa sostenendosi che: "Ai sensi dell'art. 2048 c.c., i genitori sono responsabili dei danni cagionati dal figlio minore che abita con essi per quanto concerne gli illeciti comportamenti riconducibili a oggettive carenze nell'attività educativa. Per sottrarsi alla presunzione di responsabilità posta a loro carico debbono dimostrare non solo di averlo adeguatamente educato ai sensi dell'art. 147 c.c., ma anche di averlo adeguatamente sorvegliato. Sicché l'assenza di colpa in educando non giova ai genitori convenuti con l'azione di risarcimento se vi è stata colpa in vigilando, e viceversa. Pertanto, non è sufficiente dimostrare di avere genericamente impartito una educazione purchessia al minore, ovvero di averlo avviato al lavoro, ma è necessario dimostrare in modo rigoroso di avere impartito insegnamenti adeguati e sufficienti per educare il minore ad una corretta vita di relazione. Ne consegue che quando la gravità del fatto illecito commesso dal minore è tale da rendere evidente di per sé la sua incapacità di percepire il disvalore della propria azione, correttamente il giudice di merito rigetta la prova per testi chiesta dai genitori e volta a dimostrare l'adempimento in modo generico del dovere genitoriale di educazione." (Cass. civ. Sez. III, 22-04-2009, n. 9556). Giungendo taluno ad affermare che: "in dottrina si rileva che la norma in questione è stata oggetto di un'opera creativa della giurisprudenza che, con particolare riferimento alla prova liberatoria, ne avrebbe mutato la struttura richiedendo non una prova negativa, ossia di non aver potuto impedire il fatto, bensì una prova positiva" (Gatto, *Social network, Skype, nuovi media delle relazioni familiari*, Milano 2017, pag. 99).*

Muovendo dal sopra richiamato orientamento della Corte di Cassazione, in tempi recenti, sono cominciate ad essere emanate le prime decisioni che hanno calato i precetti del giudice di legittimità anche agli illeciti dei minori commessi attraverso Facebook.

La prima decisione, al riguardo, sembra essere stata quella del tribunale di Monza secondo cui: "Deve affermarsi la responsabilità extracontrattuale di chi, sul social network Facebook, pubblici e divulgati ai terzi affermazioni lesive dell'onore e della reputazione di un utente." Trib. Monza, 02-03-2010.

Sono, quindi, seguite numerose altre decisioni, tra le quali si distingue la sentenza del tribunale di Teramo 16.1.2012 n. 18, che ha avuto ampio eco sulle riviste giuridiche, la quale partendo dalla premessa che: "coloro che decidono di diventare utenti di Facebook sono ben consci non solo delle grandi possibilità relazionali offerte dal sito, ma anche delle potenziali esondazioni dei contenuti che vi inseriscono: rischio in una certa misura indubbiamente accettato e consapevolmente vissuto" proseguendo che, trattandosi di minore è "necessario procedere al criterio di imputazione della responsabilità in capo ai genitori per i fatti illeciti commessi dai minori naturalmente capaci". Come anticipato tale criterio è stato individuato nell'articolo 2048 codice civile. Si è però aggiunto che, per liberarsi da responsabilità, non è solo sufficiente provare di aver impartito al figlio minore "un'educazione sostanzialmente consona alle proprie condizioni socio economiche" ma è anche necessario "allegare e comprovare di avere anche poi posta in essere quell'attività di verifica e di controllo sull'effettiva acquisizione di quei valori da parte del minore". Ciò in considerazione "dell'estrema pericolosità del navigare" che comporta l'ulteriore onere per i genitori di svolgere anche una pregnante attività di controllo a posteriori per verificare se i loro insegnamenti sono stati effettivamente recepiti e rispettati dal minore ".

La decisione del tribunale di Sulmona si inserisce nel solco delineato dall'indirizzo giurisprudenziale indicato facendo opportunamente richiamo alla violazione di diritti costituzionalmente protetti a causa degli illeciti comportamenti adottati nel caso di specie stigmatizzandosi, appunto, il comportamento dei genitori evidenziando una carenza educativa dei minorenni "dimostratisi in tal modo privi del necessario senso critico, di una congrua capacità di discernimento e di orientamento consapevole delle proprie scelte e nella tutela altrui" sempre muovendo, quindi, dalle prescrizioni dell'art. 2048 c.c..

Pertanto a quasi ottant'anni dalla sua adozione il codice civile dimostra, almeno sotto questo profilo, ancora la sua tenuta, nonostante, lo scorrere del tempo.

Pierluigi De Nardis

Giurisprudenza penale

I

Tribunale di Pescara - Sent. 22.12.2017 - Pres. Di Fine - Est. Medica - Imp. B + 12.

Estorsione (art. 629 c.p.) - Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.) - Discrimine.

Il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alla persona e quello di estorsione si distinguono, non per la materialità del fatto, che può essere identica, ma per l'elemento intenzionale che, qualunque sia stata l'intensità e la gravità della violenza o della minaccia, integra la fattispecie estorsiva soltanto quando abbia di mira l'attuazione di una pretesa non tutelabile davanti all'autorità giudiziaria. (1)

II

Tribunale di Pescara - Ord. 20.11.2017 - G.I.P. Di Carlo - Ind. I.

Estorsione (art. 629 c.p.) - Esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone (art. 393 c.p.) - Discrimine.

È realizzato il delitto di tentata estorsione, e non quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quando la condotta minacciosa si estrinsechi in forme di tale forza intimidatoria da andare al di là di ogni ragionevole intento di far valere un preteso diritto, con la conseguenza che la coartazione dell'altrui volontà assume di per sé i caratteri dell'ingiustizia, trasformandosi in una condotta estorsiva. (2)

I

... *omissis* ...

Con riferimento al prestito ottenuto tramite M. F., scaduto il termine di due mesi, M. si era presentato insieme a I. N., chiedendo la restituzione del denaro o l'intestazione dell'appartamento, indicato nella procura a vendere.

Dopo vari incontri, in cui D. F. G. aveva cercato di prendere tempo, dicendo che suo padre era in ospedale, aveva ricevuto una telefonata da M. F., che gli aveva detto di recarsi a Montesilvano, in via Vestina, nei pressi del locale commerciale Acqua e Sapone.

L'incontro era avvenuto in data 25 maggio 2008, dopo che A. C. aveva scoperto che l'appartamento, indicato nella procura a vendere rilasciata a garanzia del prestito, era stato venduto ad un'altra persona.

Dopo avergli preso le chiavi di casa, i soldi ed il cellulare, M. F., il fratello M. P. e I. N. l'avevano portato a San Giorgio a Cremano, dove abita A. C.

M. F. ed il fratello P. l'avevano percosso con calci e pugni prima di farlo salire in macchina, una Mercedes classe A.

D. F. G. ha poi precisato che era stato colpito dopo che era salito nell'auto.

I. l'aveva colpito con calci e pugni, stando fuori dalla vettura, mentre lui si trovava seduto dietro, con la portiera aperta.

M. P. si era seduto a fianco a lui, sulla sua sinistra e gli aveva dato un pugno in testa.

Anche a casa di A. C. era stato percosso.

A. C. gli aveva dato un pugno poi, mentre era a terra, aveva ricevuto dei calci, ma non sapeva dire da chi.

A casa di A. C. erano presenti la moglie N. P. ed i figli, A. G. ed A. G.

In quel contestato era stato costretto a firmare una dichiarazione, nella quale si riconosceva debitore di 150.000,00 nei confronti di N. P.

... *omissis* ...

L'esistenza di un debito di M. F., che D. F. si era accollato in sede di concessione del prestito erogato da A. C. ed il cui preciso ammontare non è stato accertato in dibattimento, consente di ricondurre la condotta estorsiva, descritta al capo 5) della rubrica, pacificamente ammessa dagli imputati I. N. ed A. C., all'art. 393 cp.

Il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alla persona e quello di estorsione si distinguono, infatti, non per la materialità del fatto, che può essere identica, ma per l'elemento intenzionale che, qualunque sia stata l'intensità e la gravità della violenza o della minaccia, integra la fattispecie estorsiva soltanto quando abbia di mira l'attuazione di una pretesa non tutelabile davanti all'autorità giudiziaria.

... *omissis* ...

II

... *omissis* ...

Gli atti di indagine ad oggi acquisiti (dichiarazioni della p.o., referti medici, immagini estrapolate dal sistema di video sorveglianza della ditta della p.o., documentazione relativa al rapporto contrattuale tra indagato e p.o.) consentono di ravvisare la sussistenza di *indizi di colpevolezza* in ordine ai delitti ascritti a I.

In particolare, è realizzato il delitto di tentata estorsione, aggravato dalle più persone riunite perché la condotta del prevenuto è stata caratterizzata da modalità esecutive dotate di un elevato coefficiente di violenza, espressive di una forza intimidatoria esorbitante qualsivoglia fine di autotutela, che da sole valgono a configurare il delitto di cui all'art. 629 c.p., in luogo di quello di cui all'art. 393 c.p.

Infatti, si ritiene integrato il delitto di estorsione, e non quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni, quando la condotta minacciosa si estrinsechi in forme di tale forza intimidatoria da andare al di là di ogni ragionevole intento di far valere un preteso diritto, con la conseguenza che la coartazione dell'altrui volontà assume di per sé i caratteri dell'ingiustizia, trasformandosi in una condotta estorsiva (tra le più recenti, Cass. Sez. 2, n. 50100 del 20/09/2017, n. 33712 del 08/06/2017, n. 41433 del 27/04/2016, n. 51013 del 21/10/2016).

... *omissis* ...

NOTA

(1 – 2) *Le due pronunce incarnano gli estremi di un contrasto giurisprudenziale non ancora composto sugli elementi che differenziano*

il delitto di estorsione da quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone.

La seconda rappresenta l'opinione tradizionale, per cui l'unico elemento di discriminazione è l'intensità della forza intimidatoria, che riuscirebbe a colorare di ingiustizia anche il profitto che, altrimenti raggiunto, sarebbe lecito (da ultimo manifestata anche da Cass. pen., Sez. VI, 7.2.2017, n. 11823, resa a seguito di ricorso del P.M. contro un'ordinanza del Tribunale di L'Aquila, in funzione di Tribunale del riesame; conf. Cass. pen., Sez. II, 20.9.2017 n. 50100; Sez. II, 8.6.2017, n. 33712; Sez. II, 27.4.2016, n. 41433).

La prima, invece, si inserisce nel solco del secondo filone esegetico formatosi in seno alla giurisprudenza di merito e di legittimità, per cui la qualificazione giuridica del fatto prescinde dalla «materialità» dello stesso, e dunque dalla «intensità e gravità della violenza o della minaccia», ma dipende unicamente dallo scopo perseguito dall'agente, non rinvenendosi nella lettera degli artt. 393 e 629 c.p. una diversa descrizione del fatto tale da giustificare una diversa interpretazione delle norme (ex multis Cass. pen. Sez. II, 16.1.2017, n. 1901; Sez. II, 25.9.2014, n. 42940; Sez. II, 25.6.2014, n. 31224; Sez. II, 4.12.2013, n. 51433).

Tribunale di Teramo - Sent. 4.10.2017 - Est. Tetto - Imp. R. + 7.

Reati in materia di imposte sul valore aggiunto – Prescrizione.

Il difetto dei presupposti fattuali e probatori indicati dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 8 settembre 2015 (causa C-105/14) e dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 2210/2016 non consente al giudicante di interrogarsi sul contrasto sorto sulla disapplicazione dell'art. 161 co. 2 c.p. per violazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2 T.F.U.E., né di ricomporre detto contrasto, peraltro non ancora risolto neppure all'esito del recentissimo ed interlocutorio intervento del Giudice delle leggi (Corte cost., n. 24/2017). (1)

A seguito di udienza preliminare (omissis) sono stati rinviati a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 10 d.lgs. 74/2000.

... *omissis* ...

All'udienza del 1.2.2017, assenti gli imputati, dopo la dichiarazione di apertura del dibattimento sono stati ammessi i mezzi di prova indicati dalle parti.

L'istruttoria dibattimentale è iniziata alla successiva udienza del 26.4.2017 attraverso l'acquisizione di documentazione e l'esame dei testi.

All'odierna udienza, previo stralcio della posizione degli imputati D. M. e Z. relativamente al reato loro addebitato al capo G), in accoglimento della concorde richiesta avanzata dal p.m. e dalla difesa, questo giudice ha pronunciato la presente sentenza di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p., pubblicata mediante lettura del dispositivo e della contestuale motivazione.

Alla stregua degli atti ritualmente acquisiti ai fascicolo del dibattimento, s'impone l'immediato rilievo dell'avvenuta estinzione delle condotte delittuose per decorso del termine massimo di prescrizione.

In particolare, quanto alla posizione degli imputati D. M., Z. e I., in relazione al titolo di reato ai medesimi contestato, ex art. 10 d.lgs. 74/2000 (nel testo in vigore prima delle modifiche apportate dalla L. n. 148 del 2011, anche con riferimento all'art. 17 del citato d.lgs. 74/00, e dalla d.lgs. 158/15) il termine massimo di prescrizione di anni sette e mesi sei (ex combinato disposto degli articoli 157 comma 1 e 161 comma 2 c.p.) risulta decorso alla data del 25.9.2017 rispetto alla data (25.3.2010) di consumazione/accertamento delle condotte.

Non ravvisandosi, nella fattispecie concreta per cui è processo, i presupposti fattuali e probatori cui ancorare l'eventuale disapplicazione del citato art. 151 c.p. per contrasto con l'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, in sintonia con le coordinate interpretative offerte da Corte di giustizia 8 settembre 2015, in causa C-105/14 e da Cass. n. 2210/16, e tuttavia oggetto del (non ancora risolto neppure all'esito del recentissimo ed interlocutorio intervento del Giudice delle leggi: cfr. Corte cost. n. 24/2017) contrasto interpretativo sul punto (cfr. da ultima: Cass. 14 marzo 2017, n. 12160).

NOTA

(1) Il Tribunale di Teramo con la pronuncia in esame affronta il dibattuto tema della possibilità di disapplicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161 co. 2 c.p. (che dichiarano inderogabile il termine massimo di prescrizione calcolato ai sensi dell'art. 157 c.p., pur in presenza di atti interruttivi) per violazione dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, T.F.U.E. ("1. L'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione stessa mediante misure adottate a norma del presente articolo, che siano dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri e nelle istituzioni, organi e organismi dell'Unione. 2. Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari").

Tale possibilità, come è noto, è stata dapprima espressamente riconosciuta dalla Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, con la pronuncia usualmente denominata "Taricco" (dal nome di uno degli imputati del procedimento penale pendente presso il Tribunale di Cuneo; sent. 8.9.2015, causa C-105/14), con la quale si è affermato che contrasta con il diritto dell'Unione Europea la normativa interna che permetta di dichiarare la prescrizione di comportamenti delittuosi fraudolenti e gravi che incidano negativamente sugli interessi finanziari dell'Unione, nel caso in cui «un numero considerevole» di essi sfugga alla punizione statutale proprio in virtù dell'applicazione della normativa sulla prescrizione.

Sulla scia di tale pronuncia si è formata, nel corso dell'ultimo biennio, un giurisprudenza nazionale oscillante che, pur ritenendo di abbracciarne il dictum, non ha raggiunto approdi univoci in ordine ai presupposti della disapplicazione.

Si è così affermato che essa operi solo per comportamenti fraudolenti (Cass. pen., Sez. III, 16.12.2016 – 31.3.2017, n. 16458; ma anche Sez. III, 30.10.2017 – 21.3.2018, n. 13112, che annulla un'ordinanza del Tribunale di Pescara), o anche per «altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione» (Cass. pen., Sez. III, 17.9.2015 – 20.1.2016, n. 2210, che paventa tale ipotesi al § 14; più esplicitamente Cass. pen., Sez. III, 7.6.2016 – 24.10.2016, n. 44584, § 4.4.1); purché il comportamento sia grave, ma senza riuscire a delineare il parametro

con il quale valutare tale gravità, ritenendo in alcuni casi rilevante la sola entità dell'imposta evasa, in altri i criteri offerti dall'art. 133 c.p. (Cass. pen., Sez. III, n. 44584/2016, cit.; Sez. III, 21.4.2017 – 22.6.2017, n. 31265; Sez. III, n. 13112/2018, cit.), in altri ancora l'art. 2, paragrafo 1, della Convenzione sulla Protezione degli Interessi Finanziari dell'U.E. (che definisce grave la frode riguardante importi superiori a € 50.000,00, Cass. pen., Sez. III, 30.3.2016 – 8.7.2016, ord. n. 28346, § 3.3), in ogni caso senza chiarire se la gravità, in casi di più reati finanziari legati dal vincolo della continuazione, debba esse riferita al singolo reato o al complessivo disegno criminoso (il quesito è posto, ma non risolto, da Cass. pen., Sez. III, n. 2210/2016, cit., § 16). Incerto, pure, il limite temporale da cui poter disapplicare la regola codicistica: anche a reati già prescritti prima della pronuncia della Corte di Giustizia (implicitamente Cass. pen., Sez. III, n. 2210/2015, cit.), o solo a quelli il cui termine di prescrizione maturerebbe dopo (Cass. pen., Sez. IV, 25.1.2016 – 26.2.2016, n. 7914, §7.4, innestatasi su di un processo celebrato in primo grado dal Tribunale di Teramo).

In tale variegato scenario giurisprudenziale si inserisce la Corte Costituzionale, chiamata a valutare la compatibilità a Costituzione della regola introdotta dalla Corte di Giustizia su sollecitazione della Corte d'Appello di Milano e della Corte di Cassazione (C. App. Milano, Sez. II, ord. 18.9.2015 e Cass. pen, Sez. III, ord. n. 28346/2016, cit., che – invero – sollevano la questione della compatibilità della legge di ratifica ed esecuzione del T.F.U.E., così come interpretato dalla Corte di Giustizia con la sentenza Taricco, con gli artt. 3, 11, 25 co. 2, 27 co. 3 e 101 co. 2 Cost.).

Il Giudice delle leggi, con l'«intervento intellocutorio» a cui fa cenno il Tribunale di Teramo, ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, sottoponendole una serie di interrogativi e, prima ancora, esplicitando alcuni irrinunciabili punti fermi dell'ordinamento costituzionale italiano: «il regime legale della prescrizione è soggetto al principio di legalità in materia penale» (§4), che impone che «le norme di diritto penale sostanziale debbano essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice» (§5); «il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giu-

stizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi supremi del suo ordine costituzionale» (§6); «la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità» (§8); «nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento» (§5), in quanto «gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law [...] non affidano al giudice il potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano l'idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire» (§9).

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, quindi, pronunciandosi sul rinvio pregiudiziale, ha compiuto un parziale revirement, ritenendo che il principio affermato nella sentenza Taricco debba applicarsi «a meno che [esso] comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato» (sent. 5.12.2017, causa C-42/17, denominata dai commentatori "Taricco bis").

Tale pronuncia, di due mesi successiva a quella del Tribunale di Teramo oggetto della presente nota, sembrerebbe aver ricomposto il contrasto sorto tra le Corti supreme, quanto meno per i fatti precedenti alla prima pronuncia della Corte di Giustizia (tant'è che si è già affermato che «ai reati tributari commessi antecedentemente alla sentenza della Grande Sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea pronun-

ciata il 08/09/2015 in causa C-105/14, Taricco, continua ad applicarsi integralmente la normativa sulla prescrizione, non potendo il giudice nazionale disapplicarla stante il divieto di irretroattività, ai sensi dell'art. 325, paragrafi 1 e 2, TFUE, così come interpretato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Grande Sezione) con sentenza del 05/12/2017, in causa C-42/17»; così Cass. pen., Sez. II, 7.2.2018 – 2.3.2018, n. 9494, §3.2.2, conf. Cass. pen, Sez. IV, 20.3.2018 – 18.4.2018, n. 17401).

Per ciò che attiene ai reati commessi successivamente alla sentenza Taricco, invece, la questione, non del tutto risolta dall'ultimo intervento del giudice euro-unitario, sembrerebbe ad oggi chiarita dalla Corte Costituzionale.

Essa, infatti, aveva precisato nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale che «non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia» rimanendo il concetto «per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa» (§5), così paventando la violazione del principio di legalità della legge penale e la conseguente attivazione dei “controlimiti” costituzionali; e su tale specifico punto la Corte di Giustizia ha affermato che «spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dal punto 58 della sentenza Taricco, secondo cui le disposizioni del codice penale in questione impediscono di infliggere sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio della determinatezza della legge applicabile. Se così effettivamente fosse, il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale in questione» (§59).

All'udienza del 10 aprile 2018, così, la Corte Costituzionale, tornata a pronunciarsi a seguito della sentenza della Corte di Giustizia, ha quindi dichiarato infondate le questioni di legittimità costituzionale avanzate dal Tribunale di Milano e dalla Corte di Cassazione, affermando che «i giudici non sono tenuti ad applicare la “regola Taricco” sul calcolo della prescrizione, stabilita dalla Corte di Giustizia U.E. con la sentenza dell'8 settembre 2015 per i reati in materia di Iva. Per-

tanto, anche per questi reati, rimangono applicabili gli articoli 160, ultimo comma, e 161 del Codice penale» (Corte Costituzionale, 10.4.2018 – 31.5.2018, n. 115).

La Corte Costituzionale infatti, premesso che ad essa spetti «in via esclusiva il compito di accertare se il diritto dell'Unione è in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale e in particolare con i diritti alienabili della persona» (a differenza di quanto sostenuto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, che riteneva che fossero restituiti gli atti ai giudici rimettenti per la valutazione della portata della seconda sentenza della Corte di Giustizia sui casi al loro esame), ha categoricamente statuito che «indipendentemente dalla collocazione dei fatti, prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice comune non può applicare loro la "regola Taricco", perché essa è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall'art. 25, secondo comma, Cost.» (§ 10).

La natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, che incide sulla punibilità della persona, non può consentire l'applicazione di una "regola" (1) caratterizzata da «irrimediabil[e] indeterminat[ezza] nella definizione del "numero considerevole di casi" in presenza dei quali può operare», non potendosi rinvenire alcun criterio legale di definizione, (2) che «svincol[erebbe] dal governo della legge» il giudice demandandogli «il compito di perseguire un obiettivo di politica criminale» in «eventuali zone d'ombra» dell'ordinamento, (3) che «è persino intuitivo [...] che la persona, prendendo contezza dell'art. 325 TFUE, non potesse (e neppure possa oggi in base a quel solo testo) immaginare che da esso sarebbe stata estrapolata».

L'assoluta indeterminatezza della regola, dunque, che aveva generato quel frastagliato panorama giurisprudenziale a cui si è fatto brevemente cenno supra, la rende tanto indeterminata da essere incostituzionale, per violazione del principio di legalità.

L'unico nodo irrisolto riguarda a questo punto la sorte delle sentenze di condanna emesse negli ultimi anni sulla base dell'applicazione del principio affermato dalla prima sentenza Taricco, e cioè per fatti per i quali la normativa nazionale sulla prescrizione avrebbe imposto una sentenza liberatoria per intervenuta estinzione del reato. Appare infatti irragionevole immaginare che, per le sentenze così emesse, il condannato sia privo di rimedi e garanzie.

L'attenzione dell'interprete (in assenza, nella trama codicistica, di espressi rimedi offerti dal legislatore in casi del genere) non può che andare agli istituti latu sensu rescindenti del giudicato e cioè, per quel che più interessa in questa sede, alla revoca della sentenza ex artt. 673 ss. c.p.p., al ricorso straordinario di cui all'art. 625 bis c.p.p. ed alla revisione, a cui affiancare l'incidente di esecuzione volto a far pronunciare l'ineseguibilità del giudicato.

La revoca della sentenza ai sensi dell'art. 673 c.p.p. è di certo il provvedimento che, anche solo intuitivamente, si attaglia con maggior congruenza al caso in esame. Alla sua applicazione, però, sembra ostare l'interpretazione letterale della norma di legge, avallata dalla giurisprudenza maggioritaria, che legittima il giudice dell'esecuzione alla revoca solo nei casi «di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice»: e qui è stata affermata l'incostituzionalità non della norma che incrimini la condotta, né, tantomeno, della norma di parte generale sulla prescrizione, bensì dell'applicazione nazionale della regola che la Corte di Giustizia ritiene di poter desumere dall'art. 325 T.F.U.E.

Potrebbe allora immaginarsi un'applicazione analogica dell'art. 625 bis c.p.p.: esso, nonostante si riferisca espressamente ai soli casi di «errore materiale o di fatto», è infatti già stato applicato in passato per porre rimedio alle situazioni in cui la sentenza della Corte di Cassazione fosse stata emanata in violazione di quanto statuito successivamente dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (Cass. pen., Sez. VI, 12.11.2008 - 11.12.2008, n. 45807), in una circostanza per certi versi analoga a quella in esame. Anche in quel caso si trattava di un error in procedendo (l'applicazione dell'art. 521 c.p.p. in violazione del diritto all'equo processo, a cui nel caso in esame può paragonarsi l'erronea disapplicazione dell'art. 129 c.p.p. in violazione del principio di legalità) che aveva inciso sulla mancata dichiarazione di estinzione del reato per intervenuto decorso del termine di prescrizione (lì per riqualificazione del fatto in un reato con massimo edittale più alto, qui per pretermissione tout court dei limiti massimi di prescrizione). Anche a voler accedere a tale interpretazione analogica, però, v'è che questo mezzo straordinario di impugnazione varrebbe solo per le pronunce emesse dalla Corte di Cassazione, e non per quelle pronunciate dai giudici di merito.

Residuerrebbe dunque la revisione. Non prevedendo però l'art. 630 c.p.p. tra i casi di revisione un'ipotesi siffatta, solo l'ennesimo intervento della Corte Costituzionale sulla norma potrebbe aprire una strada all'utilizzo di tale mezzo di impugnazione straordinaria; e, comunque, non sarebbe semplice individuare la norma costituzionale da ritenere violata.

Da ultimo, la soluzione che forse sembra maggiormente perseguibile, e che comunque offre importanti utilità al condannato: l'applicazione dell'art. 30 co. 4 della L. n. 7/1953 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale) da parte del giudice dell'esecuzione.

Esso dispone che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali», ed è interpretato nel senso di essere applicabile anche ai casi di dichiarazione di incostituzionalità di norme penali sostanziali non incriminatrici (Cass. pen., Sezioni Unite, 29.5.2014 - 14.10.2014, n. 42858). Una siffatta soluzione, se pure lascerebbe intatto il giudicato, avrebbe comunque effetti rilevanti: diverrebbero non più eseguibili sia le eventuali pene detentive che le confische disposte, ad esempio, ai sensi dell'art. 12 bis del D.Lgs. n. 74/2000, e non ancora eseguite. Anche qui, però, bisogna scontrarsi con due problemi non di poco conto: l'assenza di una vera e propria pronuncia di illegittimità costituzionale (la sentenza n. 115/2018 della Corte Costituzionale ha, formalmente, dichiarato non fondate le questioni, pur se con ampia motivazione) e l'aver il giudizio di costituzionalità quale oggetto non una norma – seppure non incriminatrice – di diritto sostanziale, bensì la disapplicazione della stessa operata dai giudici ordinari sulla base di una sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

Difficile prevedere, dunque, l'esito delle pronunce che abbiano in passato applicato la “regola Taricco”.

Riccardo Di Girolamo

Tribunale di Teramo - Sent. 22.12.2017 - Est. Cirillo - Imp. V. + 4.

Intercettazioni telefoniche - Presupposti dell'autorizzazione (assenza) - Inutilizzabilità.

È emesso contra legem il decreto autorizzativo delle operazioni di intercettazione fondato unicamente su quanto riferito al P.M. o alla P.G. da un informatore anonimo, e non può costituire riscontro alla propalazione della fonte rimasta anonima quanto affermato de relato o de auditu da un terzo, di cui peraltro è mancato il vaglio della attendibilità intrinseca.

La violazione della regola di esclusione stabilita dal combinato disposto degli artt. 267 comma 1 bis, 203, 195 comma 3 e 7 c.p.p. comporta ex se la inutilizzabilità delle conversazioni intercettate sulla base del decreto autorizzativo emesso contra legem in relazione non solo a tutti i fatti di reato inizialmente ipotizzati ma anche a quelli emersi in occasione delle stesse.

... omissis ...

Alla base delle contestazioni, la Procura pone intercettazioni di conversazioni telefoniche [quelle ambientali non sono nel presente procedimento rilevanti], prove documentali, sommarie informazioni testimoniali, dichiarazioni rese dagli stessi imputati V. e M. [la posizione di quest'ultimo è stata stralciata].

È stata eccepita dai difensori degli imputati la inutilizzabilità assoluta/patologica delle intercettazioni, in quanto autorizzate in assenza del presupposto dei gravi indizi di reato dal momento che sono stati all'uopo utilizzati informatori [fonte confidenziale] dei quali non è stata rivelata l'identità né raccolta la testimonianza, con la conseguente preclusione all'utilizzazione imposta dal dettato dell'art. 267 comma 1 bis in relazione all'art 203 c.p.p., giusta la sanzione irrogata all'uopo dall'art. 191 commi 1 e 2 c.p.p. in caso di acquisizione di prove illegali.

Il Giudice osserva quanto segue.

... omissis ...

Come noto, infatti, l'art. 267 comma 1 bis c.p.p. introdotto dalla L. 63/2001. art. 10, in tema di "presupposti e forme" per l'adozione di decreti autorizzativi di intercettazioni di conversazioni stabilisce che "nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'art. 203 c.p.p.,

che a sua volta prevede che se le fonti informative della p.g. “non sono esaminat[e] come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate”: e “l’inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni”. Il “sistema” normativo che ne consegue viene interpretato dalla giurisprudenza di legittimità nel senso che “...le informazioni confidenziali acquisite dagli organi di polizia giudiziaria determinano l’inutilizzabilità delle intercettazioni. ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 267, comma 1-*bis* e 203, comma 1-*bis*. cod. proc. pen., soltanto quando esse abbiano costituito l’unico elemento oggetto di valutazione ai fini degli indizi di reità” [Cass. n. 39766/2014. Rv. 260456]. Talché, i relativi risultati sono utilizzabili a condizione che queste ultime non siano gli unici elementi posti a supporto della valutazione sulla sussistenza dei gravi indizi di reato e che le operazioni siano state autorizzate anche sulla base di altri elementi emersi che le integrino- [Cass. 42763/2015: Cass. 42845/2013].

Nel caso di specie secondo l’Accusa e lo stesso giudice che ha autorizzato le intercettazioni, il “riscontro alle provalazioni della fonte rimasta anonima sarebbe rappresentata dalle sommarie informazioni testimoniali rese da A. J., sentito in data 30.5.2014 [fol. 19-22 del fascicolo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di L’Aquila]. Tuttavia A. nulla dice in merito a fatti o circostanze che possano integrare gravi indizi del delitto di emissione di fatture per operazioni inesistenti. Costui, si limita a confermare “le operazioni in nero”, la gestione della contabilità “in nero del gruppo E. da parte di D.P.A. [fol. 21].

Nulla di più. Nessun riferimento né alla tematica degli pneumatici usati venduti ad ATAC come nuovi e come tali fatturati, né a quella gestione della società P. s.r.l. ed alle false fatturazioni finalizzate alla deduzione di costi per ammortamento e manutenzione.

Alle considerazioni sopra esposte altre se ne aggiungono, e militano univocamente nel senso della inutilizzabilità delle intercettazioni telefoniche autorizzate per violazione dell’art. 267 comma I *bis*, in relazione all’art. 203 c.p.p. In particolare non è stata in alcun modo valutata l’attendibilità intrinseca del sommario informatore A.J., sentito in data 30.5.2014 non ostante avesse motivi di risentimento nei confronti dei responsabili di G. per essere stato licenziato in data 1.2.2014 come da esso stesso riferito nell’*incipit* della propria “deposizione”.

Inoltre, lo stesso A. riferisce – sulla “gestione del nero in azienda” – fatti appresi non personalmente quanto da terzi [altri dipendenti: ex colleghi non identificati: D.P.A., sentito con le garanzie di legge solo dopo mesi, successivamente alla attivazione delle captazioni, in data 12.11.2014], o addirittura per quanto “sentito in ufficio-. Circostanza quest’ultima assimilabile a vere e proprie “voci correnti nel pubblico, in spregio al divieto di cui all’art. 194 comma 3 secondo periodo c.p.p., sovente esprimendosi al condizionale [“risulterebbe la presenza di un locale adibito a caveau...dove sarebbero conservate...-] ovvero adottando prese di posizione/opinioni personali prive di ogni riscontro obiettivo [“Ritengo che l’accesso al locale sia riservato ai soli titolari delle aziende”], anch’esse vietate ex art. 194 comma 3 c.p.p., trattandosi di affermazioni ben scindibili da quelle sui fatti. Sul punto, si imponeva la verifica delle fonti richiamate [Cass. 1515/1998: Cass. 13927/2015: Cass. 35016/2009], ed in ogni caso, trattandosi di dichiarazioni “*de relato*” o “*de auditu*”, quindi di indizi “a ridotta idoneità inferenziale – si imponeva un vaglio rigoroso dell’attendibilità intrinseca del proponente oltre che dell’intero quadro indiziario, che deve essere univoco [Cass. 29770/2009]: valutazione che è completamente mancata nel decreto autorizzativo. Non sarà inutile evidenziare il rischio che una deroga al disposto dell’art. 15 comma 2 Cost. venga di fatto autorizzata dall’A.G. in presenza di una fonte non rivelata riscontrata da una “fonte de relato” richiamante talora voci correnti nel pubblico o soggetti non identificati (sebbene identificabili: cfr. Cass. 29177/2016): in sostanza, manca nel caso di specie ogni aggancio ad una fonte di prova nota, conosciuta. che abbia una conoscenza diretta e personale dei fatti. In mancanza di questo “requisito minimo essenziale, di natura logica prima che giuridica, nessuna seria valutazione dei gravi indizi di reato che legittimano l’autorizzazione all’attività di intercettazione di conversazioni per via telefonica o tra presenti è possibile, a prescindere dalla applicabilità alla fase delle indagini dei divieti di testimonianza indiretta previsti per il dibattimento: il giudice non ha infatti la possibilità di testare e valutare con attenzione, serietà e profondità il requisito della gravità degli indizi di reato, che ha attinenza in primo luogo alla attendibilità delle fonti [Cass. 42763/2015] limitandosi ad una “presa d’atto di quanto affermato nelle informative di P.G. del resto, che le testimonianze “*de relato*” debbano essere sottoposte ad apposita “prova di resistenza” dal giudice

già nella fase cautelare, verificandone con accuratezza l'affidabilità e la pregnanza e non potendo assegnare alle stesse un peso probatorio uguale alle testimonianze dirette è stato affermato da Cass. 53425/2014, Rv. 262335, in riferimento ad un appello ex art. 310 c.p.p. in materia di misure cautelari personali. Va quindi conclusivamente ribadita, con Cass. 36874/2017 e 72/2009, "l'imprescindibile funzione del giudice, cui è demandato lo scrutinio dei presupposti di attivabilità delle intercettazioni è quella di affermare in ogni momento il rispetto della legalità del procedimento e non certo quella di prestarsi a "facili aggiramenti" delle norme di legge per compiacere alle richieste del pubblico ministero o di chicchessia.

Dunque, risulta acquisito che né nel decreto che ha autorizzato le intercettazioni delle conversazioni (*rectius*: nella motivazione dello stesso), né negli atti allegati si rinvenivano gravi indizi del reato di cui all'art. 8 Dlgs. 74/2000, per le ragioni sopra esposte, che sono in parte le stesse, in forza delle quali, decidendo sulla richiesta di sequestro preventivo finalizzato alla confisca formulata dal P.M. nel proc. pen. n. 7752/2015 R.G. N.R. a carico di M. F., M.E., E.E. e G. s.r.l. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, avente ad oggetto il profitto diretto dei reati di cui agli artt. 2, 4 e 8 Dlgs. 74/2000 e di truffa aggravata ovvero beni per un valore equivalente, il giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Teramo ebbe ad affermare, a fol. 13-15 del decreto emesso in data 6.5.2016, "l'inutilizzabilità ... dei risultati delle operazioni di intercettazione delle comunicazioni tra presenti e delle conversazioni telefoniche espletate nel corso del presente procedimento". Il decreto ripercorre tutte le fasi della procedura autorizzativa delle captazioni, sicché è utile riprodurne il contenuto in corsivo, del quale viene tenuto conto ai fini della presente decisione: "Dalla disanima dei fascicoli contenenti le richieste di autorizzazione al compimento di operazioni di intercettazione ed alla proroga delle medesime e dai correlativi decreti rispettivamente emessi dal Pubblico Ministero presso il Tribunale di L'Aquila – che ha poi trasmesso gli atti al Pubblico Ministero presso questo Tribunale – e dal giudice per le indagini preliminari di quella città, è dato evincere come le operazioni captative siano state indistintamente richieste ed autorizzate per i delitti di cui agli artt. 615 *ter* c.p. e 4 e 8 D.Lg.vo n. 74/2000, laddove, come correttamente evidenziato dal Procuratore della Repubblica pres-

so quell'ufficio in una missiva datata 4.06.2014 "È bene specificare che l'intercettazione è richiesta per l'art. 8 D.Lg.vo 74/2000, posto che per gli altri reati non è consentita "*quoad poenam*". Ed infatti, non rientrando i delitti da ultimo citati in alcuna delle categorie di cui all'art. 266 comma primo lettere b), c), d), e), f), f bis), f ter) e f quater). nel caso di specie è destinato a rinvenire applicazione il criterio di cui all'art. 266 comma I lett. a) c.p.p., a mente del quale l'intercettazione è consentita in caso di "delitti non colposi per i quali è prevista la pena dell'ergastolo o della reclusione superiore nel massimo a cinque anni" e, quindi, avuto riguardo al caso che ci occupa, unicamente per il delitto di cui all'art. 8 D.Lg.vo n. 74/2000, essendo previsto solo per il medesimo la pena della reclusione superiore nel massimo a cinque anni. Ciò posto secondo quanto stabilito dall'art. 267 comma primo c.p.p., l'autorizzazione ad effettuare operazioni di intercettazione è data con decreto motivato dal giudice per le indagini preliminari "quando vi sono gravi indizi di reato e l'intercettazione è assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini".

Nella valutazione dei gravi indizi di reato si applica l'articolo "2031", a mente del quale, per quanto in questa sede interessa, se gli informatori della polizia giudiziaria "non sono esaminati come testimoni, le informazioni da essi fornite non possono essere acquisite né utilizzate. L'inutilizzabilità opera anche nelle fasi diverse dal dibattimento, se gli informatori non sono stati interrogati né assunti a sommarie informazioni".

... *omissis* ...

Ciò posto, emerge con immediata evidenza come le circostanze così come riscontrate non afferiscano alla fattispecie delittuosa di cui all'art. 8 D.Lg.vo n. 74/2000, così come ipotizzata

... *omissis* ...

Di talché, in ragione di quanto previsto dall'art. 271 c.p.p. in riferimento al combinato disposto di cui agli arti. 266 e 267 c.p.p., va dichiarata l'inutilizzabilità di tutte le intercettazioni autorizzate e prorogate, quanto alla durata, nel corso del presente procedimento, in quanto, siccome evincibile dal contenuto dei decreti relativi, tutte giustificate, quanto ai gravi indizi di reato, dagli inutilizzabili elementi di cui alle note datate 1.06.2016 e 6.06.2014. Siffatto vizio non può, infatti, non estendersi anche ai risultati delle captazioni illegittimamente effettuate

e, quindi, volta per volta, anche a quelli conseguenti all'emissione delle proroghe.

... *omissis* ...

Tribunale di Pescara - Sent. 19.1.2018 - Est. de Rensis - Imp. P. + 1.

Truffa online - Competenza territoriale – Locus commissi delicti.

Nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie "postepay"), il tempo ed il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento di denaro sulla carta. (1)

Con decreto del 17.11.2016, il Giudice dell'udienza preliminare presso questo Tribunale disponeva il giudizio a carico di due imputati.

Deve però ritenersi che - conformemente all'insegnamento secondo il quale, nel delitto di truffa, quando il profitto è conseguito mediante accredito su carta di pagamento ricaricabile (nella specie "postepay"), il tempo ed il luogo di consumazione del reato sono quelli in cui la persona offesa ha proceduto al versamento di denaro sulla carta, poiché tale operazione ha realizzato contestualmente sia l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ottiene l'immediata disponibilità della somma versata e non un mero diritto di credito, sia la definitiva perdita dello stesso bene da parte della vittima (cfr. Cass. sez. II n. 14730 del 10-1/24-3-2017, rv. 269429) – non sia competente territorialmente questo Tribunale, poiché A.E. aveva proceduto al versamento della somma di € 115 (sulla carta "Postepay" in questione) nel luogo ove egli risiede, cioè in Cremona.

PQM

il Tribunale di Pescara, visto l'art. 23 c.p.p., dichiara la propria incompetenza territoriale – per essere competente l'Autorità Giudiziaria di Cremona – e ordina la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Cremona.

NOTA

(1) *La sentenza in commento offre spunti di riflessione da una duplice angolazione.*

Essa, infatti, affronta dapprima il tema del locus e del dies commissi delicti con riferimento alle ipotesi di truffa il cui profitto venga conseguito dall'agente mediante l'accredito su carta di pagamento ricaricabile eseguito dalla persona offesa, aderendo all'opzione esegetica inaugurata dalla sentenza n. 25230 del 16.7.2015 della Prima Sezione della Corte di Cassazione. Con essa si è affermato che, nel caso in cui «il raggio [sia] stato realizzato attraverso l'uso di una carta postepay ricaricabile che consente il versamento di denaro su una carta propria o di terzi», «il conseguimento del profitto da parte del soggetto truffatore si verific[a] nel momento stesso in cui la parte offesa ha proceduto al versamento del denaro sulla carta ricaricabile a lui intestata. Detto versamento ha infatti realizzato contestualmente l'effettivo conseguimento del bene da parte dell'agente, che ha avuto immediatamente a disposizione la somma versata, e la definitiva perdita dello stesso da parte del raggirato. La competenza territoriale va quindi radicata nel luogo ove è stato effettuato il versamento», lì realizzandosi il doppio evento richiesto dall'art. 640 c.p., e cioè il conseguimento del profitto ingiusto da parte dell'agente e il danno subito dal deceptus (conf.: Cass. pen., Sez. II, 25.10.2016, n. 49321 e Sez. II, 24.3.2017, n. 14730).

Diverso sarebbe il caso, invece, in cui il profitto fosse realizzato mediante altri strumenti di pagamento telematici (bonifico bancario, pagamento online, rimessa in conto corrente, ecc.), poiché in tali ipotesi il profitto ingiusto si realizza non contestualmente alla deminutio patrimonii, ma nel momento – necessariamente successivo – in cui l'agente consegue la disponibilità della somma di denaro (Cass. pen., Sez. II, 20.10.2016, n. 48027; Sez. II, 4.11.2014, n. 7749).

Il secondo spunto di riflessione ha natura più strettamente processuale.

Il Tribunale ha infatti rilevato la propria incompetenza territoriale ex officio a seguito di celebrazione di udienza preliminare e di rinvio a giudizio degli imputati, senza che in quella sede essa fosse stata rilevata o eccepita dalle parti.

Tale decisione appare in contrasto con la lettera del codice (art. 21 co. 2 c.p.p.) e con «l'orientamento assolutamente consolidato» della

Suprema Corte (così Cass. pen., Sez. I, 22.6.2010, n. 23907), per cui ogni questione concernente la competenza per territorio è preclusa anche al giudice una volta spirato il termine di cui all'art. 21 co. 2 c.p.p.-

L'art. 23 c.p.p., infatti, nel prevedere «la possibilità» per il giudice «di dichiarare nel dibattimento di primo grado l'incompetenza per qualsiasi causa, non pone un'eccezione alle regole preclusive specificamente previste in relazione alla competenza per territorio, ma implica semplicemente il riferimento ad una questione di competenza che ancora possa ritenersi aperta, perché tempestivamente sollevata in udienza preliminare e riproposta nella fase degli atti introduttivi al dibattimento e non ancora decisa» (così Cass. pen., n. 23907/2010, cit.; conf. Cass. pen., Sez. II, 2.12.2008, n. 4441; Sez. VI, 4.5.2006, n. 33435; Sez. IV, 15.5.2003, n. 41991; Sez. VI, 22.6.2001, n. 29821; Sez. VI, 30.11.2000, n. 8587; Sez. I, 17.12.1998, n. 6485; Sez. I, 24.5.1993, n. 2492; Sez. I, 3.7.1992, n. 3217).

Tribunale di Teramo - Ord. 26.1.2018 - Pres. Iacoboni - Est. Tetto - Imp. M. + 7.

Intercettazioni telefoniche - Art. 268 c.p.p. - Procedura di stralcio delle registrazioni e dei verbali - Competenza.

Al giudice del dibattimento è riconosciuta la possibilità di procedere alla selezione delle comunicazioni utilizzabili e non manifestamente irrilevanti, destinate alla trascrizione mediante perizia (con stralcio delle rimanenti), celebrando, nel confronto dialettico tra le parti, un'udienza a porte chiuse, in applicazione estensiva dell'art. 472 comma 2 c.p.p.

Va premesso che la richiesta in esame è stata depositata dai difensori di tutti gli imputati successivamente alla celebrazione della prima udienza dibattimentale del 15.12.2017, nel corso della quale si è proceduto alla risoluzione delle questioni preliminari ex art. 491 c.p.p., alla

dichiarazione di apertura del dibattimento e all'ammissione dei mezzi di prova indicati dalle parti, ivi compresa l'acquisizione, su richiesta del p.m., delle registrazioni delle intercettazioni e l'ammissione di perizia di trascrizione delle stesse.

La richiesta difensiva ha ad oggetto il rilascio da parte del tribunale dell'autorizzazione *'ad estrarre copia integrale su supporto magnetico di tutte le intercettazioni telefoniche e ambientali eseguite nel procedimento'*.

Così formulata, l'istanza scontrerebbe un pregiudiziale profilo di inammissibilità, riferito anche alla sua intempestività. Tuttavia, doverosamente valutata sul piano della dedotta lesione del diritto di difesa (per violazione degli artt. 178 lett. c) e 181 c.p.p.) ed in relazione alla fase «acquisitiva» dibattimentale del materiale probatorio/documentale in questione (oggetto di perizia di trascrizione), la richiesta non appare del tutto destituita di fondamento giuridico e induce ad una riflessione sulla reale portata applicativa dell'art. 268 comma 8 c.p.p., imponendo, nel contempo, una soluzione ermeneutica costituzionalmente orientata della relativa problematica.

In tale prospettiva, deve preliminarmente rilevarsi che le doglianze difensive investono, in sostanza, il provvedimento adottato dal p.m. in data 20.7.2017, con il quale veniva accolta solo in parte l'istanza avanzata dalla difesa degli imputati S.A., S.M. e D.G.N., di rilascio di *'copia della traccia fonica ovvero dei files audio relativi alle intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni, dei verbali delle operazioni e dei brogliacci, dei decreti autorizzativi e di proroga; e comunque di tutti gli atti del procedimento riguardanti le intercettazioni'*.

In particolare, risulta dato fattuale incontrovertito (e documentato) che con il citato provvedimento – preceduto dalla comunicazione in data 15.7.2017 agli imputati dell'avviso di deposito delle intercettazioni, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 268 comma 6 c.p.p. e dall'avvenuta emissione in data 14.7.2017, da parte del GIP, del decreto di giudizio immediato, ai sensi dell'art. 453 comma 1 bis c.p.p. – il p.m. titolare delle indagini autorizzava testualmente: – “l'acquisizione dei decreti autorizzativi e di proroga delle attività di intercettazione (già peraltro a disposizione delle parti sin dal 23.5.2017, data di esecuzione dell'ordinanza applicativa di misure cautelari personali); – l'acquisizione di copia delle tracce foniche o dei files audio di tutte le conversa-

zioni utilizzate nella richiesta di misura cautelare ai fini dell'adozione da parte del Giudice per le indagini preliminari dell'ordinanza applicativa di misure cautelari personali, già peraltro a disposizione delle parti sin dal 23.5.2017 (data di esecuzione dell'ordinanza applicativa di misure cautelari personali, in ossequio a quanto disposto dalla Corte Costituzionale con sentenza n. 336 del 10 ottobre del 2008, la cui trasposizione su nastro magnetico non è stata mai richiesta dai difensori degli imputati, e neanche dall'avvocato Gennaro Lettieri, prima della data odierna); – l'ascolto delle tracce foniche o dei files audio, nonché l'esame dei verbali delle operazioni e dei brogliacci, relativamente alle restanti conversazioni non utilizzate nella richiesta di misura cautelare ai fini dell'adozione da parte del Giudice per le indagini preliminari dell'ordinanza applicativa di misure cautelari personali”.

Ciò posto, risultano del pari pacifiche sia la libera scelta delle difese degli imputati (con la sola eccezione del difensore del D.G.) di non dare esecuzione a quanto autorizzato con il citato provvedimento del p.m., sia la mancata attivazione da parte di quest'ultimo – prima dell'esercizio dell'azione penale attuato con la richiesta di giudizio immediato del 13.7.2017 – della procedura di stralcio prevista dall'art. 268 commi 6, 7 e 8 c.p.p., destinata a selezionare le intercettazioni rilevanti ai fini della prova delle condotte delittuose ipotizzate dall'accusa (e non solo della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza già prospettata e positivamente valutata dal GIP in sede di accoglimento della richiesta di misure cautelari personali).

A fronte della sopra evidenziata ricostruzione diacronica del peculiare contesto procedimentale nel cui ambito risulta essersi collocata la 'gestione' (da parte del p.m. e delle difese) del materiale probatorio in questione – costituito dai supporti sui quali risultano registrate le conversazioni captate, e non già dalle trascrizioni sommarie delle conversazioni rese dalla p.g. (i cosiddetti 'brogliacci') né dalle trascrizioni integrali delle stesse (che, come è noto, sono la mera rappresentazione grafica del contenuto di prove già acquisite mediante registrazione fonica)¹ – l'istanza in esame, a ben vedere, nella parte in cui sollecita questo tribunale ad adottare un provvedimento autorizzati che attesti, in termini espliciti, un diritto al rilascio di una copia magnetica o digitale

1. cfr. fra le tante: Cass. 4.10.2011, Cassano, nonché Corte Cost. 20.7.2012 n. 204

di *tutte* le registrazioni, incondizionato e quale naturale conseguenza dell'indiscutibile diritto difensivo all'accesso e all'ascolto delle stesse, se da un lato deve ritenersi di per sé eccentrica in quanto in contrasto con il (pur non chiarissimo) tenore letterale e la *ratio* dell'art. 268 c.p.p., dall'altro impone al tribunale di interrogarsi sulle eventuali ricadute pregiudizievoli sul diritto di difesa degli imputati strettamente ricollegabili alla già evidenziata mancata attivazione (da parte del p.m.) della procedura di stralcio prevista dall'art. 268 c.p.p., omissione che di fatto non ha consentito alle difese di interloquire, in una posizione di parità rispetto all'organo dell'accusa e dopo l'esercizio dell'azione penale, in ordine alla individuazione e selezione del materiale probatorio rilevante ai fini del vaglio dibattimentale dell'ipotesi accusatoria.

È noto che tale delicata problematica ha fatto registrare, sia nella dottrina che nella giurisprudenza della Suprema Corte, soluzioni non univoche, come del resto confermato dalle contrapposte pronunce richiamate dalla difesa a sostegno della richiesta e dal p.m. nell'articolato parere del 18.1.2018 (e ribadito nel corso dell'odierna udienza).

Orbene, senza alcuna pretesa di esaustività di analisi sul punto, e nei limiti di stretta rilevanza calibrati sullo specifico *petitum* prospettato dalle difese nell'istanza che ci occupa, questo collegio ritiene condivisibile l'orientamento maggioritario del Giudice di legittimità secondo cui la previsione in favore della difesa di una indiscriminata facoltà di ottenere copia magnetica o digitale di tutte le registrazioni delle intercettazioni (telefoniche e ambientali), anche nelle ipotesi di mancata selezione preliminare dei colloqui rilevanti, finirebbe per vanificare e svuotare di concreta vigenza il contemperamento tra diritti fondamentali realizzato con la procedura di cui all'art. 268 c.p.p., alterando l'equilibrio previsto dal legislatore tra esigenze conoscitive della difesa ed esigenze delle persone estranee alle indagini doverosamente tutelate nel loro diritto alla riservatezza.

Ed invero, come sottolineato anche dalla più attenta dottrina in materia, "se il divieto di rilasciare copia delle registrazioni operasse solo a indagini in corso, sarebbe tradita la volontà legislativa di contenere nello stretto indispensabile la lesione alla riservatezza conseguente alla *discovery* dei risultati dell'ascolto: la tutela dei diritti di chi sia stato gratuitamente intercettato subirebbe un ulteriore brutale ridimensionamento".

Tuttavia, in una prospettiva speculare (nella quale sembra essersi collocata la recentissima novella legislativa attuata con il d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, non ancora in vigore), è altrettanto ragionevole rilevare che lasciare alla libera iniziativa del p.m. la rituale e tempestiva attivazione della procedura di stralcio prevista dall'art. 268 commi 6, 7 e 8 c.p.p. (quale presupposto del consequenziale diritto della difesa ad ottenere *anche* la copia delle registrazioni connotate da rilevanza probatoria processuale), nella fase del procedimento compresa tra la chiusura delle indagini preliminari e l'apertura del dibattimento la minore o maggiore estensione del diritto di difesa dipenderebbe di fatto dalla scelta, in astratto insindacabile, dell'organo inquirente di posticipare (come avvenuto nel caso di specie) o meno alla fase dibattimentale la richiesta di acquisizione delle conversazioni intercettate rilevanti.

Al riguardo, non appaiono del tutto appaganti le argomentazioni di principio offerte dalla giurisprudenza maggioritaria della Suprema Corte secondo cui risulta comunque pienamente garantito il diritto di difesa, che non prevede quale sua unica modalità di esercizio l'estrazione della copia delle registrazioni; con l'ulteriore precisazione che la conoscenza delle intercettazioni consente di valutare in maniera adeguata gli atti posti a fondamento dell'indagine e, conseguentemente, di svolgere l'attività difensiva nei modi consentiti dalle norme, a prescindere dal materiale possesso delle copie (cfr. in tal senso: Cass. sez. VI, 3 maggio 2011, Andò ed altri, che ha dichiarato infondata l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 268 commi 7 e 8 c.p.p., in relazione agli artt. 24 e 111 Cost. e all'art. 6, par. 3, lett. b CEDU, laddove intesi nel senso che il difensore non avrebbe diritto a ottenere la copia delle registrazioni dopo la conclusione delle indagini preliminari)².

A fronte delle sopra evidenziate oggettive aporie del dato normativo di riferimento (e delle insoddisfacenti soluzioni offerte dal panorama giurisprudenziale), va senz'altro scartata una soluzione interpretativa incentrata sul tenore letterale dell'art. 269 c.p.p. e volta a riconoscere

2. in posizione sostanzialmente difforme e argomentando da un'estensione del principio affermato da Corte Cost. n. 336 del 2008 con specifico riferimento alla vicenda cautelare, quest'ultima caratterizzata dall'indifferibile e preminente esigenza di un immediato controllo delle basi indiziarie del provvedimento limitativo della libertà personale, da ritenersi prevalente sul diritto alla riservatezza di soggetti estranei alle indagini: cfr., da ultimo, Cass. 1 agosto 2017, n. 38409.

(anche successivamente alla chiusura della fase investigativa e all'esercizio dell'azione penale) una sorta di *prorogatio* della competenza funzionale in capo al GIP a celebrare l'udienza stralcio prevista dall'art. 268 comma 6 c.p.p.; ipotesi quest'ultima ritenuta dal Giudice delle leggi (v. Corte cost. n. 255 del 2012) *'fortemente creativa, in quanto derogatoria rispetto alle coordinate generali del vigente sistema processuale'*.

Ciò posto, e valorizzando le coordinate ermeneutiche costituzionalmente orientate, offerte da un passaggio argomentativo incidentale del citato precedente, ritiene questo collegio che, allo stato, una ragionevole soluzione della problematica debba essere individuata nel riconoscimento al giudice del dibattimento della possibilità di procedere alla selezione delle comunicazioni utilizzabili e non manifestamente irrilevanti, destinate alla trascrizione mediante perizia (con stralcio delle rimanenti), celebrando, nel confronto dialettico tra le parti, un'udienza a porte chiuse, in applicazione estensiva dell'art. 472 comma 2 c.p.p.

Del resto, tale soluzione si pone in sintonia con il principio generale secondo cui il vaglio dibattimentale di non manifesta irrilevanza (o superfluità) delle conversazioni intercettate si colloca nell'ambito della procedura di ammissione (e acquisizione) delle prove che non può non svolgersi unitariamente davanti al giudice del dibattimento, legittimato a risolvere (anche mediante ascolto diretto in udienza) eventuali 'contrast' che dovessero sorgere sul punto tra il p.m. e la difesa.

p.q.m.

- rigetta, allo stato, la richiesta di autorizzazione ad estrarre copia integrale di tutte le intercettazioni telefoniche e ambientali eseguite nella fase delle indagini preliminari, confermando la sussistenza del diritto dei difensori di procedere all'ascolto diretto delle registrazioni tuttora materialmente depositate presso la segreteria del p.m. e a disposizione degli imputati;

- al solo fine di garantire, nella presente fase dibattimentale, il pieno esercizio del connesso diritto delle difese di concorrere ad individuare e selezionare le registrazioni ritenute non manifestamente superflue sul piano probatorio in relazione ai fatti/reato contestati, ed anche in funzione di un proficuo espletamento della perizia di trascrizione già ammessa dal tribunale all'udienza del 15.12.2017, fissa all'8/3/2018 udienza in camera di consiglio da celebrarsi con le modalità di cui art. 472 comma 2 c.p.p.

Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila - Ord. 14.9.2017 - Pres. Del Vilano - Est. Serafini - D.

Permessi premio - Condizione alla concessione - Collaborazione (impossibilità ed inesigibilità) – (In)attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Nel caso in cui la ricostruzione del fatto operata in sentenza sia stata integrale, tanto da consentire l'individuazione di tutti i partecipi, quali mandanti, organizzatore ed esecutori materiali, e di risalire al movente stesso della commissione del reato, deve ritenersi che l'accertamento dei fatti sia stato completo in ordine alla identificazione dei responsabili del reato e dei loro ruoli e tale da non lasciare con d'ombra che possano giustificare una richiesta di collaborazione da parte del detenuto. L'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata non può ritenersi sussistente ove il detenuto non abbia altre condanne oltre a quelle in esecuzione, non abbia procedimenti penali pendenti e la Questura competente, per delinearne la pericolosità sociale, si limiti a richiamare i precedenti penali per i quali il detenuto è in espiazione pena da quasi venti anni.

Ricorre la fattispecie della c.d. "collaborazione impossibile" nel caso in cui l'accertamento dei fatti operato in sentenza sia stato integrale e non sussistano elementi dai quali desumere l'attualità dei collegamenti del condannato con la criminalità organizzata. (1)

Con istanza depositata il 2 novembre 2016 il difensore, presentando una nuova istanza di permesso premio ha chiesto che venisse accertato e dichiarato dal Tribunale di Sorveglianza l'impossibilità della collaborazione da parte del suo assistito in relazione al reato di omicidio (commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 bis c.p.) per cui sta espiano dal 25 giugno 1998 la pena dell'ergastolo, per essere stato operato con la sentenza irrevocabile l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità così che nessun utile apporto potrebbe fornire il detenuto, accertamento integrale su cui il Tribunale si era già espresso con ordinanza del 12 aprile 2016 con cui l'istanza ex art. 58 ter O.P. era stata rigettata in mancanza di prova dell'insussistenza dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Il difensore nel reiterare la richiesta ha evidenziato come la costante condotta del D., di assoluta partecipazione alle opportunità trattamentali durante tutto il lungo periodo detentivo, l'allontanamento dalle logiche devianti, il ruolo di semplice affiliato all'interno dell'associazione, sono dati oggettivi non trascurabili da parte del Tribunale per l'accoglimento dell'istanza anche sotto il profilo dell'assenza dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Tanto premesso si osserva come il Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila con ordinanza resa all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 12 aprile 2016 ha così motivato: "La domanda di accertamento dell'inesigibilità della collaborazione da parte di D. si è limitata ai fatti che hanno formato oggetto della sentenza di condanna all'ergastolo per l'omicidio di G. considerata ormai interamente espiata la pena di anni 10 di reclusione inflitta all'istante con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 416 bis c.p.

Domanda ammissibile avendo ad oggi il detenuto espiato anni 21 mesi 3 e giorni 5 di pena di cui anni 17 mesi 9 e giorni 20 per carcerazione esecutiva ed anni 3 mesi 5 e giorni 15 a titolo di liberazione anticipata (pari ai 1260 giorni a lui concessi), per cui risulta interamente espiata la pena di anni 10 di reclusione per i reati di associazione a delinquere di stampo mafioso e di estorsione aggravata dall'art. 7 D.L. 152/91 e l'ulteriore quota di anni 10 per l'accesso al beneficio del permesso premio in caso di condanna all'ergastolo.

Dalla lettura della sentenza della Corte di Assise di Appello di Palermo del 18/10/2001, in parziale riforma della sentenza emessa dalla Corte di Assise di Palermo del 19/6/2000, emerge che D. venne riconosciuto colpevole dell'omicidio di G.A., avvenuto in Palermo il 23/11/1997, in concorso con (omissis), delitto commesso avvalendosi delle condizioni delle associazioni di cui all'art. 416 bis c.p., e dei connessi reati in materia di armi, e condannato alla pena dell'ergastolo avendo il giudice di appello negato il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche operato invece dal primo giudice.

... *omissis* ...

Alla luce della ricostruzione del fatto, integralmente operata in sentenza in forza delle convergenti provalazioni dei collaboratori di giustizia, assistite da una molteplicità di riscontri esterni, puntualmente indicati, che hanno consentito di individuare tutti i partecipi, quali

mandanti, organizzatori ed esecutori materiali, e di risalire al movente stesso dell'omicidio (G.A. era considerato un personaggio di prestigio nell'ambito del mandamento mafioso di Partinico, legato però alla vecchia guardia e che avrebbe potuto dare effettivamente fastidio ad un boss emergente quale era (omissis) e la sua eliminazione poteva costituire monito e valido segnale per tutti coloro che avessero inteso contrastare quest'ultimo), deve ritenersi che l'accertamento dei fatti sia stato completo in ordine alla identificazione dei responsabili e dei loro ruoli e tale da non lasciare con i d'ombra che possano giustificare una richiesta di collaborazione da parte del detenuto".

Il Tribunale riteneva dunque sussistente l'ipotesi di impossibilità della collaborazione per l'integrale accertamento dei fatti e delle singole responsabilità pervenendo comunque ad un rigetto dell'istanza in mancanza dell'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata.

Ritiene il Collegio che tale requisito, alla luce dell'istruttoria svolta nell'ambito del presente procedimento, possa ritenersi integrato in base alle considerazioni che si vanno ad esporre.

Dagli atti di osservazione della personalità si evince una condotta del detenuto di costante partecipazione alle opportunità trattamentali, nell'ultimo aggiornamento di giugno 2017 si evidenzia come il detenuto, per il quale non si è mai registrata alcuna criticità nelle relazioni interpersonali con gli operatori, è orientato a trascorrere la detenzione in maniera equilibrata e costruttiva, e per il profilo psicologico si è registrata una evoluzione delle modalità relazionali apparendo disponibile ad affrontare le dinamiche introspettive, tuttavia con difficoltà raggiunge livelli di elaborazione significativi.

Nell'analisi de qua non si può negare valore decisivo al lungo periodo di detenzione trascorso, alla circostanza che il D. ha altre condanne oltre le due comprese nel cumulo in esecuzione, sicuramente per reati di particolare allarme sociale, non ha procedimenti penali pendenti e la Questura di Palermo, per delinearne la pericolosità sociale, richiama precedenti penali per i quali il detenuto è in espiazione di pena a far data dal 26 giugno 1998. La Procura di Palermo, Direzione Distrettuale Antimafia ha riferito come le più recenti indagini non hanno evidenziato collegamenti del D. con il sodalizio mafioso della zona. Rispetto agli elementi valutati dal Tribunale di Sorveglianza nel provvedimento di ri-

getto della precedente istanza deve osservarsi come non solo la Procura di Palermo ha specificato come in effetti non vi siano recenti indagini che vedano il soggetto coinvolto in fatti di mafia ma anche dagli atti di osservazione della personalità si evince una analisi introspettiva in precedenza carente.

Può dunque ritenersi integrato anche il secondo dei presupposti richiesti per potersi affermare che ricorra la fattispecie della cd "collaborazione impossibile" avendo gli elementi acquisiti in istruttoria evidenziato aspetti positivi che portano ad escludere l'attualità dei collegamenti con il crimine organizzato.

...omissis ...

NOTA

(1) *L'ordinanza in rassegna affronta il tema della concessione dei benefici penitenziari ai condannati per i delitti di cui al comma 1 dell'articolo 4 bis O.P.*

L'art. 1 della legge 279 del 2002, nel modificare il citato art. 4 bis, prevede infatti l'ammissibilità di tali benefici quando – in concorso con l'acquisizione di elementi tali da escludere l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva – "la limitata partecipazione al fatto criminoso, accertato nella sentenza di condanna, ovvero l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendono comunque impossibile un'utile collaborazione con la giustizia".

La novella ha operato la trasposizione normativa di due fondamentali interventi operati dalla Corte Costituzionale in questa materia.

Ci si riferisce, per un verso, alla sentenza 27 luglio 1994 n. 357, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione che, all'epoca, era riportata nel secondo periodo dell'art. 4 bis comma 1 come sostituito dall'articolo 15 comma 1 del decreto-legge 8 giugno 1992 numero 306, nella parte in cui non prevedeva che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma potessero essere concessi anche nel caso in cui la limitata partecipazione al fatto criminoso, come accertata nella sentenza di condanna, rendeva impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che venissero acquisiti elementi tali da escludere l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Per altro verso si fa riferimento alla sentenza 1 marzo 1995 n. 68, con la quale la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della medesima disposizione, nella parte in cui prevedeva che i benefici di cui al primo periodo del medesimo comma potessero essere concessi anche nel caso in cui l'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza irrevocabile, rendesse impossibile un'utile collaborazione con la giustizia, sempre che venissero acquisiti elementi tali da escludere in maniera certa l'attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Ebbene, l'ambito d'indagine di cui si tratta resta circoscritto al significato testuale della disposizione che: da un punto di vista cronologico, impone che l'accertamento dell'impossibilità della collaborazione debba essere effettuato con riferimento alla data dell'istanza, essendo viceversa irrilevante verificare se il richiedente si trovasse o meno nella condizione di non poter utilmente collaborare già nella fase della cognizione del procedimento conclusosi con la sentenza di condanna (ed invero l'art. 4 bis comma 1 bis, non pone alcun limite temporale all'accertamento dell'attività di collaborazione, ma anzi, facendo riferimento a sentenze passate in giudicato, sembra corroborare la tesi sopra esposta); da un punto di vista oggettivo, prevede che l'accertamento di cui si tratta debba limitarsi ai soli fatti ed alle sole responsabilità che formarono oggetto del giudizio da parte del giudice della cognizione, e dunque, ai soli elementi costitutivi dei reati sui quali sia stata emessa pronuncia con il titolo posto a fondamento dell'esecuzione, non anche ai fatti quali il richiedente non sia stato condannato ovvero che non siano stati oggetto del giudizio.

Tale ultima proposizione trova conforto non soltanto nel testo della norma in esame (laddove l'equipollenza all'effettiva collaborazione ai fini della rimozione dell'impedimento giuridico all'accesso ai benefici è individuato "nell'integrale accertamento dei fatti e delle responsabilità, operato con sentenza revocabile"), ma altresì nella considerazione del fatto che la rimozione (nel caso di effettiva collaborazione) postula esclusivamente, come si è detto, l'accertamento del fatto che il soggetto si sia adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori ovvero abbia aiutato concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta degli elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura gli autori di reati commessi

dall'interessato medesimo, diversamente da quanto previsto dal diverso istituto contemplato dall'articolo 16 nonies legge n. 82 del 1991.

Può dunque affermarsi che il giudizio del tribunale di sorveglianza si sostanzia in un'analisi della motivazione della sentenza di condanna al fine di verificare se sussistono o meno profili ed aspetti connessi al tema di merito oggetto del procedimento di cognizione non completamente provati o non sufficientemente esplorati e di valutare se gli stessi siano o meno suscettibili di essere utilmente approfonditi con il contributo conoscitivo del detenuto; tale eventualità deve essere vagliata, alternativamente, in ragione della completezza oggettiva del pregresso accertamento giudiziale (oggettiva inesigibilità) o del delimitato perimetro cognitivo del detenuto che non consente di colmare eventuali lacune (soggettiva inesigibilità).

Con particolare riferimento alla situazione di oggettiva di impossibilità, l'indagine del Tribunale di Sorveglianza deve dunque articolarsi su due livelli: quello delle responsabilità e quello dei fatti e perciò l'accertamento esige che non vi sia dubbio alcuno sulla compiuta identificazione di tutti i responsabili e che sia interamente acclarato il fatto. Ad ogni buon conto si evidenzia come la costante giurisprudenza di merito e di legittimità ha chiarito che eventuali lacune ricostruttive in ordine a determinati fatti, qualificate come irrilevanti dal giudice della cognizione, non possono condurre il Tribunale di Sorveglianza a ritenere ancora esigibile rispetto ad esse un'utile collaborazione.

Dalla lettura dell'ordinanza si evince quindi che l'istante, condannato all'ergastolo per un omicidio (ostativo ai sensi dell'art. 4 bis o.p.) non potrebbe aggiungere null'altro alla ricostruzione dei fatti operata in sentenza passata in giudicato e pertanto non potrebbe prestare un'utile collaborazione con la giustizia.

Dal provvedimento si evince altresì che il Tribunale, discostandosi dalla costante giurisprudenza di legittimità, non si è limitato a verificare l'integrale accertamento dei fatti di cui alla sentenza di condanna, ma ha esteso il proprio sindacato al percorso di revisione critica compiuto dal detenuto nel corso dell'espiazione della pena e ai "presunti" collegamenti con l'associazione di appartenenza.

È necessario evidenziare come il Tribunale, nel valutare l'istanza, abbia ritenuto di dover procedere alla verifica della sussistenza di due requisiti (per completezza di informazione si rappresenta che l'ordinan-

za di cui si discute è successiva ad una di rigetto che non aveva ritenuto sufficientemente completo il percorso di revisione critica).

Il primo relativo alla c.d. "inesigibilità della collaborazione", il secondo relativo alla "attualità di collegamenti con la criminalità organizzata".

Così facendo il Tribunale si è discostato da quella giurisprudenza della Suprema Corte (Sent. Sez. I Num. 26567 Anno 2017 C.C.7.4.2017 Dep.27.5.2017) che ha ritenuto non di competenza del Tribunale l'accertamento sulla attualità dei collegamenti con la criminalità organizzata.

Nello specifico la Suprema Corte nell'annullare alcuni provvedimenti emessi dello stesso Tribunale di Sorveglianza di L'Aquila aveva così statuito: "L'ordinanza va quindi annullata e gli atti trasmessi al tribunale di sorveglianza che si atterrà al seguente principio di diritto «Ai fini della concessione di un permesso premio, la devoluzione al tribunale di sorveglianza dell'accertamento incidentale della collaborazione impossibile, ai sensi dell'art. 4-bis, comma 1-bis, Ord. Pen. non investe la valutazione sull'assenza di attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, costituente concorrente ma autonoma condizione per la concessione dei benefici, che spetta al giudice di sorveglianza investito della richiesta del beneficio, al quale spetta altresì svolgere l'indagine tramite il C.P.O.S.P. prevista dal comma 2 del medesimo art. 4-bis».

E l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata deve essere accertata in concreto e sulla base di specifici elementi sintomatici, indicativi di una perdurante e qualificata pericolosità del detenuto, capace di giustificare la sua sottrazione, sia alle misure alternative, sia ai benefici penitenziari premiali e, cioè, su dettagliati, e non generici, elementi, e non su mere supposizioni (tra le altre, Cass. pen. sez. I, n. 49130 del 16.05.2013, Spiritoso, rv. 258413; n. 4195 del 09/01/2009, Calcagnile, rv. 242843; n. 11661 del 27/02/2008, Gagliardi, rv. 239719; n. 143 del 13/01/1994, Ricciardi, rv. 196392; n. 19673/2017).

Piera Farina
Fabiana Gubitoso

Tribunale di Chieti - sez. dist. Ortona - Ord. 22.3.2018 - Est. Ribaudò - D.R.

Ordine di esecuzione - Art. 656 co. 5 c.p.p. - Efficacia nel tempo della sent. n. 43/2018 Corte Cost.

La pendenza del ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza di rigetto dell'istanza di annullamento e/o di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva superiore a tre anni ma inferiore a quattro impone di ritenere non esaurito il procedimento esecutivo. Il rapporto esecutivo deve perciò intendersi sottoposto alla nuova disciplina regolatrice dettata dall'art. 656 comma 5 c.p.p. come "modificato" dalla pronuncia della Corte Costituzionale n. 43/2018 (intervenuta dopo la prima ordinanza di rigetto), dovendosi pertanto ritenersi operante la sospensione dell'ordine di esecuzione delle pene non superiori a quattro anni e quindi dichiarare temporaneamente inefficace l'ordine di esecuzione della pena e ordinare l'immediata liberazione del condannato, se non detenuto per altra causa.

Con ordine di esecuzione pena n. 260/17 SIEP emesso, ex art. 656 comma 1 c.p.p., in data 15 dicembre 2017 dalla Procura della Repubblica di Chieti nei confronti di D.R.G. – a seguito della determinazione della pena detentiva residua da espiare in complessivi anni 3 mesi 1 giorni 8, oltre multa e ammenda, quale pena risultante dal cumulo di diverse sentenze di condanna – veniva disposto ordine di immediata carcerazione.

Con istanza depositata in data 18 dicembre 2017 il difensore di fiducia del condannato D.R.G. (attualmente detenuto presso la Casa Circondariale di Chieti) aveva richiesto a questo Tribunale (competente ex art. 665, comma 4, c.p.p., atteso che l'ultima sentenza emessa nei confronti dell'interessato ad essere divenuta irrevocabile è stata pronunciata da questo Ufficio) la sospensione e/o l'annullamento dell'ordine di carcerazione predetto che il pubblico ministero aveva emesso in base all'art. 656, comma 1, c.p.p. senza sospenderlo, perché la pena da scontare eccedeva il limite di 3 anni fissato dal 5° comma dell'art. 656 c.p.p.

Lamentava, nello specifico, il ricorrente l'inefficacia del provvedimento di esecuzione sostenendo che esso avrebbe dovuto essere sospe-

so, nonostante la pena da espiare eccedesse il limite triennale, perché l'art. 47, comma 3 bis, L. n. 354/75 consente una particolare forma di affidamento in prova quando la pena detentiva da eseguire non è superiore a 4 anni: il condannato rilevava, infatti, che la sospensione dell'ordine di esecuzione è finalizzata ad ottenere l'applicazione della misura alternativa prima dell'ingresso in carcere.

Poiché l'art. 47, comma 3 bis, O.P. permette l'affidamento in prova anche quando la pena da espiare non è superiore a 4 anni, a suo avviso, il limite cui subordinare la sospensione dell'ordine di esecuzione dovrebbe armonizzarsi con tale tetto e ritenersi fissato anch'esso in 4 anni anziché in tre come prevede la lettera dell'art. 656, comma 5, c.p.p.

L'istante chiedeva, dunque, dichiararsi l'inefficacia o la sospensione dell'ordine di esecuzione, sospensione che era, pertanto, collegata alla possibilità di ottenere l'affidamento in prova al servizio sociale.

(omissis)

Sul punto il ricorrente richiamava, infatti, un recente orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui – benché, a seguito dell'introduzione con D.L. 146/2013 (convertito in L. n. 10/2014) dell'ad. 47 comma 3 bis ord. penit., che ha ampliato l'ambito di applicazione della misura dell'affidamento in prova anche al condannato che deve espiare una pena, anche residua, non superiore a quattro anni di detenzione (c.d. affidamento allargato), non è sfato correlativamente riformato l'art. 656, comma 5, che, come già rilevato, consente una sospensione automatica dell'ordine di esecuzione della pena detentiva soltanto ove la stessa risulti inferiore ai tre anni di reclusione – la norma di cui all'art. 656 comma 5 c.p.p. deve essere interpretata in combinato disposto con la disposizione di cui all'art. 47 comma 3 bis O.P., così come introdotta dal D.L. 146/13, con la conseguenza che il limite previsto in astratto per la sospensione dell'ordine di carcerazione, ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. deve essere individuato nella pena della reclusione, anche residua, non superiore ad anni 4, ricorrendo – sempre in astratto, e fatta salva la valutazione riservata all'autorità giudiziaria di sorveglianza – le condizioni per l'accesso all'istituto del c.d. "affidamento in prova allargato" (cfr. Cass, Sez. I[^] Pen, n. 37848 del 4.3.2016 e n. 51864 del 31.5.2016).

Invero ai sensi della citata disposizione dell'ordinamento penitenziario il condannato, anche in stato di libertà, a pena residua non

superiore ai quattro anni, che abbia serbato un comportamento positivamente valutabile, è ammesso all'affidamento in prova quale misura alternativa alla detenzione in carcere, la cui esecuzione deve pertanto ritenersi subordinata al vaglio negativo dell'istanza di accesso.

Tale norma pertanto, ad avviso dell'istante, avrebbe dovuto essere coordinata con la previsione dell'art. 656 comma 5 c.p.p. che, pur fissando in via generale un limite di tre anni per la sospensione dell'esecuzione, successivamente funzionalizza tale sospensione a consentire l'accesso alle misure alternative previste dall'art. 47 O.P. nella sua interezza, ivi compresa la fattispecie "allargata".

Secondo tale orientamento giurisprudenziale, dunque, il richiamo dell'art. 656, comma 5 secondo periodo, cod. proc. pen. all'art. 47 ord. pen. nella sua interezza, consente, infatti, di interpretare la prima norma avvalendosi del criterio sistematico e di quello evolutivo, pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento del comma 3-bis nell'art. 47 ord. pen., introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito. Osservava il ricorrente che, infatti, la diversa interpretazione che privilegiava il dato letterale dell'art. 656, comma 5, c.p.p., proposta da altro autorevole orientamento, doveva ritenersi contrastante con il chiarissimo principio legislativo imposto dalla recente legge delega n. 103/17 che, alla lettera c) del comma 85 dell'unico articolo, delega al Governo l'adozione (entro un anno) di decreti legislativi diretti alla revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che *"il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni"*.

Ad avviso del ricorrente, pertanto, ai sensi dell'art. 12 delle preleggi l'interprete non può e non deve fermarsi al dato letterale della norma ma deve contestualizzare l'intenzione del legislatore, coordinando la norma con il contesto legislativo, nel quale, ora, non si trova soltanto l'art. 47 O.P. riformato, ma anche la legge delega sopra citata (L. 137/17), atto normativo avente immediati effetti concreti che devono essere apprezzati dall'interprete alla luce dei principi di diritto delineati dalla giurisprudenza costituzionale (che esclude, in casi di affermazioni chiare e quindi concretamente e direttamente applicabili, che gli effetti della legge delega debbano essere differiti al momento dell'emanazione dei decreti attuativi).

Instauratosi il contraddittorio, all'udienza del 18 gennaio 2018, il P.M. chiedeva il rigetto dell'istanza; la difesa insisteva per l'accoglimento e il Tribunale decideva con motivazione riservata.

In particolare, sciogliendo la riserva assunta all'udienza del 18 gennaio 2018, con ordinanza del 17 febbraio 2018 il Giudice dell'Esecuzione rigettava l'istanza avanzata dal condannato.

Nella predetta ordinanza, infatti, il Giudice dell'Esecuzione, pur dando atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sull'esistenza o meno di un effetto ampliativo dell'operatività automatica della sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi prevista dall'art. 656, comma 5, c.p.p., evidenziava che l'orientamento giurisprudenziale (Cass. Cass, Sez. I[^] Pen, n. 37848 del 4.3.2016 e n. 51864 del 31.5.2016) richiamato dal ricorrente fa dichiarata applicazione del criterio di interpretazione evolutiva dell'art. 656, comma 5, secondo periodo, cod. proc. pen., estendendone l'applicazione a tutti i casi previsti dall'art. 47 ord. pen., (pur in mancanza del dato formale di una sua esplicita modifica che, tenendo conto del recente inserimento del comma 3-bis nell'art. 47 ord. pen., introduca il richiamo specifico dell'ipotesi prevista da tale nuovo comma nel testo letterale della disposizione del codice di rito).

Il giudice dell'esecuzione, tuttavia, nella suddetta ordinanza abbracciava un diverso orientamento (seguito anche dal P.M. nell'ordine di esecuzione impugnato) secondo cui il canone dell'interpretazione evolutiva, che affida al giudice la capacità di creare diritto seguendo il passo dello sviluppo della società, è, di per sé, controverso in ambito civile (è escluso in ambito processuale: Sez. U, n. 15144 del 11/07/2011, Rv. 617905; è ammesso nel settore delle controversie tributarie da Sez. 5, n. 30722 del 30/12/2011, Rv. 621046; è ammesso in quello della tutela dei soggetti deboli: Sez. 6, n. 19017 del 16/09/2011, Rv. 620058 e di promozione di categorie svantaggiate. Sez. U, n. 8486 del 14/04/2011 Rv. 616792), mentre è tradizionalmente escluso nel settore penale poiché si scontra sia con il principio costituzionale della riserva di legge, sia con quello della separazione dei poteri. Nella giurisprudenza di legittimità, il detto canone interpretativo è stato, infatti, sempre escluso sulla base del rilievo che "l'interpretazione estensiva della legge è consentita perché non amplia, ma scopre l'intero contenuto della norma; l'interpretazione evolutiva è invece vietata perché snatura la funzione del giudice da organo di applicazione in quello di formazione della legge" (Sez. 3,

n. 2230 del 11/01/1980, Pasculli, Rv. 144357; a proposito dell'art. 54 cod. pen.: Sez. 3, n. 10772 del 07/10/1981, Potenziani, Rv. 151195), fatta salva la necessità di interpretare secondo il criterio storico-evolutivo determinate clausole a contenuto etico-sociale (sul comune senso del pudore, si veda Sez. 3, n. 5308 del 03/02/1984, Rossellini, Rv. 164642).

Secondo tale orientamento giurisprudenziale (Cfr. Cass. n. Sez. 1, Sentenza n. 46562 del 21/09/2017), infatti, a norma dell'articolo 656, comma 10, cod. proc. pen., il Pubblico ministero, organo che cura l'esecuzione delle pene detentive, è tenuto a sospendere l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, trasmettendo gli atti al Tribunale di sorveglianza, se la residua pena da espiare, determinata ai sensi dell'articolo 656, comma 4-bis, cod. proc. pen., non supera i limiti indicati al comma 5. A norma dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen., infatti, il Pubblico ministero, deve provvedere alla determinazione della pena da espiare, a mente dell'articolo 656, comma 4-bis, cod. proc. pen., computando le detrazioni previste dall'articolo 54 ord. pen. e il periodo di custodia cautelare o di pena dichiarata fungibile, e se la pena che risulta non supera il limite di tre anni, ovvero quattro anni nei casi previsti dall'articolo 47-ter, comma 1, ord. pen. (per gli ultra settantenni) o sei anni nei casi di cui agli articoli 90 e 94 d.P.R. n. 309/1990 (per i tossico dipendenti), è tenuto a sospendere l'esecuzione. Come si desume dalla complessiva ricostruzione delle richiamate disposizioni normative, la sospensione dell'ordine di carcerazione con prosecuzione del regime degli arresti domiciliari, in attesa della decisione del Tribunale di sorveglianza, è prevista unicamente quando la pena residua da espiare non è superiore ad anni tre, a eccezione dei casi particolari previsti dagli articoli 47-ter, comma 1, ord. pen., e 90 e 94 d.P.R. n. 309/1990, da calcolare tenendo conto del presofferto, delle eventuali pene fungibili e del periodo di liberazione anticipata maturato dal condannato alla data di passaggio in giudicato della sentenza.

Tanto premesso, secondo tale orientamento, a differenza dei casi previsti dall'art. 656, commi

5 e 10, cod. proc. pen., l'ipotesi introdotta all'art. 47, comma 3-bis, ord. pen., non può avere un'applicazione «automatica» da parte dell'organo dell'esecuzione penale, essendo richiesta una specifica valutazione di merito da parte del Tribunale di sorveglianza. Infatti, «l'affidamento in prova può, altresì, essere concesso al condannato [...] quan-

do abbia serbato, quantomeno nell'anno precedente alla presentazione della richiesta, trascorso in espiazione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà, un comportamento tale da consentire il giudizio di cui al comma 2». È, in effetti, richiesto che il Tribunale di sorveglianza compia, sulla base dei dati dell'osservazione anche extra muraria, una valutazione del comportamento tenuto dal condannato nell'anno precedente, non potendo attribuirsi al Pubblico ministero un potere sostitutivo, neppure in via preliminare, di tale potestà giurisdizionale, del tutto estraneo al suo ruolo istituzionale. La discrezionalità del provvedimento giurisdizionale, agganciata a elementi valutativi compendati in relazioni di osservazione o informazioni di polizia, è di ostacolo a una, anche solo sommaria, delibazione da parte dell'organo dell'esecuzione all'atto dell'emissione dell'ordine di carcerazione poiché il potere di sospenderne l'emissione, in vista della decisione del giudice competente, è di stretta interpretazione.

Osserva tale orientamento, infine, che il legislatore è recentemente intervenuto art. 1, commi 82 e 85, legge 23 giugno 2017, n. 103, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario») nel settore dell'ordinamento penitenziario, dettando alcune disposizioni che sono logicamente inconciliabili con la proposta interpretazione evolutiva dell'art. 656 cod. proc. pen. La legge delega ha, infatti, autorizzato il Governo a emanare uno o più decreti delegati che involgono il tema oggetto del giudizio, nel rispetto di specifici criteri di delega (art. 1, comma 85, lett. c). Tra essi spicca, per la sua specifica rilevanza, la «revisione della disciplina concernente le procedure di accesso alle misure alternative, prevedendo che il limite di pena che impone la sospensione dell'ordine di esecuzione sia fissato in ogni caso a quattro anni [...]». L'intervento del legislatore delegante corrobora, ad avviso di tale orientamento, l'interpretazione restrittiva dell'art. 656, comma 5, cod. proc. pen. È evidente, infatti, che il criterio di delega, volto a elevare a quattro anni il limite di pena per la sospensione obbligatoria dell'ordine di carcerazione, sarebbe superfluo nell'ottica dell'interpretazione evolutiva propugnata dall'istante.

Condividendo tale orientamento giurisprudenziali il Giudice adito, pertanto, rigettava con ordinanza n. 43/17 SIGE l'istanza del D.R. volta ad ottenere la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena detentiva (di 3 anni 1 mese e 8 giorni) n. 260/17 SIEP emesso, ex art.

656 comma 1 c.p.p., in data 15 dicembre 2017 dalla Procura della Repubblica di Chieti.

Avverso la predetta ordinanza il D.R. proponeva in data 21 febbraio 2018 ricorso per Cassazione chiedendo l'annullamento dell'ordinanza impugnata e il conseguente annullamento dell'ordine di carcerazione che, ad avviso dell'istante, avrebbe dovuto essere accompagnata dal decreto di sospensione.

Senonché, nelle more del ricorso per Cassazione proposto dal D.R. avverso l'ordinanza emessa nell'ambito del procedimento di esecuzione n. 43/17 S.I.G.E., la Corte Costituzionale, con sentenza n. 43/18 del 6 febbraio 2018 (depositata in data 2 marzo 2018) dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. nella parte in cui si prevede che il pubblico ministero sospende l'esecuzione della pena detentiva, anche se costituente residuo di maggiore pena, non superiore a tre anni anziché a quattro anni.

La Consulta, pertanto, evidenziata l'irragionevolezza dell'attuale complesso normativo (atteso che, non essendo stata ancora esercitata la delega legislativa conferita con l'art. 1 comma 85 lett. c) della Legge 23 giugno 2017, permane l'assenza di parallelismo tra il limite di pena cui è subordinata l'automatica sospensione dell'ordine di esecuzione e il limite di pena previsto per l'accesso all'affidamento in prova allargato ledendo così l'art. 3 della Cost.), interveniva ad innalzare il limite di pena previsto dall'art. 656, comma 5, c.p.p. da tre a quattro anni, ripristinando così il parallelismo tra esso e il tetto previsto per l'accesso all'affidamento in prova allargato e prevedendo, in tal modo, la sospensione dell'ordine di esecuzione della pena nei confronti di colui che, condannato ad una pena superiore ad anni tre, ma che non supera il limite di anni 4 di reclusione, ha la possibilità di chiedere ed ottenere, ex art. 47 comma 3 bis O.P., la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Ebbene alla luce della recente declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. il D.R., pur avendo già impugnato mediante ricorso in Cassazione l'ordinanza emessa in data 17 febbraio 2018 dallo scrivente Tribunale (in persona di altro Giudice) nel procedimento di esecuzione 43/17 SIGE, R.E., con istanza del 5 marzo 2018 adiva nuovamente il P.M. in sede affinché provvedesse ad annullare e/o revocare l'ordine di esecuzione in questione previa scarcerazione del D.R.

Tuttavia, con provvedimento del 6 marzo 2018 il P.M. in sede rigettava la richiesta sotto un duplice profilo: 1) la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. è intervenuta in data 2 marzo 2018 e, dunque, successivamente all'emissione dell'ordine di esecuzione n. 260/17 SIEP e, pertanto, dopo che si è esaurito il rapporto processuale instaurato con l'esecuzione del predetto ordine; 2) il principio della retroattività della disposizione più favorevole non è applicabile alle norme processuali regolate invece dal principio "*tempus regit actum*" con la conseguenza che l'ordine di carcerazione del D. R. è irretrattabile.

Avverso il predetto provvedimento del P.M. di rigetto della richiesta di sospensione dell'ordine di esecuzione del 15 dicembre 2017 a seguito della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 656, comma 5, c.p.p. (che ha ripristinato il parallelismo tra il limite di pena cui è subordinata la sospensione dell'ordine di esecuzione, elevato dalla Consulta a quattro anni, e il tetto per l'accesso all'affidamento in prova allargato), il D.R. proponeva, ex art. 666 c.p.p., nuovo incidente di esecuzione ritenendo che, la sentenza della Corte Costituzionale n. 43/18 possa essere validamente applicata al D. R. la cui pena da espiare è inferiore agli anni 4.

All'udienza camerale del 22 marzo 2018 il P.M. si riportava al provvedimento emesso dal suo ufficio mentre la difesa insisteva per raccoglimento dell'istanza depositando memoria.

Lo scrivente magistrato (al quale l'affare veniva assegnato in via d'urgenza) riservava di decidere sulla istanza presentata nell'interesse del condannato.

Tutto ciò premesso, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 22 marzo 2018

OSSERVA

Deve essere, preliminarmente, evidenziato come l'istanza del D. R. deve ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 666 comma 2 c.p.p.

Ed invero la suddetta istanza non costituisce una mera riproposizione di una richiesta già rigettata ma si basa su elementi diversi: la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 656, comma 5, c.p.p. ad opera della sentenza n. 43/18 del 2 marzo 2018 intervenuta successivamente al rigetto della prima istanza.

Ciò posto va chiarito come le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione, non riguar-

dando l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma soltanto le modalità esecutive della stessa, non hanno carattere di norme penali sostanziali e pertanto (in assenza di una specifica disciplina transitoria), soggiacciono al principio "tempus regit actum", e non alle regole dettate in materia di successione di norme penali nel tempo dall'art. 2 cod. pen., e dall'art. 25 della Costituzione.

L'antica regola del "tempus regit actum" costituisce la traduzione condensata dell'art. 11 delle preleggi. Essa enuncia che la nuova norma disciplina il processo dal momento della sua entrata in vigore; che gli atti compiuti nel vigore della legge previgente restano validi; che la nuova disciplina, quindi, non ha effetto retroattivo.

L'indicato canone corrisponde ad esigenze di certezza, razionalità, logicità che sono alla radice della funzione regolatrice della norma giuridica. Esso, proprio per tale sua connotazione, è particolarmente congeniale alla disciplina del processo penale. L'idea stessa di processo implica l'incedere attraverso il susseguirsi atomistico, puntiforme, di molti atti che compongono, infine, la costruzione. Tale edificazione rischierebbe di crollare dalle radici come un castello di carte se la cornice normativa che ha regolato un atto potesse essere messa in discussione successivamente al suo compimento, per effetto di una nuova norma.

Per questo, il principio tempus regit actum significa in primo luogo che, di regola, la norma vigente al momento del compimento di ciascun atto ne segna definitivamente, irrevocabilmente, le condizioni di legittimità, ne costituisce lo statuto regolativo: un atto, una norma.

Il brocardo costituisce una guida logica, semplice e certa per il compimento dell'atto e consente di risolvere spesso senza incertezze i problemi di diritto intertemporale che insorgono, o possono insorgere, quando una determinata materia sia regolata da norme di diverso contenuto che si susseguono nel tempo.

Di solito non emergono questioni problematiche quando l'atto si compie e si esaurisce istantaneamente.

I problemi possono più facilmente insorgere, invece, quando (come nel caso in esame) il compimento dell'atto, o lo spatium deliberandi o ancora gli effetti si protraggono, si estendono nel tempo: un tempo durante il quale la norma regolatrice muta in conseguenza a successione di leggi oppure (come nel caso del D. R.) a seguito di declaratoria di incostituzionalità.

In taluni casi alle tradizionali logiche di carattere tecnico-formale si sovrappongono tematiche valoriali, assiologiche, come si avrà modo di esporre meglio nel prosieguo.

In breve, si pongono problemi diversi l'uno dall'altro, ben presenti nell'esperienza giuridica, rispetto ai quali la logica atomistica (un atto, una norma) può in alcuni casi risultare di difficile applicazione o apparire insufficiente, inappagante.

I problemi in questione, sebbene rinvergano una comune, vaga matrice nel susseguirsi di norme differenti entro un medesimo campo d'azione, presentano solitamente tratti distintivi irriducibili in relazione ai diversi istituti.

Dunque, piuttosto che cercare soluzioni di carattere generale, conviene considerare che il superamento di alcuni problemi può essere favorito da una attenta disamina della complessiva disciplina legale della materia cui ci si interessa e dall'individuazione del concreto, reale ruolo che la nuova norma è chiamata a svolgervi alla luce delle diverse possibili soluzioni dei problemi di diritto intertemporale.

Da questo punto di vista l'approccio al tema in esame cui questo Tribunale si ispira differisce da quello assunto dal P.M. nel provvedimento impugnato e conduce ad un esito opposto.

L'approdo della giurisprudenza di legittimità sul punto appare assolutamente prevalente nel ritenere che la sentenza con la quale viene dichiarata l'illegittimità costituzionale di una norma di legge ha efficacia erga omnes — con l'effetto che il giudice ha l'obbligo di non applicare la norma illegittima dal giorno successivo a quello in cui la decisione è pubblicata nella Gazzetta ufficiale della Repubblica — e forza invalidante, con conseguenze simili a quelle dell'annullamento, nel senso che essa incide anche sulle situazioni pregresse verificatesi nel corso del giudizio in cui è consentito sollevare, in via incidentale, la questione di costituzionalità, spiegando, così, effetti non soltanto per il futuro, ma anche retroattivamente in relazione a fatti o a rapporti instauratisi nel periodo in cui la norma incostituzionale era vigente, sempre, però, che non si tratti di situazioni giuridiche "esaurite", coinvolgendo, peraltro, a determinate condizioni, anche quelle determinate dalla formazione del giudicato.

Nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale il problema della *lex mitior*, dunque, ha abbracciato sia l'ipotesi di successione di leggi nel tempo sia il novum conseguente alla dichiarazione di incostituzio-

nalità di una norma con contestuale espansione o reviviscenza di altra norma, con la conseguente valutazione delle sue ricadute soprattutto nella fase intertemporale di applicazione dei suoi effetti tra norme di diritto sostanziale, ovvero tra norme formalmente processuali ma interessate rispetto a momenti sostanziali della loro attuazione.

Per ambedue le previsioni, sovente è stato indicato, quale criterio regolatore della disciplina intertemporale, il disposto dell'art. 2, quarto comma, cod. pen., anche se in realtà, tale ultima norma regola soltanto l'ipotesi di successione di leggi penali tutte legittime e non quella in cui la vicenda successoria sia determinata dalla declaratoria di illegittimità di una norma.

Il quadro giurisprudenziale e normativo di riferimento così ricomposto comporta che il principio in questione va ricondotto, in via generale, alle norme concernenti le fattispecie penali e le sanzioni ivi previste, con esclusione delle norme processuali che invece trovano il loro primo principio di riferimento nel diverso canone normativo del *tempus regit actum* di cui all'art. 11 disp. prei. cod. civ.; con la precisazione che le situazioni esaurite o il passaggio in giudicato della sentenza di condanna potranno sopportare il vaglio di ulteriori valutazioni attraverso l'analisi del filtro di ragionevolezza riconducibile alla considerazione di ulteriori interessi confliggenti, come affermato, positivamente, in tema di prescrizione con la sentenza n. 393 del 2006 della Corte cost., in modo tale che (l'esegesi applicativa delle norme aventi valore procedurale potrà trovare una ponderazione di sistema nelle previsioni cui per il cittadino sono legati interessi di natura prettamente sostanziale, primo fra tutti quello alla libertà, che trova il suo presidio costituzionale nell'art. 13 Cast.

Sotto questo profilo è sempre il Giudice delle leggi ad evidenziare che l'operatività *ex tunc* della pronuncia della Corte costituzionale ha valore retroattivo purché gli effetti giuridici non siano definitivi, circostanza che rende possibile la valorizzazione del collegamento operato in forza dell'art. 25, secondo comma, Cast. tra gli effetti sostanziali e quelli processuali. È evidente, pertanto, che la retroattività di *lex mitior* determinata da una declaratoria di illegittimità costituzionale di una norma anche di natura processuale opera rispetto a tutti i rapporti esecutivi che non siano ancora esauriti (cfr. Cass. SSUU n. 24561/2006; SSUU 4495/14).

In particolare la giurisprudenza di legittimità, pur riconoscendo l'efficacia retroattiva delle sentenze della Corte costituzionale, ne ha appunto individuato il limite invalicabile nei rapporti c.d. "esauriti".

Ebbene applicando tali principi al caso in esame va evidenziato come al momento della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 43/2018 l'originario procedimento esecutivo relativo al D. R. non poteva considerarsi ancora "esaurito" atteso che è attualmente pendente il ricorso per Cassazione avverso l'ordinanza n. 43/17 dello scrivente Tribunale che aveva rigettato la primaria istanza di annullamento e/o di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva.

Poiché, dunque, il procedimento di esecuzione ai momento della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale n. 43/18 non era ancora esaurito il predetto rapporto esecutivo deve intendersi sottoposto alla nuova disciplina regolatrice dettata dall'art. 656, comma 5, c.p.p. come "modificato" dalla pronuncia della Corte Costituzionale, dovendo, pertanto, ritenersi operante la sospensione dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 656, comma 5, c.p.p. (nella nuova formulazione che, a seguito della predetta pronuncia, ha elevato a 4 anni il limite normativamente prefissato per la sospensione dell'ordine di esecuzione), dovendo il D. R. espiare una pena non superiore a 4 anni.

Per tutte le ragioni esposte, la richiesta del prevenuto può trovare accoglimento.

L'ordine di esecuzione pena n. 260/17 SIEP emesso, ex art. 656 comma 1 c.p.p., in data 15 dicembre 2017 dalla Procura della Repubblica di Chieti deve essere, dunque, dichiarato temporaneamente inefficace in quanto deve essere accompagnato dall'emissione del decreto di sospensione con conseguente immediata liberazione del condannato D.R.G., se non detenuto per altra causa.

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo – L'Aquila – Sentenza del 29.12.2017, n. 610 - Pres. Amicuzzi – Est. Gizzi.

Edilizia - Determinazione e liquidazione del contributo per oneri di urbanizzazione - Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo – Sussiste – Diritto alla restituzione del contributo versato nel caso di rinuncia o decadenza del titolo edilizio – Sussiste – Applicabilità del termine di prescrizione e non quello di decadenza.

1. *Sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo nelle controversie relative alla determinazione e liquidazione del contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, nonché per quelle relative al riconoscimento del diritto dell'interessato alla restituzione delle somme versate a seguito del mancato utilizzo del titolo edilizio.*

2. *Trattandosi di giudizio su di un rapporto obbligatorio pecuniario nell'ambito della giurisdizione esclusiva, trova applicazione il regime della prescrizione e quindi il provvedimento con il quale il Comune respinge il richiesto rimborso non deve essere impugnato nel termine di decadenza.*

(Omissis)

Oggetto della domanda attorea è il diritto al rimborso degli importi versati dalla società ricorrente a titolo di oneri di urbanizzazione e a titolo di contributo di costruzione relativamente alla pratica edilizia n. PC0008/08, nonché la condanna del Comune di Luco dei Marsi alla relativa restituzione.

In via preliminare, osserva il Collegio che le controversie attinenti alla determinazione e alla liquidazione del contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, nonché l'azione volta alla declaratoria del diritto dell'interessato alla restituzione delle somme versate al Comune per mancato utilizzo del titolo edilizio appartengono alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Si tratta, peraltro,

di azione che può essere proposta a prescindere dall'impugnazione o dall'esistenza dell'atto con cui viene negato il rimborso, trattandosi di giudizio di accertamento di un rapporto obbligatorio pecuniario (ex multis, Tar Catania n. 2015 n. 2585).

Sempre in via preliminare, ricorda il Collegio che, in ipotesi di decadenza del titolo edilizio, ai fini della decorrenza dell'ordinario termine di prescrizione decennale relativo alla restituzione di somme pagate a titolo di oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, il "dies a quo" deve essere individuato nel momento in cui il diritto al rimborso può essere effettivamente esercitato dal privato, ossia nella data di scadenza del termine di decadenza, che nel caso di specie è maturato decorsi tre anni dall'inizio dei lavori (29.9.2009).

Ne consegue che, ancorché il ricorso sia stato notificato solamente il 5.7.2017 e depositato ritualmente notificato il 21.7.2017, nessun termine prescrizione risulta maturato.

Tanto premesso, nel merito, il Collegio ricorda che, secondo la costante giurisprudenza, sussiste il diritto alla restituzione di quanto pagato a titolo di oneri di urbanizzazione e di costo di costruzione in caso di mancato utilizzo del titolo edilizio (ex multis, Consiglio di Stato, n. 3456 del 2017).

La giurisprudenza ha in particolare chiarito che il contributo di costruzione, essendo strettamente connesso al concreto esercizio della facoltà di costruire, non è dovuto in caso di rinuncia o di mancato utilizzo del titolo edificatorio. Conseguentemente, allorché il privato rinunci al permesso di costruire o non lo utilizzi, ovvero in ipotesi di intervenuta decadenza del titolo edilizio, come nel caso di specie, sorge in capo alla p.a., anche ai sensi dell'art. 2033 c.c., o comunque, dell'art. 2041 c.c., l'obbligo di restituzione delle somme corrisposte a titolo di contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione, e conseguentemente il diritto del privato a pretenderne la restituzione.

Il diritto alla restituzione del contributo di costruzione e degli oneri di urbanizzazione, peraltro, sorge non solamente nel caso in cui la mancata realizzazione delle opere sia totale, ma anche ove il permesso di costruire sia utilizzato solo parzialmente (T.A.R. Milano, n. 496 del 2017).

Insomma, poiché il contributo concessorio è strettamente connesso all'attività di trasformazione del territorio, è evidente che, ove tale

circostanza non si verifichi, il relativo pagamento risulta privo della causa dell'originaria obbligazione di dare, cosicché l'importo versato va restituito, con la precisazione che il diritto alla restituzione sorge non solamente nel caso in cui la mancata realizzazione delle opere sia totale, ma anche ove il permesso di costruire sia stato utilizzato solo parzialmente.

Tuttavia, in tal caso, si deve tener conto che sia la quota degli oneri di urbanizzazione, che la quota relativa al costo di costruzione sono correlati, sia pur sotto profili differenti, all'oggetto della costruzione, di talché l'avvalimento solo parziale delle facoltà edificatorie comporta il sorgere, in capo al titolare, del diritto alla rideterminazione del contributo ed alla restituzione della quota di esso che è stata calcolata con riferimento alla porzione non realizzata (T.A.R. Catania, n. 189 del 2017).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va accolto e va dichiarato il diritto della società ricorrente alla rideterminazione del contributo relativo agli oneri di urbanizzazione e al costo di costruzione, versato in relazione al permesso di costruire n. 8 del 2008, in proporzione alla parte di opera effettivamente realizzata, e alla restituzione della quota del contributo stesso relativa alla parte non realizzata.

Ai sensi dell'art. 34, comma 4, c.p.a., il Comune di Luco dei Marsi dovrà, entro 90 giorni dalla comunicazione, ovvero se precedente dalla notificazione, della presente sentenza, rideterminare l'importo del contributo di urbanizzazione e costruzione dovuto dalla società ricorrente in relazione alla sola porzione di opera realizzata in esecuzione del titolo edilizio n. 8/2008 e proporle il pagamento della quota del contributo stesso relativa alla parte di opera non realizzata.

Con l'avvertimento che, se le parti non giungono ad un accordo, ovvero non adempiono agli obblighi derivanti dall'accordo concluso, possono adire questo Tribunale e chiedere la determinazione della somma dovuta.

(Omissis)

T.A.R. Abruzzo – L’Aquila – Sentenza del 12.10.2017, n. 417 - Pres. Balloriani – Est. Gizzi.

Elezioni comunali – Ballottaggio - Attribuzione del premio di maggioranza nel caso in cui le liste collegate abbiano conseguito la maggioranza del 50 per cento dei voti validi nel primo turno e risultino perdenti nel turno di ballottaggio - Interpretazione dell’art. 73, comma 10, del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (problematica della c.d. “anatra zoppa”).

Qualora le liste collegate hanno conseguito il 50 per cento dei voti validi al primo turno e non hanno superato il ballottaggio, le liste collegate vincitrici non hanno diritto a conseguire il premio di maggioranza e ciò a prescindere dal fatto che tale interpretazione potrebbe creare problemi di governabilità per il Sindaco eletto.

(Omissis)

1. Il presente giudizio concerne i risultati delle elezioni amministrative del Comune di Avezzano, tenutesi in date 11 e 25 giugno 2017, rispettivamente per il primo turno e per il ballottaggio, conclusesi con l’elezione a Sindaco del signor G.D.A. e l’attribuzione alle liste a lui collegate del premio di maggioranza previsto dall’art. 73, comma 10, del d.lgs. n. 267 del 2000.

Gli odierni ricorrenti, candidati nelle liste collegate al candidato Sindaco signor G.D.P. (sconfitto in sede di ballottaggio), hanno impugnato in sede giurisdizionale gli esiti della competizione elettorale, lamentando l’erronea e illegittima attribuzione del predetto premio di maggioranza ed evidenziando, in particolare, che al primo turno le liste collegate al signor D.P. avevano conseguito la maggioranza dei voti validi (12.633), ciò che non avrebbe consentito di attribuire il premio di maggioranza al candidato poi risultato eletto sulla base dei voti ottenuti dallo stesso.

2. La disciplina di riferimento per l’elezione del Sindaco nei comuni con popolazione superiore a 15.000 abitanti è contenuta nell’art. 73, d.lgs. n. 267 del 2000, il cui comma 10 dispone che: “Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al primo turno, alla lista o al gruppo di liste a lui collegate che non abbia già conseguito, ai sensi

del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, ma abbia ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi. Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al secondo turno, alla lista o al gruppo di liste ad esso collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi”.

Questo articolo disciplina sia il caso in cui il candidato Sindaco sia eletto al primo turno, sia il caso in cui risulti necessario procedere al turno di ballottaggio.

Nella prima ipotesi il 60 per cento dei seggi viene assegnato al candidato Sindaco che abbia riportato almeno il 40 per cento dei voti validi, sempre che nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi.

Nella seconda ipotesi, invece, il premio del 60 per cento viene assegnato a condizione che non sia già stato conseguito almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio e nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi.

Come rilevato dal Consiglio di Stato, «una corretta esegesi della disposizione in esame attorno alla quale ruota [il ricorso] non può prescindere dalle indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale nelle pronunce n. 107/1996 e n. 275/2014.

La prima delle citate sentenze ha affrontato la questione della legittimità costituzionale dell'abrogato art. 7, comma 6, l. 81/1993, esaminando le censure di costituzionalità formulate avverso il diverso operare del meccanismo del premio di maggioranza nel primo turno e nel turno di ballottaggio. Nel primo turno, che si concluda con l'elezione diretta del Sindaco che consegua la maggioranza assoluta dei voti, la Corte ha valutato in linea con i principi costituzionali il meccanismo che consente l'elezione di un Sindaco collegato a liste che non ottengano la maggioranza assoluta, ritenendo che ricada nella discrezionalità del legislatore ordinario prevedere un voto disgiunto, che nell'ipotesi appena descritta costringa il Sindaco a ricercare quella maggioranza

consiliare, non raggiunta nelle urne, all'interno, invece, del Consiglio comunale.

Del pari costituzionalmente legittima, è stata qualificata la modesta correzione, operante nel caso di elezione che si concluda al primo turno, rappresentata da un premio di maggioranza sia pure con le condizioni previste dal citato art. 7.

Nel turno di ballottaggio, invece, la Corte precisa che: "Non c'è più la possibilità di voto disgiunto, perché si vota soltanto il candidato sindaco collegato ad una o più liste. L'elettore quindi non può più esprimere il consenso al candidato, contemporaneamente, però, bocciando il collegamento dal medesimo prescelto: la sua manifestazione di volontà è necessariamente unica e quindi più non sussiste alcun ostacolo intrinseco a valorizzare il collegamento – nuovamente espresso in questo secondo turno mediante l'abbinamento grafico tra il nome del candidato sindaco ed i simboli delle liste a lui collegate – al fine di introdurre un più rigido effetto di trascinamento attribuendo alla lista collegata al Sindaco la maggioranza assoluta dei seggi nella percentuale del 60% come premio di maggioranza. Salva solo in questo caso l'ipotesi del già avvenuto conseguimento, nel primo turno, della maggioranza assoluta da parte di una lista non collegata al Sindaco, eccezione questa che rappresenta la residua proiezione, anche nel turno di ballottaggio, dell'esigenza di tener conto del voto disgiunto".

La ratio di tale sistema è da rinvenire nell'esigenze di riparare situazioni nelle quali il voto si presenta frammentato, attraverso meccanismi però che devono contemperare il principio di rappresentatività con quello di governabilità dell'ente locale.

Così nel caso in cui una lista abbia già conseguito la maggioranza assoluta al primo turno, ma ciò non abbia portato all'elezione diretta del Sindaco, il legislatore intende favorire forme di aggregazione del voto, senza però giungere a porre nel nulla l'indicazione elettorale espressa al primo turno in modo così consistente da far guadagnare ad una lista la maggioranza assoluta dei seggi consiliari.

In definitiva, la governabilità non si pone quale esigenza assoluta del sistema e ciò secondo la citata pronuncia del giudice delle leggi è dimostrato "dall'ipotesi, che può verificarsi e della cui legittimità non si dubita, della maggioranza assoluta conseguita (al primo turno) dalla lista contrapposta, o comunque non collegata, al candidato eletto

Sindaco. In questo caso (in cui il rischio della c.d. "ingovernabilità" è massimo) il Sindaco, salva la facoltà di dimettersi così provocando lo scioglimento del Consiglio, deve convivere con una maggioranza a sé contrapposta; ma ciò è conseguenza della divaricazione del consenso espresso dall'elettorato con il voto disgiunto, divaricazione, che il legislatore intende rispettare per non premiare (...) il Sindaco che si è collegato alla lista che non riscuote sufficienti consensi".

La sentenza n. 275/2014 della Corte Costituzionale ha rilevato la legittimità costituzionale dell'art. 87, comma 1, lettera h), del decreto del Presidente della Regione autonoma Trentino-Alto Adige/Südtirol 1° febbraio 2005, n. 1/L, disposizione quest'ultima che disciplina l'elezione dei Comuni trentini al di sopra dei 3.000 abitanti.

La disciplina ivi contenuta, però, si differenzia significativamente per quanto rileva nel presente giudizio rispetto a quella contenuta nel comma 10, dell'art. 73 T.U.E.L., dal momento che la legislazione regionale non prevede il voto disgiunto, che è invece ammesso dal TUEL, e, a differenza di quella statale, ha introdotto una clausola che fissa, in ogni caso, a non più del 70 per cento la quota di seggi assegnati alla lista o al gruppo di liste collegate al candidato eletto Sindaco. La mancata previsione del voto disgiunto fa sì che, nella legislazione trentina, non vi sia bisogno di escludere l'assegnazione del premio di maggioranza nel caso in cui un'altra lista o gruppo di liste abbia già superato, al primo turno, il 50 per cento dei voti validi, secondo quanto disposto dal medesimo art. 73, comma 10, del TUEL.

Pertanto, le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 275/2014 sono in linea di continuità con il proprio precedente del 1996, che risulta, peraltro, espressamente citato» (Cons. Stato, n. 4598 del 2015).

3. Alla luce delle considerazioni svolte, deve ritenersi fondata la tesi sostenuta nell'odierno gravame, anche perché assicura quell'equilibrio tra principio di rappresentatività e di governabilità garantito dal legislatore ponendo dei limiti all'attribuzione del premio di maggioranza, che peraltro la Corte Costituzionale ha ritenuto costituzionalmente legittimo.

In conclusione, l'art. 73, comma 10, citato deve essere interpretato nel senso che il premio di maggioranza del 60 per cento viene assegnato al candidato eletto Sindaco al secondo turno, a condizione che nessuna

altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato, nel turno medesimo, il 50 per cento dei voti validi.

La conclusione in esame non è contraddetta, contrariamente a quanto dedotto dal Comune resistente, dalle sentenze n. 3022 del 2010, n. 82 del 2012 e n. 2174 del 2017 del Consiglio di Stato, le quali si sono limitate a rilevare che, nell'ambito dei voti validi ex art. 73, comma 10, citato, debba farsi rientrare la totalità dei voti espressi e quindi anche «i voti validi complessivi conseguiti al primo turno dai candidati alla carica di sindaco (e dunque, oltretutto sui voti di lista automaticamente assegnati al candidato sindaco collegato alla lista ai sensi dell'art. 72, comma 3, d. lgs. n. 267/2000, anche sui voti espressi singolarmente a favore dei soli candidati sindaci senza voti di lista, in esplicitazione del c.d. voto disgiunto)» (Cons. Stato, n. 3022 del 2010).

Ed è ciò che è accaduto nel caso di specie, ove le liste collegate al candidato Sindaco D.P., che non è risultato eletto all'esito del ballottaggio, hanno conseguito, nel turno medesimo, 12.633 voti.

Quindi, avendo le liste collegate a D.P. conseguito al primo turno più del 50 per cento dei voti validi, alle liste collegate al candidato eletto Sindaco al ballottaggio, D.A., non poteva essere attribuito, come invece è stato fatto, il premio di maggioranza.

Il ricorso va pertanto accolto e va modificato il risultato delle elezioni del Comune di Avezzano, nel senso che devono essere attribuiti 9 seggi di consigliere comunale, invece di 15, alle 7 liste collegate al Sindaco D.A. e 13 seggi di consigliere comunale, invece che 7, alle 10 liste collegate al candidato non eletto D.P.

4. Costitutosi in giudizio, E. F. insisteva per l'accoglimento del ricorso principale.

Costitutosi in giudizio, il candidato alla carica di sindaco non eletto L.C. proponeva ricorso incidentale avverso l'atto di proclamazione degli eletti gravato in via principale, chiedendo la correzione dei risultati elettorali con attribuzione della carica di consigliere comunale di A.D.F., S.D.S., L.F., G.G., G.L. e R.V..

A fondamento del gravame incidentale, il C. riproponeva i primi tre motivi del ricorso principale e allargava poi il thema decidendum, deducendo un ulteriore profilo di illegittimità per violazione dell'art. 73, comma 10, del T.U.E.L. sul presupposto che il premio di maggioranza può essere attribuito solamente qualora le liste collegate al candidato

sindaco abbiano conseguito, al primo turno, almeno il 40% dei voti. Lamentava poi difetto di motivazione.

L'accoglimento del ricorso principale comporta l'assorbimento delle ulteriori censure sollevate in via incidentale, peraltro di dubbia ammissibilità, traducendosi il ricorso incidentale almeno in parte in un autonomo ricorso avverso i risultati della competizione elettorale in questione, e volto pur sempre alla correzione dei risultati elettorali nel senso di escludere l'applicazione del premio di maggioranza al candidato eletto sindaco, D.A., e alle liste a lui collegate.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, il ricorso deve essere accolto e, per l'effetto, deve essere annullato in parte qua l'atto impugnato che deve essere corretto nei sensi sopra precisati.

Le spese di lite possono essere compensate, sussistendo giusti motivi.
P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e annulla in parte qua l'atto impugnato e dispone di assegnare 9 seggi di consigliere comunale alle 7 liste collegate al Sindaco D.A. e 13 seggi di consigliere comunale alle 10 liste collegate al candidato D.P.
(Omissis)

NOTA - LA QUESTIONE DELL'ANATRA ZOPPA.

La sentenza del T.A.R. è stata impugnata con tre distinti ricorsi nei quali, in via subordinata, è stata proposta anche la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 comma 10 del T.U.E.L. n. 267/2000.

Il Consiglio di Stato Sez. III in sede giurisdizionale, con sentenza in data 8 febbraio 2018 n. 01067/2018, ha riunito i tre appelli e li ha respinti con richiamo alle precedenti decisioni dello stesso Consiglio di Stato e della Corte Costituzionale.

In sostanza resta confermato il principio ormai consolidato, nella giurisprudenza amministrativa e costituzionale, della non corrispondenza ai canoni di buon andamento e di ragionevolezza in relazione alla governabilità dell'ente, l'attribuzione del premio di maggioranza in favore del Sindaco eletto.

Pertanto l'art. 73 comma 10 del D.Lgs. n. 267/2000 va interpretato ed applicato nel senso che il premio di maggioranza del 60 per cento

viene assegnato al candidato eletto Sindaco al secondo turno, a condizione che nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate al primo turno abbia superato, nel turno medesimo, il 50 per cento dei voti validi.

La Corte Costituzionale, con sentenza 04.04.1996 n. 107, ha affermato quanto segue: "il legislatore, con una scelta che rientra nell'ambito della discrezionalità, ha escluso di assicurare comunque la maggioranza al candidato eletto Sindaco; non sono poi comparabili, al fine dell'attribuzione del premio di maggioranza, la situazione dell'elezione del Sindaco al primo turno (in cui c'è il voto anche per una lista; c'è la possibilità del voto disgiunto e c'è la competizione di più liste e più candidati) e la situazione dell'elezione del Sindaco al turno di ballottaggio (in cui il voto è unico; non si votano le liste collegate; sono parimenti possibili nuovi collegamenti; i candidati sono solo due); infine, relativamente alla asserita violazione del canone del buon andamento della p.a., unitamente a quello della ragionevolezza, deve necessariamente riconoscersi che la governabilità dell'ente locale non è assunta come valore assoluto ma è apprezzata come valore specificamente tutelabile (giustificandosi così la alterazione al criterio proporzionale) soltanto nel caso di maggior allarme, della frammentazione dei consensi espressi".

La Corte Costituzionale, con sentenza 5.12.2014, ha affermato quanto segue: "è infondata la q.l.c. dell'art. 87 comma 1 lett. h) d.p.reg. Trentino – Alto Adige 1° febbraio 2005 n. 1/L, nella parte in cui dispone che, nelle elezioni dei comuni con popolazione superiore ai tremila abitanti, se la lista o la coalizione di liste collegate al candidato eletto sindaco non abbia conseguito il sessanta per cento dei seggi del consiglio (detratto il seggio assegnato al sindaco), ad essa venga assegnato, oltre al seggio del sindaco, il numero di seggi necessario per raggiungere quella consistenza, con eventuale arrotondamento all'unità superiore, in riferimento agli art. 1 comma 2, 3, 48 comma 2 e 67 cost. ”.

Il Consiglio di Stato Sez. V, con sentenza 14.05.2010 n. 3022 ha affermato quanto segue: "la questione centrale della presente controversia è costituita dall'interpretazione della citata disposizione di legge, nella parte in cui configura quale fatto impeditivo dell'attribuzione del c.d. premio di maggioranza alle liste collegate al candidato sindaco, eletto nel turno di ballottaggio, il superamento nel primo turno elettorale, da parte di altra lista o collegamento di lista, del 50% dei voti. Il citato comma 10 testualmente dispone: «10. Qualora un candidato

alla carica di sindaco sia proclamato eletto al primo turno, alla lista o al gruppo di liste a lui collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, ma abbia ottenuto almeno il 40 per cento dei voti validi, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o altro gruppo di liste collegate abbia superato il 50 per cento dei voti validi. Qualora un candidato alla carica di sindaco sia proclamato eletto al secondo turno, alla lista o al gruppo di liste ad esso collegate che non abbia già conseguito, ai sensi del comma 8, almeno il 60 per cento dei seggi del consiglio, viene assegnato il 60 per cento dei seggi, sempreché nessuna altra lista o gruppo di liste collegate al primo turno abbia già superato nel turno medesimo il 50 per cento dei voti validi. I restanti seggi vengono assegnati alle altre liste o gruppi di liste collegate ai sensi del comma 8». Segnatamente, si controverte attorno al quesito, se il "50 per cento dei voti validi" debba essere calcolato sui soli voti validi complessivi conseguiti al primo turno dalle liste concorrenti all'elezione, oppure sui voti validi complessivi conseguiti al primo turno dai candidati alla carica di sindaco (e dunque, oltreché sui voti di lista automaticamente assegnati al candidato sindaco collegato alla lista ai sensi dell'art. 72, comma 3, d. lgs. n. 267/2000, anche sui voti espressi singolarmente a favore dei soli candidati sindaci e senza voti di lista, in esplicitazione del c.d. voto disgiunto). Ritiene il Collegio che a favore della seconda alternativa, di cui sopra militino una serie di argomenti interpretativi di natura letterale, logico-sistematica e teleologica".

È stata così ancora una volta disattesa la questione definita generalmente dell'ANATRA ZOPPA idiomatismo che ha origine nell'inglese "lame duck".

Negli Stati Uniti esso viene adoperato, nel gergo giornalistico e politico, rispetto a varie situazioni nelle quali un soggetto politico, sebbene occupi una carica istituzionale elettiva, resta privo di prerogative.

Così accade per il Presidente degli U.S.A. nel periodo intercorrente fra l'elezione e l'effettivo insediamento e nei casi in cui il Presidente sia privo di maggioranza nel Congresso. In Italia nel "semestre bianco" il Presidente della Repubblica è privato del potere di sciogliere le Camere (art. 88 Cost.).

Sembra che il termine sia stato utilizzato per la prima volta in politica nei confronti del Presidente degli Stati Uniti James Buchanan,

per stigmatizzare la mancanza d'iniziativa con la quale egli assistette all'aggravarsi della crisi che sarebbe sfociata nella Guerra di secessione americana.

In Italia il termine Anatra zoppa è usato per indicare quei casi in cui un sindaco pur eletto a maggioranza, si trova a "convivere" con un consiglio comunale la cui maggioranza è rappresentata da liste che avevano sostenuto un diverso candidato sindaco.

L'evento, si è verificato recentemente – oltre che ad Avezzano – in altri comuni italiani, come, ad esempio, Castelnuovo di Napoli, Bolzano, Isernia, Nocera Inferiore, Torremaggiore, Marigliano, Lecce e Maddaloni. Addirittura, nel comune di Battipaglia (SA), tale situazione è scaturita dalle elezioni comunali del 2007 e si è ripetuta alle successive amministrative del 2009.

Del resto la situazione potrebbe pure determinarsi per un Governo che non godesse di adeguato sostegno parlamentare.

Una correzione del sistema elettorale comunale e provinciale era stata ipotizzata nel dibattito parlamentare come ricorda Ferdinando Pinto nel Manuale di Diritto degli Enti Locali (Ed. Giappichelli, 2014) a pag. 94.

Del resto, la "duttilità" della forma di governo conseguita alla L. n. 81/1993 sull'elezione diretta del Sindaco (in un sistema semipresidenziale o direttoriale) è generalmente riconosciuta (L. Vandelli: Ordinamento delle Autonomie Locali pag. 882 con ampi richiami). È nota la "fluidità" (in entrata e in uscita) dei gruppi consiliari analoga a quella dei gruppi parlamentari.

Pertanto "blindature" precostituite dei governi locali non hanno senso pratico e tanto meno garanzie costituzionali giacché mai si potrebbero impedire passaggi di consiglieri in gruppi diversi da quelli corrispondenti alle liste nei quali sono stati eletti "azzoppando" anche l'Anatra originariamente più solida (e viceversa).

Marcello Russo

T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara – Sentenza del 05.10.2017, n. 271 - Pres. Tramaglini – Est. Balloriani.

Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ex art. 133, lett. c) del c.p.a. – Fondi da destinare all’attuazione di un servizio pubblico – Sentenza Corte Costituzionale n. 204 del 2004 – Sindacabilità dello stanziamento delle somme in bilancio – Atti relativi all’impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico – Non assoggettabilità al termine decadenziale di impugnazione.

1. *Sussiste la giurisdizione del Giudice Amministrativo, ai sensi dell’art. 133, lett. c), del c.p.a. allorché si verta su aspetti organizzativi e sui limiti dei fondi da destinare all’attuazione di un servizio pubblico.*

2. *In conformità a quanto statuito dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 204 del 2004, qualora si affrontino questioni attinenti profili pubblicistici di organizzazione e finanziamenti del servizio pubblico, sussiste la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo ex art. 133 del c.p.a., a prescindere dalla natura vincolata o meno del potere esercitato.*

3. *Gli atti di stanziamento e/o di pagamento adottati di anno in anno dalla Regione sono meri atti preordinati all’adempimento di un obbligo (riconoscimenti o dinieghi di debito) e non soggiacciono ai termini decadenziali di impugnazione nell’ambito della giurisdizione esclusiva.*

4. *Alla luce dei principi stabiliti nella sentenza della Corte Costituzionale n. 275 del 2016, lo stanziamento delle somme in bilancio è sindacabile nella misura in cui non rispetti la scala dei valori prevista dalla Costituzione e, in primo luogo, laddove non vengano assicurate le garanzie necessarie ai diritti fondamentali incompressibili.*

(Omissis)

2.1. In via preliminare, benché le parti non sollevino alcuna questione di giurisdizione, tuttavia, essendo la medesima rilevabile d’ufficio, il Collegio ritiene di doverla esaminare ex professo.

Ad avviso del Collegio, sussiste la giurisdizione del Giudice amministrativo adito, ai sensi dell’articolo 133 lett. c) del c.p.a., atteso che si verte su aspetti organizzativi e sui limiti dei fondi da destinare all’attuazione di un “servizio pubblico”.

Nel caso in esame, difatti, non v'è questione solo patrimoniale di mero inadempimento di obblighi predeterminati, ma è coinvolta all'origine l'interpretazione dei limiti in cui spetta alla pubblica Amministrazione assumere i costi e la gestione del servizio pubblico; cioè garantire lo svolgimento ed il finanziamento del servizio stesso, attraverso la provvista di fondi necessari.

In buona sostanza la vicenda in esame riguarda la pretesa inerente i limiti della provvista finanziaria necessaria a far fronte agli obblighi di servizio pubblico, e quindi coinvolge direttamente il profilo organizzativo del servizio, sulla scorta della essenzialità degli apporti finanziari allo scopo del raggiungimento di finalità di interesse collettivo (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n.6489 del 2004; Tar Napoli, sentenza n. 2134 del 2011 e la giurisprudenza ivi richiamata; atteso che non sono in questione pretese afferenti la spettanza di contributi di servizio già predeterminati, ma si tratta di verificare quali sono i limiti entro cui il servizio pubblico, con i conseguenti oneri economici, deve essere assunto ed assicurato).

Come chiaramente evidenziato dal Consiglio di Stato (cfr. sentenza cit. n. 6489 del 2004), la provvista finanziaria è concettualmente inscindibile dal servizio, trovando esso nei mezzi di finanziamento la stessa possibilità di esistenza: pena l'astrattezza e l'inutilità della nozione, non può esistere servizio pubblico se non esiste il correlato finanziamento che lo rende possibile, donde l'essenzialità di quest'ultimo in ragione della stretta interdipendenza tra servizio e provvista; e da ciò consegue che la controversia sulla mancata erogazione dei mezzi finanziari per l'espletamento del servizio inerisce, per sua stessa natura, alla materia dei pubblici servizi.

Ciò premesso, in conformità a quanto statuito da Corte Costituzionale n. 204 del 2004, una volta che si è accertato che la causa in esame verte su questioni attinenti profili pubblicistici di organizzazione e finanziamento del servizio pubblico, essa è attratta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, oggi ai sensi dell'articolo 133 del c.p.a., a prescindere dalla natura vincolata o meno del potere esercitato.

2.2. Sempre in via preliminare, con riferimento alla dedotta questione della presunta inoppugnabilità degli atti di stanziamento e di pagamento adottati di anno in anno dalla Regione resistente, per la loro mancata tempestiva impugnazione da parte della Provincia ricorrente,

è appena il caso di osservare che essi sono meri atti preordinati all'adempimento di un obbligo e quindi non sono funzionalmente idonei né preordinati a incidere, limitandola, sulla correlata posizione giuridica di pretesa.

E con ciò non si contraddicono le premesse in tema di giurisdizione, atteso che la situazione giuridica soggettiva della quale la Provincia ha chiesto tutela in questa sede, pur non attenendo ad un comune rapporto debito/credito di diritto civile, trova pur sempre il suo riconoscimento in specifiche norme di relazione che regolano i rapporti tra Regione ed Enti locali in materia di servizio pubblico del trasporto degli alunni disabili, ed è pertanto ascrivibile alla categoria delle "obbligazioni pubbliche", perché si verte, da un lato, in tema di attribuzione di fondi pubblici in diretta connessione con il necessitato raggiungimento di finalità di interesse collettivo, dall'altro, in manifestazioni di autonomia finanziaria degli enti pubblici e di funzioni organizzativo-contabili.

L'autoritatività della posizione della Regione, pertanto, si riverbera solo sull'impianto organizzativo funzionale del servizio pubblico e non direttamente nei rapporti di finanziamento con la Provincia (cfr. Consiglio di Stato, sentenza n.6489 del 2004).

In sostanza, se è vero che gli atti della Regione sono meri riconoscimenti o dinieghi di debiti, e quindi non soggiacciono ai termini decadenziali di impugnazione nell'ambito della giurisdizione esclusiva; essi tuttavia incidono in via immediata e diretta sull'organizzazione ed effettività del servizio pubblico, e quindi su di essi si radica la giurisdizione amministrativa.

3. Passando dunque alla decisione del presente ricorso nel merito, alla luce della normativa vigente dopo il succitato intervento di annullamento in parte qua della Corte Costituzionale, il Collegio rileva quanto segue.

Il ricorso è fondato.

Sotto il profilo del quantum, come evidenziato in premessa, la Regione non ha affatto contestato le somme allegate dalla Provincia ricorrente.

Quanto all'an, la difesa della Regione ha fatto valere il limite normativo di cui all'art. 6, comma 2-bis, della legge della Regione Abruzzo 15 dicembre 1978, n. 78 (Interventi per l'attuazione del diritto allo studio), aggiunto dall'art. 88, comma 4, della legge regionale 26 aprile

2004, n. 15; vale a dire che – per i servizi di trasporto degli studenti in situazione di handicap o di svantaggio che frequentano l'istruzione secondaria superiore; e assistenza scolastica qualificata ai medesimi studenti – la Giunta regionale deve garantire un contributo del 50% della spesa necessaria e documentata dalle Province, ma solo “nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa”.

Ora, in virtù della sentenza n. 275 del 2016 della Corte Costituzionale, non solo tale limite è venuto meno nella legislazione regionale dichiarata in parte qua incostituzionale, ma si è altresì affermato chiaramente e in via generale il principio secondo cui lo stanziamento delle somme in bilancio è sindacabile (dalla Corte Costituzionale ove adottato con atto con legge, e di conseguenza dal Giudice amministrativo ove adottato con atto amministrativo), nella misura in cui non rispetti la scala di valori prevista dalla Costituzione e in primo luogo laddove non vengano assicurate le garanzie necessarie ai diritti fondamentali incompressibili (istruzione, salute, ecc...) (“in sede di redazione e gestione del bilancio, vengono determinate, anche attraverso i semplici dati numerici contenuti nelle leggi di bilancio e nei relativi allegati, scelte allocative di risorse «susceptibili di sindacato in quanto rientranti “nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte”, cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 275 del 2016)

Sicché non vi sono più ragioni giustificative dell'inadempimento della Regione Abruzzo a corrispondere detto 50% delle spese necessarie e documentate per gli anni dal 2006 al 2013 per i servizi succitati in favore degli studenti in situazioni di handicap; importo liquidato, per le ragioni indicate, nella somma richiesta dalla Provincia, pari a euro 1.775.968,04.

(Omissis)

T.A.R. Abruzzo – Sezione Staccata di Pescara (Sezione Prima) – Sentenza non definitiva dell'11.12.2017, n. 349 - Pres. Tramaglino – Est. Ballorini.

Sanità – Evento ‘sentinella’ – Interesse a ricorrere – Giurisdizione amministrativa – Verificazione.

1. *Va verificato l'evento sentinella conseguito all'intervento subito dal ricorrente, con la conseguente doverosità dell'adozione dei provvedimenti consequenziali anche nei confronti dei parenti e familiari in base all'art. 1 commi 538-539 della L. 208 del 2015, dell'art. 3 bis del D.L. n. 158 del 2012, della L. n. 24 del 2017 “riforma Gelli”, dell'art. 24 della Costituzione, delle linee guida ministeriali del 2011.*

2. *Sussiste l'interesse del ricorrente a chiedere la verifica dell'evento “sentinella” nell'intervento da lui subito.*

3. *Sussiste la giurisdizione al Giudice Amministrativo trattandosi di attività amministrativa-organizzativa incidente su posizione qualificabile come interesse pubblico.*

(Omissis)

CONSIDERATO: che con il ricorso si chiede il riconoscimento come “evento sentinella” di un intervento chirurgico subito dal ricorrente, con conseguente riconoscimento dell'obbligo dell'Amministrazione resistente di attivare di tutte le misure di cui alle linee guida del Ministero della Salute del 2009 e del 2011 per la segnalazione di tali eventi e per l'adozione dei provvedimenti consequenziali anche in favore dei parenti e dei loro familiari;

che ai sensi dell'articolo 1 comma 538 della legge n. 208 del 2015 “La realizzazione delle attività di prevenzione e gestione del rischio sanitario rappresenta un interesse primario del Sistema sanitario nazionale perché consente maggiore appropriatezza nell'utilizzo delle risorse disponibili e garantisce la tutela del paziente”;

che ai sensi dell'articolo 3 bis del d.l. n. 158 del 2012 “Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni per la gestione dei rischi

medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi”;

che, ai sensi del successivo comma 539 della medesima legge n. 2018 del 2015, è previsto che “Per la realizzazione dell’obiettivo di cui al comma 538, ...le regioni ... dispongono che tutte le strutture pubbliche e private che erogano prestazioni sanitarie attivino un’adeguata funzione di monitoraggio, prevenzione e gestione del rischio sanitario (risk management), per l’esercizio dei seguenti compiti: a) attivazione dei percorsi di audit o altre metodologie finalizzati allo studio dei processi interni e delle criticità più frequenti, con segnalazione anonima del quasi-errore e analisi delle possibili attività finalizzate alla messa in sicurezza dei percorsi sanitari. I verbali e gli atti conseguenti all’attività di gestione del rischio clinico non possono essere acquisiti o utilizzati nell’ambito di procedimenti giudiziari...”;

che il divieto di utilizzo dei verbali e degli atti della gestione del rischio, introdotto dalla legge n. 24 del 2017 (cd. riforma Gelli), richiamata dall’Amministrazione resistente in sede di discussione orale e nella propria memoria di replica, secondo una lettura costituzionale orientata al rispetto del principio di cui all’articolo 24 della Costituzione, può riguardare solo i procedimenti giudiziari a valle in sede civile, ma non la tutela dell’interesse legittimo all’attivazione del procedimento di gestione del rischio;

che, peraltro, l’obiettivo, al contempo di risparmio economico e di tutela del paziente, di tale sopravvenuta riforma, da un lato, consiste nel porre un freno alla cd. medicina difensiva (tipizzando la responsabilità del medico persona fisica sul piano extracontrattuale e imponendo precisi oneri assicurativi), dall’altro e come dichiarato bilanciamento in favore dei pazienti, consiste nel valorizzare la funzione degli strumenti di audit, trasparenza e risk management (cfr. l’articolo 1: “1. La sicurezza delle cure è parte costitutiva del diritto alla salute ed è perseguita nell’interesse dell’individuo e della collettività. 2. La sicurezza delle cure si realizza anche mediante l’insieme di tutte le attività finalizzate alla prevenzione e alla gestione del rischio connesso all’erogazione di prestazioni sanitarie e l’utilizzo appropriato delle risorse strutturali, tecnologiche e organizzative”.);

che, pertanto, anche prescindere dalle disposizioni delle linee guida del Ministero della Salute del 2011 sulla gestione e comunicazione

degli eventi avversi, citate dal ricorrente, di cui si dirà a breve e che lo avvantaggerebbero nella ricerca di una soluzione stragiudiziale della controversa (al di là dell'oneroso istituto del tentativo obbligatorio di conciliazione mediante ATP conciliativo o della mediazione obbligatoria, il tutto ai sensi dell'articolo 8 della legge n. 24 del 2017), il Collegio ritiene che sussista oramai nell'ordinamento un interesse individuale qualificato di ciascun paziente (affermazione che trova conferma anche nel sempre maggior rilievo accordato agli interessi procedurali amministrativi degli utenti dell'attività sanitaria, sulla falsa riga della legge generale sul procedimento amministrativo, come si evince anche dagli articoli da 1 a 5 della legge n. 24 del 2017 cit.), quale fruitore e finanziatore del servizio sanitario nazionale, affinché il proprio o altrui caso sia inserito tra gli eventi sentinella e quindi il sistema di risk management sia il più possibile aderente alla realtà;

che viceversa, in assenza di legittimazione dei pazienti stessi e dei loro familiari, oltre che di tutti i potenziali utenti, ad agire avverso l'inerzia dell'Amministrazione, tutti gli istituti appena menzionati resterebbero rimessi all'arbitrio dell'Amministrazione stessa e sostanzialmente privi di effettività;

che, peraltro, come correttamente osservato dal ricorrente, al verificarsi di un evento avverso (tra cui rientra sicuramente anche l'evento cd. sentinella, cfr. pag. 10 delle linee guida del 2011: "L'attivazione del sistema di segnalazione prevede, da parte dell'azienda, l'individuazione della tipologia di eventi da segnalare: Eventi Sentinella, Eventi Avversi e quasi eventi -Near Miss-, anche facendo riferimento al Glossario sulla sicurezza dei pazienti del Ministero della Salute"), secondo le linee guida citate del 2011 (sostanzialmente recepite, nel caso di specie, come autovincolo, sia dalla Regione Abruzzo con il decreto del commissario ad acta n. 69 del 2013 che dalla Asl resistente con atto del 13.5.2011) l'interesse del paziente è ancor più diretto e qualificato perché sorgono tutta una serie di obblighi di comunicazione, sostegno e ricerca di soluzioni stragiudiziali a carico della struttura sanitaria (cfr. le linee guida cit. pagg. 4 e 5: "Il presente documento ha l'obiettivo di definire un cornice concettuale di riferimento per lo sviluppo e l'aggiornamento delle politiche e dei processi operativi di una struttura sanitaria al verificarsi di un evento avverso, che comprenda l'analisi accurata di quanto avvenuto e la comunicazione aperta e trasparente. ...Le Regioni e le P.A., nonché

le strutture sanitarie di riferimento, definiranno, sulla base delle presenti linee guida, le proprie procedure operative, adattate, modificate e rese conformi allo specifico contesto regionale, in considerazione delle necessità di allineamento con i diversi approcci seguiti, in particolare da un punto di vista assicurativo e di valutazione dei rischi. Le Linee guida individuano due fasi principali rispetto alle quali predisporre le procedure per la gestione dell'evento avverso: Fase 1: Analisi dell'evento con le seguenti azioni prioritarie: 1. Segnalazione dell'evento; 2. Identificazione dei fattori causali e/o contribuenti; 3. Azioni di miglioramento e valutazione. Fase 2: Azioni di comunicazione e di contenimento del danno e/o di ristoro, con le seguenti azioni prioritarie: 1. Esprimere rincrescimento e relazionarsi con il paziente e con i familiari; 2. Attivare le azioni di sostegno agli operatori; 3. Attivare una comunicazione istituzionale esterna veritiera, completa, seria ed esaustiva; 4. Favorire la definizione stragiudiziale”.);

che pertanto sussiste l'interesse al ricorso;

che sussiste altresì la giurisdizione del Giudice Amministrativo trattandosi di attività amministrativa organizzativa del servizio pubblico, e quindi incidente su posizione soggettiva qualificabile come interesse legittimo;

che, nonostante la rinnovata istruttoria compiuta dall'Amministrazione in ottemperanza all'ordinanza cautelare n. 88 del 2016, sono apparsi necessari alcuni approfondimenti in ordine alla riconducibilità della setticemia del dicembre 2013 e dell'endocardite del giugno 2014 all'intervento chirurgico del luglio 2013; alla eventuale connessione o interazione causale tra tutti tali episodi e la necessità dell'intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta; e, in ogni caso e principalmente, alla riconducibilità, alla luce dei motivi di ricorso e deduzioni di parte resistente, di tale ultimo evento alla categoria dei “reinterventi” e comunque a quella dei cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del luglio 2009, riferibili cioè a fattori potenzialmente evitabili, eliminabili o riducibili da parte dell'organizzazione mediante adeguate misure correttive di processi, protocolli, carenze organizzative, informative o logistiche, nonché più in generale mediante l'eliminazione di malfunzionamenti del sistema;

che pertanto con ordinanza istruttoria collegiale n. 80 del 2017 si è incaricato il direttore generale della Asl di Pescara (con facoltà di

delega a dirigente o funzionario di idonea professionalità, e di avvalersi anche di un medico infettivologo e di un cardiologo appartenenti alla propria Azienda) di una verifica tesa a: “Verificare (con relazione sintetica ma dettagliata e documentata) la riconducibilità della setticemia del dicembre 2013 e dell’endocardite del giugno 2014 all’intervento chirurgico del luglio 2013; la eventuale connessione o interazione causale tra tutti tali episodi e la necessità dell’intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta; e, in ogni caso e principalmente, la riconducibilità, alla luce dei motivi di ricorso e deduzioni di parte resistente, di tale ultimo evento alla categoria dei cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del luglio 2009, riferibili cioè a fattori potenzialmente evitabili, eliminabili o riducibili da parte dell’organizzazione del servizio mediante adeguate misure correttive di processi, protocolli, carenze organizzative, informative o logistiche, nonché più in generale mediante l’eliminazione di malfunzionamenti del sistema”.

Rilevato che i verificatori hanno dichiarato che non è possibile accertare con criterio di certezza o probabilità scientifica il nesso di causalità tra l’intervento cardiocirurgico del luglio 2013 e la sepsi diagnosticata nel dicembre 2013 presso il presidio ospedaliero di Pescara, e ciò anche per mancata visione della documentazione clinica del paziente relativa anche a tali episodi; che, riguardo all’endocardite diagnosticata nel 2014 presso il PO di Penne, i medesimi verificatori si esprimono in termini dubitativi (“non sappiamo se il paziente in tale occasione sia stato sottoposto anche a procedure gastro-intestinali...tuttavia è verosimile che...”) sempre per mancata indagine sui documenti clinici.

Ritenuta pertanto non esaustiva la disposta verifica, e ritenuto che permane, ai fini della decisione, l’opportunità di: “Verificare (con relazione sintetica ma dettagliata e documentata) la riconducibilità della setticemia del dicembre 2013 e dell’endocardite del giugno 2014 all’intervento chirurgico del luglio 2013; la eventuale connessione o interazione causale tra tutti tali episodi e la necessità dell’intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta; e, in ogni caso e principalmente, la riconducibilità, alla luce dei motivi di ricorso e deduzioni di parte resistente, di tale ultimo evento alla categoria dei “reinterventi” e comunque dei cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del luglio 2009, riferibili cioè a fattori poten-

zialmente evitabili, eliminabili o riducibili da parte dell'organizzazione del servizio mediante adeguate misure correttive di processi, protocolli, carenze organizzative, informative o logistiche, nonché più in generale mediante l'eliminazione di malfunzionamenti del sistema".

Ritenuto altresì necessario, a tal fine, disporre verifica e, per l'effetto, ai sensi dell'art. 66 cod. proc. amm., di disporre quanto segue: "Verificare (con relazione sintetica ma dettagliata e documentata) la riconducibilità della setticemia del dicembre 2013 e dell'endocardite del giugno 2014 all'intervento chirurgico del luglio 2013; la eventuale connessione o interazione causale tra tutti tali episodi e la necessità dell'intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta; e, in ogni caso e principalmente, la riconducibilità, alla luce dei motivi di ricorso e deduzioni di parte resistente, di tale ultimo evento alla categoria dei "reinterventi" e comunque dei cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del luglio 2009, riferibili cioè a fattori potenzialmente evitabili, eliminabili o riducibili da parte dell'organizzazione del servizio mediante adeguate misure correttive di processi, protocolli, carenze organizzative, informative o logistiche, nonché più in generale mediante l'eliminazione di malfunzionamenti del sistema";

a) alla verifica provvederà il direttore del Polo scienze vascolari e toraciche della Fondazione policlinico universitario Gemelli di Campobasso (Università cattolica del Sacro Cuore) con facoltà di delega a dirigente medico di idonea professionalità del proprio reparto;

b) i quesiti ai quali il verificatore dovrà rispondere sono i seguenti:

"Verificare (con relazione sintetica ma dettagliata e documentata) la riconducibilità della setticemia del dicembre 2013 e dell'endocardite del giugno 2014 all'intervento chirurgico del luglio 2013; la eventuale connessione o interazione causale tra tutti tali episodi e la necessità dell'intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta; e, in ogni caso e principalmente, la riconducibilità, alla luce dei motivi di ricorso e deduzioni di parte resistente, di tale ultimo evento alla categoria dei "reinterventi" e comunque dei cd. eventi sentinella di cui al protocollo del Ministero della Salute del luglio 2009, riferibili cioè a fattori potenzialmente evitabili, eliminabili o riducibili da parte dell'organizzazione del servizio mediante adeguate misure correttive di processi, protocolli, carenze organizzative, informative o

logistiche, nonché più in generale mediante l'eliminazione di malfunzionamenti del sistema";

c) alle operazioni potranno assistere le parti, o i loro difensori e consulenti (purché tempestivamente nominati), che, a tal fine, dovranno ricevere dal verificatore un avviso, almeno 5 giorni prima dell'inizio delle operazioni stesse;

d) la relazione di verifica, redatta con chiarezza e sinteticità, e con specifici rinvii a documentazioni dettagliate e a tutti gli atti clinici rilevanti che le parti hanno l'onere di mettere a disposizione, dovrà essere depositata entro il termine di 60 giorni dalla notifica o comunicazione della presente sentenza.

Ritenuto di dover fissare l'ulteriore trattazione nel merito alla udienza pubblica del 13 luglio 2018.

Ritenuto di precisare che gli onorari del verificatore saranno liquidati con la sentenza definitiva e che nulla è dovuto per i verificatori nominati con ordinanza collegiale n. 80 del 2017, atteso che non è stato svolto in modo compiuto e documentato l'incombente istruttorio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), non definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, dichiara sussistere l'interesse e la legittimazione al ricorso nonché la giurisdizione del Giudice amministrativo, e dispone gli incombeni istruttori nei sensi e nei termini di cui in motivazione.

(Omissis)

NOTA

La materia della responsabilità del personale sanitario ha subito, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, notevoli modifiche ad opera del Legislatore e della Giurisprudenza.

Essa era regolata fundamentalmente dalle norme civilistiche relative al contratto d'opera ed a quelle penalistiche relative alle lesioni e agli omicidi colposi oltre che da quelle disciplinari attinenti al rapporto di lavoro o all'esercizio della libera professione.

Il T.U. delle leggi sanitarie (R.D. 27.07.1934 n. 1269) non forniva significativi contributi in materia di responsabilità.

La materia sanitaria e ospedaliera ha avuto una disciplina specifica con le leggi proposte dal Ministro Luigi Mariotti.

La riforma ospedaliera di Mariotti, introdotta con la L. 12.02.1968 n. 132, ha trasformato gli Ospedali, che erano compresi fra le IPAB (istituzioni di assistenza e beneficenza) in Enti Pubblici.

La riforma sanitaria di Mariotti, introdotta con la L. 23.12.1978 n. 833 ha istituito il Servizio Sanitario Nazionale con una articolazione di funzioni fra Stato, Regioni, Enti Locali, Unità Sanitarie Locali.

Sono sopravvenuti indirizzi sovranazionali con la convenzione dei diritti dell'uomo sulla biomedicina del 1996 e 1997; la risoluzione sulla manipolazione di biogenetiche del 1988 ed altre risoluzioni.

Su queste tematiche si è sviluppato un grande lavoro dottrinario e giurisprudenziale particolarmente su vari temi come:

- *la responsabilità del primario per comportamenti dei sanitari subordinati e coordinati;*
- *la responsabilità dei subordinati per atti del primario;*
- *la responsabilità per i lavori in equipe;*
- *il consenso al trattamento del paziente o –in sua rappresentanza- di tutori e familiari;*
- *interessanti controversie sono sorte in materia di:*
 - *la chirurgia estetica;*
 - *la procreazione assistita;*
 - *la donazione di gameti;*
 - *l'affitto dell'utero.*

PROBLEMI PARTICOLARI HA DETERMINATO IL DIRITTO DI NON NASCERE:

La condizione patologica del feto e la possibilità di praticare l'amniocentesi alla gestante (taglio della membrana).

Il tema è stato sviluppato dal prof. Lucio Valerio Moscarini (riflessioni sul risarcimento del danno per violazione del diritto di non nascere in Diritto Privato e Interessi Pubblici pag. 73).

Sul tema è sorto notevole contrasto giurisprudenziale e la Sez. III civile della Corte di Cassazione ha rimesso la causa alle Sezioni Unite riferendo sui contrasti. Le Sezioni Unite, con la sentenza del 22.11.2015 n. 25767, in relazione alla L. 22.05.1978 n. 194 sulla tutela solidale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza non sottacendo proprie perplessità, ha escluso il diritto a non nascere del figlio affetto da

gravi malformazioni e la responsabilità del medico che non ha informato i genitori (la sentenza è commentata in Altalex del 16.05.2012 con ampia nota di Carmine Lattarulo). Sul tema si è pronunciata ancora la Cassazione con la sentenza della Sez. III 10.01.2017 n. 243).

Le responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie sono di quattro tipi:

- penale;
- civile;
- amministrativo contabile (sulla responsabilità amministrativa e contabile del personale sanitario per inosservanza delle Linee guida, si è pronunciata più volte la Corte dei Conti. Così la Sez. per l'Emilia Romagna con sentenza 11.05.2017 n. 100 in Lexitalia.it n. 5 del 31.05.2017 con ampia nota di Massimo Perin);
- dirigenziale – disciplinare.

Le controversie hanno impegnato finora tre giurisdizioni:

- penale
- civile e del lavoro
- contabile.

Nella giurisdizione penale ricadono anche omissioni, rifiuti, falsità in atti come cartelle cliniche ecc.

Con la sentenza del T.A.R. di Pescara n. 349/2017 si afferma la giurisdizione del Giudice Amministrativo trattandosi di interesse legittimo del ricorrente al corretto svolgimento di una attività amministrativa.

Il Tribunale di Pescara, G.U. Romandini, con sentenza 11 febbraio 2010 n. 159 (in P.Q.M. I/2010 pag. 32 con nota di Pierluigi De Nardis) ha affermato la responsabilità del medico per mancata informazione ai genitori delle malformazioni e anomalie del feto nei primi tre mesi della gravidanza (periodo concesso dalla legge per abortire). Ha riconosciuto altresì la responsabilità per danno da shock.

LA NORMATIVA SPECIFICA

1. I CRITERI PRECEDENTI.

Per una lettura migliore della recente normativa giova qualche richiamo ai precedenti. Si possono così articolare i criteri applicati nei diversi periodi di tempo:

a) il primo, precedente gli anni ottanta del secolo scorso, nel quale l'intervento del Giudice fu assente o molto benevolo. Si potrebbero ri-

cordare le attività chirurgiche eseguite da medici generici anche in ambulatorio e presso il domicilio dei parenti e quelle ginecologiche eseguite dalle levatrici, compresi "avventurosi" aborti a mezzo di sistemi rudimentali. L'attività odontoiatrica veniva svolta assai spesso da medici "generici".

b) È seguita una crescente attenzione della giurisprudenza ma anche di Organi della Comunità Europea.

c) Sono state affrontate questioni numerose attinenti alle responsabilità del primario, a quelle dei subordinati e degli anestesisti, alle responsabilità "per consulto", alle responsabilità dei paramedici, alle responsabilità per cooperazioni colpose (recenti episodi evidenziati dalle cronache di stampa riguardano responsabilità dolose o anche preterintenzionali, di personale medico ed infermieristico).

d) La responsabilità medica è stata spesso rapportata ai criteri dell'art. 43 c.p. (negligenza, impudenza, imperizia, inosservanza di norme, regole e discipline). Anche la colpa lieve è stata considerata rilevante.

e) La legge "Balduzzi" (D.L. 13.09.2012 n. 158 conv. in L. 08.11.2012 n. 189) ha stabilito l'irrilevanza penale del fatto medico colposo, ha introdotto i criteri delle linee guida e delle buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica, ha stabilito la responsabilità civile per colpa grave.

È maturata così, nel tempo, nuova giurisprudenza penale, civile, contabile, amministrativa.

Si sono sviluppati i problemi della responsabilità civile da contratto (di prestazione d'opera professionale) o da contatto (da rapporto operativo nell'ambito di una funzione); per rapporti inframurari e nelle strutture sanitarie private accreditate; del nesso causale, con le teorie del "più probabile che non" e della "re ipsa loquitur": (responsabilità in re ipsa), del danno estetico, del danno morale ed esistenziale, del danno a terzi (familiari, conviventi, ecc.).

2. LA NORMATIVA SOPRAVVENUTA IN MATERIA DI RESPONSABILITÀ SANITARIA.

La normativa specifica ora vigente è la L. 08/03/2017 n. 24 che va sotto il nome dell'On. Federico Gelli (benché nel testo approvato risultino 40 proponenti).

La legge è stata definitivamente approvata dalla Camera dei Deputati il 28.02.2017, è stata pubblicata nella G.U. del 17.03.2017, è operativa dall'01.04.2017.

La legge segue di 4 anni la "legge Balduzzi" (D.L. n. 158/2012 conv. in L. n. 214/2012).

La nuova normativa è volta alla realizzazione di un equilibrio tra la tutela del paziente e il "tranquillo" esercizio delle professioni sanitarie cercando di limitare la cosiddetta "medicina difensiva" e cioè le pratiche utilizzate dai medici per proteggersi da eventuali azioni legali.

La medicina difensiva è costituita da prescrizioni in parte notevole inutili che aumentano i costi e arrecano disagi ai pazienti.

La Commissione Parlamentare di inchiesta sugli errori sanitari (secondo quanto evidenziato da Roberto Cota su Il Giornale del 04.03.2017) avrebbe calcolato in 10 miliardi di euro i costi della medicina difensiva (con ogni evidenza eccedente il necessario). Basti considerare che il fondo sanitario nazionale ammonta a circa 109 miliardi di euro.

I medici, nel corso degli anni, sono stati esposti in modo crescente a responsabilità gravi e complesse sulla base di criteri non sempre chiari ed univoci sicché sono indotti a preconstituire prove spesso eccessive delle ragioni delle loro scelte.

La Legge "Gelli" 08.03.2017 n. 24 ha introdotto novità che possono essere così riassunte:

a) una fattispecie specifica di reato: responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario (art. 590 sexies cod. pen.). La norma si inserisce nella tendenza a creare norme specifiche per fattispecie di maggiore evidenza sociale (l'omicidio stradale, i "femminicidi", ecc.).

Non punibilità per imperizia quando siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida o, in mancanza, le buone pratiche clinico-assistenziali.

b) Una articolata disciplina sostanziale della responsabilità civile che distingue fra responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana (extracontrattuale, da fatto illecito):

viene sancita la natura contrattuale della responsabilità della struttura (pubblica o privata): la struttura che nell'adempimento della propria obbligazione si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria risponde, infatti, delle loro condotte dolose o colpose ai sensi degli artt. 1218 e 1228 c.c. (inadempimento delle obbligazioni proprie e di ausiliari).

La responsabilità personale del sanitario viene attratta nell'orbita dell'illecito aquiliano (extracontrattuale): il sanitario infatti risponde del proprio operato in base all'art. 2043 c.c. (risarcimento per fatto illecito), salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente.

La diversa natura – rispettivamente contrattuale ed extracontrattuale – della responsabilità della struttura e del sanitario comporta notevoli ricadute sul piano sostanziale (così per il diverso regime della prescrizione: decennale in caso di responsabilità contrattuale, quinquennale per quella aquiliana) e sul piano processuale (così per quanto concerne l'onere della prova della responsabilità e del danno).

Per la liquidazione dei danni biologici a carico della struttura e del sanitario si applicano le tabelle del danno biologico previste dagli artt. 138 e 139 del Codice delle Assicurazioni.

c) Sono stabilite particolari condizioni di procedibilità dell'azione: l'azione civile per risarcimento danni da responsabilità sanitaria deve essere preceduta, a pena di improcedibilità, dal ricorso per consulenza tecnica preventiva di cui all'art. 696 bis c.p.c. o, in alternativa, dal procedimento di mediazione ai sensi del D.lgs. n. 28/2010 (art. 5, comma 1-bis).

Varie norme regolano la conciliazione, la consulenza tecnica, l'assicurazione obbligatoria, il liticonsorzio, la consulenza tecnica, la responsabilità amministrativo-contabile, il fondo di garanzia ministeriale, le funzioni del garante per il diritto alla salute, il centro per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, l'osservatorio nazionale delle pratiche della sicurezza nella sanità.

Notevole importanza è stata assegnata alle Linee guida: la Corte di Cassazione Sez. IV penale, con sentenza 19-31 ottobre 2017 n. 50078 (in Guida al Diritto n. 1 del 02.01.2018 con ampio commento) ha applicato il principio per cui non si può affermare la responsabilità medica per imperizia se il professionista ha agito secondo le Linee guida.

La Corte di Cassazione –Sez. III civile–, con sentenza 13.10.2017 n. 24073 ha affermato la responsabilità da “contatto sociale” del medico chirurgo di un'azienda ospedaliera che in occasione di un'operazione di asportazione di un rene, aveva diagnosticato una neoplasia ma aveva evitato di approfondire l'indagine diagnostica mediante esecuzione di un esame biptico estemporaneo e all'esame istologico. Avrebbe po-

tuto procedere ad una nefrectomia soltanto parziale in luogo dell'asportazione totale dell'organo. È stato così riaffermato il principio della prevedibilità oggettiva e del criterio "più probabile che non".

Al principio della prevedibilità è collegato il concetto di "eventi sentinella" di fatti, cioè, che possono "dare l'allarme" in ordine a possibili accadimenti.

Presso il Ministero della Salute è stato creato l'Osservatorio nazionale degli eventi sentinella ed è stato compilato il protocollo per il monitoraggio degli eventi sentinella condiviso con le Regioni e le Province Autonome.

Nel protocollo compilato e pubblicato nel 2009 l'evento sentinella è stato definito un evento di particolare gravità, evento evitabile e sono stati elencati alcuni casi: procedura chirurgica in paziente sbagliato, procedura chirurgica in parte del corpo sbagliata, strumento e altro materiale lasciati all'interno del sito chirurgico, morte o grave danno per caduta del paziente, morte o grave danno derivante da terapia farmacologica, ecc.

Il principio fondamentale è "imparare dall'errore".

I vari eventi ipotizzati sono meglio illustrati in varie schede anche per agevolare la segnalazione dell'evento sentinella.

Nel giugno 2011 il Ministero della Salute ha compilato Linee Guida per gestire e comunicare gli eventi ove si prevedono l'analisi dell'evento, le azioni di comunicazione, il sostegno agli operatori sanitari coinvolti, la comunicazione esterna, la risoluzione stragiudiziale del contenzioso.

Con Decreto Legge 13 settembre 2012 n. 158 conv. in L. 8 novembre 2012 n. 189 sono state emanate disposizioni urgenti per la tutela della salute. All'art. 3 sono stati dettati i principi relativi alle responsabilità dell'esercente la professione sanitaria.

Si specifica l'assenza di responsabilità per cui si attiene a Linee Guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica.

L'art. 3 bis disciplina la gestione e il monitoraggio dei rischi sanitari. La norma così dispone testualmente:

1. Al fine di ridurre i costi connessi al complesso dei rischi relativi alla propria attività, le aziende sanitarie, nell'ambito della loro organizzazione e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, ne curano l'analisi, studiano e adottano le necessarie soluzioni

per la gestione dei rischi medesimi, per la prevenzione del contenzioso e la riduzione degli oneri assicurativi.

Il Ministero della salute e le Regioni monitorano, a livello nazionale e a livello regionale, i dati relativi al rischio clinico.

Per concludere si può dire che la questione della responsabilità professionale dei medici e delle strutture sanitarie è stata oggetto di notevoli approfondimenti giurisprudenziali e di conseguenti evoluzioni normative. La materia è diffusamente trattata nel volume di R. Cataldi ed altri (ed. Maggioli, 2005) e nel volume di M. De Luca ed altri (ed. Gruppo 24Ore, 1 maggio 2011).

La materia è stata trattata su P.Q.M. n. 1/2006 da Carlo Petrone con una nota sulla tutela del medico contro le domande e denunce infondate e su P.Q.M. n. 1/2013 in relazione ad una sentenza del 18 marzo 2013 del Tribunale Civile di Teramo. Interessante l'articolo di Marino Longoni su Italia Oggi del 6 marzo 2017: si evidenziano le innovazioni introdotte dalla Legge "Gelli". In particolare, si evidenzia la volontà del legislatore di sottrarre il personale sanitario ai rischi e ai costi di giudizi fondati su opinabili criteri di medici con le conseguenti strategie difensive con i costi relativi a farmaci, trattamenti non necessari, accertamenti diagnostici superflui.

Su Italia Oggi del 02.10.2017 Roberto Miliacca riferisce di 30 sinistri l'anno denunciati in ciascuna struttura sanitaria, di sei incidenti ogni cento infermieri come da recente report intitolato "Medmal Claims" realizzato dal broker assicurativo Marsh che ha analizzato 13.700 sinistri nella sanità pubblica nel periodo compreso tra il 2004 e il 2015 su un campione di 55 strutture. Nella nota si fa cenno alle finalità della Legge "Gelli" n. 24/17.

In definitiva, secondo quanto si può ricavare dalla sentenza in esame, il ricorrente vanta un interesse legittimo all'inserimento del suo caso fra gli eventi sentinella per la riconducibilità della setticemia del dicembre 2013, dell'endocardite del giugno 2014, dell'intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione di una valvola infetta. L'ultimo intervento, riconducibile alla categoria dei "reinterventi" costituisce, ad avviso del T.A.R. un evento sentinella secondo il protocollo del Ministero della Salute.

Il T.A.R. ha ritenuto interesse meritevole di tutela quello manifestato dal ricorrente alla dichiarazione di riconducibilità della setticemia

del dicembre 2013, dell'endocardite del giugno 2014, dell'intervento chirurgico del luglio 2013, dell'intervento chirurgico del 14 luglio 2014 per la sostituzione della valvola infetta.

Tanto al fine di ricondurre il caso, da parte del servizio sanitario, mediante misure correttive dei processi e protocolli e mediante l'eliminazione di malfunzionamenti del sistema ad un funzionamento corretto.

Sembra, cioè, di capire che il ricorrente non lamenta un danno derivato dalla mancata attenzione al collegamento fra i vari interventi da lui subiti ma l'interesse a far vedere il principio per cui la successione in breve tempo di più interventi vada evidenziato e considerato per il suo caso e per ogni caso analogo.

La qualificazione dell'evento come "evento sentinella" consentirebbe di aggiungere ai fatti appartenenti alla giurisdizione dei Magistrati penali, civili e contabili in materia sanitaria quelli appartenenti alla giurisdizione amministrativa. La sentenza del T.A.R. per l'Abruzzo appare perciò di notevole interesse.

Marcello Russo

Giurisprudenza contabile

Corte dei Conti – Sezione Giurisdizionale per la Regione Abruzzo –
Sentenza 28 settembre 2017 n. 109 – Pres. Miele – Est. Pepe.

**Responsabilità amministrativa – Sussistenza della colpa grave –
Valutazione *ex ante* – Comportamento rispondente a criteri di suf-
ficiente ponderazione e razionalità, rilevabili dalla comune espe-
rienza amministrativa – Esclusione.**

1. *Ai fini della configurabilità della responsabilità amministrativa la colpa grave consiste in un atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza l'osservanza di un minimo di diligenza.*

2. *La valutazione da parte del Giudice deve essere effettuata esclusivamente *ex ante*, con rigoroso riferimento al tempo in cui le condotte sono state poste in essere ed alle connesse, concrete esigenze da perseguire, evitando qualsiasi sindacato *ex post* o *a posteriori*.*

3. *La colpa grave deve essere esclusa nel caso di comportamento rispondente a criteri di sufficiente ponderazione e razionalità, rilevabili dalla comune esperienza amministrativa.*

(Omissis)

Con atto di citazione depositato in data 12 agosto 2016, il vice procuratore generale presso la Sezione giurisdizionale in intestazione chiamava in giudizio G. D. D., E. D. M., E. D.P., A.L., R.P. e M.R., nelle qualità di seguito descritte, per ivi sentirsi condannare al pagamento in favore della Provincia di Pescara, della somma di € 1.130.000,00, nella misura di € 230.000 per il Presidente e di € 180.000 per gli altri componenti la Giunta provinciale o di quella diversa somma che risulterà in corso di causa, aumentata della rivalutazione monetaria, degli interessi legali, dalla pubblicazione della sentenza fino al soddisfo e con le spese del giudizio in favore dello Stato.

I fatti contestati dal pubblico ministero erano i seguenti: l'istruttoria svolta dalla scrivente Procura muoveva da una segnalazione riguardante la sentenza definitiva del 17.5.2012 della Corte di Cassazione, n. 7751, Sezione Lavoro, dove la Provincia di Pescara era condannata definitivamente al risarcimento del danno in favore del dott. E.B., oltre le spese legali sostenute, perché la Giunta della Provincia aveva nominato la predetta persona Direttore generale, con stipula del contratto in data 20 maggio 2000, quando il medesimo incarico era revocato poco dopo, con delibera di Giunta n. 257 del 2000 e decreto presidenziale n. 35 sempre del 2000. La revoca del contratto seguiva a contestazioni di natura politica riguardanti l'entità dei compensi stabiliti in favore del dott. B.. Le contestazioni riguardavano la circostanza che la predetta persona, quando aveva svolto il medesimo incarico presso la Provincia di Trieste, aveva avuto diverse vicende di gestione contestate con rilievi dei revisori dei conti. La Provincia di Pescara, in esecuzione della sentenza di condanna, con mandato numero 6423 del 3.10.2012, versava al dott. B. l'importo di € 946.159,04. Sempre l'ente locale, con il mandato di pagamento n. 6422 del 3.10.2012, versava ancora al dott. B. l'importo di € 500.000,00. Con il mandato di pagamento n. 2565 del 7.5.2014, la Provincia versava ancora l'importo di € 14.153,89, per la liquidazione delle spese legali. Con il mandato n. 2567 del 7.5.2014, la Provincia versava al predetto dirigente la somma di € 5.391,23, ancora per spese legali. Con il mandato n. 5525 del 30.9.2014 era versata la somma di € 5.700,24 sempre per spese legali. Con il mandato n. 2566 del 7.5.2014 al dott. B. era versata la somma di € 10.000,00, ancora per spese legali. Con il mandato n. 2568 del 7.5.2014 era versata ancora la somma di € 1.598,24, sempre per spese legali. Il totale delle spese sostenute dalla Provincia di Pescara a conclusione del contenzioso con il dott. B. è stato pari ad € 1.483.002,40. I predetti intimati, nella loro posizione di componenti della Giunta provinciale – con esclusione dell'allora componente F.F. deceduto – potevano essere in relazione con il predetto danno conseguente al risarcimento versato al dott. B., perché prima di assegnare un incarico fiduciario con elevato compenso avrebbero dovuto svolgere le necessarie verifiche per accertare il corretto svolgimento del precedente incarico di Direttore generale presso la Provincia di Trieste. Quest'ultimo incarico presso l'amministrazione intermedia triestina era cessato, perché il dott. B. era stato oggetto di indagini da

parte della Procura contabile e della Procura della Repubblica di Trieste (cfr. parere dello studio legale associato avv. R.M.A.R. del 20 giugno 2000 inviato alla Provincia). La nomina del predetto dirigente con la deliberazione G.P. n. 189 del 27.4.2000 risulta essere stata connotata da una estrema superficialità, adottata in assenza di qualsiasi forma di selezione e, in particolare, di una qualsiasi verifica sulla assenza di elementi inficianti i requisiti di onorabilità richiesti dalla rilevanza e delicatezza dell'incarico, lautamente retribuito (di lire 300 milioni lordi annuali, più indennità). Il clamore dell'avvenuta nomina e delle notizie sul coinvolgimento dell'interessato in indagini penali hanno successivamente indotto i medesimi amministratori a procedere alla revoca dell'incarico mediante l'adozione di altro illegittimo provvedimento (deliberazione G.P. n. 257 del 22.6.2000), ampiamente censurato in sede civile. Tale comportamento, gravemente viziato, ha esposto l'amministrazione provinciale all'azione di danno del dott. B.. Gli odierni intimati per la loro posizione di componenti della Giunta provinciale possono avere concorso la produzione del predetto pregiudizio finanziario indiretto per la Provincia di Pescara, perché votarono favorevolmente gli illegittimi atti di nomina e di revoca del dott. B. come Direttore generale della Provincia di Pescara. La Procura regionale, ai fini della quantificazione definitiva del pregiudizio e alla ripartizione tra gli incolpati, si riservava di tenere conto di quanto eventualmente controdedotto dalle difese. Gli intimati presentavano articolate deduzioni difensive, con l'assistenza dello Studio legale C. di Pescara, mentre l'audizione personale era chiesta dal solo architetto D.D.G., audizione avvenuta nei locali di questa Procura in data 13 giugno 2016. In sostanza gli intimati ritengono di non avere agito con colpa grave, perché la nomina del dott. E. B. era legittima e perché si trattava di una persona di incontestabili capacità professionali, inoltre il contratto era simile a quelli sottoscritti da altri enti locali per analoghe vicende. Infatti, anche quando sono apparsi sulla stampa abruzzese i primi articoli sulla vicenda del Direttore generale la Giunta provinciale pescarese difese la propria scelta, soltanto che quando la Giunta ha avuto la contezza che il dott. B., in sede di trattative, aveva taciuto alcune circostanze non conosciute, in maniera da far venire meno il rapporto fiduciario, con la conseguenza di addivenire alla revoca della nomina. Il provvedimento di revoca teneva conto del parere reso all'Ufficio legale della Provincia che si era rivolto ad av-

vocati esterni. La Procura ritiene che le memorie presentate a seguito dell'invito ex art. 5, comma 1, del decreto legge 15/11/1993, n. 453, convertito con modificazioni con la legge 14/1/94, n. 19, non consente di pervenire a un provvedimento di archiviazione dell'odierno pregiudizio indiretto.

Con lo stesso atto, il requirente contabile aggiungeva, per la parte di diritto: Innanzi tutto, è manifesta sia l'esistenza di un rapporto di servizio con l'amministrazione danneggiata, essendo, all'epoca dei fatti, i convenuti amministratori della Provincia di Pescara, sia il nesso di causalità tra la condotta tenuta e l'evento dannoso, consistente nel pregiudizio finanziario conseguente alla spesa di € 1.483.002,40 per il danno indiretto provocato a seguito del risarcimento corrisposto al dott. E.B.. A giudizio di quest'Ufficio requirente, emerge dalla vicenda in parola un'evidente responsabilità amministrativa degli amministratori dell'ente locale, che non consente l'archiviazione del presente fascicolo. Altrettanto evidente è l'elemento psicologico sotto il profilo della colpa grave, perché la scelta di una persona per un incarico delicato e importante dell'ente locale doveva essere approfondita e completa, tenuto conto sia della delicatezza dell'incarico, sia del rilevante compenso poi pattuito. Infatti, nel caso di specie, manca qualsiasi atto istruttorio relativo alla scelta del Direttore generale, come, ad esempio, la valutazione di altri curriculum (per una corretta comparazione tra più candidati). Infatti, nella delibera n. 189 del 27 aprile 2000, non sono presenti i pareri di regolarità tecnica e amministrativa e tutto ciò, a giudizio della Procura, è sintomatico di una carente istruttoria preventiva sulla nomina del dott. B.. Inoltre, occorre tenere presente che sugli organi di stampa di Trieste (vedi il Piccolo di Trieste del 19.1.2000 e del 19.4.2000, allegati al fascicolo), erano riportate le notizie riguardanti i fatti contestati al dott. B., questi fatti era, dunque, possibile conoscerli prima della delibera n. 189 del 27 agosto 2000. In particolare, non emerge neppure che l'Amministrazione provinciale abbia richiesto, come previsto per qualsiasi impiego, una dichiarazione sull'assenza di condanne o procedimenti penali in corso, che avrebbe consentito di apprendere quegli elementi di valutazione (riportati dagli organi di stampa) che hanno poi indotto alla revoca dell'incarico. La valutazione preventiva della persona cui affidare l'incarico doveva essere svolta con prudenza, ragionevolezza e attenzione per gli obblighi contrattuali che sarebbero

seguiti dopo la sottoscrizione del contratto medesimo. La Cassazione riteneva che i fatti imputati al dott. B. erano di lieve entità, non risultavano acclarati e, quindi, non incidavano sull'obbligo di correttezza nelle trattative, ma ciò non esclude che la p.a. dovesse procedere alle necessarie valutazioni preventive. In effetti, la Cassazione – Sezione lavoro – con la sentenza definitiva di condanna dell'Amministrazione provinciale, n. 07751 del 17 maggio 2012, confermava che il dott. B. non aveva nessun obbligo di comunicare all'amministrazione contraente i fatti (ritenuti lievi e non accertati) che poi hanno dato luogo al provvedimento di revoca. Non era, dunque, ravvisato in capo al predetto Dirigente un comportamento preordinato con malizia o astuzie per realizzare l'inganno paventato dall'Amministrazione provinciale. Ebbene, a tal punto, l'Amministrazione provinciale una volta che aveva condotto le trattative contrattuali in maniera carente, poiché i dubbi sulla persona potevano essere acquisiti indipendentemente dalle dichiarazioni presentate dal medesimo Dirigente (sarebbe stato sufficiente assumere informazioni presso la Provincia di Trieste, per avere un quadro completo sul curriculum dell'aspirante Direttore generale), avrebbe dovuto ponderare meglio il rischio del contenzioso innanzi al giudice del lavoro e alle sue possibili conseguenze dannose. Il giudice del lavoro, come noto, non è entrato nel merito della scelta della persona, ma ha esaminato l'adempimento e/o inadempimento contrattuale tra le parti, con la conseguenza di pervenire alla condanna dell'amministrazione provinciale, perché la revoca era infondata. Nella gestione della fattispecie in parola, cui è seguita la dannosità erariale per una condotta amministrativa censurata definitivamente dal giudice del lavoro, gli amministratori erano stati contestati dall'opposizione consiliare, proprio perché nella scelta della persona cui affidare il delicato compito di Direttore generale della Provincia, non avevano tenuto una condotta adeguata a proteggere il bilancio dell'ente pubblico. Le deduzioni difensive presentate e ribadite nel corso dell'audizione personale nulla aggiungono al quadro probatorio, ad oggi acquisito, dal quale si evince che gli incolpati non hanno agito con la necessaria prudenza e ragionevolezza utili per la scelta di un Direttore generale, al quale si andava a corrispondere una elevata retribuzione e per questi motivi la *Scrivente* Procura ritiene che le condotte amministrative siano caratterizzate da colpa grave. Tutto ciò premesso emerge, allo stato, un oggettivo danno patrimoniale accertato

per la Provincia di Pescara per un totale di € 1.483.002,40, trattandosi di una spesa conseguente a una condanna civile, che non porta (e non ha portato) nessuna utilità per la Provincia di Pescara, non avendo il dott. B. mai prestato attività lavorativa per l'ente locale. Comunque, alla luce dell'andamento del procedimento giudiziario innanzi al giudice del lavoro la Procura ritiene di addebitare ai convenuti una parte del pregiudizio patito dal bilancio pubblico attraverso una valutazione equitativa ripartita nella seguente maniera: € 230.000, per il Presidente G.D.D. ed € 180.000 per ciascuno degli altri componenti la Giunta provinciale, per un importo complessivo di € 1.130.000 trattandosi di responsabilità collegiale. Il pregiudizio per cui si procede con il presente atto di iniziativa non ha portato alcuna utilità all'amministrazione, perché questa è stata condannata definitivamente al risarcimento del danno in favore del dott. E.B., il quale ha conseguito con oneri a carico del bilancio pubblico, un'importante somma senza avere mai svolto un'attività lavorativa per l'ente locale.

In relazione a tali accadimenti, la Procura regionale instaurava il contraddittorio preliminare, ex art. 5, comma 1, del d.l. 15 novembre 1993, n. 453, convertito in legge 14 gennaio 1994, n. 19, invitando gli intimati a depositare le proprie deduzioni e gli eventuali documenti (invito a dedurre in data 16 febbraio 2016).

I predetti presentavano deduzioni in data 8 aprile 2016, 21 aprile 2016 e 26 maggio 2016.

G.D.D., previa richiesta contestualmente formulata, era ascoltato personalmente in data 13 giugno 2016.

Seguiva, come descritto in premessa, l'emissione, in data 12 agosto 2016, dell'atto di citazione in giudizio, ritualmente notificato ai convenuti.

Con atto depositato in data 6 marzo 2017, gli avvocati G.C. e S.C., per G.D.D.:

ricostruiti i fatti, eccepivano preliminarmente la prescrizione dell'azione di responsabilità; ritenevano l'atto di citazione in giudizio completamente destituito di fondamento nel merito; chiedevano la reiezione della domanda attrice ed invocavano, in via subordinata, la riduzione dell'addebito.

Con memoria depositata in data 6 marzo 2017, gli avvocati V.C.I. ed E.P., per gli altri convenuti:

ritenevano assente il nesso di causalità tra la condotta e l'evento dannoso;

escludevano la sussistenza dell'elemento soggettivo (colpa grave); richiamavano la piena autonomia tra il giudizio civile e quello contabile;

chiedevano l'assoluzione da ogni addebito e, in via del tutto gradata e subordinata, l'esercizio del potere riduttivo nella misura massima possibile.

In occasione della pubblica udienza in data 28 marzo 2017:

i difensori non si discostavano, in sostanza, dalle conclusioni rassegnate;

l'avv. G.C., inoltre, produceva copia della nota n. 96110 in data 27 marzo 2017 della Provincia di Pescara;

il pubblico ministero, infine, individuando il *dies a quo* della prescrizione nella data dell'effettivo pagamento delle somme, insisteva per la condanna dei convenuti.

Considerato in Diritto:

L'ordine di esame delle questioni è rimesso al prudente apprezzamento del giudicante (Corte dei conti, Sezioni riunite, n. 727 del 1991).

In primis, si ritiene di doversi pronunciare sull'eccezione di prescrizione avanzata da G.D.D..

L'eccezione deve essere disattesa ex art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, nel testo modificato dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639.

Invero, il *dies a quo* della prescrizione, per unanime giurisprudenza (Corte dei conti: Sezione II giurisdizionale centrale, n. 271 del 2015; Sezione giurisdizionale per la Regione Lazio, n. 677 del 2014; Sezione I giurisdizionale centrale, n. 323 del 2013; Sezione giurisdizionale per la Regione Calabria, n. 271 del 2013), deve essere riferito ai momenti in cui avviene l'effettivo pagamento delle somme.

Nel caso di specie, i mandati di pagamento risalgono al periodo 3 ottobre 2012 – 7 maggio 2014.

Rispetto a tali momenti interveniva in tempo utile, quale valido atto d'interruzione della prescrizione, l'invito a dedurre (Corte dei conti: Sezione III giurisdizionale centrale, nn. 348 del 2004 e 374 del 2003; Sezioni riunite, nn. 1/QM del 2004, 6/QM del 2003 e 14/QM del 2000; Sezione giurisdizionale per la Regione Friuli Venezia Giulia, n. 239 del 2003; Sezione giurisdizionale per la Regione Veneto, n. 16 del 2003; Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, n. 962 del 2003) emesso in data 16 febbraio 2016.

Sulla specifica materia si pronunciavano altresì le Sezioni riunite di questa Corte, le quali, dapprima, affermavano (n. 3/QM del 2003) che l'esordio della prescrizione del diritto dell'Amministrazione al risarcimento del danno va fissato alla data in cui il debito ... è divenuto certo, liquido ed esigibile in conseguenza del passaggio in giudicato della sentenza di condanna dell'Amministrazione o della esecutività della transazione.

Di nuovo investite della questione, le Sezioni riunite (n. 14/QM del 2011) precisavano infine che il *dies a quo* della prescrizione dell'azione di responsabilità per il risarcimento del danno c.d. indiretto va individuato nella data di emissione del titolo di pagamento al terzo danneggiato, momento in cui la diminuzione del patrimonio dell'ente danneggiato, nel che consiste l'evento dannoso, presenta i caratteri della concretezza, attualità ed irreversibilità (Corte dei conti, Sezione II giurisdizionale centrale, n. 284 del 2017).

L'*actio* esercitata dalla Procura regionale, di conseguenza, non è tardiva e la prescrizione quinquennale, di conseguenza, non risulta compiuta.

Tanto premesso, si osserva che l'ipotesi di responsabilità in disamina concerne l'addebito ai convenuti del danno finanziario derivante dalle spese sostenute in seguito alla nomina del predetto dirigente, alla scelta di una persona per un incarico delicato e importante ossia del Direttore generale, attività che, secondo il requirente, risulta essere stata connotata da una estrema superficialità, adottata in assenza di qualsiasi forma di selezione e, in particolare, di una qualsiasi verifica sulla assenza di elementi inficianti i requisiti di onorabilità richiesti dalla rilevanza e delicatezza dell'incarico, lautamente retribuito.

Nel caso concreto, gli eventi in valutazione consentono di escludere la sussistenza di responsabilità amministrativa in capo ai convenuti.

Al riguardo, appaiono decisivi gli elementi allegati e provati dai difensori, argomenti ampiamente illustrati negli scritti depositati in data 6 marzo 2017, ribaditi in occasione della pubblica udienza e sostenuti dall'esame complessivo, congiunto e coordinato degli atti e dei documenti di causa.

Per tal via, il collegio osserva che il quadro emergente dalla citata disamina esclude una condotta connotata da colpa grave, intesa come scriteriatezza e massima negligenza nello svolgimento delle proprie funzioni.

Deve essere esclusa la presenza nell'atteggiamento psicologico dei convenuti di quel grado d'intensità, particolarmente qualificato (colpa grave), individuato dall'art. 1, comma 1, della legge 14 gennaio 1994, n. 20, come sostituito dall'art. 3 del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639 – La responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica è personale e limitata ai fatti ed alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali – ed esattamente definito quale atteggiamento di grave disinteresse nell'espletamento delle proprie funzioni, di negligenza massima, di deviazione dal modello di condotta connesso ai propri compiti, senza il rispetto delle comuni regole di comportamento e senza l'osservanza di un minimo grado di diligenza (Corte dei conti: Sezione giurisdizionale per la Regione Abruzzo, nn. 48 del 2015, 38 del 2009, 184 del 2007 e 708 del 2006; Sezione giurisdizionale per la Regione Veneto, n. 71 del 1997).

Nulla di ciò si rinviene nel caso di specie.

Peraltro, in base alla espressa limitazione della responsabilità amministrativa ai casi di dolo o colpa grave ovvero all'abbassamento della soglia d'imputabilità (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana, n. 313 del 1997), la giurisprudenza afferma:

è necessario dimostrare l'esistenza della specifica colpa grave di ciascun convenuto attraverso la rigorosa analisi delle singole condotte contestate (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Campania, n. 1352 del 2010);

non ogni comportamento censurabile può integrare gli estremi della colpa grave ma soltanto quello contraddistinto da precisi elementi qualificanti in tal senso, elementi che vanno accertati caso per caso in relazione alle modalità del fatto ed all'atteggiamento soggettivo dell'autore del danno (Corte dei conti: Sezione giurisdizionale per la Regione Abruzzo, n. 402 del 2007; Sezione giurisdizionale per la Regione Friuli Venezia Giulia, n. 12 del 2001);

per l'affermazione della responsabilità occorre una consapevolezza ed una partecipazione volitiva od omissiva al fatto produttivo del danno (Corte dei conti, Sezione II giurisdizionale centrale, n. 246 del 2000);

l'illecito contabile, come quello civile, è configurato con ricorso ad una clausola generale di responsabilità e, pertanto, la qualificazione

della gravità della colpa rinvia ad un giudizio di valore che deve essere compiuto mediante il raffronto tra la condotta esigibile e quella osservata dal soggetto agente (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Toscana, n. 805 del 1999);

la limitazione delle responsabilità amministrative alle ipotesi di dolo o colpa grave si fonda sulla considerazione che, essendo molto elevato lo sforzo di diligenza richiesto al pubblico dipendente e note le disfunzioni dell'apparato amministrativo, sono addebitabili solo le mancanze più gravi (Corte dei conti, Sezioni riunite, n. 66 del 1997).

In merito allo stesso profilo, per di più, recente ed autorevole dottrina asserisce che la qualificata colpevolezza nel comportamento amministrativo costituisce limitazione della responsabilità relativamente ad attività sulle quali incidono situazioni di rischio, sovente non percepibili all'atto in cui si assumono le scelte, e che la medesima disposizione tende ad evitare che il timore di commettere errori scoraggi gli amministratori da un sereno e proficuo svolgimento dei loro complessi compiti, i quali, finalizzati all'interesse pubblico, giustificano la conseguenza di far apparire secondario ed accettabile l'inconveniente di lasciare l'ente danneggiato esposto alla negligenza lieve.

Nella concreta fattispecie, la valutazione del giudice deve essere effettuata esclusivamente *ex ante*, con rigoroso riferimento al tempo in cui i convenuti operavano ed alle connesse, concrete esigenze da perseguire, evitando qualsiasi sindacato *ex post* a posteriori (Corte dei conti, giurisprudenza consolidata sin dalla sentenza n. 904 del 1993 delle Sezioni riunite).

A favore dell'opzione esercitata dall'esecutivo provinciale militano diversi e rilevanti argomenti, tutti precisati negli scritti defensionali e sostenuti da idonea documentazione:

E.B. non è un *quisque de populo*, ma vanta un impressionante curriculum ricco di esperienze professionali, costituite da numerosissime consulenze a diversi enti ... docenze e collaborazioni universitarie, oltre alla ricchissima personale bibliografia (doc. n. 2), già allegato alle deduzioni presentate in data 26 maggio 2016 ed incomprensibilmente sottovalutato, al pari di uguale ed esteso documento aggiornato al mese di gennaio dell'anno 2011;

la scelta del Direttore Generale, sempre a differenza di quanto paventato dalla Procura, è avvenuta previo esame di diversi profili e

previa l'effettuazione di colloqui informali anche con altre personalità della ricerca universitaria ed altre figure dirigenziali, compresa, ovviamente, quella del dott. B.. Ciò pur senza dar vita ad una vera e propria procedura comparativa, così come del resto pienamente consentito dal vigente Regolamento degli Uffici e dei Servizi provinciali (doc. n. 31);

il Dr. B. garantiva qualità amministrativa assoluta, ruolo *super partes*, conoscenza degli strumenti gestionali innovativi (nuovo CCNL, controlli interni, regolamenti, PEG), capacità di benchmark a livello nazionale (doc. n. 32, dichiarazioni del capo di gabinetto della Provincia di Pescara).

Gli ulteriori argomenti offerti dal convenuto D.D. confermano l'impossibilità di individuare – nella primigenia fase, nucleo essenziale e principale delle contestazioni mosse dal requirente contabile – un grado d'intensità particolarmente elevato dell'elemento soggettivo.

Nemmeno nella fase successiva, riguardante sia la revoca del provvedimento di nomina sia il complesso e prolungato contenzioso civile (entrambi investiti solo parzialmente dalle prospettazioni di parte attrice, su altro e descritto profilo incentrate), è dato rinvenire tale necessario e qualificato elemento.

Infatti, come esattamente sottolineato dagli avvocati V.C.I. ed E.P., non era prevedibile l'esito infausto del giudizio giuslavoristico e comunque su di esso si era fatta da parte degli organi competenti adeguata istruttoria, asserzioni che trovano adeguato sostegno nel fascicolo di causa – con riferimento agli articolati pareri resi in data 20 giugno 2000 dall'avv. R.M.A.R. e in data 22 giugno 2000 dall'avv. S.D.R. e dal dott. F.C. – e pieno riscontro in condivisibile giurisprudenza (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Abruzzo, n. 546 del 2006, sulla previa acquisizione di articolato parere legale).

In fattispecie, in sintesi, non v'è alcunché di irragionevole.

Il comportamento dei convenuti risponde a criteri di sufficiente ponderazione e razionalità, rilevabili dalla comune esperienza amministrativa, ampiamente illustrati sia negli scritti defensionali depositati in data 6 marzo 2017 sia nelle deduzioni presentate in seguito all'emissione dell'invito a dedurre.

Tanto considerando anche la normale alea delle azioni giudiziarie (Corte dei conti: Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia, n. 177 del 2016; Sezione giurisdizionale per la Regione Abruzzo, nn. 45, 32

del 2016 e 546 del 2006; Sezione giurisdizionale per la Regione Veneto, n. 101 del 2013; Sezione II giurisdizionale, n. 23 del 1999; Sezione I giurisdizionale, n. 90 del 1972).

Del resto, la decisione di agire o resistere in giudizio può apparire, sempre con la dovuta valutazione *ex ante*, una scelta legittima e giustificata, considerate tutte le problematiche connesse; la scelta medesima presenta un alto grado di discrezionalità ed in quanto tale è insindacabile da parte del giudice contabile, salvo che si dimostri palesemente infondata ed irragionevole (Corte dei conti, Sezione giurisdizionale per la Regione Puglia, n. 859 del 2005, anche in ordine alla temerarietà della resistenza in giudizio, da valutare in relazione al complesso delle pretese in contestazione) ovvero arbitraria ed irrazionale (Corte dei conti, Sezione II giurisdizionale centrale, n. 12 del 1997).

Peraltro, la stessa Corte di cassazione, Sezione lavoro, con la richiamata sentenza ed in relazione ai fatti contestati al dott. B. in Trieste e riportati dalla stampa locale (atto di citazione, pag. 6, in ordine alla valutazione preventiva della persona cui affidare l'incarico): precisa che non sono chiariti i comportamenti imputati al B., né le circostanze di tempo e luogo in cui avvennero;

afferma che la obiettiva modestia dei fatti, unitamente al fatto che essi non risultavano acclarati, non sembra incidere sull'obbligo di correttezza anche nelle trattative per la conclusione dello specifico contratto;

rileva, sulla base della disciplina di settore e dei principi generali in tema di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, l'assenza di un procedimento ad evidenza pubblica già nella fase di affidamento dell'incarico, di talché resta radicalmente esclusa la configurabilità di poteri amministrativi nella fase di esecuzione del rapporto;

ribadisce che la Corte territoriale ha logicamente valutato la modestia dei fatti e soprattutto la circostanza che gli stessi non erano stati neppure accertati.

In definitiva, esclusa la sussistenza del predetto elemento soggettivo, i convenuti devono essere assolti dalla domanda di parte attrice.

Nella parte dispositiva del presente provvedimento è liquidato l'ammontare degli onorari e diritti spettanti ai difensori in caso di definitivo proscioglimento nel merito *ex* articoli 3, comma 2 bis, del d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, convertito in legge 20 dicembre 1996, n. 639, e 10

bis, comma 10, del d.l. 30 settembre 2005, n. 203, convertito in legge 2 dicembre 2005, n. 248.

Nec plus ultra.

P. Q. M.

definitivamente pronunciando, respinta ogni contraria istanza, eccezione o deduzione: assolve G.D.D., E.D.M., E.D.P., A.L., R.P. e M.R., dai contestati addebiti;

(Omissis)

III
INTERVENTI

L'orientamento dei Tribunali di merito abruzzesi dopo la sentenza Cassazione n. 11504/2018 in materia di assegno di divorzio

Com'è ampiamente noto, la Corte di Cassazione con la sentenza dell'11.05.2017, n. 11504, ha "rivoluzionato" un proprio orientamento ormai quarantennale che data da Cass. Sez. Unite 29.11.1990, n. 11490 che aveva risolto il conflitto interpretativo apertosi tra le varie Sezioni della Corte stessa sull'interpretazione dell'art. 5 legge n. 898/70, orientamento sempre riconfermato fino alla sentenza della Corte Costituzionale 9.2.2015 n. 11: in sostanza la Corte aveva sempre interpretato il concetto di "adeguatezza dei mezzi" così come configurato dal 6° comma dell'art. 5 con riferimento al tenore di vita tenuto in costanza di matrimonio dai coniugi o addirittura al cd. "tenore potenziale" (come Cass. n. 23442/2013).

E ciò sul presupposto che, dopo la fine del matrimonio, sopravvivesse quel criterio di solidarietà post coniugale e di assistenza al coniuge più debole che consentiva un riequilibrio delle posizioni patrimoniali degli ex coniugi.

Il criterio indicato trovava il suo fondamento nella concezione del rapporto matrimoniale così come costruita dall'ordinamento giuridico italiano, concezione che sostanzialmente è rimasta invariata pur nei numerosi cambiamenti del costume.

La Suprema Corte con la sentenza citata ha "rotto" questo schema interpretativo, introducendo nuovi criteri indicati come "autoresponsabilità", "indipendenza economica" e valutazione della condizione del coniuge richiedente "uti singulus" con motivazioni non proprio approfondite su cui si è aperta un'ampia discussione in dottrina ed una meno ampia riflessione nella giurisprudenza.

Ciò che possiamo dire è che la Corte ha manifestato una vera e propria "urgenza" di lanciare un messaggio, saltando anche il rispetto delle norme processuali che, in un'ipotesi del genere, avrebbero quantomeno richiesto il ricorso all'art. 374, 3° comma, c.p.c..

Va anche ricordato che la Corte con la sentenza 18.05.2017,

n. 12196 ha invece riconfermato, in materia di separazione, i criteri sempre richiamati, compreso il tenore di vita.

In questo quadro, è interessante osservare una pur breve rassegna delle pronunce dei Tribunali abruzzesi.

Trib. Sulmona 31.5.2017, n. 209, estensore Sodani, la quale nega l'assegno di divorzio alla moglie percettrice di un reddito oscillante tra 1.000,00 e 1.200,00 euro mensili ed assegnataria della casa coniugale in presenza di un coniuge proprietario di numerosi immobili, semplicemente dichiarando la totale adesione alla sentenza Cass. n. 11504/2017 di cui riporta parti della motivazione.

Trib. Pescara 20.7.2017, ordinanza dott. Bozza, il quale ha negato l'assegno divorzile in un matrimonio di lunga durata ad una moglie insegnante di scuola media e proprietaria della casa di abitazione di cui pagava un mutuo mensile, già percipiente un assegno di separazione di euro 700,00 mensili, stante l'elevato reddito del coniuge pari a circa euro 6.500,00 mensili, adeguandosi totalmente alle motivazioni della sentenza n. 11504 in relazione al principio cd.di autosufficienza

del coniuge richiedente così come elaborato dalla stessa.

L'ordinanza è stata reclamata e riformata da **Corte d'Appello 11.12.2017, estensore dott. Iannaccone**, la quale, riesaminando gli elementi della situazione in fatto non adeguatamente valutati in sede presidenziale secondo la Corte stessa, riconosce alla moglie richiedente un assegno di divorzio di euro 500,00, dunque ridotto rispetto all'assegno di separazione, ma tuttavia **solo per il tempo necessario** alla reclamante per completare il pagamento del mutuo dell'abitazione rimasta nella sua disponibilità.

Trib. Pescara 14.9.2017, ordinanza dott. Bozza, la quale, in presenza di una donna cinquantenne disoccupata con due figli di 15 e 10 anni, riduce nella fase presidenziale l'assegno fissato in sede di separazione da euro 1.400.00 ad euro 800.00 mensili, comprensive del pagamento del mutuo dell'abitazione coniugale a lei assegnata, assumendo che la coppia ha avuto un tenore di vita superiore alle proprie possibilità e che sussiste *“una probabile, se non certa necessità di dover procedere non solo alla vendita della casa familiare in ..., ma anche dell'altra abitazione inabitata*

dal marito”: e ciò pur dichiarando che in sede di separazione i redditi del marito non risultavano del tutto chiari.

L'ordinanza motiva in fatto, ma sembra risentire del nuovo orientamento della Corte.

Trib. Lanciano 9.10.2017, n. 387, Presidente dott.ssa Brindesi, riconosce alla moglie ricorrente che aveva sempre lavorato presso lo studio odontoiatrico del marito con clientela da lui proveniente un assegno di divorzio pari al compenso con lui pattuito per la sua attività lavorativa. La motivazione è fondata “con esclusivo riferimento all'indipendenza o autosufficienza economica” della richiedente senza riferimento alcuno al tenore di vita tenuto dai coniugi durante la vita matrimoniale: il richiamo è alle motivazioni della n.11504 nella determinazione del quantum.

Trib. Teramo 22.9.2017, n. 1035, estensore dott.ssa Cannavale, nega l'assegno di divorzio alla moglie, adeguandosi totalmente nelle motivazioni alle argomentazioni della n. 11504 che riporta ed alla nota ordinanza presidenziale **Trib. Milano 22.5.2017** che ha indicato quale criterio per negare l'assegno di divorzio la “capaci-

tà per una determinata persona, adulta e sana – tenuto conto del contesto sociale di inserimento – di provvedere al proprio sostentamento, inteso come capacità di avere risorse per le spese essenziali (vitto, alloggio, esercizio dei diritti fondamentali)”.

La stessa ha ribadito il criterio introdotto da Cass. n. 11504 secondo cui il rapporto matrimoniale si estingue con il divorzio ed il coniuge deve essere considerato “*uti singulus*” e dunque nega l'assegno di divorzio alla moglie ultracinquantenne, pur in presenza di un matrimonio di lunga durata, di una richiedente in età matura, priva di professionalità specifiche, da sempre dedita alla cura della casa e delle figlie, circostanze non contestate dal marito.

Ribadisce che l'onere della prova della mancata disponibilità di mezzi adeguati e dell'impossibilità di procurarseli è a carico della richiedente con tempestiva produzione di tutte le prove, compresa la prova della ricerca di un'attività lavorativa.

Trib. Sulmona 6.10.2017, n. 361, estensore Sodani, la quale nega l'assegno di divorzio alla moglie sulla base della sostanziale parità di redditi tra le parti che non richiede in questo caso l'applica-

zione dei nuovi criteri introdotti dalla n. 11504.

Riconosce invece alla prole maggiorenne ma non economicamente autosufficiente l'assegno di mantenimento *“laddove senza colpa non sia stata raggiunta tale autosufficienza, non potendo ritenersi sussistere per il figlio l'obbligo di accontentarsi di qualsiasi occupazione anche molto più umile rispetto a quella a cui avrebbe potuto aspirare secondo le proprie inclinazioni ed estrazione socio-familiare”*.

Trib. Pescara 24.10.2017, ordinanza dott. Bozza, che riconosce un assegno di divorzio di euro 1.000,00 (commisurato al reddito del coniuge) ad una signora cinquantenne madre casalinga, moglie di un dirigente industriale con nuova famiglia **per la durata di sei mesi**, termine entro il quale la stessa è tenuta a reperire un lavoro, data la giovane età e la mancata documentazione di concreti tentativi di reperimento di attività lavorativa.

Trib. Pescara 14.11.2017, n. 1399, estensore Ursoleo, la quale nega l'assegno di divorzio alla moglie, eliminando l'assegno di separazione da lei goduto, in presenza di situazioni economiche

non stabili e di reddito modesto, tuttavia non modificate rispetto alla separazione, semplicemente in applicazione dei nuovi orientamenti di Cass. n. 11504.

Trib. Sulmona 16.1.2018, n. 361, estensore Ferruccio, la quale nega l'assegno di divorzio alla moglie centralinista con stipendio mensile di euro 1.100,00 che può fruire per le esigenze abitative dell'ospitalità nella casa dei propri genitori, comunque dopo aver esperito una indagine approfondita sulle condizioni economiche di entrambi, dando rilievo alla circostanza che la stessa vive in una realtà di piccola provincia meno costosa rispetto al luogo di residenza del marito fruitore di un reddito superiore, ma residente in una grande città del Nord: conclude che, una volta rilevata l'autosufficienza della coniuge richiedente, diventa irrilevante comparare le condizioni economiche e patrimoniali delle parti giacché *“lo squilibrio effettivamente registrato poc'anzi non costituisce, come si è visto, elemento di valutazione ai fini della effettiva debenza dell'assegno”*.

Ancora **Trib. Teramo 22.1.2018, n. 69**, estensore dott. ssa Cannavale, che invece con-

ferma in sede di separazione l'assegno di mantenimento in favore della moglie casalinga sulla base dell'alto tenore di vita avuto in costanza di matrimonio ed in considerazione del principio di aiuto e solidarietà dovuto al coniuge privo di redditi, soffermandosi sulla differenza tra assegno di mantenimento in sede di separazione ed assegno di divorzio per il quale precisa l'adesione ai criteri suggeriti da Cass. n. 11504.

Interessante in questa sentenza l'affermazione del principio per cui, sussistendo violazione dei doveri coniugali particolarmente rilevante che dà luogo all'addebito, si profila una responsabilità risarcitoria ex art. 2043 c.c. da richiedere in un diverso ed autonomo procedimento.

Trib. Sulmona 29.1.2018, n. 23, estensore dott. Ferruccio, la quale nega l'assegno divorzile alla moglie che, dotata di un reddito da lavoro dipendente bancario di euro 2.200,00, ha dichiarato di aver sempre provveduto al mantenimento del nucleo familiare in assenza di contribuzione da parte del marito ed inoltre di averlo aiutato, con i propri mezzi, ad aprire un'attività di bed&breakfast in seguito divenuta produttiva di un reddito superiore a quello da lei percepito.

La sentenza richiama tutte le argomentazioni della Suprema Corte per affermare che la autosufficienza della moglie è elemento sufficiente ad escludere il diritto all'assegno divorzile, nonostante il contributo da essa dato alla vita coniugale nella fase di non autosufficienza del marito.

La sentenza, al fine di giustificare una pesante condanna alle spese a carico della moglie richiedente, utilizza una argomentazione davvero particolare: e cioè ritiene che la dichiarazione della moglie di aver provveduto all'integrale mantenimento del nucleo per un lungo periodo e di aver aiutato il coniuge ad aprire la propria attività costituisca ammissione esplicita di un tenore di vita da lei consentito che è addirittura aumentato dopo la separazione (non dovendo lei più provvedere al marito) tale che escluderebbe il diritto all'assegno di divorzio anche sulla base dell'orientamento del giudice di legittimità precedente a Cass. n. 11504.

Ci sembra un'argomentazione diretta a scoraggiare anche l'inoltro della richiesta di divorzio!

Trib. Pescara 30.1.2018 n. 119, estensore Presidente Bozza, rigetta la richiesta di assegno di divorzio avanzata dalla moglie resi-

stente sessantaquattrenne, casalinga e madre di tre figli, priva di abitazione di proprietà ma percettrice di un reddito da canoni locativi di circa 3.000,00 euro mensili, aderendo totalmente ai principi espressi da Cass. n. 11504 e precisando che la stessa, priva di occupazione, ben può occuparsi personalmente della gestione della vita quotidiana (da intendersi, si ritiene, pulizie della casa, cucina e così via) anche in presenza di un elevato tenore di vita precedente, tanto da non ritenere necessario alcun ulteriore accertamento sui redditi del marito.

Corte d'Appello de L'Aquila 16.2.2018, n. 327, estensore dott. ssa Ciofani, la quale accoglie l'appello proposto dal marito nei confronti della sentenza di primo grado che, in presenza di un matrimonio della durata di 10 anni, aveva riconosciuto il diritto della moglie all'assegno di separazione sulla base della notevole sproporzione dei redditi tra i coniugi, facendo piena applicazione dei principi affermati da Cass. n. 11504 in ordine alla "indipendenza o autosufficienza" della richiedente: quest'ultima godeva di uno stipendio di euro 1.700,00 mensili, pur lavorando in una città posta a centinaia di chilometri dal luogo di residenza con la conseguente necessità di sopporta-

re costi di locazione ed inoltre era proprietaria di una piccola abitazione in Martinsicuro.

Dice la Corte: *"detta verifica – eseguita sulla scorta dei seguenti indici: possesso di redditi di qualsiasi specie e/o di cespiti patrimoniali mobiliari ed immobiliari (tenuto conto di tutti gli oneri "lato sensu" imposti e del costo della vita nel luogo di residenza dell'ex coniuge richiedente), capacità e possibilità effettive di lavoro personale (in relazione alla salute, all'età, al sesso ed al mercato del lavoro dipendente o autonomo), stabile disponibilità di una casa di abitazione – conduce ad escludere la ravvisabilità dei presupposti per il riconoscimento dell'assegno divorzile."*

Corte d'Appello de L'Aquila 28.02.2018, n. 380, estensore dott. ssa Ciofani, la quale riforma la sentenza del Tribunale di Chieti che aveva negato l'assegno in sede di separazione sulla base di valutazioni in fatto sul tenore di vita, riconoscendo invece il diritto allo stesso sulla base di diverse valutazioni in fatto, chiaramente affermando la non applicabilità dei principi di cui a Cass. n. 11504 in materia di assegno di divorzio.

Chiarisce la sentenza: *"Va innanzi tutto chiarito che incon-*

ferente appare il richiamo effettuato dall'appellato ai principi recentemente affermati da Cass. 11504/2017 (secondo cui il mantenimento del coniuge più debole discende dall'assenza di autosufficienza economica e dall'incapacità reddituale), atteso che nella specie si verte in ipotesi di separazione e non di divorzio sicché, come più volte affermato e da ultimo ribadito nella giurisprudenza di vertice (vedi Cass. n.12196/2017), permanendo il vincolo coniugale, i redditi adeguati cui va rapportato, ai sensi dell'art. 156 c.c., l'assegno di mantenimento a favore del coniuge, in assenza della condizione ostativa dell'addebito, sono quelli necessari a mantenere il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio, essendo ancora attuale il dovere di assistenza materiale, che non presenta alcuna incompatibilità con tale situazione temporanea, dalla quale deriva solo sospensione degli obblighi di natura personale di fedeltà convivenza e collaborazione, e che ha una consistenza ben diversa dalla solidarietà post-coniugale, presupposto dell'assegno di divorzio."

Trib. Teramo 28.2.2018, n. 183, estensore dott. Cappa, che riconosce nel caso di un matrimonio durato 26 anni in favore della

moglie sessantaduenne con insi- gnificante qualifica lavorativa e che aveva dimostrato in corso di causa di aver cercato inutilmente un lavoro che le consentisse una migliore condizione economica, un assegno di euro 250,00 mensili, superiore ai duecento pattuiti in sede di separazione, tuttavia sempre richiamando i principi affermati da Cass. n. 11504 di cui riporta parti delle sue motivazioni.

Trib. Pescara 6.4.2018, n. 525, estensore dott.ssa Ursileo, che premette di aderire ai principi di cui alla Cass. n. 11504 che ribadisce e riporta ed altresì all'ordinanza del **Trib. Milano 22.5.2017** e tuttavia riconosce alla moglie l'assegno di divorzio di euro 250,00 mensili che riduce rispetto all'assegno superiore riconosciuto in sede di separazione giudiziale con addebito al marito, stante la non raggiunta indipendenza economica della stessa, nonostante l'assidua ricerca e lo svolgimento di una attività lavorativa.

In conclusione, dalla pur breve rassegna di sentenze esaminate, è facile rilevare come vi sia nei Tribunali abruzzesi, una sostanziale uniformità di orientamenti che non si discosta dalle argomentazioni portate dalla Corte nella

sentenza del maggio 2017 che quasi sempre vengono riportate integralmente nelle motivazioni a supporto delle proprie decisioni ed al cui contenuto aderiscono senza sviluppare ulteriori e diverse argomentazioni.

Non resta che attendere le motivazioni della Cassazione a Sezioni Unite, riunitasi il 10 aprile su richiesta della Presidenza della Corte stessa, data l'anomalia del mancato ricorso all'art. 374 c.p.c., per verificare se una riflessione

più approfondita su una questione assai complessa quale quella relativa alle conseguenze della dissoluzione del rapporto matrimoniale così come configurato nel nostro ordinamento, porti ad orientamenti più meditati, oltre che più aderenti alla molteplicità delle situazioni sottostanti e diversificate che cercano una regolamentazione in sede giurisdizionale.

Mariacarla Serafini
Maria Di Tilio

IV
VITA FORENSE

L'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 Considerazioni per le p.A. Abruzzesi

Le cerimonie di apertura si svolgono presso le principali sedi di Giustizia all'inizio di ogni anno come previsto nell'art. 30 dell'Ordinamento Giudiziario (R.D. 30.01.1941 n. 91 e succ. mod.) e secondo analoghe disposizioni ordinamentali della Giustizia Amministrativa e Contabile. Sono cerimonie più o meno rituali ma se ne possono trarre utili indicazioni. Notevole rilevanza hanno per le Pubbliche Amministrazioni le relazioni presidenziali nelle parti concernenti gli interventi e gli orientamenti della Giustizia, ordinaria amministrativa e contabile, su atti e comportamenti amministrativi.

L'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018 è stata celebrata presso la **Corte di Cassazione** il 26.01.2018 con una relazione del primo **Presidente Giovanni Mammona** ed è stata celebrata in **Consiglio di Stato** il 30.01.2018 con la relazione del **Presidente Alessandro Pajno**.

Nella relazione del Presidente Pajno sono state illustrate le nuove iniziative organizzative: l'avvio del processo telematico (il POT); il regolamento di organizzazione; i rapporti con la scuola e con gli studenti, la situazione del personale e le iniziative disciplinari; il dialogo con le altre Corti e con le altre giurisdizioni nazionali; il dialogo interno, la nomofilachia; l'esercizio delle funzioni consultive.

La **Corte dei Conti**, il 13.02.2018, ha celebrato nel contempo l'insediamento del **Presidente Angelo Buscema** e l'inizio dell'anno giudiziario.

Il Presidente Buscema ha premesso che il quadro attuale della finanza pubblica indica come non più praticabile il ricorso ad una ulteriore crescita del debito pubblico, sia per gli obblighi comunitari sia per il rispetto dell'equilibrio "intergenerazionale".

Anche per queste finalità, i poteri della Corte sono stati ampliati dalla recente legislazione: dalla riforma della contabilità pubblica (L. n. 196/2009) al nuovo codice della Giustizia Contabile (D.Lvo n. 174 del 2016).

Le due "missioni" intestate alla Corte (controllo e giurisdizione) mirano ad assicurare in favore dei cittadini l'uso corretto delle risorse pubbliche.

L'introduzione degli strumenti informatici nei giudizi agevola il lavoro dei Magistrati Contabili.

Alla relazione è allegata una interessante parte informativa sul lavoro svolto anche tramite le Sezioni Regionali.

Il Presidente Buscema ha richiamato l'obbligo di **pareggio strutturale dei bilanci** (vale a dire dell'equilibrio fra entrate e spese, senza ricorso all'indebitamento) imposto dall'art. 81 della Costituzione novellato dalla L. cost. n. 1 del 2012 in applicazione del **Fiscal compact** concordato in sede europea. Il Presidente ha ricordato le funzioni della Corte anche nei confronti di Regioni ed Enti Locali. Ciò nelle varie funzioni, diversificate ma complementari, come quelle di controllo e giurisdizionali, centrali e regionali comprese quelle di **parificazione dei bilanci**.

La **Corte Costituzionale** ha tenuto la seduta di inaugurazione dell'Anno Giudiziario il 22.02.2018 offrendo "con asciuttezza" (così testualmente nella relazione del Presidente **Paolo Grossi**) i dati complessivi concernenti l'attività svolta.

Il Presidente, giunto alla conclusione dell'altissimo incarico, ha evidenziato la rilevanza del "linguaggio" e dei "significati", insomma dei nuovi modi della comunicazione della Giustizia Costituzionale.

Sono stati richiamati i contatti con la scuola, con gli studenti, con le altre Corti, con la Rete giudiziaria della Comunità europea, oltre alla partecipazione alla conferenza mondiale sulla Giustizia Costituzionale e ad altri rapporti internazionali.

È stato evidenziato l'avvio del processo costituzionale telematico e del sistema Italgire.

Sono state richiamate le 281 pronunce emesse nel 2017 (188 sentenze e 93 ordinanze).

Fra le Regioni maggiormente interessate da questioni di legittimità costituzionale sono state citate la Campania e l'**Abruzzo**.

Il **Consiglio Nazionale Forense**, Organo Giurisdizionale, ha tenuto la seduta inaugurale dell'anno 2018 il giorno 9 febbraio con una relazione del **Presidente avv. Andrea Mascherin** seguita da interventi del Primo Presidente della Corte di Cassazione, del V. Presidente del CSM e dal Ministro della Giustizia. È seguita una tavola rotonda sul progetto di modifica dell'art. 111 della Costituzione relativo alla libertà e autonomia dell'Avvocato.

Sono stati resi disponibili dati statistici del lavoro svolto, protocolli vari d'intesa, regolamenti sulle associazioni specialistiche forensi, materiale relativo alle funzioni giurisdizionali esercitate, resoconti sulle attività delle commissioni, delle delegazioni, dei gruppi di lavoro, degli Uffici Studi, sull'attività avviata per la Scuola Superiore dell'Avvocatura.

Un dialogo aperto fra le varie giurisdizioni per indirizzi interpretativi armonici è stata rilevato da parte di studiosi ed attenti osservatori della materia come **il prof. Marcello Clarich e l'avv. Giuliano Fondetrici** in un ampio resoconto sulle relazioni di Cassazione e di Consiglio di Stato, pubblicato su Guida al Diritto n. 8 del 10.02.2018. È stato evidenziato che la molteplicità degli Organi della giurisdizione, autonomi ed indipendenti, non esclude ed anzi suggerisce l'attuazione di principi uniformi e fra loro componibili sistematicamente.

Di grande interesse sono, per noi abruzzesi, le relazioni svolte negli Organi di Giustizia operanti nella Regione.

Il Presidente della Corte di Appello Fabrizia Francabandera, nella cerimonia svolta il 27.01.2018, ha ricordato la tragedia di Rigopiano e gli incendi boschivi richiamando doveri e responsabilità dei pubblici uffici.

Il Presidente della Corte si è soffermato sulla questione con parole molto chiare e severe: “inevitabilmente – ha ricordato – significative vicende sono consegnate all'attenzione della Magistratura che, ancora una volta, in questa terra dei Parchi, protetta eppure fragile nella sua bellezza, è chiamata a svolgere la sua funzione per accertare eventuali responsabilità, di natura commissiva o omissiva che siano, tanto dei privati cittadini, quanto di chi sia investito di funzioni pubbliche nel campo della prevenzione, della gestione delle emergenze, della comunicazione del rischio”. Il Presidente ha ricordato che la cerimonia dello scorso anno “cadde a poca distanza dai giorni terribili dell'emergenza neve e terremoto, della tragedia di Rigopiano cui fece seguito il grave incidente di Campo Felice, che tanti morti e tanto dolore hanno causato, lasciando alla comunità abruzzese una ferita che sarà difficile da rimarginare e che si aggiunge a quella, mai chiusa, del terremoto aquilano e delle sue vittime. Se vittime umane non ci sono state, fortunatamente,

nella stagione degli incendi, non possiamo non ricordare – così ha proseguito il Presidente – l’inferno vissuto dalle popolazioni del territorio di Sulmona, nell’agosto scorso, quando la forza potente del fuoco ha devastato per settimane intere i boschi del Morrone, come era accaduto qualche giorno prima sotto il Gran Sasso, a Fonte Vetica, devastazione facilitata sì dalle condizioni di particolare siccità e forse dalla trascuratezza del sottobosco, ma certo non estranea alla mano dell’uomo: quella criminale che vuole il disastro e quella dell’imprudenza, della sciatteria, forse ancora più pericolosa perché del tutto imprevedibile”.

La Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per l’Abruzzo ha celebrato l’apertura dell’anno giudiziario il 16.02.2018 con una relazione del Presidente Tommaso Miele nella quale è stata richiamata l’attività svolta nei giudizi di responsabilità amministrativa, nei giudizi di conto e nell’attività di parificazione dei rendiconti regionali.

Per l’attività di controllo la relazione reca anche la firma del Presidente della Sezione di Controllo Antonio Frittella.

Sono state ricordate le questioni sorte in occasione della parifica del rendiconto regionale dell’anno 2013 per la quale la Magistratura Contabile ha sollevato questione di legittimità costituzionale delle leggi regionali di bilancio (annuale del 2013, pluriennale 2013-2015), questione accolta dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 89/2017 del 23.03.2017 che ha disposto l’annullamento delle Leggi Regionali suddette.

I due Presidenti hanno ricordato, nella relazione a doppia firma, la normativa sopravvenuta, l’analisi del bilancio regionale di previsione del 2016, la trattazione dinanzi alla Corte, nell’udienza pubblica del 17.07.2017, trattazione comprensiva del nuovo documento di economia e finanza regionale (DEFR) e dei nuovi schemi di bilancio. L’attenzione della Corte si è rivolta quindi alla nuova legge regionale di contabilità con i suoi riflessi sul bilancio di previsione 2017-2018. La Corte ha dato atto della diminuzione dell’indebitamento regionale dovuta anche alla mancata sottoscrizione di nuovi debiti osservando tuttavia il permanere di alcune criticità.

Nella relazione del Procuratore Regionale Maurizio Stanco sono elencate le iniziative della Procura Contabile anche in relazione alle segnalazioni delle Procure della Repubblica e a sentenze della Magistratura Ordinaria.

Nella relazione svolta per l'inizio dell'anno giudiziario il 17.02.2018, il **Presidente del T.A.R. per l'Abruzzo – sede di L'Aquila – Avv. Antonio Amicuzzi**, ha riferito del calo dei ricorsi (da 625 del 2016 a 546 del 2017) dovuto – a suo avviso – anche al costo del contributo unificato, calo in parte attutito dal contenzioso (si spera non ripetibile) relativo allo scioglimento con trasformazione del Corpo Forestale dello Stato in Carabinieri Forestali, alle controversie relative alla ricostruzione successiva al terremoto connotate dalle gravi inadempienze nella pianificazione dei territori (piani della ricostruzione) e alla mancata esecuzione dei giudicati da parte delle Amministrazioni inadempienti e perciò soccombenti. Doppie e pertinaci inadempienze – si può aggiungere – che contribuiscono a contenere il calo del contenzioso dovuto alla crisi della pianificazione generale ed attuativa, alla concentrazione nella CONSIP dei grandi appalti, alla crisi edilizia. Questa considerazione aggiuntiva non è stata compiuta, per evidente riserbo istituzionale, dal Presidente relatore.

Il Presidente del T.A.R. per l'Abruzzo – Sezione di Pescara – dott. Alberto Tramaglino, nella cerimonia svolta il 02.03.2018, ha riferito di un limitato calo di ricorsi nel 2017 con un incremento dei ricorsi in materia di pubblico impiego, da attribuirsi a quelli proposti da appartenenti al disciolto Corpo Forestale dello Stato. È regredito il numero dei ricorsi in materia di appalti. Consistente rimane il numero dei ricorsi per l'esecuzione del giudicato.

Ha riferito del lavoro compiuto dalla Sezione con tempestività anche in considerazione della particolare carenza di Magistrati in servizio e del carattere non “seriale” e ripetitivo dei ricorsi.

*** * ***

Così richiamate le relazioni dei Presidenti degli Organi di Giustizia Ordinaria, Amministrativa e Contabile, si può considerare che esse rispondono alla visione unitaria dei problemi trattati, secondo il criterio enunciato dal prof. Marcello Clarich e dall'avv. Giuliano Fonderici.

Il Presidente della Corte di Appello ha collegato le emergenze neve, terremoto e incendi boschivi alla responsabilità omissiva.

Nella Corte dei Conti, per la prima volta, la relazione è stata sottoscritta dal Presidente della Sezione Giurisdizionale e dal Presidente della Sezione di Controllo (considerata un tempo “figlia di un Dio minore”) ed è stata ricordata la specifica condivisione della Corte Costitu-

zionale in ordine alla illegittimità delle Leggi Regionali d'Abruzzo di approvazione dei bilanci non rispondenti ai principi di regolarità amministrativa e contabile. Il Procuratore Regionale dott. Maurizio Stanco, nella sua relazione, ha evidenziato l'attività sinergica con le Procure della Repubblica dei Tribunali Penali e con le decisioni dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria.

I Presidenti del T.A.R. per l'Abruzzo Antonio Amicuzzi e Alberto Tramaglino hanno evidenziato il calo del contenzioso e le caratteristiche critiche specifiche del contenzioso residuo.

*** * ***

La sintonia è evidente e va positivamente rilevata in tempo di "invertebrazione" dei sistemi.

Si può aggiungere che l'idea di spostare verso Organi Straordinari le garanzie di legalità in materia di appalti e di contenimento della spesa pubblica si è rivelata inappropriata anche in relazione agli artt. 100, 111 e 125 della Costituzione che riservano a Magistrati indipendenti tali funzioni.

L'ANAC, istituita in base all'art. 111 del Codice dei Contratti (D.Lvo n. 50/2016) potrebbe svolgere un'attività di prevenzione e indirizzo ma non quella di lotta alla corruzione che è propria della Giustizia Ordinaria, Amministrativa e Contabile.

Lo stesso dott. Raffaele Cantone ha mostrato la consapevolezza che, nonostante il tanto (e forse sovrabbondante) lavoro compiuto, la corruzione né è scomparsa né è scemata.

L'idea del Commissario per la "spending review" (D.L. 6.7.2012 n. 95 conv. in L. n. 135/2012) fondata sulla ipotesi che si potessero affidare ad un esperto e studioso di economia materie di controllo e contenimento della spesa pubblica (surrogando in parte funzioni proprie della Corte dei Conti) è stata criticata dal brillante commissario Carlo Cottarelli. Questi, nominato Commissario nell'ottobre del 2013, è "fuggito" tornando in America nel novembre del 2014 dando alle stampe un interessante libretto edito da Feltrinelli con il titolo "La lista della spesa" nel quale ha spiegato perché la spesa pubblica non può essere ridotta tramite un Commissario Straordinario.

La CONSIP, ideata per unificare gli appalti (si ricorderà il tema del costo delle siringhe) è oggetto di inchieste non definite estese a significativi personaggi e persino ad alti Ufficiali dei Carabinieri. Oggetto di

un contenzioso senza precedenti: nella pagina "Affari e Finanza" de La Repubblica del 19.02.2018 si parla di un cartello di ricorsi in materia di appalti che "piovono al ritmo di uno ogni due giorni" che vede vanificato il motivo per cui la CONSIP è stata creata.

Nella sua relazione il Presidente del Consiglio di Stato Alessandro Pajno ha riferito che la percentuale di impugnazioni degli appalti CONSIP è del 30% contro una media nazionale del 2,7% (gare CONSIP senza pace scrive Claudia Morelli nella pagina Giustizia e Società di Italia Oggi del 31.01.2018).

Su Sole 24 Ore del 6.8.2017 era pubblicato un articolo sotto il titolo "Consip, L'ANAC rileva un sospetto cartello di un maxi-appalto PA da 2,7 miliardi. In una intervista pubblicata su IL TEMPO dell'11.8.2017, il dott. Raffaele Cantone precisava: un errore chiudere la CONSIP ma vanno corrette le criticità. L'intervista di Francesca Pizzolante era così sottotitolata: "Parla Cantone, il Presidente dell'ANAC. Corruzione sottovalutata. Adesso prevalgono poteri famelici e senza scrupoli". Su La Repubblica del 6.8.2017 Alessia Scherza riferiva dell'inchiesta dell'ANAC: "così le aziende si sono spartite un bando da 2,7 miliardi"

Nella stessa pagina della Repubblica – Affari e Finanza – del 19.02.2018 si legge un commento di Reiner Masera sotto il titolo di "**Troppi legislatori stanno frenando la nostra ripresa**", richiamando così il problema della legislazione non sistematica ed eccessiva dello Stato e delle Regioni fra le quali alcune poco governano e troppo legiferano.

A fronte della mole di norme comunitarie e statali, che bene possono avere uguali contenuti disciplinando le medesime materie, l'ambito legislativo regionale è naturalmente ridotto. Sta in fatto che molte leggi regionali sono copie di quelle di altre Regioni. Invece i compiti di pianificare, programmare, organizzare e coordinare le Amministrazioni locali sono propri delle dimensioni regionali e non potrebbero essere efficacemente svolti a livello nazionale e comunitario né potrebbero essere affidati a funzionari dello Stato. Le Regioni, nell'attuale assetto statale o comunitario, hanno perso gran parte delle funzioni legislative mentre hanno un ruolo insostituibile in materia di pianificazione, programmazione, organizzazione e controllo. Le Regioni appaiono oggi come inutili Enti di spesa pubblica ma sono indispensabili per funzioni che non svolgono se non in modo riduttivo come ho cercato di sostenere

nella mia nota su “Gli Statuti regionali: conservazione, manutenzione o ristrutturazione?” in paweb.it del 2.9.2014

Si tratta di compiere scelte concrete sugli specifici problemi degli ambiti territoriali, funzioni per esercitare le quali occorre anche dirimere contrasti e bilanciare interessi specifici. Si legifera in astratto e in generale, si pianifica in concreto. Legiferare (magari in copia) è facile, pianificare è talvolta arduo. Altrettanto arduo è programmare, organizzare, vigilare, controllare.

La Regione Abruzzo, come risulta dall’interessante volume contenente il “Rapporto sullo stato della Legislazione Regionale” edito a cura del Servizio Legislativo, presentato presso l’Emiciclo a L’Aquila il 24 ottobre 2017, ha approvato – dal 1972 al 2016 – 3582 leggi, risultando in tal modo **la Regione più prolifica nel panorama nazionale**. Sono state abrogate 686 leggi. Pertanto, al 31.12.2016, il “**corpus normativo regionale**” vigente era costituito da 2867 leggi.

Nell’anno 2016 sono state approvate 44 leggi con una media di 3,7 leggi al mese (una ogni 10 giorni).

Mancano invece o sono molto carenti atti di pianificazione e programmazione essenziali (basti pensare al Piano Idrogeologico e al Piano delle valanghe) come mancano concreti atti di riorganizzazione degli Uffici con una efficace distribuzione del numeroso personale ora addetto alla Regione e alle “semidisciolte” Province. Crolli, frane, incendi, migliaia di ettari di terre incolte e abbandonate sono gli effetti dello squilibrio fra attività legislativa e attività di governo.

I Presidenti della Corte dei Conti, nella relazione congiunta, hanno ampiamente illustrato i compiti di controllo esercitati, specificandone i contenuti in relazione ai nuovi criteri dettati dalle nuove normative fino ai **giudizi di parificazione dei rendiconti generali** in base all’art. 1 comma 5 del D.L. n. 174/2012, per assicurare in concreto equilibri di bilancio, efficacia ed efficienza delle spese.

Nella relazione sono state illustrate le attività svolte ed è stato illustrato il confronto aperto con la Regione, un’attività “a tutto tondo” che non si sostituisce ai controlli di legalità relativi a particolari vicende che competono prevalentemente alla GIUSTIZIA ORDINARIA E AMMINISTRATIVA. La mancata parificazione dei bilanci da parte della Corte dei Conti, pienamente condivisa dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 89/2017 è conseguenza della sostanziale situazione di squi-

librio funzionale non certo di problemi contabili di tipo ragionieristico, come si ricava chiaramente dalla sentenza della Consulta.

La sintonia fra gli Organi di Giustizia che emerge dalle Relazioni per l'apertura dell'Anno Giudiziario 2018 aiuta a considerare che la legalità nell'attività pubblica non è una categoria dello spirito o una risorsa dei virtuosi e degli onesti ma una modalità operativa obbligatoria, verificabile in base all'impiego delle risorse e ai risultati.

L'Avvocatura e i cultori del diritto pubblico possono fare la loro parte nella interessante materia.

I giovani avvocati potrebbero specializzarsi per dedicarsi al diritto pubblico e operare efficientemente anche se il Ministero di Giustizia non è riuscito ad emanare il Decreto per le specializzazioni previsto dall'art. 9 della Legge Professionale Forense.

Infatti il D.M. 12.08.2015 n. 144 è stato annullato dal T.A.R. del Lazio Sez. I con la sentenza 09.03.2016 n. 4424 confermata dal Consiglio di Stato Sez. IV con la sentenza 09.11.2017 n. 5575. L'ampio materiale prodotto dal C.N.F. (tutto accessibile per via telematica) e la Scuola organizzata dallo stesso consentono alle Organizzazioni Forensi locali una adeguata attività di formazione ed informazione.

Il Consiglio Nazionale Forense – come risulta dalla relazione per l'anno 2018 – ha predisposto i mezzi e gli strumenti che le Organizzazioni dell'Avvocatura potrebbero utilizzare per mettere in grado i nuovi professionisti di aggiornarsi e specializzarsi in modo da essere di grande utilità per le Amministrazioni Pubbliche e per la Giustizia.

Marcello Russo

La giustizia in Abruzzo nell'anno 2017: una sintesi incompleta della relazione della Presidente della Corte con note minime di commento e una istanza finale

1. La relazione annuale sulla amministrazione della giustizia presentata in occasione della inaugurazione del corrente anno giudiziario dalla Presidente della Corte di Appello degli Abruzzi, la dott.ssa Fabrizia Francabandera, consta di 178 pagine dattiloscritte che offrono un quadro, denso di dati, della vita (forense e dell'ordinamento giudiziario) del distretto nell'ultimo anno, corredato da commenti e interessanti valutazioni sui punti critici e sull'impatto della più recente legislazione.

Del documento (pubblicato integralmente sul sito della Corte) si tenterà di offrire una sintesi, con puntuali citazioni del suo testo, limitatamente alle parti che più strettamente riguardano il rapporto degli avvocati con la giurisdizione e l'ordinamento giudiziario.

La sintesi sarà accompagnata da prime ed immediate riflessioni sugli argomenti che ne formano oggetto. E ciò al fine di stimolare un dibattito aperto a tutti gli avvocati abruzzesi ed alle loro rappresentanze, istituzionali ed associative.

2. L'Avvocato, per quanto prescrive l'art. 1 del Codice deontologico forense, vigila sul rispetto della Costituzione, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Costituisce, dunque, manifestazione di *idem sentire* l'esplicita adesione della relazione ai valori fondativi della Costituzione e ai suoi principi (segnatamente a quelli scolpiti nell'art. 3) che, pur contraddetti da antiche e nuove disuguaglianze e dall'attuale diffusione di ideologie negatrici dei diritti umani fondamentali, sono assunti dalla Presidente della Corte a stella polare dell'esercizio della giurisdizione (pag. 11-15).

3. Lo spirito costituzionale informa ed anima di sé la parte della relazione dedicata alla descrizione della situazione carceraria della nostra Regione non certamente conforme – come del resto nelle altre Regioni italiane – al precetto di cui all'art. 27, III° comma, della Costituzione.

La Presidente auspica che l'attuazione della legge delega n. 103 del 2017 di riforma dell'ordinamento penitenziario segni l'avvio di un processo di attuazione del ricordato precetto costituzionale (pag. 98-102), ineffettivo nell'attualità.

I cittadini detenuti presso la Casa di reclusione di Sulmona soffrono di una cronica carenza di personale (quattro educatori per una popolazione carceraria di 400 unità) tale da non garantire *“la formulazione di un programma di trattamento, elemento chiave delle valutazioni devolute alla Magistratura di sorveglianza”* (pag. 106); *“ancor più desolante è il quadro delle opportunità di lavoro”* (ivi); *“unica”* l'opportunità di *“accesso a corsi di istruzione”*; *“incompleta ... l'assistenza sanitaria offerta alla popolazione detenuta”*; l'utilizzo delle celle *“originariamente concepite per accogliere un solo ristretto”* sono *“attualmente adattate a cella doppia”*, sistemazione *“non ottimale”* perché essa riguarda *“non pochi ergastolani e comunque soggetti con una lunga carcerazione alle spalle ed un non breve fine pena, i quali devono occupare letti impilati a castello”* (pag. 107); infine *“il penitenziario .. dispone di limitatissime risorse per ammettere i detenuti alle attività di svago”* (ivi).

I 154 (su 177) detenuti ristretti nella Casa circondariale di L'Aquila in regime di cui all'art. 41-bis, patiscono, in aggiunta ai rigori di tale regime, afflizioni ulteriori: *“molte delle aree aperte, destinate ai passaggi, sono di superficie ristrettissima, il che preclude una effettiva possibilità di sano movimento a soggetti che già godono per una sola ora al giorno della permanenza all'esterno”* (pag. 108).

Discreta è la situazione della Casa circondariale di Avezzano che *“non evidenzia particolari problematiche o criticità, se non la carenza di opportunità di lavoro per i carcerati”* (pag. 109), mentre quella di Pescara è *“sovraffollata, ospitando 310 unità a fronte di una capienza di 273 unità”* (pag. 110).

Il fenomeno del sovraffollamento, poi, si presenta nella Casa circondariale di Chieti, *“ben oltre il limite imposto dalla sentenza Torregiani”* (pag. 111) tale, dunque, *“da implicare una condizione inumana”* (pag. 107) perché contraria all'art. 3 CEDU, come interpretato dalla predetta sentenza.

Inoltre: *“la Casa circondariale di Teramo presenta criticità legate al sovraffollamento, all'emergenza terremoto, alla presenza di numero-*

si soggetti affetti da patologie psichiatriche, alla presenza di numerosi stranieri privi di sostegni economici e affettivi, alla carenza di spazi per attività trattamentali, al numero insufficiente del personale di sorveglianza” (pag. 110-111).

Infine: le Case circondariali di Lanciano e Vasto presentano un *“netto aumento di soggetti portatori di patologie psichiatriche, mentre sono pochi i detenuti di fede musulmana ai quali non è offerto alcun sostegno religioso”*.

Un quadro, dunque, complessivamente drammatico quello delineato, senza reticenze, dalla Presidente della Corte; un quadro che interroga la coscienza civile di ogni abruzzese e, particolarmente, quella degli Avvocati che, come detto in principio, sono tenuti, per dovere deontologico prima che civico, ad impegnarsi per il rispetto dei diritti umani fondamentali.

4. *“Questa è l’occasione – si legge nella relazione – per rinnovare il confronto leale con l’avvocatura ... sui temi ordinamentali, dove non sempre si trovano posizioni condivise, e organizzativi, dove è più agevole individuare obiettivi comuni” (pag. 7).*

Si segnala in proposito come il DOG (Documento Organizzativo Generale) per gli anni 2017 è stata preceduta da una Conferenza Distrettuale (in luogo del parere degli organi forensi), con la partecipazione dei rappresentanti degli ordini forensi con lo scopo di *“confrontarsi in modo trasparente e condiviso sul tema, non più eludibile, della priorità nella trattazione dei procedimenti penali, soprattutto per l’individuazione di criteri di priorità aggiuntivi rispetto a quelli legali” (pag. 97).*

La questione della priorità nella trattazione dei procedimenti penali è particolarmente delicata sia perché incrocia il principio costituzionale della obbligatorietà dell’azione penale, sia perché essa richiede una legittimazione *“forte”* che solo il Parlamento può assicurare: la scelta della trattazione prioritaria, infatti, imprime, nei fatti, ai procedimenti a trattazione non prioritaria, l’altamente probabile destino della declaratoria di prescrizione.

5. Il confronto con l’Avvocatura prosegue nelle pagine della relazione dedicate al funzionamento dei cd. meccanismi deflattivi ovvero delle ADR.

Condivisibilmente, in proposito, la relazione osserva che *“deve sempre premettersi che la migliore e la più corretta misura deflattiva*

in materia civile è quello del fisiologico funzionamento del servizio” (pag. 19) a perseguirsi mediante la giusta durata dei processi, la prevedibilità e stabilità delle decisioni e l’applicazione del principio di maggiore specializzazione dei giudici (ivi).

Quanto alla durata dei processi la relazione, dopo aver qualificato – ed a ragione – come “*semplificistica*” l’idea di generalizzare il rito sommario di cognizione, sottolinea come “*maggiormente efficace, nella prospettiva in esame appare il ricorso anche negli uffici di merito, a protocolli condivisi fra le varie componenti del < sistema giustizia >, che consentano la individuazione e la promozione di prassi operative virtuose – in materia di tecniche redazionali degli atti e dei provvedimenti, di gestione delle attività di udienza, di utilizzazione del processo civile telematico – che, in un’ottica di semplificazione ed intelligibilità, possano operare anche quali fattori di trasparenza, oltre che di efficienza ed efficacia della giurisdizione*” (pag. 21); e prosegue rilevando che: “*In tale prospettiva, anche presso questa Corte d’appello è < in itinere > la predisposizione, con la collaborazione dei Consigli degli ordini del distretto, di un protocollo per il giudizio civile di appello, che si auspica possa essere definito entro i primi mesi dell’anno appena iniziato*” (ivi).

La relazione, però, segnala che, presso gli uffici di primo grado, in disparte le cause di lavoro, separazione e divorzio, esecuzioni mobiliari e procedimenti in Camera di Consiglio, con “*riguardo, invece, agli altri processi civili contenziosi, ai fallimenti ed alle procedure esecutive immobiliari, il risultato di garantire la definizione nel triennio risulta raggiunto, anche quest’anno, dal solo Tribunale di Lanciano presso il quale è del tutto trascurabile il numero di processi di durata ultratriennale*” (pag. 31); aggiunge che presso la sezione civile della Corte, “*la durata media dei procedimenti contenziosi ordinari risulta essere aumentata, passando dai 1.119 giorni dell’anno precedente a 1.417*” (pag. 42); che presso la sezione lavoro della stessa Corte – la cui efficienza è apprezzata dalla classe forense – “*l’indice di durata media dei procedimenti si attesta ad un valore di 510 giorni ... ed è quindi superiore a quello registrato nell’anno precedente che era di 348 giorni*”, dovendosi però imputare tale dato alla contingente necessità – che ha determinato il cumularsi delle pendenze – di attendere le decisioni delle giurisdizioni superiori – Corte di Cassazione e Corte di Giustizia Europea – nella materia, di vasto contenzioso, dei contratti di lavoro a termine nella scuola (pag. 60-61).

Se la giusta durata dei processi “*oltre che aspirazione di rango costituzionale è anche valido disincentivo alle tattiche dilatorie di chi preferisce avviare un contenzioso giudiziario anziché trovare soluzioni concordatarie, confidando nel lungo tempo che lo separa dalla decisione del giudice*” (pag. 19) è ai dati innanzi riferiti, piuttosto che allo “*scarso favore degli avvocati verso le ADR*” (pag. 27) che va presumibilmente attribuito il fenomeno per cui “*l’istituto della mediazione civile obbligatoria ... ha fornito modestissimo contributo alla riduzione delle nuove iscrizioni avendo sortito effetto positivo in 498 casi soltanto*” (pag. 26), oltreché “*il perdurante insuccesso delle Camere arbitrali istituite presso i Consigli degli ordini (l. 162/2014), per cui può dirsi che tali organismi non abbiano sinora svolto la funzione per la quale sono stati istituiti*” (pag. 28).

Non è dunque questione di scarso favore degli avvocati verso le ADR, anche perché gli avvocati hanno investito sin troppo nella formazione e nella predisposizione ed organizzazione delle necessarie strutture; è questione, invece, che sino a quando i tempi di definizione dei processi non risulteranno ragionevoli, ogni meccanismo deflattivo risulterà bloccato.

È questione, inoltre, che la legislazione in materia di mediazione con la previsione della obbligatorietà e di costi importanti, ove il procedimento abbia corso, costituisce un ulteriore ed obiettivo ostacolo all’affermarsi della cultura del nodo, anziché della bilancia e della spada.

6. La relazione dà atto che l’unico ufficio giudiziario organizzato secondo criteri di specializzazione è il Tribunale di Pescara.

Anche da questo punto di vista, pertanto, è carente, nella nostra regione, un fattore necessario per la efficienza (e, aggiungo) per la qualità della giurisdizione che, peraltro, la Presidente della Corte mostra di avere a cuore allorché afferma che “*la giurisdizione deve trovare un equilibrio tra garanzia della qualità dei provvedimenti decisori ... e adeguata misurazione dei tempi di adozione*” (pag. 173) in modo da tranquillizzare “*chi teme derive <economico-aziendalistiche>, che rischiano di porre in secondo piano i valori della giurisdizione*” (pag. 175).

7. La prevedibilità e stabilità delle decisioni effettivamente “*disincentiva azioni e impugnazioni manifestamente infondate o addirittura temerarie*” (pag. 19).

In proposito si presenta di indubbia utilità l'iniziativa del Tribunale di Pescara che *"sta elaborando un archivio generale ed un repertorio periodico che contenga la locale giurisprudenza, civile e del lavoro"* (pag. 33); ed è preziosa la condivisione della iniziativa da parte della Corte di Appello *"che ha suggerito di estenderla a tutto il distretto per consentire ad avvocati e giudici di conoscere la giurisprudenza dei diversi fori...; ed ai giudici di primo grado di verificare se le loro decisioni sono state poi confermate o riformate dalla Corte di Appello"* (ivi).

La realizzazione del progetto – va doverosamente avvertito alla luce di precedenti e negative esperienze – esige, però, costante dedizione da parte dei magistrati e degli avvocati.

8. Le statistiche segnalano la *"tendenza ad una generale diminuzione delle sopravvenienze in quasi tutti i Tribunali del distretto"* (pag. 29) *"la causa più probabile del fenomeno"* è individuata nella *"crisi economica che ancora affligge il distretto in misura poco maggiore del resto del paese ... riducendo i rapporti commerciali"*.

Non si può non convenire con tale analisi, anche se il più contenuto ricorso dei cittadini alla tutela giurisdizionale, almeno per quel che risulta dalla esperienza di ogni avvocato, è da imputare anche alle concorrenti cause della imprevedibilità delle decisioni, della irragionevole durata dei processi e dei costi elevati anche per le incidenze del contributo unificato.

Del resto la più recente evoluzione della disciplina legale in materia di spese processuali mostra visibilmente che esse sono state trasformate in strumento di disincentivazione dell'esercizio del diritto di azione e di difesa.

Non è, dunque, che la domanda di giustizia sia diminuita; è, invece, che – nel generale quadro di crisi economica e di crisi dello stato sociale – sono state compresse le possibilità, per i cittadini, di accedere alla giurisdizione.

9. La relazione dedica un passaggio, comprensibilmente asettico, alla questione della programmata revisione della geografia giudiziaria della nostra Regione (pag. 17).

Gli avvocati abruzzesi, per parte loro, restano impegnati, anche attraverso le note proposte alternative ed innovative, nella azione intesa a far sì che tale revisione si risolva in un miglioramento della giurisdizione abruzzese, non già nella creazione di ulteriori ed ingiustificate barriere all'accesso alla giurisdizione da parte dei cittadini.

10. La relazione, inoltre, dà conto delle attività di formazione organizzate dalla struttura territoriale per l'Abruzzo della formazione decentrata (pag. 159-162).

Va detto, in aggiunta, che a tale attività gli avvocati hanno fornito un notevole contributo.

Molti degli eventi formativi menzionati nella relazione si sono svolti a Pescara con il determinante apporto organizzativo della Fondazione "Forum Aterni" – emanazione dell'Ordine – e con la sistematica partecipazione degli avvocati, anche quali relatori.

Gli avvocati, dunque, si sono mostrati fattivamente convinti che la formazione comune costituisce un fattore di progresso della qualità della giurisdizione.

11. La relazione, infine, dà atto della positività della partecipazione degli avvocati al Consiglio Giudiziario *"non essendosi mai verificate interferenze non dovute ed avendo i rappresentanti degli Ordini forensi offerto con grande correttezza ed imparzialità il loro contributo di effettiva conoscenza delle diverse realtà"* (pag. 169).

Le riserve ed i timori espressi in passato, rispetto a tale partecipazione, dalla magistratura abruzzese associata (in particolare nel corso di un convegno organizzato dal COFA a Teramo nei primi anni '90), dunque, si sono dissolti alla prova dei fatti.

12. Invece che una considerazione, una istanza conclusiva.

La relazione saluta la ricostruzione del Palazzo di Giustizia di L'Aquila evidenziando i pregi e le criticità della nuova situazione logistica.

Mi permetto di segnalare una ulteriore criticità, questa spirituale e morale.

Non sono state ricollocate sulle mura del Palazzo, come e dove erano, tre lapidi.

L'una dedicata al magistrato aquilano Pasquale Colagrande, fucilato dai fascisti a Ferrara nella notte tra il 14 e il 15 novembre 1943 mentre lanciava contro il plotone di esecuzione il grido di *"Assassini!"*, non una *"imprecazione"* (così P. Calamandrei in un celebre discorso commemorativo) ma *"l'ultima inappellabile sentenza di un magistrato eroico"*.

L'altra dedicata a Mario Tradardi, sostituto procuratore in L'Aquila che, dopo aver partecipato in armi alla liberazione della città, non esitò, benché padre di cinque figli, ad unirsi alla Brigata Maiella per dare

il proprio contributo alla liberazione ed al riscatto della Patria. Perse la vita in combattimento, colpito dal fuoco tedesco, nel dicembre del 1944, in terra di Romagna.

L'altra ancora dedicata a Pietrantonio Palladini, avvocato marsicano e delle leghe dei contadini marsicani avvocato che, prima arrestato e poi confinato nell'isola di Lipari per antifascismo, incontrò la morte il 13 novembre 1981 all'interno di un'aula del Palazzo di Giustizia di via XX settembre mentre pronunciava una arringa difensiva.

Che si provveda al ripristino delle lapidi!

Il ricordo di tre toghe esemplari torni a richiamare le presenti e future generazioni di magistrati ed avvocati al comune impegno della lotta per il diritto e per la libertà, contro ogni tirannia.

Franco Sabatini

La disciplina dei corsi di formazione per l'accesso alla professione di avvocato

Il D.M. 9.2.2018 n.17 nasce dall'esigenza di rendere attuale l'obbligo della frequenza con profitto dei corsi di formazione per l'accesso alla professione forense, in aggiunta alla pratica presso uno studio legale previsto dall'art.43 della legge professionale, norma a carattere volutamente generico, rispetto alla quale il decreto ha quindi natura di regolamento di esecuzione anche attuativo-integrativo, siccome completa la disciplina, prevista solo in via di principio dalla legge professionale. In particolare il D.M. prevede: i requisiti che devono possedere i soggetti legittimati ad organizzare i corsi di formazione, diversi dai COA e dalle Associazioni forensi già giudicati idonei, al fine di poter ottenere l'accreditamento dai Consigli degli Ordini o dal Consiglio Nazionale Forense; i contenuti dei corsi, i cui insegnamenti essenziali vengono indicati dalla legge, al fine di assicurare l'omogeneità di preparazione e valutazione dei giovani praticanti su tutto il territorio nazionale; la durata, prevista nel minimo di centosessanta ore in diciotto mesi; le modalità e condizioni per la frequenza da parte del praticante ed infine le verifiche intermedie e finale del profitto.

Dal combinato disposto degli articoli . 43, co 2, lett. b) e 46, co 6 si ricavano i criteri di valutazione del livello di competenza professionale che deve essere acquisita dal praticante, ma pure le metodologie attraverso le quali i contenuti didattici essenziali, elencati all'art. 43, devono essere impartiti. Gli obiettivi di apprendimento sono strettamente legati infatti ad altri due aspetti fondamentali del percorso formativo: le metodologie didattiche e i sistemi di valutazione; l'avvocato deve padroneggiare le diverse branche del diritto e deve avere la capacità di risolvere singoli casi attraverso l'acquisizione di un adeguato metodo di ragionamento argomentativo, occorre quindi passare alla "scuola dei casi", cui si riferisce esplicitamente lo stesso Regolamento ministeriale (art. 3, co 1) nel momento in cui afferma che «i corsi di formazione, a contenuto sia teorico che pratico, sono articolati in modo tale da sostenere e integrare la preparazione del tirocinante necessaria allo svolgimento dell'attività professionale e all'espletamento delle prove previste

dall'esame di Stato per l'abilitazione alla professione forense», non tralasciando di sottolineare l'importanza del profilo culturale, attraverso «la consapevolezza dei principi deontologici ai quali il concreto esercizio della professione deve essere improntato». Il metodo casistico costituisce quindi il vero cambiamento dei corsi di formazione per l'accesso alla professione, la cui corretta applicazione chiama innanzitutto i COA ad istituire Scuole Forensi, che sappiamo assicurare l'attuazione di un processo di crescita completa dei discenti. A tali istituzioni formative è quindi affidato un ruolo strategico nella preparazione e nella valorizzazione del prestigio culturale dell'avvocato, attraverso la creazione di un modello dinamico di organizzazione, che sia capace di coordinare ed implementare l'attività di tutti i soggetti che operano nelle scuole forensi e che sia al tempo stesso efficace ed efficiente.

Da ciò consegue che il loro funzionamento debba essere assicurato attraverso la costituzione di un'organizzazione articolata, capace di diversificare i percorsi formativi in funzione delle diverse esigenze espresse dal Foro, di reclutare i migliori formatori in riferimento al programma di ciascun progetto formativo, di elaborare quindi costantemente i flussi di informazioni dall'esterno, per creare piani di intervento organizzativo sempre più adeguati alle finalità delle Scuole Forensi.

In tal senso il D.M. 17/18 prevede le modalità di scelta dei docenti, articola il percorso formativo in moduli semestrali, in modo da consentire l'iscrizione ai corsi almeno ogni sei mesi, segnatamente a maggio e novembre, per consentire la maggiore vicinanza possibile tra l'iscrizione al Registro del tirocinio, l'inizio della frequenza e le verifiche intermedie e finali.

La didattica basata sullo studio dei casi, discussione comune ed esercitazione impone che ciascuna scuola programmi il numero dei tirocinanti per ciascun corso, di talché ove si vorrà garantire l'accesso ad ogni praticante, si potranno stipulare convenzioni con Università e/o prevedere modalità telematiche di formazione a distanza, queste ultime in misura non superiore a cinquanta ore in diciotto mesi; ove invece si voglia limitare l'accesso ad un numero prestabilito di discenti, occorrerà prevedere procedure di selezione trasparenti. La metodica casistica influenza anche la scelta della sede; i locali della Scuola infatti dovranno essere segnatamente dedicati ed adeguatamente attrezzati per le lezioni, per le esercitazioni, per lo studio individuale e per le verifiche intermedie e finale.

L'organizzazione come delineata necessita di mezzi economici adeguati, da gestire con l'obiettivo dell'ottimizzazione delle risorse, che potranno essere reperite anche fissando una quota di iscrizione ai corsi, che comunque non dovrà essere superiore a quanto necessario alla copertura delle spese di organizzazione e compensi ai docenti.

Al fine di garantire a tutti i praticanti condizioni paritarie di accesso alle Scuole Forensi, si potranno istituire borse di studio per i più meritevoli anche sulla base dei requisiti reddituali.

Infine ulteriore elemento di novità del D.M. 17/18 è costituito dal ruolo centrale riconosciuto al Consiglio Nazionale Forense, che è chiamato a formare "linee guida", a contenuto normativo, sulla base delle quali dovranno essere strutturati i corsi di formazione, proprio al fine di «garantire l'omogeneità di preparazione e di giudizio sul territorio nazionale» (art. 3, co 3 del regolamento ministeriale); ma pure a svolgere controlli di autorizzazione preventiva, ossia di accreditamento dei soggetti formatori, e di successiva vigilanza sul rispetto delle norme e del buon operato delle attività impartite ed espletate dagli stessi operatori.

Roberta Colitti

Finito di stampare nel mese di luglio del 2018

presso «The Factory Srl»

Via Tiburtina, 912 - Roma - www.the-factory.it

per conto della

«Giacchino Onorati editore S.r.l. - unipersonale» di Canterano (RM)