

PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE



PQM

I/2019

I/2019

ANNO XXX - N. 1 - GIUGNO 2019

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/IRM/24/2018



PQM

RIVISTA SEMESTRALE ABRUZZESE DI GIURISPRUDENZA E DI VITA FORENSE

I/2019
PESCARA — GIUGNO 2019

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 – GIORGIO 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 – MARIACARLA SERAFINI – MARIA SICHETTI – MARCO RIARIO SFORZA – GOFFREDO TATOZZI

Coordinatore della Redazione: FRANCO SABATINI
Direttore Responsabile: MARCELLO PACIFICO

Hanno collaborato a questo numero:

PAOLO CATALANO — STEFANO CIVITARESE MATTEUCCI — MARIANNA DI CAMPLI — PIERLUIGI DE NARDIS — DORA DI LORETO — MARIA DI TILLIO — FABRIZIO FOGLIETTI — VITTORIO MANES — CHIARA MANFREDI — GIACOMO NICOLUCCI — ALESSIO RITUCCI — GIACOMO ROCCHETTI — SILVANA VASSALLI

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.

La rivista P.Q.M. è aderente all'A.STA.F. – Associazione Nazionale Stampa Forense

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

SOMMARIO

SILVANA VASSALLI	In copertina: Miranda Gentile	Pag. 9
	Parte I - SAGGI	
VITTORIO MANES	Diritto penale no limits	Pag. 15
GIACOMO NICOLUCCI	Le nuove frontiere del diritto	Pag. 45
GIACOMO ROCCHETTI	Riflessioni e spunti critici sull'azione di arricchimento senza causa. Questioni processuali tra mutatio ed emendatio libelli (Cass. S.U. sent. 22404/2018)	Pag. 57
	Parte II - GIURISPRUDENZA	
Borsa (contratti di)	Contratti di borsa – Strumenti finanziari – Vendita - Azione di responsabilità da omessa informazione – Competenza specializzata per le imprese del Tribunale distrettuale – Non sussiste Contratti borsa – Strumenti finanziari – Obblighi informativi dell'intermediario finanziario – Contenuto – Adeguata conoscenza del prodotto finanziario – Acquisizione dei dati rilevanti – Informazioni al cliente – Consegna del prospetto informativo – Non sufficienza Contratti di borsa – Strumenti finanziari - Operazioni non adeguate ex art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 – Informativa sui singoli profili di inadeguatezza – Mancanza della prova – Violazione-Sussiste (Trib. Teramo sent. 21/1/2019 n. 39 con nota di Dora Di Loreto)	Pag. 83
Concessioni amministrative	Concessione sfruttamento acque minerali – Parametri illegittimi insiti nel bando – Aspetti tecnici dell'offerta – Clausola sociale incentivata con un bonus in 15 punti – Violazione del principio di economicità – Infondatezza Concessione sfruttamento acque minerali – Clausola sociale incentivata con bonus di 15 punti – Alterazione delle condizioni del mercato – Non dimostrata (TAR L'Aquila sent. 20/6/2018 n. 325 con nota di Marianna di Campi)	Pag. 209

4 *Sommario*

Contratti bancari

Contratti bancari – Interessi – Anotocismo – Domanda di accertamento negativo del correntista – Onere della prova - Incombe sull'attore – Produzione degli estratti conto- Onere probatorio assolto – Mancata produzione del contratto – Irrilevanza – Accoglimento della domanda (Trib. Pescara sent. 12/2/2019 n. 246 con nota di Maria Di Tillio)

Contratti bancari – Interessi – Anotocismo – Domanda di accertamento negativo del correntista – Onere della prova- Incombe sull'attore – Dimostrazione di specifico fatto positivo contrario o presunzioni – Ammissibilità - Mancata produzione del contratto – Ordine di esibizione alla banca ex art. 210 c.p.c. - Documenti risalenti ad oltre un decennio dalla richiesta – Inammissibilità – Rigetto della domanda (Trib. Chieti sent. 13/9/2018 n. 344 con nota di Maria Di Tillio)

Pag. 92

Correlazione tra accusa e sentenza

Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici – Contestazione in fatto della natura fidefacente dell'atto considerato falso – Principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.) (Trib. Lanciano 17/7/2014 con nota redazionale)

Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici (art. 476 – 479 c.p.) – Contestazione in fatto della natura fidefacente dell'atto considerato falso – Principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.) – (App. L'Aquila 6/4/2016 con nota redazione)

Pag. 191

Diffamazione a mezzo stampa

Processo civile – Legittimazione attiva – Titolarità in astratto del diritto o del rapporto fatto valere – Sussiste – Diffamazione a mezzo stampa – Responsabile delle dichiarazioni e altri soggetti concorrenti – Litisconsorzio necessario – Non sussiste – Danno da fatto illecito – Lesione dei diritti della personalità umana – Risarcibilità – Danno non patrimoniale – Natura unica comprensiva del danno non patrimoniale

	<p>Diffamazione a mezzo stampa – Diritto di cronaca e di critica politica - Limite della continenza – Necessità – Diffamazione a mezzo stampa – Danno – Liquidazione – Criterio equitativo – Utilizzabilità di criteri predeterminati e standardizzati – Tabelle milanesi – Applicabilità – Diffamazione a mezzo stampa – Danno – Risarcimento mediante pubblicazione della sentenza ex art. 120 c.p.c. – Potere discrezionale del giudice</p> <p>Spese legali – Liquidazione – Scaglione riferito alla somma attribuita – Necessità (Trib. Pescara sent. 9/11/2018 n. 1617 con nota di Dora Di Loreto)</p>	Pag. 102
Edilizia e urbanistica	<p>Convenzione urbanistica – Strumento di attuazione del piano regolatore generale – Natura giuridica – Controversie esclusive del G.A. – Accordi ex art. 11 della legge n. 241/1990 – Contratto di diritto pubblico – Risoluzione della convenzione urbanistica – Potestà del Comune – Recesso – Autotutela della P.A. – Prioritario motivo di interesse pubblico – Inadempimento grave e colpevole di una parte contrattuale – Indagine sull’inadempienza - Venir meno dell’interesse al mantenimento del contratto (TAR. Abruzzo Sez. staccata di Pescara, sent. 27/12/2018 n. 377 con nota di Stefano Civitarese Matteucci)</p>	Pag. 227
Fallimento	<p>Fallimento – Presupposti oggettivi e soggettivi – Contestazione - Stato d’insolvenza – Allegazione - Attività di imprenditore agricolo – Onere della prova in capo alla parte debitrice – Sussiste - (Trib. Pescara sent. 4/10/2018 con nota di Alessio Ritucci)</p>	Pag. 125
Falsità in atti	<p>Falsità materiale commessa da privato in atti pubblici (art. 476 - 482 c.p.) - Riproduzione fotostatica di atti inesistenti – Sussistenza del reato (Trib. Pescara ord. 20/12/2018 con nota redazionale)</p>	Pag. 196
Giustizia amministrativa	<p>Finanziamento della Regione Abruzzo per sostegno investimenti in favore di aziende agricole - Applicazioni in ambito regionale – Esclusione dal beneficio – Competenza del TAR con sede nel capoluogo (TAR Abruzzo – L’Aquila ord. Pres. 17/12/2018 n. 42)</p>	Pag. 252

	Procedura ad evidenza pubblica per la gestione di servizi (gestione impianti sportivi) – Competenza funzionale inderogabile per l'applicazione dell'art. 14, comma 3 e dell'art. 119, comma 1 lett. A c.p.a. - Inapplicabilità dell'art. 47 c.p.a. e decisione sulla competenza da parte della sezione staccata del TAR adito ai sensi dell'art. 55 u.c. c.p.a. - Individuazione della competenza territoriale per le controversie in materia di procedure di gara preordinate all'aggiudicazione di pubblici appalti (TAR Abruzzo Sez. Pescara ord. 28/3/2019 n. 97), entrambe con nota "Alcune brevi considerazioni sulla ripartizione tra TAR con sede nel capoluogo e sezione staccata di Pescara" di Fabrizio Foglietti	Pag. 255
Lavoro (controversie)	Lavoro subordinato – Estinzione del rapporto Licenziamento individuale – Per giusta causa Domanda di annullamento precedenti sanzioni Disciplinari richiamate ai fini della recidiva Ammissibilità nel rito Fornero – Art. 1 co. 48 della L. n. 92/2012 (Trib. Vasto, sent. 10/9/2018 n. 84, con nota di Paolo Catalano)	Pag. 137
Lavoro (rapporto)	Lavoro subordinato – Estinzione del rapporto- Licenziamento individuale – Per giusta causa – Annullamento – Successivo passaggio in giudicato della pronuncia di condanna per i medesimi fatti – Sanzione espulsiva fondata sulla condanna penale – Violazione del ne bis in idem (Trib. Teramo sent. 29/1/2019 n. 44 con nota di Paolo Catalano)	Pag. 142
Procedimento penale	Principio di immutabilità del giudice (art. 525 co 2 c.p.p.) Violazione – Limiti (Trib. Chieti sent. 18/4/2017 con nota redazionale)	Pag. 198
	Principio di immutabilità del giudice (art. 525, co. 2 c.p.p.) Violazione – Nullità (App. L'Aquila sent. 4/5/2019 con nota redazionale)	Pag. 199
	Mancato deposito di tutti i risultati delle operazioni di intercettazione – Diritto di difesa (lesione del) – Nullità dell'avviso ex art. 415 bis c.p.c. e degli atti successivi (Trib. L'Aquila ord. 9/4/2019)	Pag. 204
	Sospensione disciplinare del difensore – Impedimento temporaneo – Sostituzione con difensore d'ufficio (art. 97, co. 4 c.p.p.) (Trib. Chieti ord. 16/4/2019)	Pag. 205

	Riqualificazione del fatto di competenza del Tribunale in un reato di competenza del giudice di pace – Incompetenza (limiti) (Trib. Pescara sent. 8/4/2019 con nota redazionale)	Pag. 206
Responsabilità civile	Consulente tecnico del PM – Preteso esonero di responsabilità per l’operato svolto nell’ambito del procedimento penale – Esclusione – Responsabilità extracontrattuale ex art. 2040 c.c. – Sussiste (Trib. Sulmona sent. 16/1/2019 n. 4 con nota di Pierluigi De Nardis)	Pag. 157
Sovraindebitamento (procedimento per la composizione della crisi da)	Composizione della crisi da sovraindebitamento – Piano del consumatore – Vaglio di ammissibilità in ragione della relativa durata – Sussiste (Trib. Pescara decr. 3/1/2019 con nota di Alessio Ritucci)	Pag. 177

Parte III – INTERVENTI e RASSEGNE

CHIARA MANFREDI	Principio della riserva di legge e diritto comunitario	Pag. 263
-----------------	--	----------

Parte IV – VITA FORENSE

Elezioni forensi	Rinnovo dei COA abruzzesi	Pag. 274
GIACOMO NICOLUCCI	Pasquale Liberatore (1763-1842): un eminente giurista lancianese	Pag. 278
Documenti	Tablelle milanesi per la liquidazione del danno da diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa (ed. 2018)	Pag. 280

In copertina
Miranda Gentile

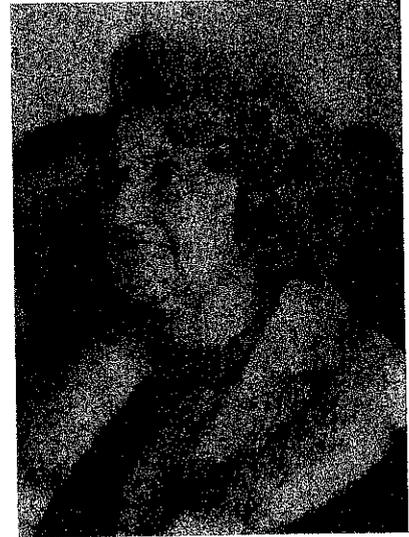
“Donna Miranda”, così come veniva appellata da tutti, nasce a Lama dei Peligni il 7 novembre del 1913, figlia di avvocato, Vincenzo, nipote di “Don Casimiro”, medico condotto di Fara San Martino (dove vi è una strada a lui intitolata). Vincenzo Gentile vede nascere, nel 1917, la seconda figlia, Marisa, appellata “Marisina”, ma perde il figlio maschio, Casimiro, ancora bambino.

A seguito di questo evento luttuoso decide di trasferirsi a Lanciano, che era la città della moglie, Donna Paolina Pace.

Questa agevole scansione temporale inquadra il *cursus studiorum* di Miranda Gentile fra le due guerre e, in particolare, nel periodo fascista.

Donna Miranda si laurea a Roma il 9 luglio 1934, in un periodo di grande tensione negli ambienti universitari.

E mentre lei studiava giurisprudenza, negli stessi anni, la donna dal governo fascista veniva premiata per il numero di figli che metteva al mondo. Donna Miranda non era degna di premio in quanto non era una donna che aveva contribuito alla sanità della stirpe o alla proliferazione della stessa. Ma lei va avanti: arriva, diventa avvocato, affiancando il padre, ma non è figlia di papà; è l'avvocato Miranda Gentile che lavora, collabora con il padre, ma con perfetta autonomia e individualità, anche perché offriva il taglio femminile, e sottolineo femminile, perché in Donna Miranda c'era tanta femminilità e tanta sensibilità, a tutti coloro che chiedevano l'ausilio legale.



Donna Miranda veniva dal paese e non si sentiva quindi cittadina. Sapeva che tutte le persone, anche quelle che le portavano solo dieci uova come compenso per la sua professione, meritavano il massimo della professionalità che lo studio Gentile poteva offrire. Non c'era patrocinio a spese dello Stato. C'erano avvocati dal cuore grande e nobile come Donna Miranda e come tanti altri all'epoca, che davano la loro prestazione professionale gratuitamente, e non come l'azzeccagarbugli manzoniano con i due capponi, vendendo false notizie, ma dando invece il massimo, anche solo per dieci uova, o in tempo natalizio di una gallina da mettere in brodo.

La laurea arriva nel 1934. Nel 1938 si iscrive alla corporazione degli avvocati frentani, corporazione fascista. Milita per diversi anni con questi intenti, vedendo modificare negli anni la normativa, tutta la normativa. Era in pieno vigore il codice, anzi non era ancora stato emanato il codice Rocco perché sarebbe stato promulgato da lì a qualche anno, quindi conosceva ancora il codice Zanardelli e altre normative. Si adegua al codice Rocco, ma con il suo studio ha partecipato alla modifica e alla interpretazione in chiave costituzionalistica del codice Rocco e con lei tantissimi altri avvocati, non solo maschi. Nel nostro territorio abbiamo avuto le prime due donne ad esercitare la professione forense: lei, a Lanciano, e a Chieti Adelaide Bassino

Donna Miranda non ha mai lesinato né il suo sapere né la sua professione nei confronti di nessuno. Tutti gli studi e tutti gli avvocati del nostro territorio si sono rivolti fino a pochi giorni prima che spirasse a Donna Miranda per chiedere un consiglio. Donna Miranda non è stata madre in senso ginecologico, ma è stata madre del diritto nel nostro territorio, è stata madre di tantissimi avvocati. È stata madre di questo territorio, perché non è figlia di Lanciano, è madre di Lanciano. Ha avuto il rispetto di tutta l'avvocatura abruzzese e non, ha avuto il rispetto di tutti i magistrati che ha incontrato, Inoltre, tutti gli Avvocati del distretto e noi che abbiamo avuto la fortuna di frequentare il Suo studio come "praticanti" e tutti i magistrati che ha incontrato nei nostri Tribunali abbiamo ricevuto il Suo affetto, ma soprattutto i suoi insegnamenti nella conoscenza del diritto e nella tutela dei diritti. Ha avuto l'amore di tutti i suoi clienti, tutti, nessuno escluso.

Ricordo e racconto un aneddoto. Donna Miranda amava moltissimo il calcio. E mi sembrava strano che una donna di quella età si assentasse

dallo studio per andare a vedere le partite di calcio in televisione. Era il 1982, dunque io stavo sostenendo le prove scritte dell'esame forense a L'Aquila e combinazione c'erano i campionati mondiali di calcio. Dissi a Donna Miranda che volevo andarle a riferire il risultato, o quanto meno la mia impressione sul mio lavoro. E mi risponde: "Aspetta non venire oggi perché c'è la partita; ci vediamo dopo". Ma sapete perché amava la telecronaca delle partite di calcio? Per una riflessione molto intelligente che mi propose: il giornalista sportivo è colui che commenta la partita di calcio, è una persona da cui noi avvocati dovremmo prendere esempio, in quanto traduce in parole un'immagine e traduce in parole immediate e dirette un'immagine in movimento, un movimento continuo, tale da poter cogliere l'attimo più importante dell'azione per trasmetterlo a chi lo sta ascoltando. E l'avvocato è proprio colui che deve saper tradurre un'immagine in una parola sensata in una frase sensata, per potere ottenere il miglior risultato possibile nella difesa dei casi che gli vengono proposti.

Quando, nel 1984, fu eletta dai suoi Colleghi abruzzesi al Consiglio Nazionale Forense era la prima donna che varcava la soglia della sede della massima rappresentanza dell'avvocatura a livello nazionale. Fu stimatissima. All'epoca era presidente Franzo Grande Stevens, l'avvocato degli Agnelli. Donna Miranda nel 1984, quando fu eletta, aveva appena compiuto 50 anni di professione e 71 di età. In quegli stessi anni la maggior parte degli italiani andava in pensione con 14 anni, 6 mesi e 1 giorno di attività lavorativa. Lei a 50 anni di professione desiderava ancora dare tanto e tantissimo ha dato all'avvocatura e al servizio giustizia. Molti potrebbero dire: certo non era un lavoro usurante. No, era un lavoro usurante, soprattutto per chi lo svolgeva come lei, girando tutti gli uffici giudiziari, anche le più lontane Preture o Uffici di conciliazione, in Abruzzo e non solo.

Quando Donna Miranda si ammala, come una madre che non riesce a staccarsi dai propri figli, lei non riusciva a staccarsi dai suoi fascicoli. Sul letto era circondata da fascicoli e sempre lì scriveva gli appunti per le ultime compare.

Donna Miranda è morta facendo e incarnando il vero avvocato.

Grazie, donna Miranda!

Silvana Vassalli

I
SAGGI

Diritto penale *no-limits* Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*

Sommario: 1. La pena come strumento identitario – 2. Un diritto penale senza limiti – 2.1. Dal diritto penale come “Magna Charta del reo” al diritto penale come “vendetta sociale” – 2.2. Caratteristiche – 2.3. Un fenomeno non solo italiano – 3. Il congedo dai principi – 3.1. Il commiato dalla tipicità legale – 3.2. Il tramonto dell’idea di proporzione – 3.3. La relativizzazione della presunzione di innocenza – 4. Il freno della giurisprudenza costituzionale – 5. Le attuali funzioni del diritto penale – 6. Le conseguenze del futuro – 6.1. Deresponsabilizzazione della politica – 6.2. Sovraesposizione della giurisdizione – 6.3. Giurisprudenza difensiva – 6.4. Le garanzie fondamentali come antidoto al bisogno emotivo di punire – 7. Difendere la Costituzione per difendere la giurisdizione

1. Mai come nell’epoca attuale, le finestre della politica criminale si sono spalancate sul diritto penale.

Ad esso si attinge a piene mani, non solo eleggendo la pena ad *instrumentum regni*, secondo un utilizzo tradizionale cui da sempre indulge la politica;¹ non solo manipolandone le componenti emotive come strumento di consenso elettorale,² secondo le dinamiche ormai tipiche del “populismo penale” che ha ridotto la scelta di criminalizzazione ad

* È il testo della relazione, rivista e corredata di note, svolta al XXII congresso di *Magistratura democratica*, sul tema “*Il giudice nell’Europa dei populismi*”, Roma, 1-3 marzo 2019. La Redazione ringrazia l’Autore, il prof. Vittorio Manes, Ordinario di Diritto penale presso l’Università di Bologna, che, nel segno dei propri intensi legami con l’Abruzzo, ne ha consentito la pubblicazione su PQM.

1. Si veda, al riguardo, D. PULITANÒ, voce *Politica criminale*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 73 ss.

2. Quasi fosse un “bene di consumo”: v. già F. SGUBBI, *Presentazione*, in G. INSOLERA (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006, XI-XIII.

una operazione di *marketing*;³ ma ora, persino, utilizzando lo strumento penale come modalità di “riconoscimento” (*Anerkennung*) dei nuovi attori politici, quasi attraverso una “elaborazione *punitiva* del passato” orientata su “tipologie d’autore” – più che su condotte – riferibili a precisi segmenti sociali, con conseguente autolegittimazione del nuovo assetto di potere rispetto ai precedenti.

Dopo una lunga e faticosa stagione in cui si è cercato di distinguerlo dalla politica (e dalla politica criminale),⁴ dunque, il diritto penale né è divenuto parte integrante, componente identitaria e trainante.

2. In questa prospettiva, il “modello” di diritto penale che si affaccia negli itinerari più recenti,⁵ esito di mutazioni progressive che si sono stratificate e moltiplicate con un’accelerazione incalzante, sembra rispondere ad un paradigma non solo distante ma radicalmente distinto rispetto a quello tradizionale, sino a profilare un vero e proprio “mutamento di paradigma”,⁶ emblematizzato da un lessico inequivoco come

3. Al riguardo, D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005; J. PRATT, *Penal populism*, New York, 2007; J. PRATT-M. MIAO, *Penal populism: The End of Reason*, in The Chinese University of Hong Kong Faculty of Law, Research Paper No. 2017-02; F. Nobis, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, in StV, 2018, 453 ss.; nel contesto italiano, fra gli altri, D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche penali*, ivi, 2014, 197 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, ivi, 2013, 95 ss., ed ora Id., *Prima lezione di diritto penale*, Bari-Roma, 2017, 186 ss., segnalando, nell’esperienza recente, oltre alla “[...] l’enfatizzazione del bene-sicurezza quale riflesso del diffondersi di sentimenti di insicurezza e allarme collettivo [...] il levarsi di rozze ventate «populiste» nell’ambito della stessa politica penale” che “hanno finito con l’alimentare, in alcuni settori dell’opinione pubblica, l’illusione che il ‘panpunitivismo’ sia il miglior rimedio a ogni male sociale”; v. altresì i contributi raccolti in AA.VV., *La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista*, in www.penalecontemporaneo.it, 21 dicembre 2016; e E. SCODITTI, *Populismo e diritto. Un’introduzione*, in *Quest. giust.*, 10 settembre 2018.

4. Pur ammettendo che le sue categorie ne dovessero essere “funzionalizzate”: per tutti, C. ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem* (2. Auflage, 1973), trad. it. *Politica criminale e sistema del diritto penale*, a cura di S. MOCCIA, Napoli, 3° ed., 1991; ma v. anche F. BRICOLA, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in RIDPP, 1988, 3 ss., e in Id., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1585 ss.

5. Lucidamente ripercorsi da F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, n. 1/2019, 5 ss.

6. Ad analoghe conclusioni giunge, ancora, F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit. 9, segnalando che “il volto che sta assumendo il nostro sistema penale co-

quello che accompagna il più recente prodotto dell'opificio legislativo populista, la l. n. 3 del 2019, ossia la c.d. legge "spazzacorrotti": e si sa che le definizioni non hanno mai nulla di ingenuo, ma riflettono – orwellianamente – una relazione intima con il potere.⁷

2.1. In effetti, l'archetipo non pare più – lo si deve riconoscere con franchezza e disincanto, certo non con disimpegno – quello della *Magna Charta del reo*, pur deformato dalle ciniche finalità a cui si è andato adattando nel tempo: non più, dunque, il modello reocentrico, antiautoritario, che vuole il diritto penale come "diritto negativo", come "scienza dei limiti" (*Strafbegrenzungswissenschaft*), dove il codice penale segna le "barriere insuperabili della politica criminale", e che fonda e limita la legittimazione dello *ius puniendi* in ragione del grado di accettazione sociale delle "regole" e delle garanzie sostanziali e processuali che lo presidiano, frutto di una sedimentazione secolare a partire dai lasciti di BECCARIA, CARRARA e v. LISZT. Non più un modello che vuole il processo un meccanismo dove "la caccia vale più della preda", strumento di accertamento di responsabilità individuali e puntiformi, secondo un rigoroso itinerario di razionalità costruito, soprattutto, su regole di esclusione, e dominato dal principio *in dubio pro libertate*.

Certo questo modello "liberale" – che pur persiste nell'immaginario dei penalisti nella sua valenza idealtipica⁸ e necessitata⁹ – era già apparso scomposto ed alterato, come noto, dalle recenti evoluzioni del-

mincia ad allontanarsi da quello delineato dalla costituzione", ed una "distanza ancor più grave dei puntuali contrasti con i parametri costituzionali, che pur ci sono".

7. Sulla l. n. 3 del 2019, con varietà di accenti critici, v. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; sulle novità proposte nella riforma, v. altresì A. Manna, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018, 1 ss.; A. Camon, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, n. 3/2018, 1 ss.; R. Cantone, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 10; N. Pisani, *Il disegno di legge "spazzacorrotti": solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5.

8. Tematizzata nella sua forma più compiuta, ed alta, da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1996; ma sulla continuità tra "garantismo" e tradizione classica del sistema penale liberale, v. altresì Id., *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 129 ss.

9. Sul perché tale modello continui ad essere riferimento necessario, di recente, v. G. INSOLERA, *Perché non possiamo non dirci liberali*, in *Ind. pen.*, 2017, 3 ss.

la politica criminale,¹⁰ e fortemente destabilizzato dalla “curvatura vittimocentrica” del diritto penale,¹¹ sino ad essere dichiaratamente sfidato – pur solo in taluni ambiti “eccezionali” – dal paradigma alternativo del “diritto penale del nemico”.

Ma anche questi due “prototipi” – pur lasciando una traccia evidente della loro epifania – non sembrano spiegare compiutamente le evoluzioni attuali, visto che esse, da un lato, si registrano anche ed anzitutto al cospetto di idealtipi criminosi “senza vittime” (o a “vittima diffusa”, come i reati di corruzione);¹² e che, dall’altro, anche il (pur prossimo, per certi versi) modello estremo del “diritto penale del nemico”¹³ – condivisibili o meno che ne fossero i postulati – era pur sempre basato su un presupposto epistemologico – la possibilità di dialogare, o meno, con il reo/destinatario del precetto da parte dello Stato, e la conseguente differenziazione *ratione subiecti* dello strumentario giuridico-penale –

10. V. ad es. T. VORBAUM, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Napoli, 2018, 27 ss., 29 ss. e *passim*.

11. L’*“irruption des victimes”* di cui parlavano A. GARAPON e D. SALAS già vent’anni fa (A. GARAPON-D. SALAS, *La République pénalisée*, Paris, 1996, 16 ss.), divenuto poi propriamente “il tempo delle vittime” (C. ELIACHEFF-D. SOULEZ LARIVIÈRE, *“Il tempo delle vittime”*. *Come le vittime sono diventate i nuovi eroi della società contemporanea*, Milano, 2008); al riguardo, v. altresì A. PUGIOTTO, *Cortocircuiti da evitare. Dimensione costituzionale della pena e dolore privato delle vittime*, in F. CORLEONE-A. PUGIOTTO (a cura di), *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, Ediesse, Roma, 2012, p. 157 ss.; A. MANNA, *La vittima del reato: «À la recherche» di un difficile modello dialogico nel sistema penale*, in E. DOLCINI-C. E. PALIERO (a cura di), *Scritti in onore di Giorgio Marinucci*, I, Giuffrè, Milano, 2006, p. 957 ss.; V. VALENTINI, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell’attuale giustizia penale europea*, in *Ius17@unibo.it*, 2011, 1, p. 97 ss.

12. Ma analoghe considerazioni possono farsi in relazione alla criminalizzazione di precedenti infrazioni amministrative come l’inottemperanza al divieto del questore di accesso a specifiche aree urbane (art. 21-ter, l. 1 dicembre 2018, n. 132, introdotto in sede di conversione del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113), ovvero nuovi reati come l’art. 669-bis c.p. – ad opera dell’art. 21-quater della stessa legge – che sanziona l’esercizio molesto dell’accontonaggio, collocato tra le contravvenzioni a tutela di macro-oggettività giuridiche *victimless* come “ordine pubblico” e “tranquillità pubblica” (sul punto, v. G. MENTASTI, *Il decreto sicurezza diventa legge. Le modifiche introdotte in sede di conversione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 21 dicembre 2018; F. CURI, *Il reato di accontonaggio: “a volte ritornano”*, *ivi*, 21 gennaio 2019).

13. Secondo il modello tematizzato da G. JAKOBS, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004, 88 ss., ed oggetto di un vastissimo dibattito dottrinale impossibile, qui, richiamare.

che di fronte all'attuale modello (e non solo al cospetto dei *white collars*) appare, sostanzialmente, privo di rilievo.¹⁴

Piuttosto, il modello attuale di diritto penale, estremizzando l'idea di "lotta"¹⁵ indiscriminata e focalizzandola – nella più recente *moral crusade* – su forme di devianza riferibili a soggetti appartenenti alle élites politico-amministrative (e/o su condotte trasgressive riconducibili a precedenti assetti di potere), appare realmente ispirato a finalità di diffrazione del sociale attraverso il prisma della pena, se non di "vendetta sociale", come quella cui sembra protesa, appunto, la legge n. 3 del 2019 – sulla quale maggiormente ci si concentrerà,¹⁶ espressiva di una "giustizia repressiva e vendicativa",¹⁷ o di un autentico "accanimento repressivo" o di una "furia punitiva" assunta "come fuoco purificatore del marciume criminale".¹⁸

2.2. Questo "nuovo paradigma punitivo" sembra avere, in linea generale, alcuni tratti caratterizzanti.

In primo luogo, in linea con le declinazioni tipiche del populismo penale,¹⁹ l'istanza di razionalità non è più assunta come base edificativa del diritto penale, ma lo è piuttosto la effettività *coûte que coûte* – cieca e pervicace – dello strumento repressivo, che si vuole massimamente

14. Si vuole infatti un diritto penale truce e monologico non perché i destinatari siano "immotivabili dal diritto" – come il terrorista protagonista del *Feindstrafrecht* proposto da Jakobs – ma solo perché non vi è interesse per il dialogo che, semmai, è rivolto ad altri interlocutori.

15. Sui diversi paradigmi, cfr. M. DONINI, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non può limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale*, n. 2/2007, 55 ss.; v. altresì Id., *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in AA.VV., *Contrasto al terrorismo interno e internazionale*, 2006, 19 ss.

16. Ma tale finalità non sembra estranea, del resto, anche a taluni impulsi punitivi che – sulla scorta di un retroterra ideologico ben diverso – hanno trovato spazio nel c.d. decreto-sicurezza, come il già menzionato reato di "Esercizio molesto dell'accattonaggio", di cui al nuovo art. 669-bis c.p.

17. Cfr. anche il recente comunicato della *Associazione Italiana dei Professori di diritto penale*, evidenziando come il *trait d'union* delle recenti politiche criminali sia "l'esibizione di severità sempre maggiore: le leggi penali (e le proposte di legge) sono usate come messaggi volti a coagulare consensi, a soddisfare un sentimento di giustizia repressiva e vendicativa, e paure non sempre fondate su dati di realtà" (*Due comunicati dell'Associazione Italiana dei Professori di diritto penale su recenti modifiche e progetti di riforma del sistema penale: pena carceraria e politiche criminali*, in www.penalecontemporaneo.it, 23 novembre 2018).

18. F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 6.

19. Sulla "end of reason" come cifra caratterizzante del "penal populism", rappresentando questo "an attack on the long established link between reason and modern punishment", v. ancora J. PRATT-M. MIAO, *Penal populism*, cit., 2 ss.

user friendly anzitutto nel perseguire un agognato traguardo di “certezza della pena” – sintagma quanto mai polisemico e ambiguo, qui inteso distorsivamente come “indefettibilità della punizione” se non come “certezza del carcere”²⁰ – e che ha come primo obiettivo la “lotta all’impunità” (*fight against impunity*).

In secondo luogo, e conseguentemente, esso evoca un utilizzo della penalità che, in sostanza, si autolegittima e non deve cercare referenti esterni: e come si sa, ciò che non ha *fondamento* non ha neppure *limiti*. Cosicché sembra scomparire – in uno con le basi di legittimazione gettate dall’Illuminismo – l’idea-forza della penalistica italiana, ed anzitutto di Franco Bricola, che ha proposto di intravedere la Carta costituzionale – con la teoria costituzionalmente orientata del reato – non solo come limite, ma come fondamento stesso del diritto penale.²¹

Infine, e soprattutto, esso tramanda un utilizzo della penalità funzionale, principalmente, a legittimare chi lo propugna, dove la “catarsi punitiva” serve anzitutto come meccanismo di identificazione, contrassegnando come “diversi” i suoi promotori, per consacrarli nell’eliseo degli “incontaminati” dal malaffare (l. n. 3 del 2019) – la “virginale società civile” opposta alla “diabolica società politica”²² – o nell’emiciclo dei paladini della sicurezza e della pace pubblica (l. n. 132 del 2018, di conv. del d.l. n. 113 del 2018).

2.3. Può consolare, forse, il fatto che una simile “evoluzione” non identifichi un fenomeno solo italiano, e registri aspetti di similitudine in altre esperienze.

In Germania, ad esempio, a fronte del profluvio di leggi penali dello scorcio della scorsa legislatura,²³ si è denunciata apertamente l’“ubriacatura punitiva” (o, più esattamente, il “*finale Inkriminierung*”

20. V. al riguardo ancora F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 6 s.

21. V. al riguardo M. DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. L’insegnamento dell’esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, V, 29 ss.; più di recente, Id., *L’eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2012.

22. L. VIOLANTE, *Democrazia senza memoria*, Einaudi, Torino, 2017, p. 113.

23. Secondo i dati riportati da F. NOBIS, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, cit., 453 ss., la scorsa legislatura annovera 40 riforme penali nelle quali sono state modificate 250 disposizioni sostanziali e processuali.

*gsrauch*²⁴) di un legislatore tradizionalmente più ponderato, che invece – sostituito ormai pienamente il “vecchio” “diritto penale dei beni giuridici” (*Rechtsgüterschutzstrafrecht*) con il “diritto penale della prevenzione di pericoli” (*Gefahrenabwehrstrafrecht*), somministrato dai nuovi attori del “populismo” come sedativo alle ansie sociali – adotta moduli di intervento punitivo contaminati dal diritto di polizia, instradato su binari processuali sempre più distanti dai principi liberali e sempre più mortificanti per i diritti della difesa.²⁵

E nella più recente esperienza brasiliana, muovendo dalla nostra prospettiva, possono ravvisarsi tratti di analogia persino più marcati nel *Projeto de ley anticrime*, proposto dal Governo Bolsonaro (e dal neoministro della Giustizia Sergio Moro), come “biglietto da visita” del nuovo *establishment*.²⁶ per adeguare la legislazione alla realtà attuale e “diminuire la sensazione di impunità” la variegata ricetta consiste – *inter alia* – in nuove ipotesi di sospensione della prescrizione del reato, estensione delle condotte scriminate per gli agenti di polizia, ampliamento della discrezionalità del giudice, sentenze di condanna non definitive provvisoriamente esecutive,²⁷ radicale estensione della pena carceraria (non solo inflitta ma) concretamente eseguita, e spirale carcerocentrica dalla quale è sempre più difficile uscire per il condannato.²⁸

24. Così M. JAHN, recensione all'ultima edizione del *Nomos Kommentar* (a cura di U. KINDHÄUSER-U. NEUMANN-H.U. PAEFFGEN, Baden-Baden, 2017), in NJW, 2017, 3638.

25. Cfr. ancora F. NOBIS, *Strafrecht in Zeiten des Populismus*, cit., 455 ss., segnalando non solo il (non nuovo) “circolo vizioso” innescato – puntualmente – dalla mancata soddisfazione delle aspettative sociali di sicurezza (*Sicherheitserwartungen*), con conseguente richiesta di nuove “proposte di soluzione” che esitano, fatalmente, nel “sovradosaggio” della farmacopea sanzionatoria, ma alcune caratteristiche che si accompagnano alle attuali tendenze, e tra queste una contaminazione tra diritto penale repressivo (*repressives Strafrecht*) e diritto di polizia preventivo (*präventives Polizeirecht*), la costante estensione dei poteri invasivi e coercitivi degli organi inquirenti e della polizia giudiziaria, e, più in generale, l'accelerazione e la progressiva “deformalizzazione” del processo penale, trainata dall'obiettivo dell'efficienza e dalla necessità di calmierare le richieste di “processi più veloci, pene più severe e leggi più restrittive”, e perseguita mediante la rinuncia ai principi dello stato di diritto e lo “smantellamento” dei diritti della difesa (p. 459 ss.).

26. Il progetto è volto a introdurre, come recita l'art. 1, “misure contro la corruzione, il crimine organizzato e i crimini commessi con grave violenza alla persona”.

27. V. in particolare la parte I del progetto, dedicata a introdurre “misure per assicurare la provvisoria esecutività della condanna penale dopo la pronuncia di seconda istanza”.

28. Sul progetto, v. le critiche, tanto aspre quanto autorevoli, di M. REALE JR., *O pacote-punição de Moro*, in *Estadão*, 23 febbraio 2019, segnalando che, con il pretesto di adeguare la legislazione e ridurre il senso di impunità, il “pacchetto Moro” “commette abusi, minimizza

3. Limitandoci all'esperienza italiana, su queste basi, dunque, i dispositivi della nuova meccanica punitiva risultano sempre più avulsi – *i.e.* si vogliono avulsi – da ogni vincolo, criterio, limite, con intensità (asseritamente) commisurata alla *magnitudo* del fenomeno criminoso da contrastare, e quasi a ricordare che “*in atrocissimis [...] licet iura transgredi*”: sino ad approdare a quello che potrebbe definirsi il “diritto penale *no-limits*” dell'epoca attuale, che non è solo frutto di un *trade-off* tra efficienza e garanzie con un saldo conclusivo a tutto scapito di queste, ma che è un modello *altro* di diritto penale, predisposto e proteso a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e drammatizzate, ed a realizzare – persino – una sorta di *class action* punitiva.

Esso registra quindi non solo un allontanamento progressivo dai canoni di offensività ed *extrema ratio*,²⁹ o una diastasi dai principi di ragionevolezza e proporzione, ovvero cedimenti già anticipati – in modo più o meno evidente – da esperienze legislative recenti.³⁰ Ma evoca appunto un modello di diritto penale *eccentrico* (perché non ha più un centro) ed *ametrico* (perché è privo ormai di misura) che, completando una traiettoria ondivaga e intermittente, sembra avere ormai – dichiaratamente e definitivamente – sciolto gli ormeggi dai suoi valori fondativi e dai suoi dispositivi caratterizzanti: accomiatandosi, anzitutto, dalla tipicità legale del reato, da ogni idea di proporzione come metro dell'equilibrio interno al rapporto precetto/disvalore/sanzione e come canone generale e trasversale dell'intervento punitivo (*Verhältnismässigkeits-*

garanzie, acutizza vulnerabilità e premia mancanze del sistema di giustizia”, introducendo solo “misure per ampliare la punizione penale”.

29. A tutto questo eravamo già abituati, non solo al cospetto di una espansione qualitativa e quantitativa abnorme del diritto penale, in Italia come altrove: v., al riguardo, le diverse denunce di C.E. PALIERO, *Minima non curat praetor*, Milano, 1985; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna, 1990; Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Von unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Frankfurt, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1995; J.M. SILVA SANCHEZ, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1° ed., Madrid, 1999; ed ancora A. GARAPON-D. SALAS, *La République pénalisée*, cit., 5 ss., denunciando “la pénalisation de la vie collective”.

30. Con picchi di irrazionalità registratisi, ad esempio quando abbiamo assistito all'omicidio stradale punito con pene irragionevolmente draconiane, o alla progressiva *escalation* delle cornici edittali nei reati contro la P.A., ovvero ancora all'exasperazione dell'uso delle presunzioni di adeguatezza della custodia cautelare in ragione di valutazioni di puro allarme sociale, etc.

grundsatz), e dalla presunzione di innocenza, sempre più debilitata da una crescente relativizzazione.

3.1. Quanto al primo aspetto, per vero, il congedo dalla primazia della legge e dalla “tipicità legale” – eletta a snodo fondamentale del passaggio al moderno³¹ – ha radici risalenti, e ha preso piede su un terreno ampiamente dissodato da una pluralità di fattori.

3.1.1. Ben inteso: che la “tipicità penale” – specie in un’epoca dove il concetto di “fattispecie” è da tempo associato alla sua “crisi”³² – non fosse più quella custodita in uno “schema logico-concettuale chiuso” e conchiuso nella “graniticità” del *Tatbestand* lo aveva testimoniato, prepotentemente, la progressiva consapevolezza sul “valore del precedente” nel diritto penale³³ e, di qui, l’irruzione sulla scena della “legalità giurisprudenziale”,³⁴ che ha protagonizzato il momento interpretativo a scapito della legge: una presenza ormai tanto incalzante da costringere la Corte costituzionale – come pure si vedrà – a trincerarsi nella cittadella fortificata dei principi supremi (sottoposizione del giudice alla legge – art. 101, secondo comma, Cost. – separazione dei poteri) in diverse occasioni recenti.³⁵

31. Per tutti, v. l’importante studio di A. GARGANI, *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997.

32. In un panorama dottrinale vastissimo, che spesso intreccia il *topos* della crisi della legalità (per tutti, M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano, 2013, 371 ss.), v. di recente A. GAMBERINI, *La crisi della tipicità. Appunti per una riflessione sulla trasformazione della giustizia penale*, in www.penalecontemporaneo.it, 31 marzo 2016, e M. PAPA, *Fantastic voyage. Attraverso la specialità del penale*, Torino, 2018, 91 ss.

33. Al riguardo, v. in particolare lo studio “pionieristico” di A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2 ed., Torino, 2014; cfr. ora anche Id., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Digesto/pen.*, Aggiornamento, Torino, 2016, 407 ss.

34. Per un istruttivo affresco, v. M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale*, in AA.VV., *Cassazione e legalità penale*, a cura di A. CADOPPI, Roma, 2017, 77 ss.

35. Il riferimento è – *inter alia* – alla sentenza n. 230 del 2012 ed alla sentenza n. 115 del 2018, ma anche alla recente sentenza n. 25 del 2019, la quale – sulla traccia di quanto già affermato nella sentenza n. 230 del 2012 – ha ribadito che “In un ordinamento in cui il giudice è soggetto alla legge e solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), la giurisprudenza ha un contenuto dichiarativo e nella materia penale deve conformarsi al principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., che vuole che sia la legge a prevedere che il fatto commesso è punito come reato”, precisando altresì che “L’attività interpretativa del giudice, anche nella forma dell’interpretazione adeguatrice costituzionalmente orientata, può sì perimetrare i confini

zionalmente tollerabile – quello di una “giurisdizione senza fatto”⁴⁹ e di misure disposte *praeter probationem delicti*, con l’effetto perverso di sdrammatizzare ogni problema di tassatività e determinatezza – così come ogni problema di interpretazione/analogia – diluito ormai in un contesto che ha già accettato una diversa base epistemologica per l’intervento penale.

In questo quadro sconnesso, non deve dunque sorprendere che circoli pericolosamente nel sistema – e nell’immaginario collettivo – lo *slogan* per cui “non esistono innocenti, ma solo colpevoli non ancora scoperti”, e l’idea consequenziale che, quindi, leggi penali lasche servano a rimediare ad improvvide assoluzioni (con le ricadute che si evidenzieranno in punto di presunzione di innocenza).

E non sorprende nemmeno che ferite ancor più eclatanti alla “legalità legale”, persino nel suo contenuto “storico” della irretroattività, possano risultare accettabili, nascoste dietro la paratla formale – tanto comoda quanto inappagante – di qualche tralattizia distinzione, come quella tra *disposizioni sostanziali* e *disposizioni concernenti l’esecuzione penale*, con immediata applicazione di queste ultime nonostante le evidenti e contundenti ricadute afflittive, e nonostante – soprattutto – la diversa lettura antiformalistica che sembra emergere dalla giurisprudenza europea⁵⁰ (il pensiero corre all’estensione dell’art. 4 *bis* dell’ordinamento penitenziario – e del regime di ostatività – ai delitti contro la PA).⁵¹

49. Così M. CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l’incompatibile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 dicembre 2015.

50. Sul punto, v. le considerazioni di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 277 ss.

51. Sul punto, volendo, V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la P.A.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2019, 105 ss.; va al riguardo menzionata la recente, coraggiosa decisione del GIP di Como, 8 marzo 2019, dott. ssa Luisa Lo Gatto, che – prendendo le distanze dal “diritto vivente” della Cassazione che vuole la normativa penitenziaria assoggettata al principio del *tempus regit actum* – ha affermato la irretroattività della nuova disciplina peggiorativa, per il tramite di una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente conforme (al riguardo, v. ora L. MASERA, *Le prime decisioni di merito in ordine alla disciplina intertemporale applicabile alle norme in materia di esecuzione della pena contenute nella cd. legge spazzacorrotti*, in www.penalecontemporaneo.it, 14 marzo 2019); i dubbi di costituzionalità, peraltro, sono stati già ritenuti non manifestamente infondati da Cass., sez. VI, 14 marzo 2019 (notizia di decisione n. 17/19).

Quasi che il *nullum crimen sine praevia lege poenali*, di fronte a talune forme di criminalità odiosa come quella della corruzione, sia ormai *quantité negligeeable*, improvvido intralcio all'affermarsi della palingenesi punitiva intesa – appunto. – come “vendetta sociale”.

3.2. Non meno evidente ed incalzante il congedo dal principio di proporzione tra reato e pena, istanza che – come si sa – vanta nobili ascendenti,⁵² referenti costituzionali immediati che la saldano alla finalità rieducativa della pena, e riferimenti nelle principali carte dei diritti (art. 49 CDFUE); e che purtuttavia oggi appare un vincolo troppo angusto per un diritto penale che si vuole truculenta manifestazione di *revanchismo* punitivo.

Anche su questo fronte, le lacerazioni non sono nuove, e i bagliori si sono avvertiti nelle frequenti impennate delle cornici edittali, in diversi settori, sempre al traino dell'acutizzarsi dell'allarme sociale, anche episodico, e alla risposta cinicamente placativa del legislatore (come nell'esempio emblematico dell'omicidio stradale, o dello *stalking*, o ancora dei reati di corruzione, ovvero nel settore dei reati di *market abuse*, etc.).

Senonché, l'abnormità della reazione sanzionatoria appare oggi apertamente tematizzata come esibizione di integralismo e diversità di *Weltanschauung*: veicolata da “misure manifesto” come il DASPO per i corrotti (ossia pene interdittive pressoché perpetue capaci di resistere non solo alla sospensione condizionale ma anche – quasi una sorta di *damnatio memoriae* – alla riabilitazione⁵³) o da spinte carcerocentriche come quelle promosse dalla menzionata estensione dell'art. 4-*bis* ord. pen. anche ai reati contro la P.A., con necessario “assaggio di pena”

52. Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1774), in ptc. § VI e XXVII.

53. V. il nuovo art. 317-*bis* c.p., modificato dall'art. 1, comma 1, lett. *m*) della l. n. 3 del 2019, ai sensi del quale la condanna alla reclusione (superiore a due anni) “per i reati di cui agli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* e 346-*bis* importa l'interdizione perpetua dai pubblici uffici e l'incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio”, e quanto alla non operatività della riabilitazione, il comma aggiunto – dall'art. 1, comma 1, lett. *i*) della medesima legge – all'art. 179 c.p., ai sensi del quale “La riabilitazione concessa a norma dei commi precedenti non produce effetti sulle pene accessorie perpetue. Decorso un termine non inferiore a sette anni dalla riabilitazione, la pena accessoria perpetua è dichiarata estinta, quando il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta”.

imposto anche a chi avrebbe avuto ragionevolmente accesso a misura extramuraria secondo la disciplina ordinaria.

Del resto, la rimozione dell'idea stessa di proporzionalità e di ogni equilibrio costituzionale nella allocazione della responsabilità penale penetra nei più diversi ambiti, ed emerge anche nei progetti di riforma – prossimi al traguardo – della “legittima difesa armata domiciliare”, che vorrebbe anteporre – non so bene come – l'inviolabilità del domicilio all'inviolabilità della vita umana. Si dirà che è solo propaganda, e che la giurisprudenza – domani come ieri – non potrà che neutralizzare gran parte del *novum* legislativo (e dell'*intentio auctoris*):⁵⁴ ma la semiologia in cui si esprime è chiaramente tesa a sovvertire il rapporto tra i valori in gioco.

3.3. Sullo sfondo, questa disarticolazione del diritto penale dai suoi presupposti fondativi, e dai corrispondenti limiti, trova un campo reso particolarmente fertile dal progressivo declino e dalla “relativizzazione” della presunzione di innocenza – la garanzia più semplice e disarmata, pietra d'angolo di una giustizia penale liberale –, sempre più svilita sia come *regola di giudizio* che come *regola di trattamento*.

3.3.1. Sul primo fronte, la progressiva ipotrofia della presunzione di innocenza – come noto – si deve all'impovertimento della tipicità legale, e alla perdita di “rigore” del tipo di cui si è accennato.

Del resto, quando si assottiglia il coefficiente di tassatività/determinatezza del tipo, e il perimetro di rilievo penale è affidato a “fattispecie a tipicità sintomatica” costruite su elementi “a tassatività debole”, si atrofizza anche il *thema probandum*, con ricadute simmetriche sul versante della tenuta processuale, dove il pericolo costante è “che la prova si fondi su meri dati presuntivi”, in spregio alla regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio; ed a fronte di fattispecie poco determinate è la stessa giurisprudenza – nella sua composizione più autorevole – ad ammonire sulla necessità di “scongiurare mere presunzioni o inaffidabili automatismi nella verifica della ipotesi accusatoria”.⁵⁵

54. In questo senso, v. ad esempio l'intervista a E. BRUTI LIBERATI, “Questa legge è un inganno ed è anche incostituzionale”, *La Repubblica*, 7 marzo 2019.

55. Così le SS.UU., 24 ottobre 2013, *Maldera*, in ptc. § 22, con riferimento alla distinzione tra concussione e art. 319-*quater* c.p. (in *Dir. pen. cont.*, 17 marzo 2014, con nota di G.

3.3.2. Ma la garanzia della presunzione di innocenza è ormai sfibrata da attacchi persino più frontali e graffianti, anzitutto come “regola di trattamento”.

Se ne ha traccia evidente nella progressiva anticipazione degli “effetti del procedimento penale” sulla sfera giuridica dell’imputato: in una campionario di esempi crescente e sempre più variegato, basti pensare alle diverse incapacitazioni e limitazioni che incidono – nelle diverse sequenze processuali, ed in linea di principio a partire dalla sentenza di condanna “anche non definitiva” – sui diritti politici (si pensi alle incandidabilità a cariche elettive previste – in attuazione della legge Severino – dal d. lgs. n. 235 del 2012), economici o lavorativi (si pensi alle cause ostative previste nel codice degli appalti, ma anche ai requisiti di onorabilità previsti per le società quotate, ovvero ancora alle inconfiribilità di incarichi presso pubbliche amministrazione previsti, sempre in attuazione della l. n. 190 del 2012, dal d.lgs. n. 39 del 2013), o sugli stessi diritti civili (come recentemente previsto dal citato d.l. n. 113 del 2018 (conv. in l. n. 132 del 2018), rispetto al richiedente asilo internazionale che sia anche solo “sottoposto a procedimento penale”, o condannato anche con sentenza non definitiva (per reati tra i quali compare anche quello – di limitata gravità – di violenza o minaccia al pubblico ufficiale, ex art. 336 c.p.⁵⁶); tutte limitazioni imposte al prezzo di una contrazione della presunzione di innocenza, ritenuta soccombente rispetto ad altri interessi.

La relativizzazione della presunzione di innocenza sembra, persino, tematizzata in forma compiuta, quando si accetta – con l’avallo del-

L. GATTA, *Dalle Sezioni Unite il criterio per distinguere concussione e ‘induzione indebita’: minaccia di un danno ingiusto vs prospettazione di un vantaggio indebito*).

56. Art. 10, comma 1-bis, d.l. n. 113 del 2018, cit., che ha modificato l’art. 32 del d.lgs. n. 25 del 2008, modificando la disciplina del “*Procedimento immediato innanzi alla Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale*”: in tali casi, il questore, salvo che la domanda sia già stata rigettata dalla Commissione territoriale competente, ne dà tempestiva comunicazione alla stessa Commissione, che provvede nell’immediatezza all’audizione dell’interessato adottando contestuale decisione, valutando l’accoglimento della domanda, la sospensione del processo o il rigetto della domanda; esito quest’ultimo facilmente prevedibile, con la conseguenza che il richiedente dovrà lasciare immediatamente il territorio dello Stato, anche in pendenza di ricorso avverso la decisione della Commissione (cfr. sul punto, le perplessità anche di M. R. GUGLIELMI, *Relazione*, cit., 11).

la Corte costituzionale e persino della Corte EDU⁵⁷ – che misure a contenuto afflittivo (e “sostanzialmente penali” quali sono talune ipotesi di confisca) siano disposte a fronte di un mero accertamento *sostanziale* della responsabilità, condotto *in itinere iudicii*, e pur in presenza di un proscioglimento determinato da una sopravvenuta causa di estinzione del reato come la prescrizione: con una “licenza” rispetto al principio *nullum crimen sine iudicio* che – è stato autorevolmente rilevato – sembra rievocare formule medievali come quella che voleva l’imputato “à moitié acquitté”.⁵⁸

A questo progressivo svilimento della presunzione di innocenza come “regola di trattamento” ci siamo, del resto, assuefatti: la si tocca con mano dagli spalti del “processo mediatico”, quella rappresentazione di “giustizia parallela” ormai diffusa nei più diversi *format* (dal *talk show*, al *docufiction*, all’*infotainment*) che rappresenta una delle esperienze più “immersive” della penalità contemporanea, e che – incalzata dall’urgenza di costruire una risposta che soddisfi la voracità dell’*audience* – ha l’unico comune denominatore nel presentare l’indagato come reo, secondo la sommaria e tribale ricostruzione operata, appunto, sul “palcoscenico catodico di verità di pronto consumo offerto dai *media*”.⁵⁹

3.3.3. Su queste basi, il congedo definitivo dalla presunzione di innocenza – come “valore di fondo” del sistema – sembra evidente nella recente legge c.d. “spazzacorrotti”.

In effetti, un primo indizio – alquanto sintomatico – sembrerebbe potersi desumere dall’estensione ancora ai reati di corruzione della figura del c.d. “agente infiltrato”, profilato con tratti piuttosto ambigui nonostante i moniti della giurisprudenza europea,⁶⁰ ed inoculato dunque

57. Cfr. Corte cost., sentenza n. 49 del 2015 (e su quella traccia SS.UU. in materia di confisca); analogamente, ora, Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia* (in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2018, 759 ss., con nota di A. SCARCELLA).

58. Cfr., al riguardo, la *dissenting opinion* del giudice P. PINTO DE ALBUQUERQUE, nella citata sentenza della Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. s.r.l. e a. c. Italia*.

59. Cfr. G. GIOSTRA, voce *Processo mediatico*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. X, 2017, § 5.

60. V. al riguardo già A. VALLINI, *Agente infiltrato, agente provocatore e utilizzabilità delle prove: spunti dalla giurisprudenza della Corte EDU* [nota a Cass., sez. III, 7.4.2011 (dep. 3.5.2011), n. 751], in www.penalecontemporaneo.it, 31 maggio 2011.

in un settore di criminalità *comune* che può germinare nei quotidiani rapporti tra politica/amministrazione e impresa e/o nel contesto ordinario del traffico economico-sociale:⁶¹ introduzione alla quale – visto l’incerto perimetro normativo che non sembra neutralizzare con chiarezza la provocazione da parte dell’agente *undercover*⁶² – sembra sottesa l’idea che il cittadino comune – e non il soggetto gravato da una presunzione di pericolosità più o meno fondata come quello che orbita nel contesto del crimine organizzato e/o del traffico internazionale di droga – sia un potenziale corruttore, che nella penombra della prassi – non si può escluderlo – potrà essere trascinato nell’orto del Getsemani e messo alla prova con la tentazione di chi si dispone al *pactum sceleris*, se non persino con un velato *integrity test*, secondo una logica chiaramente espressiva di uno “stato di polizia”, che diffida dei propri concittadini presumendoli, appunto, potenziali rei, o “proclivi a delinquere”.

Ma è soprattutto la “sterilizzazione” della prescrizione del reato ad evocare il tramonto assiologico della presunzione di innocenza: con una scelta di campo che tramanda una idea di “giustizia assoluta” – secondo il principio *fiat iustitia et pereat mundus*, che non tollera limitazioni temporali, utilitaristiche, proporzionate quali quelle imposte dalla “pena utile” e da una idea “secolarizzata di giustizia” – si adotta un modello tanto esasperato da far ricadere sull’imputato (persino dopo

61. Art. 1, comma 8, l. n. 3 del 2019.

62. Cfr., specie in relazione alla condotte “consentite” al “simulato corrotto”, ossia al simulato pubblico agente che sollecita la “tangente”, B. FRAGASSO, *L’estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione: dalla giurisprudenza della Corte EDU, e dalle corti americane, un freno allo sdoganamento della provocazione poliziesca*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 marzo 2019, sottolineando, più in generale, che la vaghezza nel delineare le condotte scriminate “è ancora più preoccupante se si tiene conto del fatto che l’art. 9 comma 1, in chiusura, menziona anche le condotte «prodromiche e strumentali» tra quelle la cui punibilità è esclusa: vi è dunque il concreto pericolo che tale scriminante si trasformi in una causa di impunità indiscriminata per *tutte* le attività compiute sotto copertura”, ivi comprese quelle preparatorie o provocatorie; e pur sottolineando il requisito secondo il quale le operazioni sotto copertura debbano essere disposte “al solo fine di acquisire elementi di prova”, cosicché esse “[...] non potrebbero, dunque, essere utilizzate a fini meramente preventivi e dovrebbero svolgersi soltanto successivamente all’acquisizione di una *notitia criminis*, nell’ambito di un procedimento penale già instaurato”; meno preoccupato sul punto, alla luce delle indicazioni desumibili dalla giurisprudenza della Cassazione e della Corte EDU, P. IELO, *L’agente sotto copertura per reati di corruzione nel quadro delle tecniche speciali di investigazioni attive e passive*, ivi, 5 marzo 2019.

una assoluzione in primo grado) il passaggio del tempo e le inefficienze della giustizia: dove il retropensiero sembra chiaro, e coincide con l'abbandono del principio *in dubio pro reo* in favore dell'*in dubio pro republica*.

4. In un quadro così scomposto, e a fronte di un diritto penale sempre più disarticolato dalle sue premesse fondative liberali, l'unico freno ad una tale deriva è quello che tenta di opporre la Corte costituzionale, con decisioni che – sintomaticamente – interpellano sempre più spesso, di recente, principi fondamentali, riaffermati con forza e rigore indubbiamente inconsueti.⁶³

Se ne è avuto un esempio con le decisioni rese a margine della c.d. “saga Taricco”,⁶⁴ dove la Corte si è diffusa in una perentoria riaffermazione della legalità – nelle sue componenti più intime e nelle sue peculiarità “continentali” –, ripudiando apertamente l'idea del “giudice di scopo”, chiudendo spazi a interventi “paralegislativi” dell'interpretazione giudiziale, disancorati da ogni “fondamento ermeneutico controllabile”, ribadendo la primazia della legge nella sua inamovibile centralità “nei sistemi di *civil law*”, e persino rivitalizzandola con un “sorprendente” richiamo al testo come limite ad ogni libertà di interpretazione, ridimensionata ad “un *posterius* incaricato a scrutare nelle eventuali zone d'ombra”.⁶⁵

Ancora sul fronte della tipicità legale, ma sul versante della prevenzione – oggetto di un recente “trittico” di importanti pronunce di accoglimento⁶⁶ – la Corte da un lato ha censurato – con un *overruling* rispetto al proprio precedente orientamento⁶⁷ – l'eccessiva genericità della prescrizione del “vivere onestamente e rispettare le leggi”,⁶⁸ dall'altro

63. Più in generale sul ruolo delle giurisdizioni (ordinarie, costituzionali ed europee) come “ultima difesa contro un attacco esiziale portato ai principi e allo spirito di umanitarizzazione del diritto penale, frutto di un plurisecolare processo di civilizzazione”, v. G. INSOLERA, *Una discesa nel maelström*, in www.discrimen.it, 20 settembre 2018, 14.

64. Il riferimento è all'ordinanza n. 24 del 2017 e alla sentenza n. 115 del 2018.

65. Così, in particolare, la sentenza n. 115 del 2018.

66. Le sentenze nn. 24, 25 e 26 del 2019.

67. Sentenza n. 282 del 2010.

68. Sentenza n. 25 del 2019, sulla traccia di una palese *interpretatio abrogans* già operata dalla citata sentenza delle SS.UU., n. 40076 del 2017, Paternò.

è giunta ad affermare – per quanto qui maggiormente interessa – che il difetto di tipizzazione non può essere compensato da “pur significativi sforzi della giurisprudenza” ove questi – coltivati soprattutto sul versante processuale e non sul versante della “tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*”⁶⁹ –, in ragione della perdurante convivenza di “due contrapposti indirizzi interpretativi”, non siano riusciti ad “assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie [...] sì da consentire ai consociati di prevedere ragionevolmente in anticipo in quali «casi» – oltre che in quali «modi» – essi potranno essere sottoposti alla misura di prevenzione della sorveglianza speciale, nonché alle misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca”.⁷⁰

69. Come evidenzia la sentenza n. 24 del 2019, la “tassatività sostanziale, concernente il *thema probandum*” va distinta dalla tassatività processuale, “concernente il *quomodo* della prova”: “Mentre il primo attiene al rispetto del principio di legalità al metro dei parametri già sopra richiamati, inteso quale garanzia di precisione, determinatezza e prevedibilità degli elementi costitutivi della fattispecie legale che costituisce oggetto di prova, il secondo attiene invece alle modalità di accertamento probatorio in giudizio, ed è quindi riconducibile a differenti parametri costituzionali e convenzionali – tra cui, in particolare, il diritto di difesa di cui all’art. 24 Cost. e il diritto a un “giusto processo” ai sensi, assieme, dell’art. 111 Cost. e dall’art. 6 CEDU – i quali, seppur di fondamentale importanza al fine di assicurare la legittimità costituzionale del sistema delle misure di prevenzione, non vengono in rilievo ai fini delle questioni di costituzionalità ora in esame”, cosicché “Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza – nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione – di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali «elementi di fatto») suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle “fattispecie di pericolosità generica” descritte dalle disposizioni in questa sede censurate [...]”.

70. Su queste basi, la citata sentenza n. 24 del 2019 – dopo un silenzio sostanzialmente protrattosi, sulle misure di prevenzione, per quasi quarant’anni (dalla sentenza n. 177 del 1980) – ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 1, lett. a), del d.lgs. n. 159 del 2011, concernente «coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose», rilevando una “radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso”, posto che “[a]lla giurisprudenza [...] non è stato possibile riempire di significato certo, e ragionevolmente prevedibile *ex ante* per l’interessato, il disposto normativo in esame”; e ciò, a differenza di quanto ritenuto con riferimento alla diversa fattispecie “preventiva” di cui all’art. 1, lett. b), d. lgs. n. 159 del 2011 (relativa a «coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose»), al cospetto della quale si è rilevato che l’interpretazione giurisprudenziale della fattispecie “permette di ritenere soddisfatta l’esigenza – sulla quale ha da ultimo giustamente insistito la Corte europea, ma sulla quale aveva già richiamato l’attenzione la sentenza n. 177

Si deve sempre alla Corte una significativa accentuazione del principio di proporzione, e della sua “capacità dimostrativa” – amplificata dalla rinuncia al geometrismo tipico del *tertium comparationis*⁷¹ così come dal temperamento del dogma delle “rime obbligate” – messa subito alla prova sull’impervio campo delle cc.dd. pene fisse (previste per i reati di bancarotta),⁷² e confermata anche successivamente, in tema di stupefacenti;⁷³ ed una ulteriore “svolta” in punto di finalità rieducativa (art. 27/3 Cost.), sul delicato tema dell’ergastolo, culminata nell’affermare – con valenza ben più generale – il “principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”.⁷⁴

del 1980 di questa Corte – di individuazione dei «tipi di comportamento» («types of behaviour») assunti a presupposto della misura”.

71. Così la sentenza n. 236 del 2016, in *Giur. cost.*, 2016, 2092 ss., con nota di V. MANES, *Proporzione senza geometrie*.

72. Sentenza n. 222 del 2018 (in www.penalecontemporaneo.it, con nota di A. GALLUCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*; ed in *Giur. comm.*, 2019, con nota di P. INSOLERA, *Oltre le "rime costituzionali obbligate": la Corte ridisegna i limiti del sindacato sulla misura delle pene*, in corso di pubblicazione), cui ha fatto seguito la sentenza n. 233 del 2018).

73. Il riferimento è alla sentenza n. 40 del 2019, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 73, comma primo, d.p.r. n. 309 del 1990, nella parte in cui prevede la pena minima edittale di otto anni anziché di sei anni, ritenendo che “[l]a misura della pena individuata dal rimettente, benché non costituzionalmente obbligata, non è tuttavia arbitraria: essa si ricava da previsioni già rinvenibili nell’ordinamento, specificamente nel settore della disciplina sanzionatoria dei reati in materia di stupefacenti, e si colloca in tale ambito in modo coerente alla logica perseguita dal legislatore”, e pur rilevando che “[è] appena il caso di osservare che la misura sanzionatoria indicata, non costituendo una opzione costituzionalmente obbligata, resta soggetta a un diverso apprezzamento da parte del legislatore sempre nel rispetto del principio di proporzionalità [...]” (sul tema, v. già R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.penalecontemporaneo.it).

74. Posto che la “pur legittima” finalità generalpreventiva non può però “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società”: così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, comma 4, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall’art. 4-*bis*, comma 1, l. cit., i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. – e per il delitto di cui all’art. 289-*bis* c.p. – che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che dunque – riconoscendo l’inderogabilità del finalismo rieducativo – si profonde in una affermazione “assai impegnativa,

Nel complesso, pur a fronte di talune decisioni di segno diverso – e più “compromissorie”⁷⁵ – l’approccio della Corte appare indubbiamente rigoroso, e sempre più impegnato nello sforzo di salvaguardare – o controbilanciare – le spinte deformanti di cui si è accennato.

Ma è chiaro a tutti che l’opera di freno della Consulta – necessariamente e strutturalmente parziale, specie in un sistema a “controllo accentrato” – ha un margine di azione limitato, non solo perché dipende da una certa composizione della Corte e dall’autorevolezza, indipendenza ed equilibrio dei suoi giudici (e di chi è chiamato a sceglierli, direttamente o indirettamente); ma anche e soprattutto perché la Corte – è stato da tempo evidenziato – è pur sempre un “decisore politico nazionale”,⁷⁶ come tale non certo immune da condizionamenti esterni – ivi compresa la pubblica opinione – che ne mettono costantemente alla prova la vocazione anti-maggioritaria.

Ed è chiaro pure che anche le sentenze più coraggiose ed illuminate – come testimonia proprio la materia dell’immigrazione⁷⁷ – non hanno alcun valore fideiussorio per il futuro.⁷⁸

che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all’unica finalità della pena enunciata nella costituzione” [in questi termini, E. DOLCINI, *Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo (e di rieducazione del condannato)*, in www.penalecontemporaneo.it, 18 luglio 2018, 3; al riguardo, v. anche M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in RIDPP, 2018, 1359 ss., e F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, ivi, 1787 ss.; ed ancora A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all’inequivocabile sentenza n. 149/2018)*, in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018, 405 ss.].

75. Ne è un esempio la sentenza n. 49 del 2015, in tema di “confisca senza condanna”, che ha trovato il suo *pendant* in una “debole” e per molti versi ambigua sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 28 giugno 2018, *G.I.E.M.s.r.l. e a. c. Italia*.

76. R.A. DAHL, *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker*, in *J. Pub. L.*, 1957, p. 279 ss., 281.

77. Sulla dissociazione tra opzioni legislative (penali e amministrative) e indicazioni desumibili dalla giurisprudenza costituzionale, v. ad es. M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell’immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in C. SOTIS-M. MECCARELLI-P. PALCHETTI (a cura di), *Ius peregrinandi: il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità statale e regimi dell’esclusione*, Macerata, 2011, 35 ss.

78. N. RECCHIA, *Ruolo e legittimazione delle Corti dei diritti in materia penale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2019 (in corso di pubblicazione).

5. Verrebbe da chiedere, dunque, quali sono le funzioni di questo peculiare modello di diritto penale, eccentrico e ametrico, che appare come un vero e proprio “diritto penale *no-limits*”; e soprattutto quali conseguenze potrebbe implicare il farsi strada di questo paradigma – propagandosi ad altri settori sulla scia delle *moral campaign* volta a volta trainanti – non solo per i diritti e le garanzie, ma per l’assetto ordinamentale e per gli stessi equilibri dello stato di diritto.

Quanto alle funzioni, sembra chiaro che tra queste non vi sia alcun interesse per la prevenzione speciale positiva, e per la finalità rieducativa, che non può coesistere con la “neutralizzazione sociale” del reo;⁷⁹ ma anche la prevenzione generale – pur sempre basata su un calcolo di razionalità *ex parte legislatoris* sotteso all’idea di *deterrence* – non appare davvero un interesse centrale, e così pure la retribuzione – che pur potrebbe sembrare prossima, con la sua “maestosità svincolata da scopi”, a determinati automatismi, che sembrano evocare una radicalizzazione del *just desert*⁸⁰ – non sembra pertinente, tale e tanta è la distanza dal canone di proporzione che è consustanziale all’idea di retribuzione.

Si tratta dunque di altro: l’impiego della pena – come accennato – sembra funzionale ad una simbologia comunicativa che assume l’ostentazione punitiva, anzitutto, come strumento di legittimazione dei nuovi assetti di potere, dove però il messaggio non sembra divulgato in chiave di deterrenza (*pro futuro*), ma in chiave retrospettiva, appunto come una sorta di “*revanche* punitiva” che serve anzitutto a legittimare i nuovi attori politici; dove, peraltro, la severità della pena – o il cieco rigore nella sua esecuzione – non è solo eclatante manifestazione di integerrimo rigore in chiave di stabilizzazione sociale, ma è anzitutto – come accennato – truculenta ostentazione della diversità, nella tacita

79. La finalità imposta dall’art. 27/3 Cost., che ha una corrispondenza biunivoca con il divieto di usare il singolo per finalità impersonali, è del resto chiaramente negletta al cospetto di misure come le citate pene interdittive “perpetue” o di meccanismi che implicano la neutralizzazione di percorsi di riabilitazione extramuraria *sine necessitate*.

80. Cfr. G. D. CALAZZA, *Spazzacorrotti: un Dna segnato dal giustizialismo*, in *Guida al dir.*, n. 11 del 2019, 10 ss.: “[...] Una idea cioè schiettamente etica, neo-retributiva, che concepisce la incriminazione non come mera prescrizione di regole di comportamento sociale cui deve schiettamente conformarsi, ma come individuazione di uno *standard* morale la cui violazione esige, anche emotivamente, una compensazione prossima alla vendetta da parte della comunità sociale offesa e dunque alla umiliazione del reo piuttosto che al progetto della sua emenda”.

assunzione che le leggi sociali “non sono fatte per essere applicate da persone alle quali sono destinate, ma per essere applicate a coloro che non le hanno fatte”.⁸¹

La “punizione”, dunque, neppure come “istituzione di memoria” a beneficio della collettività, ma come profilassi identitaria per un singolo gruppo, unita anche – difficile negarlo – alla elargizione pubblica del “godimento derivante dal castigo”⁸² o dalla premonizione di una sofferenza provocata ad altri (*Schadenfreude*).

6. Ciò premesso, diventa più utile, ed urgente, interrogarsi sulle “conseguenze del futuro”, e sulle ricadute di questo “mutamento di paradigma”, partendo da una osservazione d’insieme.

Da una prospettiva grandangolare, non è difficile intravedere la transizione dal modello dello *stato liberale* al modello dello *stato etico* (dove il diritto penale è inteso come “strumento di purificazione dal male”,⁸³ e proteso verso un ideale di giustizia assoluta: *fiat iustitia et pereat mundus*), a cui non sono del resto estranei – storicamente – tratti di *stato di polizia*; e non è dunque difficile scorgere – anche qui – l’avverarsi del presagio di chi, più di cinquant’anni or sono, avvertiva che lo stato liberale secolarizzato si fonda su presupposti che esso stesso non è in grado di garantire.⁸⁴

Su questo piano inclinato, ci si può chiedere quali possano essere le ricadute per la giurisdizione, e quali i nuovi (dis-)equilibri che potranno determinarsi sul piano della separazione dei poteri, al cospetto di un diritto penale liberato da ogni argine, ed affidato interamente alla gestione del giudice: considerando che a questi si chiede – in modo sempre più esplicito – di utilizzarlo come strumento di contrasto a fenomeni, e di operare come “giudice di scopo”, direttamente corresponsabilizzato nel perseguimento dell’obiettivo, la lotta alla criminalità e, anzitutto, la *fight against impunity*.

81. M. FOUCAULT, *La société punitive. Cours au Collège de France 1972-1973*, trad. it., *La società punitiva. Corso al Collegio di Francia 1972-1973*, Milano, 2016, 25.

82. Parafrasando E. DURKHEIM (*De la division du travail social*, Paris, 1893, tr. it. *La divisione del lavoro sociale*, Milano, 1962, 106), secondo il quale le componenti emotive del punire sarebbero tanto più enfatizzate “quanto le società sono meno civilizzate”.

83. F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, cit., 8.

84. E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt, 1976, 6.

6.1. L'impressione è che dietro alla *nouvelle vague* politico-criminale vi sia una implicita – e forse perseguita – deresponsabilizzazione della politica e, parallelamente, una iper-responsabilizzazione della magistratura.

Sarebbe infatti ingenuo, a nostro avviso, intravedere – nell'evoluzione che si è ripercorsa – una reale apertura di credito nei confronti della magistratura e della discrezionalità giudiziaria, che del resto è oggetto di palese sfiducia in diversi ambiti, e gravata di interventi limitativi quando l'interesse "effettivo e concreto" è quello di ridurne o ricalibrarne il margine di azione,⁸⁵ come emblematicamente dimostrato – è solo un esempio – dalla riforma *in progress* della legittima difesa.⁸⁶

Piuttosto, la "discrezionalità rinforzata" – sottesa a uno strumentario punitivo sempre più libero da contorni *hard edge* e da freni – sembra frutto di un cinico calcolo deresponsabilizzante, a cui corrisponde una delega in bianco alla magistratura e la progressione verso un orizzonte dove la giustizia penale – e forse la stessa condanna dell'imputato – sembra declinarsi, sempre più, come "obbligazione di risultato"; un orizzonte di attesa al cospetto del quale i giudici alla fine dovranno dire – alla politica e soprattutto all'opinione pubblica – "da che parte stanno",⁸⁷ se dalla parte della legalità o di chi la mette a repentaglio.

6.2. In filigrana, si intravede dunque una progressiva e pericolosa sovraesposizione della giurisdizione che – non è difficile prevederlo – comporterà, prima o dopo, un fatale *redde rationem*, dove la magistratura – avuta "carta bianca" nel contrasto alla criminalità – sarà chiamata a dare conto dei risultati conseguiti – e/o degli obiettivi (eventualmente) mancati – alla politica o, forse peggio, alla "folla in tumulto"; e dove il

85. V. ad esempio il nuovo art. 316-ter, primo comma, seconda parte, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. l) della l. n. 3 del 2019 con chiara vocazione a rideterminare il perimetro applicativo dell'art. 314 c.p.

86. Cfr., al riguardo, anche le considerazioni di M. GUGLIELMI, *Relazione introduttiva*, in apertura a questo convegno (consultabile in <http://www.magistraturademocratica.it/congresso/2019/MD-CongressoXXII-Relazione-Guglielmi.pdf>), con riferimento sia alla proposta di riforma della legittima difesa sia decreto Pillon.

87. Si veda quanto ipotizzato, in relazione all'acuirsi dell'emergenza del terrorismo internazionale, da M. DONINI, *Lotta al terrorismo e ruolo della giurisdizione. Dal codice delle indagini preliminari a quello postdibattimentale*, in *Quest. giust.*, 2016, 113 ss., 120 ss.

giudice vedrà abbandonate le sue decisioni, sempre più, al “baccanale delle opinioni”, senza più il riparo del bagaglio tecnico di garanzie e principi che le guidano e proteggono: garanzie e principi volti da un lato, a neutralizzare la fallibilità del decidere e a proteggere la sfera di libertà dei singoli, ma tesi, dall’altro ed al contempo, a garantire appunto l’accettazione sociale della sentenza di condanna o di assoluzione.

E quanto questo rischio sia vivo lo confermano, del resto, i casi sempre più frequenti di attacchi feroci alla magistratura, in caso di assoluzione o anche semplicemente di attenuazione della pena,⁸⁸ che dimostrano la frustrazione della pubblica opinione rispetto a quella che appare, sempre più, una aspettativa delusa, di cui il giudice – quale terminale delle aspettative sociali e “custode delle promesse”⁸⁹ – viene additato quale primo responsabile, in quel teatro attuale dello *strepitus fori* che è il circuito mediatico, dove si sta consumando – dopo una alleanza a lungo protrattasi, e ora rivelatasi un abbraccio mortale – la progressiva espropriazione della giurisdizione dalle mani dei suoi legittimi titolari.⁹⁰

88. Come emerso recentemente in relazione alla decisione della Corte d’Appello di Bologna, I sez., 214 novembre 2018-8 febbraio 2019, sulla c.d. “tempesta emotiva”, che ha ridotto la pena comminata in primo grado per un omicidio “passionale” da 30 anni a 16 anni di reclusione; e così pure in relazione alla analoga vicenda decisa, sempre in abbreviato, dal GUP di Genova, 6 dicembre 2018 (che ha riconosciuto la medesima pena riconoscendo il dolo d’impeto e, al contempo, le attenuanti generiche – si legge – avendo l’autore agito mosso “da un misto di rabbia e disperazione, profonda delusione e risentimento; ha agito sotto la spinta di uno stato d’animo molto intenso, non pretestuoso, né umanamente del tutto incomprensibile”, ed in particolare “non [...] sotto la spinta della gelosia ma come reazione al comportamento della donna, del tutto incoerente e contraddittorio, che l’ha illuso e disilluso allo stesso tempo [...]”), sentenza pure accolta da un vasto coro di polemiche, anche da parte di opinionisti e intellettuali autorevoli.

89. La accentuazione del ruolo del giudice rispetto alle aspettative sociali è stata da tempo evidenziata, ad es. nell’istruttivo saggio di A. GARAPON, *Les gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, 1996, ed. it. *I custodi dei diritti. Giudici e democrazia*, Milano, 1997, con prefazione di E. Bruti Liberati.

90. Cfr. le lucide riflessioni del Presidente del Tribunale di Torino, MASSIMO TERZI, nell’intervista rilasciata a *Il Dubbio*, 30 gennaio 2018 (“*I processi in tv rischiano di sostituire noi giudici*”, a cura di E. Novi), segnalando il rischio “di un paradossale slittamento della giustizia dal luogo propriamente assegnatole a quello improprio dei *mass media*”, e che “la decisione del magistrato giudicante venga ridotta a opinione personale”, alla stregua di “una delle tante opinioni espresse nel circuito mediatico [...]”.

6.3. Si dirà che sono solo casi episodici: ma la virulenza di tali fattori di condizionamento è tanto forte da minacciare di produrre ricadute di sistema ed effetti immediati – come conferma proprio la cronaca di questi giorni⁹¹ – persino sul piano disciplinare, secondo prospettive che anche solo pochi anni fa sarebbero apparse impensabili, e intollerabili attacchi al “libero convincimento” del giudice.

Le contropinte di questa deriva devono ancora essere misurate con attenzione, ma non è difficile ipotizzare – ripercorrendo la parabola della responsabilità medica – possibili fughe nella “giurisprudenza difensiva”, che del resto potrebbe penetrare nei più diversi interstizi di discrezionalità che contrassegnano l’attività inquirente o giudicante, sospingendo – questo il timore – il margine di scelta verso il limite più severo, ed assunto – prevedibilmente – come maggiormente cautelativo per chi decide: automatismi sempre più marcati nell’apprezzamento delle esigenze cautelari, rigido ossequio alle presunzioni legali, formalismi nell’istruttoria, motivazioni appiattite sul richiamo a massime giurisprudenziali reperite *ex post* per suffragare l’*iter* decisionale, appiattimento della commisurazione della pena verso livelli maggiori di severità, irrigidimento nel bilanciamento tra circostanze a scapito delle attenuanti, sino a forme di surrettizia “delega di giurisdizione ai periti” e più in generale al “sapere tecnico”, anche fuori dei casi che lo richiederebbero.⁹² Senza contare il pèlago della sorveglianza, dove il margine di discrezionalità è ancor più marcato.

Cosicché chi giudica sarà stretto nella morsa tra efficienza e formalismo, libero convincimento e *vox populi*, ed esposto su ciascuno dei diversi versanti a possibili addebiti disciplinari.⁹³

91. In relazione al menzionato “caso mediatico” della “tempesta emotiva”, deciso dalla Corte d’Appello di Bologna, il *Corriere della sera* di sabato 16 marzo 2019 dà notizia della possibile apertura di un procedimento disciplinare, su impulso del Procuratore generale della Cassazione.

92. Così giungendo paradossalmente, per altra strada, a lambire comunque il crinale dell’illecito disciplinare: sul divieto della c.d. delega della giurisdizione, cfr. P. FIMIANI-M. FRESA, *Gli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari*, Torino, 2013, 193 ss.

93. Al riguardo, ed in margine ad alcune oscillazioni della giurisprudenza di legittimità in sede di disciplinare, v. ad es. G. ALTIERI, *Contro la “giurisprudenza difensiva”*, in *Quest. giust.*, 2016.

Il tutto, con lo scenario distopico delle *justice machines*⁹⁴ ormai alle porte, *bon gré mal gré*, come dimostra il riemergere – non solo nel dibattito nordamericano – di paradigmi che anelano ad sorta di *just desert model*⁹⁵ affidato a una futuristica “macchina per sillogismi” (*Subsumptions automat*) che l’intelligenza artificiale e il dilagare degli algoritmi rendono sempre meno remota.⁹⁶ Paradigmi che, oltre la “calcolabilità del diritto”, prospettano, in filigrana, l’ideale di una “giustizia esatta” che non lascerà più spazio ad arbitri o episodi di “*breackfast sentencing*”, né ad emozioni o aspettative deluse.

6.4. Anche a prescindere degli scenari di una possibile “*defensive jurisprudence*” ed a quelli, ulteriori, che prospettano di declinare le aspettative di giustizia verso una “giustizia esatta” al posto di una “giustizia giusta”, è in questa cornice che si tocca con mano, forse, il significato più intimo delle garanzie e dei diritti fondamentali, che – generati dalla sedimentazione secolare di “ingiustizie” (*rights from wrongs*⁹⁷) – non sono solo un sistema di presidi a tutela dell’indagato o imputato rispetto all’errore giudiziario – come vuole la metafora liziana della “Magna Charta del reo” – ma, prima e più in alto, recinto di protezione e riparo per il giudice e per la legittimazione della stessa giurisdizione rispetto alle aspettative connesse al bisogno emotivo di punire: quell’istinto primordiale che la storia del diritto e del processo penale – con le sue garanzie e le sue forme – da sempre cerca di addomesticare, e che è ormai divenuto, come si sa, una “passione contemporanea”.⁹⁸

7. Se è così, assecondare la deriva verso un diritto penale senza regole, nell’ingenua illusione che la predisposizione di una macchina punitiva

94. Secondo il titolo del racconto di fantascienza giudiziaria di J. CHARPENTIER, *Justice Machines*, a cura di G. Vitiello, Macerata, 2015.

95. Cfr. G. MANNOZZI, *Razionalità e “Giustizia” nella commisurazione della pena. Il just desert model e la riforma del sentencing nordamericano*, Padova, 1996.

96. Si veda, al riguardo, A. GARAPON-J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018; ma v. al riguardo anche la preoccupata riflessione di uno dei due autori, A. GARAPON, *La tecnologia non potrà mai sostituire giudice e avvocato*, intervista a cura di E. Novi, in *Il Dubbio*, 25 novembre 2018.

97. Come recita il titolo di un istruttivo saggio di A. DERSHOWITZ, *Rights from wrongs. Una teoria laica dell’origine dei diritti*, Bologna, 2005.

98. D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2017.

totipotente e priva di limiti possa garantire maggior effettività al contrasto alla criminalità – e che debba, in questa prospettiva, attribuire ulteriore centralità all’istanza giurisdizionale –, significherebbe assecondare questa deresponsabilizzazione della politica e, simmetricamente, la sovraesposizione della magistratura rispetto a compiti impropri, e ad obiettivi che, prima o dopo, rappresenteranno l’orizzonte di valutazione dell’operato del magistrato, con le prevedibili conseguenze in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi prefigurati.

L’impressione, dunque, è che debba aprirsi una stagione analoga a quella inaugurata dal convegno di Gardone, ormai cinquant’anni or sono (1965), ma contrassegnata da una diversa direzione di senso:⁹⁹ una stagione dove diverrà urgente (non promuovere, bensì) difendere la Costituzione – da parte dell’intera comunità di giuristi – da una aggressione ai suoi contenuti minimi, e di preservare l’eredità giacente del diritto penale costituzionalmente orientato dagli sfregi inferti da questo nuovo *trend* di *overdose* punitiva (selettivamente) illimitata, proteggendo il prezioso sedime frutto dell’impegno comune di magistratura e dottrina, e del dialogo tra Corte costituzionale, giudici comuni e avvocati.

Questa – a mio avviso – è la vera prova di resilienza che attende la nostra democrazia penale.

Vittorio Manes

99. Lì si trattava infatti di far penetrare la Costituzione nel “diritto vivente”, garantendone una maggior attuazione, specie per il tramite dell’interpretazione conforme, promuovendone una attuazione “diretta” da parte del giudice comune (cfr. in pct. G. MARANINI, *Funzione giurisdizionale ed indirizzo politico nella Costituzione*, in A. PIZZORUSSO, a cura di, *L’ordinamento giudiziario*, Bologna, 1974, 279 ss., che proprio al convegno di Gardone molto insistette sul potere “creativo di diritto” degli organi investiti della funzione giurisdizionale, e sul compito spettante alla magistratura ordinaria di “sindacare la conformità del diritto vivente alla costituzione, e di dare concretamente vita alla stessa Costituzione nel contatto continuo con i fatti concreti”).

Le nuove frontiere del diritto

Sommario: 1. Premessa. 2. Quale diritto. 3. Governance without a State? 4. Soft law. 5. Best Available Techniques. 6. Considerazioni di sintesi

1. Premessa

Il titolo di questo scritto appare altisonante. Per vero l'intento è soltanto quello di condurre una conversazione su argomenti che stentano ad entrare nello stretto contesto forense, nonostante si affaccino anche alla finestra delle aule di giustizia, passando raramente fra le maglie dell'incedere giurisprudenziale o in alcune forme di provvedimenti di pubbliche amministrazioni.

Nemmeno, ovviamente, si ha l'ardire di costruire uno scritto approfondito di teoria generale del diritto. Ma non può sfuggire, all'attenzione del giurista, ancorché applicato alla nobile professione d'avvocato, che qualcosa, nel consueto cascame delle fonti del diritto, è cambiato e sta cambiando. E di ciò è necessario discutere. Nella consapevolezza, ovviamente, che le novità si insinuano, come sovente accade, in quei settori dove vi è elevata specializzazione della materia, a volte dalla recisa trasversalità, come nel caso del diritto dell'ambiente.

Si assiste, del resto, per effetto della globalizzazione del mercato, ma non solo, all'erosione della centralità della potestà normativa statale, declinata non già verso istituzioni di rango sovranazionale o verso autonomie localiste, ma in favore di sistemi giuridici alternativi alla forma statale intesa in senso lato, o rispetto a questa sostitutivi, e quindi alla "destatalizzazione" (*Entstaatlichung*) del diritto.

2. Quale diritto

Abbinare il sintagma "diritto", di cui è nota la multiforme varietà di manifestazioni, ad un concetto come quello di "nuova frontiera", che

si presta ad essere visto come limite oggettivo di un'espressione o, al contrario, come apertura al di là delle conosciute Colonne d'Ercole, impone l'adozione di una chiave di lettura adeguata.

Questa può essere agevolmente appoggiata alla dottrina di Norberto Bobbio, per cui il *diritto* viene concepito come insieme di norme o di regole di condotta¹. Tale delimitazione, apparentemente non in grado di contenere la immaginabile vastità del fenomeno, purtuttavia, impedisce lo scivolamento verso le altre dottrine che hanno approssciato la teoria del diritto come *istituzione*² o *rapporto*³.

Dunque, va da sé che una conversazione sulle nuove "frontiere" del diritto vuol solo riferirsi a forme poco indagate, poco consuetudinarie e abbastanza recenti, nell'ambito della tradizionale classificazione delle fonti di produzione del diritto (e di relativa validità delle norme giuridiche) nei cui riguardi è consueto il confronto a partire dagli studi universitari.

Ed i tratti di modernità risiedono non tanto nell'esistenza di ulteriori categorie normative sprovviste della risposta alla violazione, cioè della sanzione⁴, ma in una diversa connotazione quanto alla peculiare validità ed al potere normativo, non tradizionalmente statale, di produzione.

Senza accedere alla teoria istituzionalistica⁵, seguendo la logica del pensiero dell'illustre Autore volta a completare la "sua" *Teoria del diritto*, il passaggio dell'analisi dalla norma giuridica all'ordinamento giuridico non trasla il problema, ma lo compensa, nella semplice affermazione secondo cui «l'ordinamento giuridico (come ogni altro sistema normativo) è un insieme di norme»⁶.

Per quel che interessa in questa sede è corretto dare la giusta centralità alla tradizionale forma dell'ordinamento giuridico statale, cui l'A. aggiunge⁷:

1. N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica*, Torino 1958, 3.

2. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1951.

3. A. LEVI, *Teoria generale del diritto*, Padova 1950.

4. Come si potrebbe semplicisticamente immaginare con riferimento alle forme di *soft law*.

5. Cfr. *supra* nt. 2.

6. «Questa definizione generale di ordinamento presuppone una sola condizione: che alla costituzione di un ordinamento concorrano più norme (almeno due), e che non esista ordinamento composto da una norma sola» (N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino 1960, 19).

7. N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, 185 ss.

a) gli ordinamenti *al di sopra* dello stato, per cui ci si può riferire a quello internazionale o a quello dell'Unione europea;

b) gli ordinamenti *al di sotto* dello stato, come quelli propriamente sociali, che lo stato riconosce, limitandoli o assorbendoli;

c) gli ordinamenti *accanto* allo stato (in questo caso Bobbio fa riferimento all'ordinamento della chiesa cattolica o all'ordinamento internazionale secondo la «concezione dualistica»);

d) gli ordinamenti *contro* lo stato, come le associazioni a delinquere, le sette segrete, ecc.

Ammissa questa pluralità di ordinamenti giuridici, il passaggio successivo è quello di verificare gli eventuali momenti d'interferenza tra loro, in base al diverso criterio di validità che essi hanno gli uni rispetto agli altri.

Si profilano, dunque, rapporti di *coordinazione* o di *subordinazione*. In tale ultimo caso vi è supremazia di un ordinamento rispetto ad un altro.

Diversamente, la relazione tra ordinamenti giuridici diversi può essere di *esclusione totale*, nel senso che gli ambiti di validità dei due ordinamenti sono tali da impedire ogni forma di sovrapposizione fra essi. Come il caso di due distinti ordinamenti statali.

Vi è poi anche *inclusione totale*, nel caso di coesistenza tra l'ordinamento giuridico di uno stato membro e quello dello stato federale cui appartiene. L'*inclusione* o l'*esclusione* ovviamente possono essere di natura parziale. Si pensi ai rapporti tra l'ordinamento canonico e quello del diritto italiano.

Può anche accadere che fra ordinamenti giuridici vi sia *indifferenza*, *rifiuto*, o *assorbimento*.

Sono punti prospettici più o meno dissimili, contemplati al fine di comprendere quali varie ipotesi d'interferenza o meno vi possano essere fra ordinamenti giuridici e, quindi fra "insiemi" normativi. Queste categorie, però, non sempre si attagliano alle nuove forme di norme giuridiche che si stanno percependo a livello globale.

3. *Governance without a State?*

Governance without a State? è il titolo di una pubblicazione collettanea, a cura di T. Risse, sui tipi della *Columbia University Press* del 2011.

Il *leit motiv* è rappresentato proprio dall'analisi di sistemi normativi che prescindono da un ordinamento giuridico statale e che vi si pongono, per giunta, come alternativa, creando un diverso livello di produzione e di validità spaziale di norme giuridiche.

Fra i contributi presenti, quello di Gunnar Folke Schuppert: *Law without a State? A "New Interplay" Between State and Nonstate Actors in Governance by Rule Making*.

Il noto giurista tedesco diparte dal concetto secondo cui la nascita dello stato moderno passa per l'affermazione del monopolio dell'uso legalizzato della forza, l'imposizione delle tasse e la primarietà del potere legislativo. In particolare, la formazione delle norme giuridiche (leggi) costituisce un'attribuzione tipicamente statale, codificata normalmente nei principi costituzionali. Lo stato moderno, dunque, si sviluppa sulla sovranità territoriale (*statehood*), che ne costituisce allo stesso tempo la base ed il limite.

Ed i tre pilastri su cui si fonda l'essenza ed il funzionamento logico di questa forma di statalità sono rappresentati dal territorio (*territory*), dal potere (*authority*) e dalla imposizione di regole giuridiche (*rights*)⁸.

Questa costruzione si scontra con l'emergenza attuale di un progressivo ed evidente fenomeno di *Entstaatlichung*⁹ e di deterritorializzazione del potere politico.

L'A., a sostegno della propria analisi, pone in luce lo sviluppo del fenomeno di sistemi privati di norme appartenenti a "microsocietà". Riporta, ad esempio, il caso dell'insieme normativo che sostituisce le leggi statali nel contesto dei venditori di diamanti di fede ebraica di New York (*New York Diamond Dealers Club*), o nel mercato di cotone presso il *Memphis Cotton Exchange*, oppure nel sistema di risoluzione delle controversie della Contea di Shasta in California.

Nel caso delle transazioni d'affari tra i mercanti ebrei di diamanti la reputazione nel contesto della "comunità" cui si appartiene (*reputation communities*) gioca un ruolo decisivo, in ordine al rispetto delle regole della correttezza nei rapporti commerciali. La cogenza normativa è tale

8. M. MANN, *Geschichte der Macht*, Frankfurt Campus 1994.

9. Si riporta il significato in lingua inglese del vocabolo tedesco, secondo la traduzione dell'Autore: «*The German term Entstaatlichung refers to process of denationalization, Europeanization, globalization, privatization, the demise of the state, and so on*».

che la perdita della reputazione può importare, come ultima sanzione, l'espulsione dalla comunità commerciale.

Un sistema analogo è riferibile al *Memphis Cotton Exchange*, dove il "social network" di riferimento è talmente stretto e coeso da importare anche la agevole risoluzione dei conflitti senza l'intervento di terze parti (potere giudiziario), giacché l'eventuale inadeguatezza di ciò metterebbe a repentaglio l'esistenza stessa di questo particolare "social network".

Diversamente dalla lettura condotta da Bobbio, questi sistemi dimostrano una correlazione più stretta tra la cogenza della norma e l'esistenza della peculiare strutturazione sociale (o anche religiosa) del *network*.

L'affermazione può essere così sintetizzata: «*by gossiping about each other within the social network, and by reacting to the gossip according to common norms, the social network can align most member's responses to any member's deviant behavior*». La validità delle norme, in pratica, è data dal «*reputation-based rule enforcement*».

Sistemi analoghi li si rinvencono anche in spazi transnazionali. Esempi attengono alla nota *lex mercatoria*, alla più moderna *lex electronica* (che si riferisce prevalentemente alla regolamentazione di *Internet*), ma anche alla *lex sportiva*. Quest'ultima ha riguardo alla esistenza delle associazioni internazionali sportive, come il Comitato olimpico internazionale (IOC), che sorregge il monopolio ai più alti livelli delle competizioni sportive. Icastico il riferimento all'art. 23 della *Olympic Charter*, in forza del quale qualsiasi associazione sportiva che contravviene o manca di riconoscere i principi olimpici o del codice antidoping del *World Anti-Doping Agency* corre il rischio dell'esclusione *tout-court* dai giochi.

In questa situazione il ruolo dello stato può essere assunto unicamente come *modello* da questi diversi e particolari ordinamenti giuridici. Oppure lo stato può divenire un *beneficiario* di questi sistemi normativi, che si vanno appunto a sostituire, con migliore validità (ed efficienza) alle sue leggi. E ciò, in particolare, come si dirà in seguito, in quei campi in cui nuovi sistemi sociali o nuovi sviluppi tecnologici non riescono ad essere immediatamente regolati dalle norme del legislatore (anche per via della transnazionalità, come nel caso della *lex electronica* o della *lex sportiva*).

4. *Soft law*

Gunnar Folke Schuppert chiude lo scritto in esame con il riferimento al sintagma degli «*standards*» e «*standard setters*».

Gli *standard* tendono a colmare un *gap* normativo lasciato aperto dagli ordinamenti statali: volontariamente per via di una sorta di “*outsourcing*”¹⁰ legislativo, o involontariamente, in particolare nei casi di mancanza di regolazioni transnazionali.

Spesso si tratta di norme metagiuridiche, ad elevato contenuto tecnico o scientifico.

Altre volte sono espressioni di compromessi politici o di processi di condivisione pubblica: gli *standard* possono essere il prodotto di discussioni, negoziazioni, deliberazioni e accordi tra esperti, imprenditori, accademici, professionisti, unioni commerciali, associazioni rappresentative di consumatori, organizzazioni non governative, o comunque, tra le altre categorie, espressioni di poteri ufficiali, comitati o di altre forme associative esponenziali di peculiari interessi di settore.

Questa pluralità di soggetti partecipanti alla formazione di tale diversa categoria di norme giuridiche è in grado di portare, contemporaneamente, sul tavolo di confronto (e di produzione normativa) argomenti economici, politici, sociali, morali e tecnici.

In ragione di tale ampia convergenza di centri di interesse, è naturale che gli *standard* individuati debbano essere frequentemente oggetto di revisioni e, soprattutto, di continui aggiornamenti.

Il punto di equilibrio è dato dall'incontro dicotomico tra “*state*” e “*nonstate*” *actors* nel processo di formazione normativo; in termini più semplici, tra attori pubblici e privati nella creazione del diritto.

Questo fenomeno è ancora più accentuato nella materia ambientale ed in particolare in forza della transnazionalità che la caratterizza.

Un momento di sintesi, per giunta, si è avuto nella spinta all'affermazione di queste forme di *standard* quali sistemi (e modelli) di *soft law*, nel contesto di un organismo del tutto peculiare, a metà tra un soggetto di diritto internazionale ed una grande

10. Termine che si potrebbe tradurre utilmente con “esternalizzazione” o “approvvigionamento esterno”.

ENGO¹¹, che è l'Unione internazionale per la conservazione della natura (IUCN)¹².

La creazione dei sistemi di *soft law* è imperniata sulla genesi consuetudinaria del diritto internazionale e sulla necessità, nella sovrapposizione tra le aree dell'economia, dello sviluppo e della tutela dell'ambiente, di una moltiplicazione di strumenti non convenzionali accettati dagli stati e dalle organizzazioni internazionali «sotto forma di raccolte di pratiche, raccomandazioni, direttive, dichiarazioni di principi, standards»¹³.

L'IUCN ha dato avvio a questo tipo di diritto (*soft law*) redigendo il primo progetto di *Carta mondiale per la natura*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a Montevideo nel 1982.

Questa forma peculiare di elaborazione di norme giuridiche costituisce una rilevante tappa intermedia nel più complesso processo di formazione di norme internazionali pattizie, in grado di influire sia sul contenuto di queste ultime, che delle norme statali. E, al contempo, spinge le nazioni verso l'adozione di specifici protocolli in applicazione di convenzioni o trattati¹⁴.

La natura "dolce" (*soft*) di questo diritto certamente non indica una produzione di norme manchevoli di adeguato peso o, peggio, prive del carattere della "giuridicità", perché invece, proprio per effetto del valore internazionale della "raccomandazione" tendono ad assumere un ruolo determinante come *diritto programmatico* o *pre-diritto*. Le norme di *soft law* sono state inquadrare, infatti, anche nella categoria dello *jus conceptus*, come "diritto in gestazione", cioè pronto a divenire il contenuto di un diritto interno o del diritto (pubblico) internazionale, attraverso un mero contesto normativo ulteriore.

11. *Environmental Non-Governmental Organization*.

12. Per un approfondimento, si veda J. OLIVIER, *L'Union Mondiale pour la Nature (UICN). Une organisation singulière au service du droit de l'environnement*, Bruxelles 2005, 191 ss.

13. P. W. BIRNIE - A. E. BOYLE, *International law and the Environment*, New York, Oxford University Press 1994, 27.

14. Si pensi alla Convenzione di Barcellona "per la protezione del Mar Mediterraneo dai rischi dell'inquinamento", ancora mai entrata in vigore nella sua interezza, giacché il Principato di Monaco, la Spagna e l'Italia devono ancora ratificare i protocolli denominati *Hazardous Waste* (sulla movimentazione transfrontaliera di rifiuti pericolosi e loro smaltimento) e *Offshore Protocol* (sulla protezione dall'inquinamento derivante dall'esplorazione e dallo sfruttamento della piattaforma continentale sottomarina e del sottosuolo).

In questa direzione si sono avute molteplici regolazioni di *soft law*, sospinte proprio dall'Unione mondiale per la conservazione per la natura. Purtroppo, in ragione della componente "mista" della relativa organizzazione¹⁵, si potrebbe oggi anche sostenere una diversa natura di alcune previsioni normative dell'IUCN, assolutamente complete nella loro strutturazione giuridica, come le *Linee guida per la classificazione delle aree protette*¹⁶, e per le quali è difficile negare una valenza assimilabile alle norme di diritto internazionale.

5. *Best Available Techniques*

Un caso particolare di norme di *soft law*, assolutamente affine agli *standard*, è rinvenibile nello schema delle *BAT: Best Available Techniques*.

La traduzione in italiano, come *Migliori tecniche disponibili*, non sembra contenere lo stesso icastico significato. Anche perché appare sfuggirne il contesto, che è quello della disciplina IPPC (*Integrated Pollution Prevention and Control*) di cui già alla Direttiva 96/61 CE¹⁷, dove, all'art. 11 delle premesse (*rectius*, "considerando") si legge(va):

11. 'best available techniques' shall mean the most effective and advanced stage in the development of activities and their methods of operation which indicate the practical suitability of particular techniques for providing in principle the basis for emission limit values designed to prevent and, where that is not practicable, generally to reduce emissions and the impact on the environment as a whole:

- ,techniques' shall include both the technology used and the way in which the installation is designed, built, maintained, operated and decommissioned;

- ,available' techniques shall mean those developed on a scale which allows implementation in the relevant industrial sector, under

15. Lo statuto dell'IUCN contempla la partecipazione degli stati membri attraverso i loro rappresentanti governativi e delle ONG, i quali accedono a due distinte assise decisionali.

16. DUDLEY, N. (Editor) (2008). *Guidelines for Applying Protected Area Management Categories*. Gland, Switzerland: IUCN

17. La Direttiva 96/61 CE è stata recepita dal d.lgs. 4 agosto 1999, n. 372 (poi abrogato dal D. lgs. 59/2005 ma incorporato nel d.lgs. 152/2006) e successivamente abrogata dalla Direttiva 2010/75/UE, comunque oggi confluita per recepimento normativo nel *corpus del Testo unico ambientale*.

economically and technically viable conditions, taking into consideration the costs and advantages, whether or not the techniques are used or produced inside the Member State in question, as long as they are reasonably accessible to the operator;

- ,best` shall mean most effective in achieving a high general level of protection of the environment as a whole.

E, conformemente a quanto si è poco innanzi detto circa la necessità di continuo aggiornamento degli «*standards settings*», all'art. 11 della medesima direttiva si rinviene appunto:

Developments in best available techniques:

Member States shall ensure that the competent authority follows or is informed of developments in best available techniques.

Le BAT, dunque, non posseggono la validità precettiva immediata di una norma giuridica, ma, avvicinandosi di più al vecchio concetto delle «norme tecniche»¹⁸, si insinuano nei procedimenti autorizzativi ambientali (e, dunque, anche nel contesto valutativo dei procedimenti giurisdizionali per danno ambientale *et similia*)¹⁹. Rappresentano, in tali sedi, il riferimento in base al quale l'autorità competente al rilascio di un'autorizzazione ambientale²⁰ effettua una valutazione dell'istanza richiesta sulla base del modello proposto. E ciò in maniera assolutamente prospettica rispetto a quel complesso di tecniche progettuali e di processo, che funge da modello economicamente sostenibile più avanzato per ciascun settore produttivo.

Ed è la peculiare dinamicità delle continue evoluzioni tecniche, scientifiche e tecnologiche, che, unitamente al confronto tra gli *stakeholder* di settore, non fa propendere per la cristallizzazione di siffatti *standards* nei più lenti (e maggiormente soggetti a rapida obsolescenza) strumenti normativi "tradizionali".

La Direttiva 2010/75/UE ha codificato il sistema dei gruppi di lavoro preposti alla redazione dei documenti tecnici che costituiscono le

18. Cfr., di recente, F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano 2001; TH. ZUBKE-VON THÜNEN, *Technische Normung in Europa. Mit einem Ausblick auf grundlegende Reformen der Legislative*, Berlin 1999.

19. Si veda già C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985, 73 ss.

20. Si tratta di fenomeni già esaminati da V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano 1967, 4 ss., e da C. Marzuoli, *op. cit.*, 30 ss.

BAT, denominati BREF: *Bat Reference document*. In particolare, per ogni settore industrializzato interessato, si costituisce un tavolo operativo formato da rappresentanti degli stati membri, delle attività industriali coinvolte e dalle associazioni non governative, al fine della redazione dei BREF²¹. Così, ben meglio che secondo altri procedimenti legislativi, si portano a confronto, sulla piattaforma argomentativa, dettagli economici, politici, sociali, morali e tecnici.

Il primo “caso” italiano di presa d’atto della validità delle *Best Available Techniques* ha riguardato il rilascio dell’autorizzazione integrata ambientale alla società Ilva di Taranto di cui al decreto del Ministero dell’ambiente del 26 ottobre 2012, che si è espressamente appoggiato alla BAT incarnata dalla decisione di esecuzione della Commissione Europea 2012/135/UE la quale «stabilisce le conclusioni sulle migliori tecniche disponibili (BAT) per la produzione di ferro e acciaio ai sensi della direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle emissioni industriali»²².

6. Considerazioni di sintesi

Una breve sintesi può darsi nell’affermazione secondo cui le norme giuridiche non sono più, ormai, necessariamente di esclusiva produzione degli ordinamenti giuridici nazionali e sovranazionali comunemente noti, ma specialmente in particolari casi di transnazionalità o di limitata statalità (*limited statehood*) o di peculiari materie caratterizzate da un elevato grado di tecnicismo, si stanno affermando altre forme di produzione normativa, che si intersecano di frequente con le fonti statali, a volte sostituendole, superandole, condizionandole o colmandone i *gap* normativi.

Secondariamente, queste nuove forme di produzione del diritto si confrontano altresì con la mediazione della dicotomia oppositiva tra gli interessi (o tra i portatori di interessi) statali e pubblici e quelli privati. E ciò, con particolare significato, in quelle infrastrutture sociali (*networks*) dove è insita una tendenza alla creazione di sistemi normativi autonomi (in determinati settori dell’industria e del commercio, nella tutela ambientale, ecc.).

21. Per una prima disamina, si veda M.A. LABARILE, *Autorizzazione integrata ambientale, come cambia il ruolo delle BAT (Best Available Techniques)*, in *Riv. giur. amb.*, 2013, 1 ss.

22. Pubblicata sulla G.U.UE n. L 70 dell’8 marzo 2012.

Sullo sfondo si colloca il confronto tra queste fonti non statali di produzione normativa e la progressiva erosione della potestà legislativa statale (*state lawmaking*), sintetizzata dall'espressione in lingua tedesca: *Entstaatlichung*.

L'interrogativo del giurista sarà quello di verificare gli effetti e le condizioni nell'eventuale divisione funzionale o nella coesistenza o nella sovrapposizione tra sistemi statali o non statali di produzione del diritto, per cui varrà solo un'analisi empirica degli effetti. Nonché quello di verificare, con attenzione, la cura che sarà data a questi nuovi strumenti normativi nelle sedi giurisdizionali.

Giacomo Nicolucci

Riflessioni e spunti critici sull'azione di arricchimento senza causa.

Questioni processuali: tra *mutatio* ed *emendatio libelli*
(Cass, S.U., sent. n. 22404/2018)

L'azione di ingiustificato arricchimento si caratterizza, come noto, per essere uno strumento di tutela che il legislatore predispone a favore del soggetto depauperato al fine di ripristinare l'equilibrio dei rapporti giuridico-patrimoniali divenuti, in qualche modo, "squilibrati" in forza dell'assenza (originaria o sopravvenuta) di un titolo, quale causa giustificativa a monte, degli spostamenti patrimoniali tra soggetti nell'ordinamento. L'arricchimento senza causa, insieme alla ripetizione dell'indebitato (artt. 2033 e seg. c.c.) e, se vogliamo, alla gestione di affari altrui (artt. 2028 e seg. c.c.), risponde al principio generale della necessaria causalità delle attribuzioni economicamente rilevanti che, parallelamente, vieta i trasferimenti economici o economicamente rilevanti in assenza di una valida giustificazione in termini di causalità e meritevolezza.

Tali istituti, ispirati da una chiara finalità di giustizia c.d. perequativa, sono annoverati dalla dottrina tradizionale¹ tra le fonti delle obbligazioni (*latu sensu* restitutorie) diverse dal contratto e dal *delicto*, derivanti direttamente da "atti o fatti giuridicamente rilevanti" (art. 1173 c.c.), capaci, per via dell'intermediazione della legge (che si pone come fonte indiretta o mediata dell'obbligazione, piuttosto che parlare impropriamente di *obligationes ex lege*), di creare obblighi restitutori in capo a colui che si è arricchito *sine causa* a tutto svantaggio del soggetto impoverito.

La natura "ibrida" dell'arricchimento ingiustificato è certamente una caratteristica che più di tutte vale a distinguerla dagli altri istituti

1. Per tutti: F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, XVII ed., Napoli, pag. 711 e seg.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, La responsabilità*, vol. V, Milano, Cap XIX, pag. 821 e seg.

aventi le medesime finalità commutative, se non altro perché la generalità dell'azione restitutoria ex art. 2041 cod.civ. ha un senso allorché si ritenga che i fatti che la possono legittimare siano essi stessi generali o, meglio, atipici, insuscettibili di una *reductio ad unum*. A questo proposito non mente la sistematica del Codice civile del 1942 che la colloca in un autonomo Titolo VIII, subito dopo il "pagamento dell'indebito" (Titolo VII) e appena prima dei fatti illeciti (Titolo IX). D'altronde, per eliminare qualsiasi dubbio in proposito, l'art. 2042 c.c. è molto chiaro nell'evidenziare il ruolo di *extrema ratio* dell'azione generale in parola, sancendone la non esperibilità a fronte della possibilità per il "danneggiato" di esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito.

Autorevole dottrina² non manca di criticare la terminologia utilizzata dal Legislatore del codice civile del 1942 quando affianca due concetti tra loro ritenuti parzialmente incompatibili, ossia l'indennizzo scaturente da un altrui arricchimento ingiustificato e la qualifica di "danneggiato" – piuttosto che di mero depauperato – attribuita al soggetto che, a detta dell'ultima parte dell'art. 2041 c.c., avrebbe subito soltanto una "correlativa diminuzione patrimoniale" e non un vero e proprio "danno". Il danno *ex se* considerato, infatti, potrebbe non coincidere (come di solito accade) con una mera riduzione delle sostanze economiche già presenti nell'altrui patrimonio, ma abbracciare tutti i possibili pregiudizi, anche non patrimoniali, subiti (e provati) dal soggetto danneggiato ed è, come tale, sottoposto al principio generale della totale ristorabilità dei pregiudizi arrecati ingiustamente alla propria sfera giuridico-patrimoniale, rappresentando perciò un *quid pluris*, specie dal punto di vista quantitativo, rispetto al mero indennizzo, parametrato invece all'interesse negativo del soggetto a non subire ingerenze non acconsentite nella propria sfera patrimoniale.

Sicché, accostare la qualifica di "danneggiato" al soggetto che vede, senza giustificato motivo, diminuire la propria capacità patrimoniale a fronte di un "correlato arricchimento altrui" (art. 2041 c.c.), per poi riconoscere a tale soggetto soltanto il diritto ad un mero indennizzo e non ad un vero e proprio risarcimento del danno, significherebbe (ap-

2. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto Civile*, VII ed., Roma, pag. 1409 e seg.

parentemente) andare contro i principi che governano la responsabilità civile ed, in particolare, il principio del pieno ristoro con l'equivalente monetario o, se vogliamo, della "indifferenza economica" per il danneggiato tra non subire alcun danno ovvero subirlo e riceverne la piena reintegrazione per equivalente, riportando i patrimoni alla situazione antecedente l'altrui ingiusto arricchimento.

C'è però chi³ trova spiegazione della terminologia utilizzata dal Legislatore nel fatto che sia gli obblighi restitutori, sia che quelli risarcitori, derivano da un fatto giuridicamente rilevante produttivo di un danno, il cui *discrimen* non si basa nemmeno sulla sussistenza o meno dell'elemento soggettivo, richiesto dall'art. 2043 c.c. e da cui sembra prescindere l'art. 2041 c.c.⁴ Esso risiederebbe, invece, nella qualifica di tale fatto: se esso fosse un "fatto ingiusto", ossia non giustificato dall'ordinamento giuridico (*non iure*) e lesivo di una situazione giuridica altrui meritevole di protezione (*contra ius*), ai sensi e per gli effetti degli artt. 2 Cost., 24 co 1 Cost., 103 Cost., art. 2043 c.c., il rimedio "naturale" sarebbe quello risarcitorio, sulla base dei principi sopra detti; ove, invece, si trattasse di un fatto "giusto" o meglio "non ingiusto" perché autorizzato dall'ordinamento, vi sarebbe spazio per teorizzare l'esistenza di un danno derivante da un'interferenza non illecita nell'altrui sfera giuridica, il c.d. "atto o fatto lecito ma dannoso", la cui normale conseguenza, anche qui, risiederebbe nell'indennizzo per la correlativa diminuzione patrimoniale da altri subita.

Secondo tale ultima ricostruzione dottrinale, allora, non sarebbe contraddittorio parlare di "indennizzo" e di "danneggiato" nella stessa proposizione normativa, in quanto il rimedio da questi esperibile e pretendibile dipenderebbe, in realtà, dall'ingiustizia o meno, nel complessivo ordinamento giuridico, dell'atto o fatto produttivo di un danno nel proprio patrimonio, alla luce della situazione concretamente posta in essere nella relazione insorta tra due soggetti, piuttosto che rimanere legati alle "vuote" formule legislative che, in astratto, non disvelano il reale dinamismo dei rapporti giuridicamente rilevanti. A conferma di

3. P. SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e risarcimento del danno*, in *Rivista di diritto civile*, pag. 65 e seg.

4. In contrapposizione alle impostazioni più risalenti, peraltro confermate da Cass., S.U. 11 settembre 2008, n. 23385: F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile*, cit., pag. 1411.

quanto detto, la medesima dottrina valorizza ancora una volta la collocazione sistematica degli artt. 2041 e 2042 c.c, proprio a cavallo – come detto sopra – tra i fatti leciti dai quali scaturiscono “obbligazioni indennitarie *ex lege*” (gestione di affari altrui, indebito oggettivo e/o soggettivo) con finalità di riequilibrio dei patrimoni, ed i fatti illeciti, produttivi di un danno ingiusto, ex art. 2043 c.c, dai quali scaturisce una vera e propria obbligazione risarcitoria.

La posizione mediana dell’arricchimento senza causa finirebbe, allora, per subire le vicende del caso concreto, colorandosi i suoi fatti costitutivi di liceità (indennizzo) o illiceità (risarcimento) a seconda del naturale “dinamismo” che connota i rapporti giuridicamente rilevanti, concedendo, infine, a colui che dovesse risultare “indebolito” dalle vicende occorse nella sua sfera patrimoniale, un’azione definita in rubrica, per l’appunto, “generale” di arricchimento, cucita addosso alla situazione individuale, quando nessun’altra azione possa consentire altrettanto.

Il “limite dell’arricchimento”, di cui all’art. 2041 c.c, finirebbe, allora, per coincidere con il danno effettivamente subito (e provato) dal depauperato, senza alcuna distinzione né qualitativa né quantitativa tra questo danno e quello ex art. 2043 c.c, comprensivo di interessi negativi e positivi, ove si fosse in presenza, più a monte, di un comportamento “*non iure*” e “*contra ius*”; mentre coinciderebbe soltanto con l’interesse negativo, ossia la minor somma tra arricchimento ed impoverimento, a fronte di un comportamento, più a monte, “*iure*”, giustificato dall’ordinamento in quanto non illecito ma solamente “senza causa”, oggetto di “retroversione” o, per dirla ai sensi dell’art. 2033 c.c, di ripetizione dell’indebito.

Nonostante questa lettura innovativa dell’art. 2041 c.c. finisca per aprire il sistema e consegnare agli operatori del diritto uno strumento di tutela “camaleontico” e di certo non limitato, né legato solamente alla terminologia utilizzata dal Legislatore, resiste la dottrina tradizionale più critica⁵, avallata dalla giurisprudenza di legittimità⁶, evidenziando

5. C. BIANCA, *op. loc. ult. cit.*, vol. V, cit.

6. Sul *quantum* va segnalata la pronuncia restrittiva della Cass., S.U. 11 settembre 2008 n. 23385, che ha aderito alla tesi della computabilità del solo danno emergente, facendo riferimento al tenore letterale della norma e delineando le differenze tra l’istituto dell’ingiustificato arricchimento e la responsabilità civile. *Ex plurimis*, anche Cass. sent. n. 7136/1996.

che il limite dell'altrui arricchimento, correlato alla *deminutio patrimonii*, svela già da sé la liceità (o al massimo la neutralità) del fatto generatore del trasferimento, poiché, ove esso fosse illecito, si scivolerebbe nell'art. 2043 cod.civ., se fosse giuridicamente titolato residuerebbe nella ripetizione dell'indebito ex artt. 2033 e seg. c.c. ed ove fosse giustificato solo "moralmente o socialmente" ma non anche giuridicamente, rimarrebbe irripetibile ai sensi e per gli effetti dell'art. 2034 c.c. (*soluti redentio* nelle obbligazioni naturali).

Senza poter e voler prendere una posizione sul punto, in ogni caso, il vedere nell'azione generale di arricchimento senza causa una contaminazione dei due fronti (dell'art. 2033 e ss c.c. da un lato, e dell'art. 2043 c.c. dall'altro), consente alla teoria più innovativa⁷ di giustificare l'esperibilità dell'azione *de qua* anche a fronte di arricchimenti "indiretti" o "mediati", specialmente nei rapporti trilateri (in particolare nei rapporti tra funzionari pubblici e P.A. di cui tanto si è discusso in giurisprudenza⁸), dove manca la correlazione soggettiva ed oggettiva dell'arricchimento-depauperamento richiesta dalla norma, nonché - ed è questo l'aspetto più interessante, tutt'altro che unanime in dottrina - la possibilità per l'impovertito di accedere ad un ristoro più elevato, a fronte di un altrui arricchimento significativamente maggiore rispetto al danno arrecato.

Basti pensare - senza voler argomentare oltre - alla possibilità che l'art. 125, comma 3 del d.lgs 30/2005 (codice della proprietà industriale) riconosce al titolare del diritto leso la possibilità "di chiedere la restituzione degli utili realizzati dall'autore della violazione, in alternativa al risarcimento del lucro cessante o nella misura in cui essi eccedono tale risarcimento". La retroversione degli utili, in luogo o in aggiunta al risarcimento del danno, sembrerebbe evocare una funzione, oltre che compensativa, anche con una curvatura sanzionatorio-punitiva del rimedio in parola, legata inscindibilmente all'illiceità della altrui ingerenza, che suscita, ove trasportata dalla normativa speciale all'istituto generale e residuale dell'arricchimento senza causa, dubbi e nuovi dibattiti, da risolvere anche alla luce del recente pronunciamento delle

7. R. GALLI, *Nuovo corso di diritto civile*, 2017, cap. 4, par. 14.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, pag. 713.

8. Cass., S.U., sent. 23385/2008; Cass., S.U., sent. 10798/2015.

Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁹ sulla non incompatibilità con il nostro ordinamento giuridico dei c.d. *punitive damages* e *disgorgement damages*.

Fatta questa premessa di carattere funzionale, terminologica e sistematica - senza nessuna pretesa di completezza ma al solo fine di suscitare curiosità e nuove prospettive - può essere affrontato il profilo dinamico dell'istituto, da sempre oggetto di grande attenzione da parte della giurisprudenza di merito e di legittimità.

L'art. 2042 c.c. si pone a cavallo tra il diritto di portata sostanziale e quello di natura processuale, stabilendo l'esperibilità in giudizio dell'azione di arricchimento senza causa allorquando essa rappresenti l'ultimo baluardo a disposizione del depauperato per riportare ad equilibrio ciò che, in qualche modo ed a prescindere dalla illiceità dei comportamenti, lo ha visto pregiudicato nella propria capacità patrimoniale, senza una apparente "giusta causa" che consenta all'*accipiens* di conservarne gli effetti.

Una delle questioni che fin da subito ha suscitato notevoli dubbi riguarda il carattere sussidiario dell'azione. In particolare, ci si è chiesti se la sussidiarietà debba essere intesa in senso "astratto", nel senso che l'azione è esperibile solo quando l'ordinamento non preveda astrattamente nessun'altra azione giudiziale che possa reintegrare le sostanze dell'impovertito, ovvero se la sussidiarietà debba operare in concreto, quando cioè, pur avendo previsto il Legislatore altre azioni in astratto, queste non siano più fruibili in concreto. La differenza non è priva di rilevanti conseguenze di tipo pratico, se solo si considera che, in base alla prima accezione, si vieterebbe all'impovertito di avanzare l'azione ex art. 2041 c.c dopo esser decaduto, ad esempio, dalle altre azioni concesse gli in astratto, nemmeno se la domandasse in via subordinata o alternativa; invece, la teoria della sussidiarietà in concreto finirebbe semplicemente per vietare il cumulo tra tutte le possibili azioni esperibili, che rischierebbe di ribaltare le posizioni di arricchito ed impoverito, sicché non solo l'azione generale di arricchimento senza causa sarebbe ammessa anche se le altre non siano state, in concreto, proposte o se fosse decorso il termine di decadenza imposto per ciascuna dalla

9. Il riferimento è alla sentenza sui danni punitivi di Cass., S.U., del 5/07/2017 n.16601.

legge o addirittura se le stesse siano state proposte e rigettate, ma possono anche domandarsi contestualmente in via subordinata, alternativa o addirittura "integrativa" con altre azioni aventi diversa finalità, specie quella aquiliana.

La soluzione al problema passa dall'analisi dell'interesse dell'impoverito (art.100 c.p.c.) e dai comportamenti da questo tenuti per far sì che la situazione sperequata non si consolidasse a suo svantaggio, anche a fronte del principio di tutela dell'altrui "ragionevole affidamento" circa la bontà dell'incremento patrimoniale ormai conseguito, seppur senza un giustificato motivo, nemmeno apparente. Si potrebbe obiettare che l'ordinamento non tolleri e non possa tollerare, neanche a fronte di un'inerzia del depauperato, spostamenti patrimoniali non giustificati, così da "rimettere in ordine" i patrimoni a prescindere dalla volontà delle due parti; ma è anche vero che una volontà, seppur tacita o indiretta, la si ritrova proprio nel comportamento inerte del soggetto che avrebbe, invece, tutto l'interesse ad agire, anche in via stragiudiziale e non necessariamente dinanzi al giudice, per ottenere indietro ciò che l'altro ha locupletato a suo svantaggio. Lasciar decorrere i termini di decadenza delle azioni astrattamente concesse al soggetto per soddisfare il proprio interesse e/o veder prescrivere il diritto ad agire in giudizio per il medesimo fine, celerebbe proprio la mancanza di qualsivoglia interesse ad evitare l'altrui ingiusto arricchimento, finendo per "volere" – sia pure *ex post* – l'iniziale sperequazione dei patrimoni determinata *ex ante* in modo ingiustificato.

Le teorie della volontà si legano necessariamente con la tutela dell'altrui affidamento ragionevole a fronte di atteggiamenti di tolleranza nella ingerenza delle proprie situazioni giuridiche, con un ragionamento di fondo che è simile a quello che governa (e giustifica anche qui) la *negotiorum gestio* ex art. 2028 ss c.c. Chi sostiene¹⁰, allora, che la sussidiarietà dell'azione - sancita dall'art. 2042 c.c. - sia da intendere in "concreto", non guarda tanto alla possibilità formale ed astratta di agire o aver agito in giudizio con altra azione per reintegrare il proprio patrimonio, quanto, piuttosto, valorizza le vicende del caso concreto, i

10. R. GALLI, *op. loc. ult. cit.*, F. CARINGELLA, *op. cit.*; F. GAZZONI, *op. cit.*, ma anche A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, VIII ed., Capo XII, sez. I, pag. 1216.

motivi che hanno visto il soggetto soccombere rispetto ad altra azione, comunque intentata, ovvero lo hanno visto colpevolmente inerte nel loro esercizio, il tutto in una complessiva valutazione causa-effetti (nel senso di una causalità giuridica) che potrebbe portare anche ad una mitigazione o eliminazione del danno “totalmente evitabile” a fronte di una colpevole inerzia del creditore/danneggiato, ai sensi e per gli effetti dell’art. 1227 cod.civ.

L’azione generale di arricchimento senza causa ed i suoi rapporti con le altre azioni esperibili in giudizio sono state al centro in un interessante pronunciamento della giurisprudenza di legittimità che, sulla scia di un indirizzo piuttosto consolidato¹¹, finisce per accogliere la teoria della sussidiarietà in concreto e non in astratto, consentendo l’esperibilità della prima anche in via subordinata rispetto ad altre azioni, contrattuali o extracontrattuali, a disposizione dell’attore.

Si tratta, allora, di una intersezione tra diritto sostanziale e diritto processuale che proprio nell’art. 2042 c.c trova il suo momento di congiunzione.

Sul piano processual-civilistico vengono in rilievo i principi che governano la giurisdizione soggettiva, mutuati dal carattere normalmente disponibile alle parti dei diritti soggettivi in contesa, quali il principio della domanda (art. 99 c.p.c.), dell’interesse ad agire o resistere in giudizio (art. 100 c.p.c), della disponibilità dell’oggetto (art. 112 c.p.c.) e delle prove (art. 115 c.p.c.), a baluardo dei quali si pongono i diritti, costituzionalmente rilevanti, della difesa (art. 24 Cost) e del contraddittorio tra le parti, in condizioni di sostanziale parità, dinanzi ad un giudice terzo ed imparziale (art. 111 Cost., come novellato dalla l. cost. n. 2/1999).

In questa cornice spaziano i poteri-doveri processuali previsti dal codice di rito, i quali, proprio perché pensati e codificati prima dell’avvento della Carta Fondamentale, necessitano di essere progressivamente adattati e reinterpretati alla luce di quel piano, più garantista, voluto dall’Assemblea Costituente, integrato sempre più dalle Convenzioni Internazionali (si veda, su tutte, l’art. 6 CEDU sul diritto ad un “giusto processo”) e dal diritto europeo, anche vivente, sui quali interpretare gli

11. *Ex multis*: Cass. civ., sent. n. 16964/2009.

istituti più tradizionali, finendo per consegnare all'operatore del diritto nuovi margini di operatività "costituzionalmente e convenzionalmente orientati".

Il tema che qui interessa affrontare, soprattutto alla luce dell'innovativo orientamento inaugurato recentemente dalla Corte di Cassazione nella sua Massima composizione e da ultimo ribadito¹², riguarda i limiti di operatività del principio dispositivo in senso materiale (o disponibilità dell'oggetto del processo): e cioè, fino a che punto le parti – attore e convenuto – possono determinare l'oggetto della domanda di tutela e, di conseguenza, l'oggetto del processo e della sentenza? E fino a che punto (o meglio, fino a *quando*) il rito processuale può consentire alle medesime di apportare "modifiche" al *thema decidendum*, senza che tale potere finisca per violare interessi funzionali pubblicistici, come la ragionevole durata del processo o, peggio, la difesa ed il diritto al contraddittorio della controparte?

Più in generale, il tema dello *jus variandi* degli estremi della domanda si intreccia con i concetti delle "domande nuove" e "domande modificate" o, in altre parole, della *mutatio ed emendatio libelli*, che parrebbero consentite nei limiti di quanto previsto dall'art. 183 c.p.c.

A fronte della vincolatività che lega il giudice alla domanda, secondo il noto principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), l'attore (ed eventualmente il convenuto che, nella propria comparsa di risposta tempestivamente depositata ex art. 167 c.p.c., avanza una domanda riconvenzionale ex art. 36 c.p.c.) cristallizza la medesima su fatti determinati nella loro situazione sostanziale e costruisce sugli stessi il "*petitum*" (distinto in *petitum mediato* – bene della vita che si intende ottenere dalla controparte – e *petitum immediato*, coincidente con il provvedimento giurisdizionale che si chiede al giudice di pronunciare) e la "*causa petendi*", da sempre i due elementi oggettivi identificativi dell'azione giudiziale (la cui mancanza è causa di nullità dell'atto di citazione ai sensi dell'art. 164, comma 4 c.p.c.). Non è tanto il *nomen juris* che accompagna la domanda, che ben può essere riqualificata dal giudice in base al principio presuntivo "*iura novit curia*", quanto piut-

12. Si fa riferimento alle sentenze in commento nella presente riflessione: Cass., S.U., n. 22404 del 13/09/2018; Cass., S.U., n. 12310 del 15/06/2015.

tosto i fatti posti a base della stessa che vincolano il giudicante secondo il principio di necessaria corrispondenza tra quanto chiesto dalle parti e quanto pronunciato in sentenza.

Secondo la lettura tradizionale del codice processuale civile, ancorata ad una visione delle norme piuttosto statica e formalistica, basta che anche uno solo degli elementi identificativi della domanda (*personae, petitum e causa petendi*) venga a modificarsi per dire di essere dinanzi ad una azione (e quindi una domanda giudiziale) del tutto “nuova” e “diversa” da quella originariamente avanzata dall’attore nel proprio atto introduttivo, ex art. 163 comma 3 c.p.c. In particolare, quando si agisce in giudizio facendo valere l’esistenza (in astratto) di un diritto eterodeterminato, è di fondamentale rilevanza indicarne la *causa petendi*, ciò non soltanto al fine dell’ammissibilità in rito della domanda (e della conseguente validità formale dell’atto di citazione), ma per la stessa delimitazione di merito della situazione giuridica sostanziale, sulla quale la controparte deve potersi difendere ed il giudice deve poter valutare per emettere il provvedimento finale. Ai fini identificativi del diritto azionato di cui si chiede tutela, il titolo o *causa* della pretesa avanzata rileva solo per quei diritti etero-integrati, ossia per quelle posizioni sostanziali che nascono diverse a fronte della diversità della fonte da cui potrebbero scaturire (sempre in astratto e relativamente alla posizione soggettiva dell’attore, si intende); mentre non rileva a questi fini, bensì solo dal punto di vista probatorio, per i diritti c.d. auto-determinati, che hanno, come elementi di identificazione il soggetto, il bene ed il tipo di utilità garantita dall’ordinamento, mentre la *causa petendi* può rilevare come elemento della trattazione, cioè ai fini dell’accoglimento o del rigetto della domanda nel merito. Quindi, si sostiene¹³, mentre con riferimento ai diritti eteroindividuati si hanno tanti diritti (diversi) quante sono le loro fattispecie costitutive, assolvendo la *causa petendi* alla duplice funzione identificativa e probatoria, per i diritti autoindividuati essa assolve soltanto questa seconda funzione, cioè serve perché il giudice si convinca che l’attore ha ragione ed accolga nel merito la sua domanda. Da ciò consegue che solo nel secondo caso, dinanzi a diritti autoindividuati (primi tra tutti i diritti reali e quelli assoluti), la mancan-

13. F.P. Luiso, Diritto processuale civile, vol. II, ed. VI, pag. 7.

za, l'insufficienza o la contraddittorietà del *titulus*, non porterà all'obbligo di rinnovazione della domanda con effetti ex nunc (per nullità dell'atto di citazione) o all'eventuale rigetto in rito della stessa, perché non identificata, quanto piuttosto ad un rigetto nel merito per carenza di prove che avrebbero potuto portare il giudice a ritenere più probabile l'esistenza del diritto che non l'inesistenza del medesimo (secondo il canone probatorio e di giudizio del "più probabile che non"). Parimenti, la parte che agisce può (anzi deve, se non vuole soccombere nel merito) allegare e provare la *causa petendi* con tutti i mezzi istruttori che ritiene opportuni, purché ammessi e non manifestamente superflui o sovrabbondanti, già allegandoli nell'atto introduttivo della domanda giudiziale, ma solo per i secondi (auto-determinati) può avvalersi dei termini istruttori di cui all'art. 183, comma 6 c.p.c. fino al termine ultimo della seconda memoria. Non così, ovviamente, per quelli etero-determinati, i quali devono esser chiari nei loro elementi identificativi sia alla controparte - fin dal momento dell'instaurazione del rapporto giuridico processuale (che si crea, a prescindere dalla sua validità, al momento della notificazione della copia dell'atto di citazione), in modo tale da consentire alla stessa calibrare più consapevolmente le proprie scelte difensive (art. 24 Cost) - sia al giudice adito, fin dal momento del deposito della domanda (e del fascicolo di parte) presso la cancelleria (artt. 165 e seg. c.p.c), consentendo a quest'ultimo di salvaguardare gli interessi delle parti (nonché di eventuali terzi, specie se litisconsorti necessari pretermessi ex art. 102 c.p.c.) e del processo in una prospettiva di equilibrio costituzionalmente garantita.

Questa visione formalistica dei rapporti processuali è stata, tuttavia, messa in discussione dalla più recente giurisprudenza di legittimità¹⁴, la quale negli ultimi anni ha mostrato di voler intraprendere un serio ripensamento dei rapporti tra gli elementi identificativi delle domande giudiziali e, di conseguenza, dei labili confini tra *emendatio* e *mutatio libelli*, finendo per allargare le maglie delle "modificazioni consentite" ex art. 183 c.p.c. e, parallelamente, delimitando *ab interno* i divieti posti allo *ius variandi* con riferimento alle sole domande che

14. Pionieristica, in tal senso, può essere considerata la sentenza delle S.U. Cass. n. 12310/2015.

risultino realmente “nuove”. La lettura e l’applicazione delle norme del codice di rito, in particolare dell’art. 183 c.p.c., non deve compiacere gli amanti della retorica formalistica ed essere perciò fine a se stessa, né tanto meno può ritenersi immutabile “fino alla notte dei tempi” (in cui interverrà il Legislatore a porre chiarezza!), ma partecipa, insieme a tutti gli altri istituti dell’ordinamento giuridico, di una natura “dinamica” ed “evolutiva” che, sotto la lente dell’interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata, deve rifuggire da rigidi schemi per essere interpretata alla luce degli “scopi” perseguiti dal Legislatore, come del resto emerge dalle disposizioni sulla forma-scopo degli atti processuali ai sensi dell’art. 156 c.p.c. (principio del raggiungimento dello scopo).

Chiaramente, non si tratta di dover perseguire lo scopo “a tutti i costi”, ma se il costo da dover sostenere è notevolmente minore del vantaggio conseguito, in termini di economicità e ragionevole durata del processo, concentrazione della tutele, potenziale coerenza delle decisioni, rispetto del contraddittorio in relazione a quella parte della domanda “modificata”, non vi sarebbe più ragione – se non applicando rigidamente la legge senza guardare allo scopo, sposando formule e formalismi propri di un approccio statico al giudizio – per vietare alle parti l’esercizio dello *ius variandi*, fintanto che il processo lo consenta (ossia – ed è questo il dibattito della questione – fino alla prima memoria di cui all’art. 183, comma 6 c.p.c.).

L’*actio finium regundorum* dei concetti di *mutatio* ed *emendatio libelli* è stata ben tracciata dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. n. 12310/2015) che, come accennato, dando una lettura “costituzionalmente orientata” dell’art. 183, co 5 e 6 n. 1 c.p.c., ha posto le basi fondamentali per addivenire alla svolta da ultimo riconfermata dal Supremo Consesso, invertendo quel consolidato percorso ermeneutico fino a quel momento contrario a tali aperture¹⁵. Si rifugge, ormai, dall’approccio prettamente formale che, nel recente passato, ha visto dichiarare inammissibili (in quanto “nuove” e non conseguenti alla domanda riconvenzionale o alle eccezioni in senso stretto del convenuto, limitandole l’art. 183, co. 5 c.p.c alla udienza di trattazione) le modi-

15. Ci si riferisce a Cass., S.U., sent. n. 26128 del 27/12/2010, richiamata in motivazione dalla pronuncia da ultimo in commento (sent. 22404 cit.)

fiche alla domanda iniziale sotto il profilo oggettivo del *petitum* e/o *causa petendi*, sulla scorta della tradizionale distinzione tra “modifica-zione” e “specificazione” della medesima. Secondo l’opinione tradizio-nale, infatti, il *novum* incide sui pilastri della domanda e, pertanto, ove non si ponesse quale “reazione consequenziale” alle eccezioni in senso stretto ovvero alla domanda riconvenzionale proposta dal convenuto nel primo atto difensivo (tempestivamente depositato ex art. 167 c.p.c.) e, necessariamente, nel primo momento processualmente utile (i.e. in prima udienza), risulterebbe vietato, come si desume *a contrario* dalla lettura combinata dei commi 5 e 6 dell’art. 183 c.p.c.

In particolare, dalla piana lettura dei commi in questione è facile rilevare che il possibile contenuto della prima memoria istruttoria non corrisponde a quanto previsto per la prima udienza di comparizione e trattazione. Con il quinto comma dell’art. 183 c.p.c., uscito riformato dalla novella del rito civile ordinario del 2005, il legislatore ha inteso contemperare il sistema delle preclusioni con il diritto al contraddittorio tra le parti, concedendo eccezionalmente all’attore (o, se vogliamo leggerla da un altro angolo prospettico, limitando da parte sua l’ingresso di *nova* nel processo) la sola possibilità di replicare in udienza ai nuovi fatti (eccezioni in senso stretto) o alle nuove domande (purché connesse oggettivamente a quella iniziale, per via dell’art. 36 c.p.c.) fatte valere dal convenuto nella propria comparsa di costituzione e risposta. Tutto ciò che non sia correlato alle difese (non mere) della parte contro cui la domanda è proposta e che fuoriesca dal *thema decidendum* cristalliz-zato dall’attore nel proprio atto introduttivo, risulterebbe una domanda “nuova”, vietata anche in prima udienza.

I tre termini di cui all’art. 183, comma VI c.p.c., invece, consentono alle parti di depositare altrettante memorie, dedicate:

- 1) la prima alle sole “precisazioni o modificazioni delle domande, delle eccezioni o conclusioni già proposte”;
- 2) la seconda “per replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall’altra parte, per proporre le eccezioni che sono conseguenza delle domande e delle eccezioni medesime e per l’indicazione dei mezzi di prova e produzioni documentali;
- 3) la terza “per le sole indicazioni di prova contraria”.

Rispetto alle domande “nuove”, la possibilità di emendare le do-mande, eccezioni o conclusioni “già proposte” è stata pressoché una-

nimemente circoscritta in giurisprudenza ai soli elementi accessori o secondari, senza poter incidere (almeno per i diritti eterodeterminati) in nessun modo sul *petitum* o sulla *causa petendi*, se non a costo di snaturare (tardivamente) l'oggetto del processo¹⁶.

Questo perché la domanda nuova o si "aggiunge", senza sostituirla, a quella originaria, ovvero modifica in radice i suoi elementi costitutivi, l'impianto originario, trasformandola sostanzialmente in una nuova situazione giuridica; si finisce, in tal modo, per chiedere un qualcosa di ulteriore o di diverso rispetto a quanto introdotto e, oramai, cristallizzato nel processo, il che non è ammissibile non solo con la prima memoria ex art. 183 co 6 c.p.c., in quanto tardiva, ma neppure in prima udienza se non giustificata da una reazione alle novità difensive della controparte.

Invece, la domanda meramente "modificata" nel senso della *emendatio* lascerebbe immutato il substrato sostanziale dei fatti così come introdotti *ab origine* dall'attore (segnatamente gli elementi identificativi del diritto eteroindividuato fatto valere) ed andrebbe ad incidere, allora, su profili secondari, modificando questi ultimi ovvero specificando meglio, nel corso del processo, quanto voleva chiedersi sin dall'inizio, rimanendo tuttavia negli originari confini della volontà cristallizzata nell'atto introduttivo. Siffatta possibilità è concessa alle parti del processo fino alla scadenza del primo termine degli "ulteriori trenta giorni" di cui all'art. 183 comma 6 n. 1 c.p.c., anche perché si sarebbe, a quel punto del processo, in grado di meglio circoscrivere le domande, eccezioni e conclusioni "già proposte".

Proprio in relazione all'azione generale di arricchimento, oggetto della presente riflessione, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione nel 2015 hanno dimostrato di voler superare tale storica dicotomia tra *mutatio* (vietata nella prima memoria ex 183 co 6 c.p.c.) ed *emendatio libelli* (consentita), a fronte di una "modificazione" della originaria domanda di adempimento contrattuale in una di arricchimento senza causa, che pure aveva portato - non molti anni prima - il medesimo Collegio, nella sua composizione più autorevole, ad una soluzione opposta rispetto a quella più di recente accolta.

16. *Ex multis*: Cass. 29/9/1997 n. 9507; Cass. 27/11/2001 n. 15028; Cass. 24/10/2003 n. 16005; Cass. 26/05/2004 n. 10168; Cass. 2/08/2007 n. 17007.

Si rammenta, infatti, le Sezioni Unite, non molti anni prima¹⁷, partendo dal presupposto che “*le domande di adempimento contrattuale ed arricchimento senza causa riguardano entrambe diritti etero-determinati e si differenziano, strutturalmente e tipologicamente, sia quanto al petitum sia quanto alla causa petendi*”, avevano dichiarato ammissibile la domanda di arricchimento senza causa avanzata dall’opposto in un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo (il quale riveste la posizione sostanziale di attore), solo ed esclusivamente quando l’opponente (che ha posizione sostanziale di convenuto) avesse introdotto nel giudizio, con l’atto di citazione, un ulteriore tema di indagine, tale che potesse giustificare l’esame di una situazione di arricchimento senza causa (ossia, l’eccezione di nullità del contratto stipulato, nel caso specifico, tra un privato e la Pubblica Amministrazione). D’altronde, il giudizio di cognizione conseguente alla tempestiva opposizione a decreto ingiuntivo è regolato dalle norme del rito ordinario, ai sensi dell’art. 645 co 2 c.p.c. e, quindi, si applica anche l’art. 183, comma 5 c.p.c., che, in ogni altro e diverso caso, vieta all’opposto di proporre, anche in via subordinata, nella comparsa di risposta o successivamente, un’autonoma domanda di arricchimento senza causa, la cui inammissibilità è rilevabile d’ufficio da parte del giudice. In altre parole, il passaggio dalla domanda originaria di adempimento contrattuale a quella di arricchimento sine causa – trascendendo dal contesto di riferimento costituito dal giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo – configurerebbe, secondo tale importante pronunciamento, una *mutatio libelli* che l’art. 183 c.p.c non tollera al di fuori del suo comma 5, in un contesto di reazione consequenziale alla domanda riconvenzionale e/o eccezioni del convenuto.

Il percorso argomentativo di quella decisione fondava la diversità tra le domande sia quanto al *petitum*, costituito nella prima dal pagamento del corrispettivo pattuito e nella seconda dall’indennizzo, sia quanto alla *causa petendi*, ritenendo estranei all’azione contrattuale gli elementi dell’impoverimento e dell’altrui locupletazione, che costituiscono i presupposti dell’art. 2041 c.c. (la sentenza richiamava anche l’ulteriore presupposto del riconoscimento dell’*utilitas* della prestazio-

17. Cass., S.U., sent. 27/12/2010 n. 26128.

ne da parte dell'Ente pubblico, esplicito o implicito nell'utilizzazione dell'opera, che oggi è da ritenersi superato dopo la nota decisione delle S.U. del 26/5/2015, n. 10798).

Il principio di diritto espresso in quella occasione, seppure apparentemente impeccabile sotto il profilo letterale e normativo, risulta superabile (e di fatto superato più di recente) a fronte di una diversa latitudine interpretativa della *emendatio libelli* e, soprattutto, dell'incidenza che le modificazioni al *petitum* e/o alla *causa petendi* possano avere sulla domanda principale.

Come accennato, con l'ulteriore statuizione del 2015, infatti, la Cassazione torna criticamente sui propri passi, anzi, se vogliamo, compie un passo ulteriore, allontanandosi dalle categorie tradizionali che troppo spesso risultano foriere di ritardi processuali e pregiudizi (non solo alle parti in causa, bensì alla Giustizia tutta), adottando un approccio "costituzionalmente orientato" nella interpretazione degli istituti processuali. Essa finisce, così, per ritenere che sia comunque consentita una modifica della domanda anche ove incida sugli elementi identificativi del diritto fatto valere (etero-individuato, si intende), sempreché *"la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, per ciò solo, si determinino la compressione delle potenzialità difensive della controparte o l'allungamento dei tempi processuali"* (Cass., S.U., sent. n. 12310 del 15 giugno 2015). In quella occasione, in particolare, si è ammessa la modifica, con la memoria ex art. 183 co 6 n. 1 c.p.c., dell'originaria domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto ex art. 2932 c.c., sulla base della qualificazione del rapporto, ritenuta successivamente erronea e perciò modificata, come contratto preliminare di compravendita piuttosto che come contratto definitivo, i cui effetti traslativi del diritto di proprietà si erano già prodotti in forza del principio consensualistico di cui all'art. 1376 c.c. La domanda di accertamento del trasferimento del diritto reale, in luogo della originaria domanda costitutiva di tali effetti ex art. 2932 c.c., "orbita" intorno al medesimo fatto, va intesa come domanda connessa (per incompatibilità) alla medesima situazione giuridica sostanziale introdotta dall'attore e sulla quale il convenuto ha avuto modo, in prima battuta, di difendersi, senza che tale modificazione possa recare un irrimediabile *vulnus* alle sue difese o alle possibili controdeduzioni (art.183, co. 6

n. 2 c.p.c.), nel rispetto dell'economia processuale e della ragionevole durata del processo.

Parimenti, nel caso che qui ci interessa esaminare, a fronte di una iniziale domanda di adempimento contrattuale, sostenere che quella di arricchimento senza causa sia riconducibile alla nozione di "domanda modificata" e non (più) di domanda "nuova", significherebbe riconoscere che la stessa potrà essere emendata anche in un momento processuale postergato rispetto alla prima udienza di comparizione e trattazione (e segnatamente, con la prima memoria ex art. 183 co 6 n. 1 c.p.c.) e, soprattutto, non soffrirà della rigida consequenzialità delle domande "nuove" rispetto alle riconvenzionali o alle eccezioni in senso stretto sollevate dalla controparte.

In questo oscillante panorama giurisprudenziale, recentemente la Seconda Sezione civile della Corte di Cassazione ha preferito, per eliminare ogni dubbio tra le due soluzioni prospettate, rimettere gli atti al Primo Presidente affinché investisse nuovamente le Sezioni Unite sulla questione, ritenuta di massima di particolare importanza, attinente proprio ai rapporti tra le domande di esatto adempimento contrattuale, ex art. 1453 c.c., e la sussidiaria azione generale di arricchimento senza causa, di cui all'art. 2041 c.c., e sulla conseguente ammissibilità o meno della domanda di arricchimento senza causa con la memoria di cui all'art. 183, sesto comma, n. 1 c.p.c.¹⁸. Non si dubita affatto che, anche a fronte di più azioni astrattamente praticabili dall'attore, questi possa scegliere di agire in via principale per l'esatto adempimento ed in via subordinata e/o successiva per l'arricchimento ingiustificato, sicché la giurisprudenza maggioritaria dimostra di accogliere la teoria della "sussidiarietà in concreto" in relazione all'art. 2042 c.c. Piuttosto, ciò che interessa chiarire è se tale modificazione costituisca l'espressione dell'esercizio dello *ius variandi*, concesso all'attore nei limiti di proposizione di domande "nuove" ex art. 183 co 5 c.p.c, ovvero sia la mera modificazione dell'originaria domanda che, in quanto tale, rimane ferma nel suo contenuto essenziale. Le Sezioni Unite, con l'ultima decisione n. 22404 del 13/9/2018, mostrano di condividere il principio di diritto dalle medesime enunciato pochi anni prima (2015), offrendo ulteriori

18. Cass. civ, II sez., ord. n 7079 del 20 marzo 2017.

spunti di riflessione in merito alla decodificazione del concetto di domanda “nuova” e del più generale esercizio del potere di *ius variandi* nelle maglie strette del codice di rito. A tal fine, esse richiamano ulteriori disposizioni del codice di procedura civile che fanno riferimento ai *nova* nel processo, primo tra tutti l’art. 345 c.p.c., che pone un divieto esplicito di proporre domande nuove e diverse in grado d’appello rispetto a quelle proposte e già giudicate dal giudice di prime cure, divieto non posto espressamente – se non dedotto *a contrario* – dall’art. 183 co 5 c.p.c. L’art. 189 c.p.c. poi, prevede che il giudice istruttore inviti le parti a precisare davanti a a lui le conclusioni che intendono sottoporre al collegio “nei limiti di quelle formulate negli atti introduttivi o a norma dell’art. 183”, in tal modo ribadendo che, ove vi fossero dubbi, proprio grazie all’art. 183 c.p.c. le parti possono cambiare le domande e conclusioni avanzate nell’atto introduttivo “*in maniera sensibilmente apprezzabile*” e non limitata, come invece si tendeva a ritenere, a mere qualificazioni giuridiche o precisazioni di dettaglio del tutto secondarie. Già in altre occasioni la Corte ha dimostrato di voler consentire una modificazione della domanda originaria attraverso la prima memoria ex art. 183 co 6 n. 1 c.p.c., anche a fronte di interventi che incidano sugli elementi identificativi dell’azione in senso oggettivo, ossia sul *petitum* e/o sulla *causa petendi*: in senso conforme ed a titolo esemplificativo si è espressa la stessa Corte di Cassazione nel gennaio 2016 (sent. n. 816) e nel gennaio 2017 (sent. n. 29), secondo cui: “*nel rito societario già disciplinato dal d.lgs n. 5/2003, la modificazione della domanda, ivi consentita tramite la memoria ex art. 6 comma 2 lett b), può riguardare anche uno o entrambi i suoi elementi oggettivi (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata riguardi la medesima vicenda sostanziale dedotta in lite o sia ad essa collegata, sicché, qualora la parte abbia chiesto, con l’atto di citazione, l’accertamento della nullità di un contratto di intermediazione finanziaria, è ammissibile la proposizione, con la suddetta memoria, della domanda di risarcimento del danno, ove, in particolare, non siano mutati gli elementi di fatto introdotti in giudizio*”. Così anche in tema di mutamento della originaria domanda risarcitoria fondata sulla violazione del generico canone del *neminem laedere* ex art. 2043 c.c. in una domanda risarcitoria riqualificata ai sensi dell’art. 2050 c.c. (Cass., sent. n. 10513/2017), nonché di mutamento solamente quantitativo della domanda originaria (v. Cass., sent. n. 26782/2016).

Va accertato in concreto, allora, se tra la domanda inizialmente proposta e quella poi successivamente formulata con la prima memoria ex art. 183 co 6 n 1 c.p.c., sussista quel rapporto di connessione sostanziale per "alternatività" o "incompatibilità" al medesimo substrato fattuale (l'unico realmente vincolante per le parti e per il giudice) sul quale l'attore ha qualificato il rapporto (nella *causa petendi*, ovviamente per i diritti etero-determinati) ed avanzato il *petitum*, mediato (bene della vita) ed immediato (provvedimento giudiziale). Non v'è dubbio, ritiene il Supremo Collegio, che entrambe le domande proposte (di adempimento contrattuale e di indebito arricchimento) si riferiscano alla stessa vicenda sostanziale dedotta in giudizio, intesa come "*unica vicenda in fatto che delinea un interesse sostanziale; sono attinenti al medesimo bene della vita, inquadrabile in una pretesa di contenuto patrimoniale (pur se, nell'una, come corrispettivo di una prestazione svolta e, nell'altra, come indennizzo volto a riequilibrare i patrimoni dei soggetti coinvolti)*", e tale nesso giustifica ancor di più il ricorso al *simultaneus processus*.

Nella sentenza, in realtà, non si evince chiaramente l'*ubi consistam* della connessione per "alternatività" o "incompatibilità" tra le domande proposte, forse lasciando volutamente agli interpreti la libertà di disvelarne concretamente il collegamento, caso per caso. L'incompatibilità tra domande processuali andrebbe qui intesa - a parere dello scrivente - come impossibilità di convivenza nel medesimo processo, ove non fossero proposte in via subordinata bensì cumulativa, perché l'una escluderebbe l'altra o contraddirebbe la stessa; è come se vi fosse una sola sedia e si pretendesse di volersi sedere in due (ma non uno dopo l'altro!). Logica vuole che una domanda è incompatibile con un'altra quando l'una e l'altra abbiano il medesimo oggetto, la stessa situazione giuridica sostanziale che, nei fatti, è rimasta immutata, presenta cioè le stesse caratteristiche della realtà fattuale che, a prescindere dalla susunzione sotto *cause petendi* tra loro anche giuridicamente diverse ovvero a fronte di diversi *petita* su di essa cuciti dalle parti, rimandano in senso "ciclico" alla stessa situazione di fatto, epurata del pregiudizio, rispetto al punto di partenza, per il tramite del processo.

La connessione per "alternatività" non è da meno: alternativa è una cosa che sia in grado di sostituire un'altra, che sia surrogabile alla prima o ad essa equivalente, perché condivide con essa il medesimo fine ed

ha le stesse potenzialità di riuscita, finendo per innervarsi sullo stesso interesse ad agire in giudizio per l'unica utilità perseguita dall'attore (art. 100 c.p.c.). Dal ragionamento logico stimolato dai Giudici di Piazza Cavour, gli interpreti possono (*rectius*: debbono) disvelare proprio la reale intenzione delle parti, il "nocciolo duro" della tutela che, inizialmente, è stata chiesta dall'attore, finendo per considerare incompatibili o alternative con la domanda iniziale quelle domande proposte successivamente, nel corso del processo, ammesse purché osservando in ogni caso i limiti preclusivi di cui all'art. 183, co 6 c.p.c.

Ove la situazione concreta risultasse realmente diversa, per aggiunta o per modificazione, non si sarebbe dinanzi ad una connessione per alternatività o incompatibilità (che, come detto, presuppone che il substrato materiale sia lo stesso), bensì ad una connessione per "complementarità" o "integrazione", il che disvela, oltre alla cumulabilità contestuale delle domande, che la situazione sostanziale è diversa, in tutto o in parte, a quella oggetto della domanda originaria, presenta un tassello ulteriore o sostanzialmente diverso, per cui solo dinanzi a tale ipotesi è possibile parlare di domanda realmente "nuova", inammissibile se non negli stringenti limiti di cui all'art. 183, comma 5 c.p.c.

In tale ottica, la concentrazione processuale delle due domande sussidiarie (adempimento contrattuale e arricchimento senza causa) risulta più rispettosa della certezza del diritto e della stabilità delle decisioni, anche in relazione al ridotto rischio di giudicati logicamente contraddittori, nonché dell'effettività della tutela assicurata, che altrimenti sarebbe sempre messa in pericolo da pronunce che accogliessero approcci prettamente formalistici.

Una simile interpretazione, tuttavia, proprio perché connessa alla stessa situazione sostanziale, non può e non deve determinare per la controparte alcuna decisione "a sorpresa" o "della terza via" (che, dopo la L. 69/2009, sarebbe causa di nullità della sentenza ex art. 101 co 2 c.p.c), né mortificarne le potenzialità difensive, in quanto, oltre a riguardare gli "stessi fatti" sui quali la parte è stata chiamata in giudizio (ancorché per un diverso *petitum* o *causa petendi*), deve in ogni caso essere garantita anche sul piano probatorio la concessione di un congruo termine per contro dedurre sulla modificazione.

Più in generale, l'attività interpretativa delle norme di diritto, anche processuali, cui è chiamato ciascun giudice e la funzione nomofilattica

della Corte di legittimità non devono mai togliere lo sguardo dalla Carta Costituzionale, spirito immanente a tutte le leggi dell'ordinamento che, a fronte di più interpretazioni possibili del dettato normativo, deve poter emergere e prevalere.

Pertanto, l'interpretazione dell'art. 183 c.p.c., adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione già nel 2015 e da ultimo ribadita con la sentenza in commento (n. 22404/2018) sui rapporti tra *emendatio* e *mutatio libelli*, risulta maggiormente rispettosa dei principi costituzionali di economia processuale e di ragionevole durata del processo (cui fanno capo gli artt. 24 Cost, 111 Cost, nonché l'art. 117 co 1 Cost in relazione alla fonte interposta dell'art. 6 CEDU), in quanto non solo incide, per le parti, sulla durata del processo in cui la modificazione interviene, ma giova alla Giustizia *tout court*, visto che favorisce la soluzione (auspicabilmente in via definitiva, soddisfacendo le loro richieste) della complessiva vicenda in un unico contesto, evitando la proliferazione dei processi.

Conclusivamente, viene enunciato il seguente principio di diritto: “È ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art 2041 c.c., proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183, sesto comma, c.p.c., nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità/alternatività) a quella inizialmente formulata”.

Al medesimo risultato, ma con diverso e più semplice percorso logico, senza snaturare gli originari confini tra domande nuove e domande modificate, giunge Autorevole dottrina processual-civilistica¹⁹, la quale sostiene che il Legislatore, nel formulare il comma 6 n. 1 dell'art. 183 cit., “*minus dixit quam voluit*” e cioè che le espressioni ivi utilizzate siano solo esemplificative e contengano, necessariamente, anche i poteri di reazione difensiva di cui al comma precedente. Facendo leva sulla terminologia utilizzata (domande, eccezioni, ecc. “già formulate” nel comma 5, “già proposte” nel comma 6), sarebbe contraddittorio escludere che con la prima memoria istruttoria le parti non possano incidere

19. F.P. LUISO, Diritto processuale civile, Milano, ed. VI, vol. II, pag. 41.

anche su quelle domande già formulate, in quanto la *formula* evocerebbe qualcosa di scritto (gli atti introduttivi del giudizio), mentre la proposizione può avvenire in forma scritta ed in forma orale, sicché essa è una categoria più generica che contiene la prima. Se si ritenesse l'ambito della trattazione scritta più ristretto dell'ambito possibile della trattazione orale, sarebbe contraddittorio anche il rapporto tra il n. 1 e il n. 2 del comma VI dell'art. cit. Infatti, ai sensi del n. 2, con la seconda memoria le parti possono “replicare alle domande ed eccezioni nuove o modificate dall'altra parte” e “proporre le eccezioni che sono conseguenza delle medesime”, come a dire che ciò che è concesso in prima udienza (comma 5) è concesso anche con la memoria n. 2, ma non (interpretandola restrittivamente) con la memoria n. 1. Il che, come detto, risulterebbe contraddittorio.

Tale interpretazione non è tuttavia unanimemente condivisa²⁰, in quanto si evidenzia che la memoria n. 2 limita i poteri di entrambe le parti (e non conceda una possibilità di innovare il processo al solo attore) alle sole “repliche” rispetto ai *nova* (domande ed eccezioni) già proposte, che dipenderebbero, in una scala quasi cronologicamente disegnata dal Legislatore, proprio dall'attività compiuta oralmente in prima udienza.

Giunti al termine di questa breve riflessione, rispetto alla complessità del diritto nell'intreccio tra il piano dei rapporti sostanziali e processuali, può essere utile chiedersi se, con specifico riferimento al substrato materiale delle domande di adempimento coattivo e di arricchimento ingiustificato, la “medesima situazione sostanziale” di cui parlano le sentenze sopra citate non sia altro che l'interesse dell'attore (creditore o *solvens*) ad evitare una situazione di squilibrio economico a suo svantaggio e ad indebito vantaggio del convenuto (debitore inadempiente o *accipiens*). Infatti, chiedere l'adempimento coattivo, mostrando anche processualmente un interesse alla (ancora possibile) esecuzione della prestazione dedotta in un contratto sinallagmatico (art. 1453 c.c.) non equivale, infondo, ad evitare un ingiusto arricchimento, anche sotto forma di “risparmio di spesa”, da parte del debitore inadempiente ed a danno del creditore insoddisfatto? E tale depauperamento-arricchimento,

20. C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Torino 2015, vol. II, 163 ss.;

ove venisse meno la *causa* o meglio il *titulus* contrattuale (ad esempio, proprio per l'eccezione di nullità del contratto o il suo rilievo *ex officio* da parte del giudice), non sono forse gli stessi elementi identificativi della subordinata (o sopravvenuta) domanda generale e residuale di arricchimento senza causa?

Che sia, allora, l'interesse fatto valere in giudizio con la proposizione della domanda iniziale, piuttosto che le categorie giuridiche del *petitum* e della *causa petendi*, ad essere il reale vincolo per il giudice e per le parti nella determinazione dell'oggetto del processo?

A tutte queste domande potremmo dare diverse risposte a seconda della soluzione che si intende avallare, ma una dimostrazione positiva di quanto detto può essere data dallo stesso art. 1453, comma 2 c.c., che consente la modificazione (nel senso dell'*emendatio* rispetto alla tesi qui sostenuta) della domanda di esatto adempimento in una di risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno, semplicemente a fronte del venir meno dell'interesse della parte a conseguire il bene della vita (*utilitas* perseguita) in forma specifica, surrogandola o sostituendola (connessione per alternatività) con la tutela per equivalente.

Bastava forse evidenziare questo, allora, per dire di essere dinanzi ad una mera *emendatio* e non ad una vera e propria *mutatio libelli*, onde consentirne la precisazione/modificazione anche con il deposito della prima memoria ex art. 183 comma 6 c.p.c., senza più di troppo allargare le maglie della prima, riducendo contestualmente quelle della seconda, in nome di una interpretazione "rivoluzionaria" delle norme processuali, seppur costituzionalmente giustificata.

Giacomo Rocchetti

II
GIURISPRUDENZA

Giurisprudenza civile

Tribunale di Teramo – 21 gennaio 2019, n. 39 – est. Converti – B.B., S.N.T. S., S.N.T. T e M.A.R. c. B.P.B. s.c.p.a.

Contratti di Borsa – Strumenti finanziari – Vendita – Azione di responsabilità da omessa informazione – Competenza specializzata per le imprese del Tribunale distrettuale – Non sussiste

Contratti di Borsa – Strumenti finanziari – Obblighi informativi dell'intermediario finanziario – Contenuto – Adeguata conoscenza preventiva del prodotto finanziario – Acquisizione dei dati rilevanti – Informazioni al cliente – Consegna del prospetto informativo – non sufficienza

Contratti di Borsa – Strumenti finanziari – Operazioni non adeguate ex art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 – Informativa sui singoli profili di inadeguatezza – Mancanza della prova – Violazione - Sussiste

Non sussiste la competenza della sezione specializzata del Tribunale distrettuale quando la vicenda tragga solo occasionalmente titolo da un negozio traslativo di partecipazioni societarie, ma non inerisce la questione societaria e l'esercizio dei diritti scaturiti dalla titolarità di partecipazioni sociali, e attiene esclusivamente alla validità di un contratto di investimento. (1)

Sussiste la violazione degli obblighi informativi di cui agli artt. 21 TUF e 28 Reg. Consob n. 11522/1998 quando la banca si limita a sostenere che, per l'adempimento degli obblighi informativi, basta la consegna

del prospetto informativo ma non fornisce alcuna prova, come è suo onere ex art. 23, comma 6, TUF, di aver dato un'informativa specifica, completa, corretta, diligente e trasparente, né tanto meno di aver assicurato che i clienti avessero tutti gli elementi necessari per compiere una scelta di investimento consapevole, libera e autodeterminata. (2)

Sussiste la violazione dell'art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 per l'ineadeguatezza dell'investimento, quando, in presenza di contestazione, manca la prova sulla informativa sulle specifiche ragioni di inadeguatezza "tipologia", "oggetto" e "dimensione", oltre che in caso di mancanza della specifica autorizzazione prevista dalla medesima norma. (3)

Preliminarmente, va disattesa la domanda pregiudiziale della Banca convenuta di incompetenza del giudice ordinario in favore della sezione specializzata per le imprese presso il Tribunale distrettuale.

La Suprema Corte recentemente ha avuto modo di affrontare la questione, statuendo che, ai fini della configurabilità della competenza della sezione specializzata in materia di impresa, anche quando la vicenda tragga titolo da un negozio traslativo di partecipazioni societarie, la controversia deve essere direttamente inerente alla questione societaria e all'*esercizio dei diritti* scaturiti dalla titolarità di partecipazioni sociali, per cui la pretesa, e vieppiù la fonte di essa, devono trarre titolo dal rapporto di società e dalla conseguente acquisizione dello *status socii*, nonché alle modalità di estrinsecazione di esso. Diversamente, la competenza resta in capo al tribunale ordinario se, come nel caso di specie, la controversia attiene esclusivamente alla validità di un contratto di investimento e non interferisce, se non occasionalmente, con il rapporto societario (Cassazione civile, sez. VI, 20 Marzo 2018, n. 6882. Est. Marulli).

[omissis]

Passando al merito, la domanda attorea è fondata e va accolta per quanto di ragione.

Preliminarmente, va osservato che nel caso di specie, alla luce della specifica ripartizione probatoria delineata all'art. 23 comma 6 TUF, gli attori hanno allegato (ed invero anche provato) le proprie contestazioni

in fatto e in diritto, i danni subiti e il relativo nesso causale, mentre la Banca convenuta non ha provato di aver diligentemente adempiuto ai propri obblighi contrattuali e di legge, come è invece suo onere (cfr. in senso conforme, Cass. n. 3773/2009).

Ciò posto, con riferimento al profilo di rischio manifestato dagli attori, la documentazione acquisita agli atti consente di ritenere provato che il profilo di rischio degli attori è risultato basso, prudente e conservativo, così come scarsa è risultata la conoscenza della tipologia di prodotto oggetto di giudizio, vale a dire un'azione a rischio alto e speculativo, trattandosi di un'operazione illiquida, non quotata e di lunga durata.

Alla sig.ra B. B. non risultano esser state richieste le informazioni sul profilo di rischio ... con conseguente violazione degli artt. 21 TUF e 28 Reg. Consob n. 11522/1998, mentre l'unico precedente investimento era di € 10.000,00 in un fondo di investimento obbligazionario a basso rischio gestito dalla stessa Banca ..., risultandone così accertato un profilo di rischio basso, prudente, conservativo e non avvezzo ad investimenti altamente rischiosi, men che meno in azioni come quelle in causa.

La sig.ra S. N. T. S., nel questionario coevo alla firma del contratto "quadro" di negoziazione ... ed all'investimento in causa ... aveva dichiarato di essere pensionata, di aver una minima conoscenza dei prodotti finanziari, in particolare delle azioni (cfr. la dicitura "discreta" segue la dicitura di "nessuna" esperienza), mentre il coevo portafoglio titoli ... evidenzia come l'investimento in causa fosse il primo che l'attrice avesse mai effettuato, risultando così accertato un profilo di rischio basso, prudente, conservativo e non avvezzo ad investimenti altamente rischiosi, men che meno in azioni come quelle in causa.

Il sig. S. N. T. T., nel questionario prodotto dalla Banca ..., aveva dichiarato di avere una conoscenza media dei prodotti finanziari, in particolare delle azioni, ed una discreta propensione al rischio, mentre controparte non ha prodotto alcun estratto del portafoglio titoli coevo all'investimento *de quo* ..., risultando così accertato anche in questo caso un profilo di rischio basso, prudente, conservativo e non avvezzo ad investimenti altamente rischiosi, men che meno in azioni come quelle in causa.

Il sig. M. A. R., nel questionario prodotto dalla Banca per l'investimento nel 2006 ..., aveva dichiarato una minima conoscenza dei pro-

dotti finanziari, in particolare delle azioni (cfr. la dicitura “discreta” segue la dicitura di “nessuna” esperienza), un “discreto” grado di rischio ed un orizzonte temporale da 1 a 3 anni, mentre l’unico investimento coevo a quello in causa era un titolo di Stato CCT per € 43.000,00 ..., risultando così accertato un profilo di rischio medio non avvezzo ad investimenti altamente rischiosi, men che meno in azioni come quelle in causa. Per quanto poi riguarda l’investimento in causa risalente al 2010, pur avendo l’attore rilasciato un profilo di rischio di livello “alto”, si rileveranno in appresso i motivi di inadeguatezza del medesimo, in particolare per dimensione dell’operazione, anche in raffronto al portafoglio titoli detenuto.

A riprova della scarsa conoscenza delle operazioni da parte dei clienti, si esamini la segnalazione della Banca di inadeguatezza dell’operazione per “tipologia” e “oggetto” rispetto al profilo dei clienti. La stessa convenuta conferma tale ricostruzione ..., dove si legge: “*le operazioni sono state ritenute inadeguate per tipologia e oggetto perché riguardavano investitori che presentavano un profilo di investimento conservativo, nonché un basso livello di conoscenza in strumenti finanziari (in particolare azioni)*”. È dunque certo che gli attori non conoscessero, o quanto meno non comprendessero, la rischiosità delle operazioni che andavano a sottoscrivere.

Questi, altresì, hanno contestato che la Banca T. abbia comunicato loro, all’atto degli acquisti in causa, informazioni chiare, corrette e complete in ordine all’investimento in azioni “*omissis*”.

Sul punto, la Banca convenuta si è difesa esclusivamente sostenendo di aver adempiuto ad ogni obbligo informativo di legge, consegnando ai clienti il prospetto informativo ..., in quanto contenente tutte le necessarie informazioni su rischi e caratteristiche dell’investimento medesimo. Tuttavia, la Banca non ha articolato alcuna prova testimoniale per dimostrare di aver effettivamente fornito, anche oralmente, le informazioni necessarie ex art. 21 TUF e 28 Reg. Consob n. 11522/1998, quali illiquidità, lungo termine, rating BBB+ e, conseguentemente, alta rischiosità delle azioni.

Di contro, gli attori hanno sempre contestato di non aver ricevuto alcun prospetto informativo prima degli acquisti in questione, circostanza non confutata dalla Banca. Ed invero, le clausole di stile inserite nei moduli d’ordine sono considerate dalla giurisprudenza come prive di effi-

cacia confessoria e valenza probatoria in merito alla completa, diligente e trasparente informativa sui titoli negoziati (cfr. Cass. n. 6142/2012; n. 4620/2015; n. 2535/2016; n. 10161/2016; n. 29/2017; n. 8619/2017). Ad ogni buon fine, quand'anche l'informativa *de qua* fosse stata consegnata, è del tutto improbabile che un risparmiatore *retail*, contestualmente alla negoziazione, sia in grado di leggere e, soprattutto, di comprendere un documento tecnico-finanziario di oltre duecento pagine.

A ciò si aggiunga che, sempre in ipotesi (non provata) di consegna del prospetto informativo, detto prospetto non avrebbe comunque integrato un'informativa corretta, completa e trasparente (cfr. Cass. n. 10161/2016; n. 29/2017; n. 8619/2017), poiché in tale prospetto non si parla mai di alto rischio dell'investimento, né della sua durata di lungo termine, nonché si descrive il rating "BBB+" con toni enfatici e quasi trionfalistici, pur collocandosi di poco sopra il livello speculativo, omettendo la contempo di offrire un raffronto con azioni simili quotati su mercati regolamentati (cfr. Comunicazione CONSOB n. DIN8019104 del 2/03/2009).

In ogni caso, la consegna del prospetto informativo, ex art. 13 Reg. n. 11971/1998, è prevista indipendentemente dagli obblighi ex artt. 21 TUF e 28 Reg. n. 11522/1998, per cui l'adempimento dell'uno non integra quello degli altri (cfr. Cass. n. 12544/2017).

Ed inoltre, non risulta che la Banca convenuta, prima degli acquisti delle azioni oggetto di giudizio, abbia informato gli attori che le negoziazioni sarebbero avvenute "fuori dai mercati regolamentati", informazione che infatti verrà fornita soltanto con le successive note informative ..., ad acquisto già formalizzato.

In conclusione, nel caso in esame risultano violati dalla Banca convenuta gli obblighi informativi di cui agli artt. 21 TUF e 28 Reg. Consob n. 11522/1998, non avendo quest'ultima fornito alcuna prova, come era invece suo onere ex art. 23, comma 6 TUF, di aver fornito un'informativa specifica, completa, corretta, diligente e trasparente, né tantomeno di aver assicurato che i clienti avessero tutti gli elementi necessari per assumere una scelta d'investimento consapevole, libera e autodeterminata, obiettivo primario della normativa del settore finanziario (cfr. Cass. n. 16088/2018).

Gli attori contestano, inoltre, la violazione dell'art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 per l'inadeguatezza dell'investimento, la mancata infor-

mativa sulle specifiche ragioni per “tipologia”, “oggetto” e “dimensione”, nonché l’inefficacia della clausola di autorizzazione scritta.

Ebbene, in primo luogo, l’adeguatezza degli acquisti oggetto del presente giudizio, con riferimento ai suoi specifici profili, non solo è ammessa dalla Banca convenuta dall’inserimento della lettera “S” accanto alle relative voci, ma soprattutto è stata confermata dalle circostanze di fatto accertate in giudizio, che hanno evidenziato per ciascuno degli acquisti in causa l’inadeguatezza non solo per “tipologia” ed “oggetto” (indicata con la lettera “S”, ad eccezione della sig.ra B.), ma anche per “dimensione” (indicata con la lettera “N”, sempre ad eccezione della sig.ra B.).

La Banca, viceversa, ha invocato la solita clausola di stile inserita nei moduli d’ordine, senza però articolare alcuna prova testimoniale sulle specifiche informazioni comunicate ai clienti.

Pertanto, nonostante anche in questo caso l’inversione dell’onere probatorio ex art. 23 comma 6 TUF: a) la Banca convenuta non ha provato di aver fornito alcuna informativa specifica sui singoli profili di inadeguatezza, come invece impone l’unanime giurisprudenza in caso di contestazione da parte del cliente (cfr. Cass. n. 11578/2016; n. 19417/2017). È infatti rimasta priva di riscontro l’allegazione per cui *“la Banca, dopo aver illustrato a ciascuno degli attori le ragioni per le quali l’investimento risultava inadeguato, ha eseguito gli ordini di acquisto in esame solo dopo aver ricevuto dalla controparte l’espressa autorizzazione per iscritto ad eseguire l’operazione”*; b) l’indicazione formalistica, non trasparente e non concordata, delle lettere “S” o “N” accanto ai singoli motivi di inadeguatezza non può colmare la carenza di una specifica informativa sui singoli profili di inadeguatezza, come imposta dall’art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998; c) in ogni caso, la clausola di stile inserita dalla Banca per l’operazione inadeguata è priva di specifica sottoscrizione, riferendosi la firma in calce alla successiva, distinta e autonoma clausola per il conflitto di interessi. Manca dunque la prova della necessaria, specifica autorizzazione scritta per eseguire comunque l’operazione inadeguata prevista dall’art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 (cfr. in senso conforme, Cass. n. 16088/2018).

Ne deriva che la condotta complessivamente tenuta dalla Banca nella vicenda in esame è contraria a quanto stabilito nell’art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 (cfr. in senso conforme, Cass. n. 16828/2016; n. 11578/2016; n. 19417/2017; n. 17315/2017; n. 1376/2016), non avendo

la stessa provato di aver adottato la particolare diligenza, correttezza e completezza di informativa ed autorizzazione richiesta dalla legge e dalla unanime richiamata giurisprudenza.

Le suesposte argomentazioni valgono altresì per l'acquisto del sig. M. del 2010.

A tale specifico acquisto si applicano invero le norme primarie, in particolare gli artt. 21 e 23, comma 6 TUF, unitamente al Regolamento Consob n. 16190/2007 entrato in vigore nel novembre 2007.

Pertanto, anche in questo specifico caso la Banca ha violato le regole di comportamento imposte *ex lege*, errando nel considerare adeguato e nel raccomandare l'investimento, nonché mancando di farsi autorizzare l'operazione, pur se in conflitto d'interessi, oltre ad aver parimenti omesso qualsivoglia informativa sulle caratteristiche e sui rischi dell'investimento in azioni [omissis].

Quanto all'eccepito concorso di colpa degli attori ex art. 1227 c.c., tale assunto è rimasto privo di riscontro, mancando la prova, che incombeva sulla convenuta, che questi ultimi abbiano in qualche modo contribuito alle violazioni degli obblighi di comportamento commesse dalla Banca T.

Così accertato il danno lamentato dagli attori, passando alla determinazione del *quantum*, lo stesso va quantificato nell'intera somma corrisposta per l'acquisto delle azioni da parte dei clienti, così come determinato nell'atto di citazione e non disconosciuto dalla Banca convenuta [omissis] atteso che detti titoli non sono negoziabili, nemmeno con le modalità una volta praticate, o acquistabili dalla società emittente, e sono, quindi, di fatto privi di valore.

Dal suddetto importo va detratto quello dei dividendi percepiti in denaro e ammontanti, secondo l'allegazione della convenuta, non contestata dagli attori, [omissis].

Sulle somme risultanti da tale operazione spettano, a decorrere dalla dei pagamenti e sugli importi degli stessi gli interessi al tasso legale, nonché la rivalutazione monetaria. Più precisamente, trattandosi di crediti di valore, gli interessi vanno computati sulla somma devalutata al momento dei pagamenti e quindi va via via rivalutata fino a quella di pubblicazione della sentenza. Sulla somma complessiva così risultante spetta poi la rivalutazione fino al momento del saldo effettivo.

[omissis]

NOTA (1) (2) (3)

La sentenza si inquadra nell'alveo della giurisprudenza ormai consolidata in materia e riveste una qualche peculiarità per aver riguardato l'acquisto di azioni della Banca ... di cui sono note le vicende.

I risparmiatori hanno chiesto al Tribunale competente secondo le norme del codice di procedura civile l'accertamento della violazione degli obblighi informativi di cui agli artt. 21 Tuf e 28 del Reg. n. 11522/1998, allora vigenti, nonché dell'art. 29 del medesimo regolamento dettato in materia di operazioni non adeguate, con conseguente risarcimento del danno pari alle somme investite al netto dei dividendi pure percepiti.

Il Tribunale di Teramo, di cui era stata eccepita l'incompetenza a favore della sezione specializzata delle imprese del Tribunale di L'Aquila, ha affermato la sua competenza sulla scorta della giurisprudenza del giudice di legittimità e in considerazione del fatto che non erano oggetto di causa i diritti derivanti dal rapporto sociale, ma la questione verteva esclusivamente sulla responsabilità da violazione di obblighi informativi che avevano portato all'acquisto delle azioni della Banca

Nel merito, il Giudice ha riconosciuto la violazione degli obblighi informativi anche in considerazione del fatto che tutti i risparmiatori dal profilo di rischio medio basso, prudente e conservativo, hanno lamentato che, al momento degli acquisti, non sono state fornite informazioni chiare, corrette e complete in ordine all'acquisto. Del resto, la Banca non ha articolato alcuna prova testimoniale tesa a smentire queste affermazioni, ma si è difesa solo affermando di aver consegnato il prospetto informativo.

Il Giudice sul punto ha ritenuto che non è sufficiente la mera consegna del prospetto informativo ex art. 13 del Reg. 11971/1998, obbligo diverso dal fornire le informazioni. Inoltre il prospetto, la cui consegna non è stata comunque provata, ha un contenuto talmente specifico che difficilmente può essere letto e compreso da un risparmiatore.

È stata, inoltre, accertata la violazione dell'art. 29 Reg. Consob n. 11522/1998 perché non è stata data la prova che sono state fornite le informazioni specifiche relative ai singoli profili di inadeguatezza, come richiede l'unanime giurisprudenza, e nel caso di specie mancava anche la firma necessaria per autorizzare l'operazione inadeguata, atteso

che quella presente era riferibile alla clausola relativa al conflitto di interessi.

Va evidenziato che sicuramente le norme da rispettare per considerare adempiuti gli obblighi informativi sono stringenti e impongono alle banche, sempre per tentare di colmare le asimmetrie informative tra le parti, notevoli adempimenti di cui, forse, all'epoca dei fatti, non si aveva piena contezza ma stupisce comunque che nemmeno i modelli prestampati che di norma vengono usati vengano correttamente compilati con ciò ingenerandosi un contenzioso che, alle volte e sicuramente non nel caso di specie, può rivelarsi pretestuoso.

Dora Di Loreto

I

Tribunale di Chieti – sentenza 13 settembre 2018, n. 344 – Est. Turco – R. c. Banca N.

Contratti bancari – Interessi – Anatocismo – Domanda di accertamento negativo del correntista – Onere della prova – Incombe sull'attore – Dimostrazione di specifico fatto positivo contrario o presunzioni – Ammissibilità – Mancata produzione del contratto – Ordine di esibizione alla banca ex art. 210 c.p.c. – Documenti risalenti ad oltre un decennio dalla richiesta – Inammissibilità – Rigetto della domanda.

In tema di contratti bancari grava sul correntista che agisca al fine di far accertare l'insussistenza del credito della banca (la quale non proponga domanda riconvenzionale) l'onere della prova ex art. 2697 c.c. che può essere assolto anche mediante la dimostrazione di un fatto positivo contrario o per presunzioni, ma in caso di mancata produzione del contratto – essendo stati esibiti solo gli estratti conto – è inammissibile la richiesta ex art. 210 c.p.c. di ordine alla banca di produrre tale contratto, se risalente ad oltre un decennio dalla richiesta, e pertanto la domanda va rigettata. (1)

II

Tribunale di Pescara – sentenza 12 febbraio 2019, n. 246 – Est. Roscigno – F. c. Banca C.

Contratti bancari – Interessi – Anatocismo – Domanda di accertamento negativo del correntista – Onere della prova – Incombe sull'attore – Produzione degli estratti conto – Onere probatorio assolto – Mancata produzione del contratto – Irrilevanza – Accoglimento della domanda.

In tema di contratti bancari grava sul correntista che agisca al fine di far accertare l'insussistenza del credito della banca (la quale

non proponga domanda riconvenzionale) l'onere della prova ex art. 2697 c.c. che può essere assolto anche mediante la dimostrazione di un fatto positivo contrario o per presunzioni, essendo a ciò sufficiente la produzione degli estratti conto, poiché la mancata produzione del contratto resta irrilevante e se ne desume piuttosto la mancata redazione del contratto per iscritto ex art. 117 TUB.(2)

I

[omissis]

Con atto di citazione, ritualmente notificato il 18.7.2016, la [omissis] ha chiesto la rideterminazione del rapporto dare/avere con la Banca [omissis].

Ha esposto di aver intrattenuto con il prefato Istituto tre rapporti di conto corrente.

Il primo, n. [omissis], dal 1998 al 2015, conto che, nel 2001, è stato rinominato n. [omissis], a seguito del trasferimento presso altra filiale.

Gli altri due, n. [omissis] (dal 2002 al 2009) e n. [omissis] (dal 2013 al 2015) sono invece conti anticipi s.b.f.

Si duole, in relazione a tali conti, di cui non produce i contratti originari, ma solo gli estratti conto, dell'applicazione di interessi usurari, dell'applicazione illegittima degli interessi anatocistici, dell'illiceità/indeterminatezza della C.M.S., dell'illegittima modalità di conteggio delle valute e della mancata pattuizione scritta di oneri e spese.

Si è costituita la Banca [omissis] S.p.A. eccependo la prescrizione e insistendo per il rigetto delle avverse richieste.

Ciò detto si osserva quanto segue.

Va subito chiarito che parte attrice ha proposto un'azione di accertamento negativo.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione (da ultimo sentenza, 7 maggio 2015, n. 9201) ha costantemente ritenuto che qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispetti-

ve contrapposte pretese. (Cass 3374/07; Cass 12963/05; Cass 7282/97). In tal senso è stato altresì ritenuto che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto "fatti negativi", in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude nè inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/04; Cass 9099/12).

È quindi onere dell'attrice produrre i contratti e produrre gli estratti conto a ritroso dalla chiusura del rapporto. In caso di omessa produzione degli estratti conto (Sez. 1 - Sentenza n. 500 del 11/01/2017), si può partire non dal saldo zero ma, al massimo, dal primo dato dell'ultimo estratto conto a ritroso dalla chiusura del rapporto.

Sempre sotto il profilo processuale va detto che l'ordine di esibizione non può essere accolto per la documentazione che abbia una data risalente di oltre un decennio dalla richiesta. Ed infatti in virtù del termine decennale di cui agli artt. 2220 c.c. e 119, D.Lgs. 1.9.1993, n. 385, in capo ad un istituto di credito non sussiste alcun obbligo di conservazione sine die di tutte le scritture contabili relative ai contratti di conto corrente in essere con la clientela (T. Pescara 22.1.2008). Né d'altra parte è stata ritenuta lesiva dei diritti dei consumatori la condotta di una banca la quale si rifiuti di consegnare la documentazione in suo possesso relativa ai conti correnti bancari per il periodo antecedente i dieci anni dalla richiesta (T. Palermo 29.5.2006).

Tanto premesso, parte attrice, come detto, non produce i contratti ma solo gli estratti conto.

Quindi, con riferimento ai contratti n. 26671 e n. 280012, sicuramente non può accogliersi la domanda inerente all'usura.

Di usura infatti può parlarsi solo in caso di superamento del tasso soglia al momento della pattuizione (Sez. U - Sentenza n. 24675 del 19/10/2017).

Quindi la domanda va rigettata, con riferimento ai rapporti n. 26671 e n. 280012 non avendo gli attori prodotto i contratti.

II

[omissis]

Con atto di citazione notificato in data 23.12.14, la [omissis] Srl in liquidazione, in persona del suo liquidatore, ha convenuto in giudizio la Banca [omissis] Srl, dopo aver esperito, con esito negativo, il tentativo di mediazione obbligatorio.

L'attrice ha premesso che tra le parti era intercorso un rapporto di conto corrente ordinario n. [omissis] acceso il 02.01.1994 e chiuso alla data del 12.11.2008, deducendo che la banca aveva, nel corso della durata del rapporto, illegittimamente applicato interessi ultra-legali non pattuiti, capitalizzato gli interessi passivi con cadenza trimestrale, generando il meccanismo dell'illecito anatocismo, applicato commissioni di massimo scoperto nulle e tassi di interesse usurari e che pertanto era tenuta alla ripetizione di quanto indebitamente percepito. Inoltre, ha sottolineato la mancata sottoscrizione del contratto in forma scritta, da cui discenderebbe la relativa declaratoria di nullità ai sensi degli artt. 1418, 1325 c.c. e 117 TUB.

La Banca [omissis] Spa si è costituita in giudizio per contestando quanto dedotto dall'attrice. In particolare, ha evidenziato la mancata produzione del contratto di conto corrente e l'intervenuta prescrizione del diritto alla ripetizione di quanto indebitamente pagato, sulla scorta del carattere solutorio dei versamenti effettuati dalla correntista, che, pertanto, si sarebbero prescritti dopo dieci anni dalla loro effettuazione.

All'udienza del 17.11.15 è stato nominato il CTU, Dott. [omissis] che ha depositato le risultanze dell'incarico conferitogli in data 21.2.2016.

Il processo giunge all'odierna decisione.

1. Sull'onere probatorio e mancanza di forma scritta

L'onere probatorio gravante sull'attrice-correntista è stato assolto attraverso la produzione in giudizio degli estratti conto relativi all'intero periodo di svolgimento del rapporto contrattuale, che hanno consentito di ricostruire integralmente l'andamento del negozio. La mancata produzione del contratto di conto corrente non può essere considerato, come invece sostiene la convenuta, mancato assolvimento dell'onus probandi sulla stessa gravante, in quanto l'assenza di for-

ma scritta dello stesso non poteva essere diversamente dimostrata, se non con l'omessa produzione.

Secondo Cass. civ. Sez. I, 11.01.17, n. 500 "L'onere probatorio gravante, ex art. 2697 c.c., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto «fatti negativi», giacché la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo. In tale ipotesi, tuttavia, la relativa prova può essere fornita mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo". E nel caso in esame, null'altro poteva allegarsi a dimostrazione della mancata redazione del contratto per iscritto, dovendosi presumere da ciò il fatto negativo della sottoscrizione ai sensi dell'art. 117 TUB.

Invero, ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, art. 117, i contratti bancari "sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti... Nei casi di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo".

Com'è pacifico, trattasi di nullità formale e insanabile, rilevabile dal Giudice anche d'ufficio ma solo nell'interesse del cliente, avendo la norma citata finalità di protezione del contraente debole.

Ciò detto in riferimento al contratto originario, occorre ora vagliare l'utilizzabilità del documento n. 1 prodotto dalla convenuta in sede di costituzione c.d. "disciplinare economico" estratto al 12.10.2004, sottoscritto dal solo legale rappresentante della [omissis] S.r.l., con annesso timbro della società e non dalla Banca.

La convenuta che sostiene la validità delle pattuizioni intercorse tra le parti in epoca compresa tra il 12.10.2004 ed il 12.11.2008, data di chiusura del conto corrente.

Nessuna contestazione circa la provenienza del documento e l'autenticità delle sottoscrizioni è stata sollevata dalla parte attorea, la quale, nonostante detta produzione sia stata effettuata dalla Banca con la comparsa conclusionale.

Il documento in parola contiene la pattuizione delle principali condizioni economiche applicate al rapporto, in particolare quella relativa alla capitalizzazione degli interessi, prevista come trimestrale per en-

trambi tassi, quello debitorio e creditorio, la misura degli stessi e della c.m.s., la disciplina delle valute etc.

La circostanza che sia sottoscritto solo dal cliente non ne inficia la validità, come è stato statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in riferimento all'analoga ambito dei contratti di intermediazione finanziaria, (v. Cass. civ. Sez. Unite, 16/01/2018, n. 898) avendo enunciato un principio di diritto, sicuramente valevole anche in tema di contratti bancari, poiché le rispettive disposizioni regolatrici della materia, prescrittive della forma scritta a pena di nullità (art. 23 dlgs 53/1998 e 117 dlgs 385/1993) sono del tutto sovrapponibili nel tenore e nella ratio.

Pertanto deve trarsi da detta documentazione la prova della pattuizione delle condizioni ivi contenute.

[omissis]

NOTA (1) (2)

LA RIPARTIZIONE DELL'ONERE DELLA PROVA NEI GIUDIZI DI ACCERTAMENTO NEGATIVO IN MATERIA BANCARIA.

Le sentenze emarginate, rispettivamente, del Tribunale di Chieti e del Tribunale di Pescara affrontano – tra gli altri e preliminarmente – il problema dell'onere probatorio nelle controversie in materia bancaria, specificamente con riguardo ai rapporti di conto corrente.

L'argomento è tuttora controverso in dottrina e giurisprudenza (v. Gli oneri probatori nel contenzioso bancario, di M. FALABELLA, in "PQM" n. II/2018, pp. 25 e ss.).

In entrambi i casi in esame il correntista aveva intrapreso azione di accertamento negativo nei confronti della banca, la quale si era limitata a contestare la pretesa senza svolgere domande riconvenzionali (sull'inammissibilità dell'azione – sia autonoma che strumentale alla ripetizione di indebito - di accertamento negativo del contratto di conto corrente aperto, v. da ultimo Trib. Torre Annunziata 26.2.2018, in "Foro It." 2018, I, c. 1431 ss. con nota).

Con la prima decisione, del 13 settembre 2018, richiamati i principi in materia di ripartizione dell'onere della prova elaborati dalla S.C.

e ritenendo, dunque, applicabile al caso di specie l'art. 2697 c.c. si perviene alla conclusione secondo cui incombe sull'attore-correntista – che chieda la verifica dell'insussistenza della causa debendi in favore della banca per nullità o difetto delle clausole contrattuali – l'onere di produrre il contratto originario, dovendosi in difetto rigettare la domanda.

Afferma, infatti, il Tribunale di Chieti: “La giurisprudenza della Corte di Cassazione (da ultimo, sentenza 7 maggio 2015, n. 9201) ha costantemente ritenuto che qualora l'attore proponga domanda di accertamento negativo del diritto del convenuto e quest'ultimo non si limiti a chiedere il rigetto della pretesa avversaria ma proponga domanda riconvenzionale per conseguire il credito negato dalla controparte, ambedue le parti hanno l'onere di provare le rispettive contrapposte pretese. (Cass. 3374/07; Cass. 12963/05; Cass. 7282/97). In tal senso è stato altresì ritenuto che l'onere probatorio gravante, a norma dell'art. 2697 cod. civ., su chi intende far valere in giudizio un diritto, ovvero su chi eccepisce la modifica o l'estinzione del diritto da altri vantato, non subisce deroga neanche quando abbia ad oggetto ‘fatti negativi’, in quanto la negatività dei fatti oggetto della prova non esclude né inverte il relativo onere, gravando esso pur sempre sulla parte che fa valere il diritto di cui il fatto, pur se negativo, ha carattere costitutivo; tuttavia, in tal caso la relativa prova può esser data mediante dimostrazione di uno specifico fatto positivo contrario, od anche mediante presunzioni dalle quali possa desumersi il fatto negativo. (Cass. 23229/04; Cass. 9099/12). È quindi onere dell'attrice produrre i contratti e produrre gli estratti conto a ritroso dalla chiusura del rapporto.”.

Con l'altra sentenza, del 12 febbraio 2019, il Tribunale di Pescara partendo dalle medesime premesse ha, invece, statuito che l'onere della prova per il correntista è assolto anche mediante la produzione dei soli estratti conto bancari, dovendosi anzi desumere dalla mancata produzione del contratto originario il difetto di prova scritta – richiesta ad substantiam – e, quindi, la nullità del contratto stesso ai sensi dell'art. 117 primo comma e 127 secondo comma TUB.

In particolare, in tale seconda pronuncia si afferma: “L'onere probatorio gravante sull'attrice-correntista è stato assolto attraverso la produzione in giudizio degli estratti conto relativi all'intero periodo

di svolgimento del rapporto contrattuale, che hanno consentito di ricostruire integralmente l'andamento del negozio. La mancata produzione del contratto di conto corrente non può essere considerato, come invece sostiene la convenuta, mancato assolvimento dell'onus probandi sulla stessa gravante, in quanto l'assenza di forma scritta dello stesso non poteva essere diversamente dimostrata, se non con l'omessa produzione."

Il contrasto nell'ambito della giurisprudenza locale testimonia la persistente confusione nella giurisprudenza (in senso conforme alla sentenza del Trib. di Chieti qui annotata, v. Corte d'appello Torino 3.1.2019, n. 17; Trib. Roma, sez. VIII, n. 383 del 6.2.2018, in "www.expartecreditoris.it"; Trib. Roma, sez. VIII, n. 1818 del 24.1.2018 in "www.expartecreditoris.it"; Trib. Modena 18.7.2017, in "www.dirittobancario.it", con nota di A.TANDOI, Limiti alla richiesta di esibizione degli estratti conto ex 210 c.p.c. ed onere della prova per la ripetizione dell'indebito; Trib. Alessandria, 15.12.2016; contra, Corte d'appello Milano, sez. I, 22.5.2012).

In sostanza, a sostegno dell'interpretazione più restrittiva, che pone sullo stesso piano parte debole (il correntista) e contraente forte (la banca), si afferma che: "Neppure potrebbe sostenersi che la mancata produzione in giudizio di copia dei documenti consacranti i contratti bancari stipulati tra le parti corrobori la doglianza attorea in merito alla nullità di tali contratti per difetto di forma scritta. Sul punto è sufficiente evidenziare che la prova della mancanza della forma scritta doveva essere data dall'attrice che agisce in ripetizione; né si potrebbe obiettare che si tratti di una prova negativa perché, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità a cui il Tribunale ritiene di aderire (cfr. ex plurimis, Cass., 10.11.2010, n. 22872), anche il fatto negativo va provato dalla parte che propone la domanda di ripetizione, eventualmente attraverso la dimostrazione del fatto positivo contrario (in questo caso avrebbe potuto chiedersi una testimonianza per provare, ad esempio, la stipulazione in forma orale o per fatti concludenti dei contratti).

In altri termini, o si assume che il contratto in forza del quale è stato eseguito un pagamento non è mai stato concluso (e non è questo il caso) o si assume che il contratto è stato concluso ma in una forma diversa da quella scritta.

In questo secondo caso la prova del fatto negativo (cioè l'assenza della speciale forma richiesta dalla legge a pena di nullità) può essere data attraverso la dimostrazione del fatto positivo contrario (cioè l'avvenuta stipulazione in una forma diversa) ma nella specie l'attrice non solo non ha provato ma non ha neppure allegato in quale forma i vari contratti bancari dedotti in giudizio sarebbero stati stipulati, né ha indicato la data della loro conclusione.

È del resto evidente che, se a fronte di una contestazione di assenza della forma prescritta dalla legge per il contratto, fosse la parte convenuta a dover dimostrare il rispetto di tale forma mediante il deposito della relativa documentazione, i consolidati principi giurisprudenziali sulla ripartizione degli oneri probatori nell'azione di ripetizione d'indebito risulterebbero completamente stravolti.” (in Trib. Roma n. 383/18 cit.).

D'altro canto, la tesi contraria (e qui seguita dal Tribunale di Pescara) appare più rispettosa delle esigenze di tutela del contraente debole.

In proposito, non può non rilevarsi che i numerosi arresti della Suprema Corte di Cassazione non sono valsi a dirimere il contrasto in materia di ripartizione dell'onere della prova nel contenzioso bancario, poiché si tratta della mera applicazione degli ordinari principi dettati in tema di onere probatorio senza che ciò sia sufficiente a sopire l'accesso dibattito tuttora in corso.

Per una breve rassegna, v. Cass., sez. I, 28.11.2018, n. 30822; Cass., sez. I, 7.5.2015, n. 9201, con nota di F. Greco, *Rapporti bancari ed onere della prova: il punto della Corte di Cassazione*, in *“Responsabilità Civile e Previdenza”*, fasc. 4, 2016, 1257; Cass. Civ., sez. I, 2 febbraio 2016, n. 1955; Cass., sez. I, 8.2.2016, n. 2404; F. De Santis, *Oneri di allegazione e oneri probatori nel contenzioso bancario, con particolare riferimento alle azioni di nullità e di ripetizione dell'indebito*, in *“Banca Borsa Titoli di Credito”*, fasc. 6, 1.12.2017, 757; in dottrina, v. G. Tarantino, *Azione di accertamento negativo: all'attore la prova dell'insussistenza del debito rivendicato*, in *“Diritto & Giustizia”*, 9 maggio 2015, 58; F. Dell'Anna Misurale – G. Dell'Anna Misurale, *La Cassazione boccia l'applicazione del saldo*

zero nell'azione di accertamento negativo promossa dal correntista, in "Rivista di diritto bancario", 2015; Cass., sez. I, 15.1.2013, n. 798, in "Nuova Giur. Civ." 2013, I, 501 con nota di P. Bontempi, Si fanno sempre più stringenti gli oneri a carico del correntista che agisce per la ripetizione di indebito.

Maria Di Tillio

Tribunale di Pescara – 9 novembre 2018, n. 1617 – est. Bortone – D. c. P.

Processo civile – Legittimazione attiva – Titolarità in astratto del diritto o del rapporto fatto valere – Sussiste

Diffamazione a mezzo stampa – Responsabile delle dichiarazioni e altri soggetti concorrenti – Litisconsorzio necessario – Non sussiste

Danno da fatto illecito – Lesione dei diritti della personalità umana – Risarcibilità – Danno non patrimoniale – Natura unica comprensiva del danno non patrimoniale

Diffamazione a mezzo stampa – Diritto di cronaca e di critica politica – Limite della continenza – Necessità

Diffamazione a mezzo stampa – Danno – Liquidazione – Criterio equitativo – Utilizzabilità di criteri predeterminati e standardizzati – Tabelle Milanesi – Applicabilità

Diffamazione a mezzo stampa – Danno – Risarcimento mediante pubblicazione della sentenza ex art. 120 c.p.c. – Potere discrezionale del giudice

Spese Legali – Liquidazione – Scaglione riferito alla somma attribuita – Necessità

La legitimatio ad causam, attiva o passiva, ex art. 81 c.p.c. si riferisce alla titolarità in astratto del diritto fatto valere in giudizio secondo la prospettazione fattane dall'attore ed attiene alla verifica della regolarità processuale del contraddittorio, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, delineandosi una concreta questione intorno ad essa solo quando l'attore faccia valere un diritto altrui prospettandolo come proprio ovvero pretenda di ottenere una pronuncia contro un convenuto pur deducendone l'estraneità al rapporto sostanziale controverso. (1)

In tema di diffamazione a mezzo stampa non sussiste litisconsorzio necessario tra il responsabile delle dichiarazioni provalate e gli altri soggetti concorrenti individuati dalla legge, potendo colui che si ritiene leso rivolgersi nei confronti soltanto del primo. (2)

La lesione dei diritti della persona costituzionalmente garantiti – alla salute, all'immagine, all'onore, al nome, alla reputazione, alla riservatezza – costituisce fatto illecito indipendentemente dal relativo accertamento in sede penale e legittima il risarcimento del danno sia patrimoniale che non patrimoniale, intendendosi quest'ultimo come unico e unitario comprensivo anche del c.d. danno morale la cui espressione ha valore meramente descrittivo. (3)

In materia di diffamazione a mezzo stampa, il diritto di cronaca e di critica politica incontrano il limite della c.d. continenza che consiste nel bilanciamento tra interesse individuale alla reputazione e libera manifestazione del pensiero, bilanciamento ravvisabile nella pertinenza della critica all'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza non del fatto oggetto di critica, ma di quella interpretazione del fatto. (4)

La liquidazione del danno non patrimoniale da fatto illecito, nel caso di diffamazione a mezzo stampa, presuppone una valutazione necessariamente equitativa, che può basarsi anche su criteri predeterminati e standardizzati, come le c.d. Tabelle ed in particolare quelle elaborate dal Tribunale di Milano, nell'ultimo aggiornamento del 2018 prevedono criteri orientativi proprio per la liquidazione di questo particolare tipo di danno con cinque graduazioni di gravità. (5)

Il risarcimento del danno da diffamazione a mezzo stampa può avvenire ai sensi dell'art. 120 c.p.c. anche attraverso la pubblicazione della sentenza quale sanzione autonoma secondo il discrezionale potere del giudice, non ravvisandosene la necessità laddove sia trascorso un notevole lasso di tempo tra i fatti e la decisione e non sia stato dimostrato che gli effetti dannosi si protraggano ancora. (6)

Le spese legali, a seguito dell'entrata in vigore del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, vanno liquidate sulla base dello scaglione di valore della somma attribuita e non di quella domandata. (7)

[omissis]

Quanto alle eccezioni preliminari sollevate dal convenuto, giova intanto ricordare come si deduca dal principio espresso dall'art. 81 c.p.c., secondo cui nessuno può far valere in giudizio un diritto altrui in nome proprio, fuori dei casi espressamente previsti dalla legge (Cass., Sez. lav., 13 maggio 2000, n. 6160) il concetto di legittimazione ad agire o a contraddire (cosiddetta legittimazione attiva o passiva o *legitimatio ad causam*), che si riferisce alla titolarità in astratto del diritto o del rapporto sostanziale che si fa valere, secondo la prospettazione offerta dall'attore (Cass. civ., Sez. III, 22 novembre 2000, n. 15080), ed attiene alla verifica della regolarità processuale del contraddittorio, rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio; concetto che va distinto dalla titolarità in concreto del diritto o del rapporto, che attiene al merito della controversia, sottostà ai criteri di ripartizione tra le parti dell'onere probatorio e deve formare oggetto di specifica censura in sede di impugnazione (Cass. civ., Sez. III, 22 giugno 2005, n. 13403: "Quando il convenuto eccepisca la propria estraneità al rapporto giuridico sostanziale dedotto in giudizio, viene a discutersi non di una condizione per la trattazione del merito della causa, quale è la "legitimatio ad causam", nel duplice aspetto di legittimazione ad agire e a contraddire, ma della effettiva titolarità passiva del rapporto controverso, cioè dell'identificabilità o meno nel convenuto del soggetto tenuto alla prestazione richiesta dall'attore; ne consegue che, a differenza del difetto di "legitimatio ad causam", attinente alla verifica - secondo la prospettazione offerta dall'attore - della regolarità processuale del contraddittorio e rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, il difetto dell'effettiva titolarità attiva o passiva del rapporto, afferendo al merito della controversia, deve essere provato da chi lo eccepisce, deve formare oggetto di specifica censura in sede di impugnazione e non può essere eccepito per la prima volta in cassazione").

È dunque pacifico in giurisprudenza che la sussistenza della legittimazione ad agire o a contraddire è da riscontrare esclusivamente alla stregua della prospettazione compiuta dalla parte con riferimento al

rapporto sostanziale dedotto in giudizio (Cass., sez. III, 28 agosto 2013, n. 19798; Cass., sez. II, 27 giugno 2011, n. 14177; Cass., sez. II, 10 maggio 2010, n. 11284) e consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la rappresentazione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa.

Fondandosi sulla mera allegazione fatta in domanda, una concreta ed autonoma questione intorno ad essa si delinea solo quando l'attore faccia valere un diritto altrui, prospettandolo come proprio, ovvero pretenda di ottenere una pronunzia contro il convenuto pur deducendone la relativa estraneità al rapporto sostanziale controverso (Cass., sez. III, 30 maggio 2008, n. 14468; Cass., sez. II, 10 maggio 2010, n. 11284).

Orbene, nel caso di specie, con riferimento anche all'eccezione di inesistenza della procura alle liti e di nullità della citazione per mancanza del *petitum*, questa risulta viceversa enunciare fatti, giuridicamente rilevanti, posti a base della pretesa risarcitoria, quali concretanti offesa della reputazione, danno dunque alla persona (per le ragioni diffusamente riportate in narrativa), a prescindere dalla carica politica ricoperta e dalle funzioni esercitate dall'attore, liquidabile con i noti criteri eminentemente equitativi, pur sempre sulla scorta delle circostanze e dei parametri da allegare e comprovare (diverse considerazioni vanno fatte per il lamentato, contestuale danno patrimoniale), e salva ovviamente la verifica, attraverso il concreto riscontro offerto dalle emergenze processuali, delle doglianze illustrate.

In tal senso disattese le suddette eccezioni, non sussiste litisconsorzio necessario tra colui che viene indicato come responsabile di dichiarazioni ritenute diffamatorie, propalate con il mezzo della stampa, e gli altri soggetti che sono individuati dalla legge in materia come concorrenti nell'illecito, legittimato pertanto colui che di questo si ritiene vittima a rivolgere le proprie istanze risarcitorie nei confronti soltanto del primo.

[*omissis*]

Passando quindi all'esame del merito, va ricordato innanzitutto come, in tema di danno risarcibile, da tempo ormai la giurisprudenza di legittimità e di merito sia pervenuta al riconoscimento che "la lesione del diritto alla salute e di ogni altro valore inerente alla persona costitu-

zionalmente garantito costituisce un evento immanente ovvero interno al fatto illecito e ne comporta pertanto il relativo risarcimento, indipendentemente dai riflessi patrimoniali che da tale lesione conseguano, integranti voce di danno eventuale, autonoma ed aggiuntiva" (Cass. civ., sez. III, 27 aprile 2004, n. 7980).

E la Cass. civ., sez. I, 15 gennaio 2005, n. 729, ha ulteriormente precisato che "il risarcimento del danno non patrimoniale non richiede che la responsabilità dell'autore del fatto illecito sia stata accertata in un procedimento penale, in quanto l'interpretazione conforme a Costituzione dell'art. 2059 c.c. (Corte Cost., sentenza n. 233 del 2003) comporta che il riferimento al reato contenuto nell'art. 185 c.p., comprende tutte le fattispecie corrispondenti nella loro oggettività all'astratta previsione di una figura di reato; inoltre il danno non patrimoniale non può essere identificato soltanto con il danno morale soggettivo, costituito dalla sofferenza contingente e dal turbamento dell'animo transeunte, determinati dal fatto illecito integrante reato, ma va inteso come categoria ampia, comprensiva di ogni ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale conseguano pregiudizi non suscettibili di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p."

Spiega la Suprema Corte che "il rinvio ai casi in cui la legge consente la riparazione del danno non patrimoniale ben può esse riferito, dopo l'entrata in vigore della Costituzione, anche alle previsioni della Legge fondamentale, ove si consideri che il riconoscimento, nella Costituzione, dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica, implicitamente, ma necessariamente, ne esige la tutela, ed in tal modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale" (Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828; conforme Cass. III, 20 ottobre 2005, n. 20323).

Così la Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2001, n. 6507: "In tema di diritti della personalità umana, esiste un vero e proprio diritto soggettivo perfetto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo (Corte cost. 184/1986, 479/87), in particolare nell'art. 2 (oltre che nell'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale) e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona. L'art.

2 Cost., nell'affermare la rilevanza costituzionale della persona umana in tutti i suoi aspetti, comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo, ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità. L'esplicito riferimento alla persona come singolo rappresenta certamente valido fondamento normativo per dare consistenza di diritto alla reputazione del soggetto, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela "del pieno sviluppo della persona umana", di cui al successivo art. 3 cpv. Cost. (implicitamente su questo punto Corte Cost. 3 febbraio 1994, n. 13). Infatti, nell'ambito dei diritti della personalità umana, con fondamento costituzionale, il diritto all'immagine, al nome, all'onore, alla reputazione, alla riservatezza non sono che singoli aspetti della rilevanza costituzionale che la persona, nella sua unitarietà, ha acquistato nel sistema della Costituzione. Trattasi quindi di diritti omogenei essendo unico il bene protetto".

Con l'importante decisione 11 novembre 2008 n. 26972, le Sezioni Unite della Cassazione hanno non solo composto i precedenti contrasti sulla risarcibilità del cosiddetto danno esistenziale, ma hanno anche più in generale riesaminato approfonditamente i presupposti ed il contenuto della nozione di "danno non patrimoniale" di cui all'art. 2059 c.c., ribadendo innanzitutto che esso è risarcibile nei soli casi previsti dalla legge, i quali si dividono in due gruppi: le ipotesi in cui la risarcibilità è prevista in modo esplicito (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato, come dedotto nel caso di specie); e quelle in cui la risarcibilità del danno in esame, pur non essendo espressamente prevista da una norma di legge ad hoc, deve ammettersi sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito vulnerato in modo grave un diritto della persona direttamente tutelato dalla Costituzione.

Stabilendo che il danno non patrimoniale costituisce una categoria ampia ed omnicomprensiva, all'interno della quale non è possibile ritagliare ulteriori sottocategorie, se non con valenza meramente descrittiva (sicché non è ammissibile nel nostro ordinamento la concepibilità di un danno definito "esistenziale", inteso quale la perdita del fare reddituale

della persona), le Sezioni Unite hanno sancito che esso va risarcito integralmente, ma senza duplicazioni, dovendo pertanto ritenersi sbagliata la prassi di liquidare in caso di lesioni della persona sia il danno morale sia quello biologico; la Suprema Corte riconosce però che la sofferenza morale non è che uno dei molteplici aspetti di cui il giudice deve tenere conto nella liquidazione dell'unico ed unitario danno non patrimoniale, anche se non un pregiudizio a sé stante.

Occorre inoltre "che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità (in quanto il dovere di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., impone a ciascuno di tollerare le minime intrusioni nella propria sfera personale inevitabilmente scaturenti dalla convivenza); che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi, ovvero nella lesione di diritti del tutto immaginari, come quello alla qualità della vita od alla felicità".

Qualora dunque sia accertata l'intollerabilità della condotta denunciata, ne consegue la sussistenza di un danno risarcibile, commisurabile all'oggettiva rilevanza della condotta stessa ed alle condizioni soggettive della persona offesa, parametri della liquidazione equitativa, per quanto sopra l'unica adottabile in casi del genere e difatti sostanzialmente invocata nel caso di specie.

Invero il danno risarcibile a norma dell'art. 185 c.p. è costituito, oltre che da una componente patrimoniale, consistente nel danno emergente e nel mancato guadagno, da quella non patrimoniale, consistente, per la persona fisica, nella sofferenza fisica o morale (cfr.: Cass., Sez. VI, 4 maggio 2006, n. 33435, in motivazione) e, si ribadisce, la liquidazione del danno non patrimoniale sfugge ad una piena valutazione analitica e resta affidata ad apprezzamenti discrezionali ed equitativi, ai sensi degli artt. 2056, 1° comma e 1226 c.c., in modo che la quantificazione tenga conto degli effettivi pregiudizi patiti in conseguenza della gravità dell'illecito penale, alla luce di tutti gli elementi peculiari della fattispecie, così da rendere la somma riconosciuta adeguata al particolare caso concreto.

Venendo alla specifica materia in esame della diffamazione a mezzo stampa, la Cass. civ., Sez. I, 18 ottobre 1984, n. 5259, ha stabilito che "il diritto di stampa, e cioè la libertà di diffondere attraverso la stampa notizie e commenti, sancito in linea di principio dall'art. 21 Cost. e regolato dalla Legge 8 febbraio 1948 n. 47, è legittimo quando concor-

rono le seguenti tre condizioni: a) utilità sociale dell'informazione; b) verità (oggettiva o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) dei fatti esposti, che non è rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano, dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato; c) forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, cioè non eccedente rispetto allo scopo informativo da conseguire, improntata a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconcetto intento denigratorio e, comunque, in ogni caso rispettosa di quel minimo di dignità cui ha sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, sì da non essere mai consentita l'offesa triviale o irridente i più umani sentimenti. La forma della critica non è civile quando non è improntata a leale chiarezza, quando cioè il giornalista ricorre al sottinteso sapiente, agli accostamenti suggestionanti, al tono sproporzionatamente scandalizzato e sdegnato o comunque all'artificiosa e sistematica drammatizzazione con cui si riferiscono notizie neutre, alle vere e proprie insinuazioni. In tali ipotesi l'esercizio del diritto di stampa può costituire illecito civile anche ove non costituisca reato".

Orbene, nel caso di specie, l'attore si duole non già delle modalità con le quali gli autori dei due articoli in contestazione abbiano riportato la notizia delle dichiarazioni rilasciate dal convenuto e dunque di un corretto esercizio del diritto di stampa, bensì proprio di tali dichiarazioni, che, attraverso il veicolo della pubblicazione giornalistica, hanno trovato diffusione.

Né viene in contestazione quello che il convenuto definisce "un atto politico di sindacato ispettivo", nell'esercizio del suo diritto / dovere istituzionale di Consigliere Regionale, concretatosi nell'interpellanza n. 54/2015, della quale vien fatto solo un cenno nella parte finale dell'articolo pubblicato su Il Centro.

Si tratta invece di stabilire se, pacifica la carica istituzionale ricoperta dal convenuto medesimo, le sue affermazioni, quali riportate nei due articoli in contestazione, abbiano travalicato i limiti di quella che, sempre il convenuto, definisce "doverosa e legittima critica" connessa con la funzione politica esercitata.

A tal riguardo la Suprema Corte ha sancito che "Il legittimo esercizio della critica politica, inteso come esimente rilevante anche ai fini della

responsabilità civile da ingiuria e/o diffamazione, pur potendo contemplare toni aspri e di disapprovazione più pungenti ed incisivi rispetto a quelli comunemente adoperati nei rapporti interpersonali fra privati cittadini, non deve, però, palesemente travalicare i limiti della convivenza civile, mediante offese gratuite, come tali prive della finalità di pubblico interesse, e con l'uso di argomenti che, lungi dal criticare i programmi e le azioni dell'avversario, mirino soltanto ad insultarlo o ad evocarne una pretesa indegnità personale" (Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2010, n. 4325; in precedenza conforme Cass. civ., Sez. III, 27 giugno 2000, n. 8734).

Così ancora Cass. civ., Sez. III, 27 gennaio 2015, n. 1434: "In tema di diffamazione a mezzo stampa, l'esercizio del diritto di critica, che, quale manifestazione della propria opinione, non può essere totalmente obiettivo e può manifestarsi anche con l'uso di un linguaggio colorito e pungente, è condizionato, al pari del diritto di cronaca, dal limite della continenza, sia sotto l'aspetto della correttezza formale dell'esposizione, sia sotto quello sostanziale della non eccedenza dei limiti di quanto strettamente necessario per il pubblico interesse, sicché deve essere accompagnato da congrua motivazione del giudizio di disvalore incidente sull'onore o la reputazione, e non può mai trascendere in affermazioni ingiuriose e denigratorie o in attacchi puramente offensivi della persona presa di mira" (conformi Cass. civ., Sez. III, 27 agosto 2015, n. 17211 e Cass. civ., Sez. III, 20 gennaio 2015, n. 841, la quale spiega che ove "la narrazione di determinati fatti sia esposta insieme ad opinioni dell'autore, in modo da costituire al contempo esercizio di cronaca e di critica, la valutazione della continenza richiede un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con quello alla libera manifestazione del pensiero, bilanciamento ravvisabile nella pertinenza della critica all'interesse dell'opinione pubblica alla conoscenza non del fatto oggetto di critica, ma di quella interpretazione del fatto").

In maniera ancor più incisiva la Cass. civ., Sez. III, 17 giugno 2016, n. 12522 spiega che "in tema di diritto di critica, il requisito della continenza si atteggia non solo come correttezza formale delle espressioni adoperate ma anche come corretta manifestazione delle proprie opinioni, sicché l'aggressione all'altrui reputazione non scriminata dal diritto di critica, e perciò fonte di responsabilità, si riscontra, pur in assenza di espressioni in sé offensive, anche in caso di accostamento allusivo di

fatti ed opinioni tale da non consentire di distinguere gli uni dalle altre e da alterare la portata ed il significato dei primi al fine di corroborare surrettiziamente le seconde”.

Orbene nel caso di specie, analizzando le affermazioni del P. riportate negli articoli di stampa in contestazione, emerge che:

1. pur nella premessa che “non è una questione penale ma di buona o cattiva amministrazione”, sono fatti più accenni alla “Procura”, alle “carte della polizia giudiziaria”, alla “denuncia” a “strade amministrative ormai chiuse”, all’ “informativa” dalla quale “emergono anomalie”, al rispetto della “posizione della Procura” però con la necessità di “vigilare”, con l’annuncio di un “esposto alla Procura Regionale della Corte dei Conti” e dell’interpellanza cui sopra si è fatto cenno; e nell’articolo su Il Centro, di seguito alle dichiarazioni rilasciate dal P., viene data notizia dei primi accertamenti avviati dalla Mobile, con l’apertura di un fascicolo per le ipotesi di reato di truffa aggravata e abuso d’ufficio, anche se seguita da una richiesta di archiviazione del P.M.;
2. il “Presidente PD della Regione L. D.” viene indicato come soggetto che “ha grande responsabilità in questa storia” (“l’ho detto e gridato al Presidente”); per non aver risposto quando si chiedeva “di bloccare l’acquisto”, salvo a dare “ragione” “firmato l’atto, “con l’atto dal notaio già firmato” dicendo “che era necessario bloccare l’operazione”;
3. viene fatto riferimento al “marzo 2014”, quando, fino ad allora, l’ASL aveva deliberato nel senso di ristrutturare gli edifici in disuso in suo possesso e poi al “maggio” dello stesso anno, quando “decide invece di comprare”;
4. la persona del Presidente della Regione viene accostata a quella dell’imprenditore E. C., quando gli si chiede di rapporti di conoscenza;
5. nessuna precisazione viene fornita a riguardo:
 - ✓ di chi abbia effettivamente deliberato, dapprima ed effettivamente nel maggio 2014, di “indire procedura concorrenziale ovvero indagine di mercato nel rispetto dei principi di trasparenza, economicità, proporzionalità, imparzialità e par condicio di cui all’art. 27 D.Lgs. n. 163/2006 e s.m.i, per l’individuazione e l’acquisizione in proprietà di: - locali da destinare prevalentemente

- mente ad attività amministrative, tecniche e di Staff...” (delibera del 15-5-2014 del Direttore Generale AUSL C. D.: doc. 9 del fascicolo di parte attrice), quindi, il 15-12-2014, di autorizzare l’acquisto dell’immobile di Via Rigopiano n. 85 di Pescara dalla P.C.M. S.r.l. al prezzo di € 2.800.000,00 (delibera del Direttore generale AUSL C. D., con il conforto degli allegati pareri del Direttore Amministrativo e del Direttore Sanitario, su proposta del’U.O.C. Servizio Tecnico Patrimoniale: doc. 11 del fascicolo di parte attrice), ed è semmai l’autore dell’articolo sul *Il Messaggero* che si premura di aggiungere: “Il manager ASL C. D. ribadisce: bisognava acquistare per non perdere il finanziamento statale e, ha lasciato intendere, al di là delle carte sarebbe minima la differenza tra quanto speso realmente da C. prima e l’Azienda sanitaria poi. Su questo P. chiederà conto alla Corte dei Conti”);
- ✓ della richiesta di chiarimenti dei consiglieri S. e P. sull’operazione (riferita al bando 16-5-2014 conseguente alla delibera del 15-5-2014, pervenuta il 20-11-2014, quando dunque non era ancora intervenuta la delibera del Direttore Generale dell’AUSL di autorizzazione all’acquisto dell’immobile: doc. 3 del fascicolo di parte attrice; prodotta sub doc. 5 dallo stesso convenuto);
 - ✓ del pronto riscontro del D. (missiva del 9-12-2014 alla Direzione Politiche della Salute Giunta Regionale e per conoscenza all’Assessore alla Programmazione Sanitaria S. P. ed ai Consiglieri richiedenti: “... Si invita, pertanto, codesta Direzione a voler riscontrare la suddetta richiesta e trasmettere gli elementi di risposta alla scrivente struttura”: doc. 4 del fascicolo di parte attrice);
 - ✓ della risposta fornita dal Dirigente Regionale del Servizio Investimenti Strutturali e Tecnologici e Patrimonio delle Aziende Sanitarie (missiva del 15-1-2015, doc. 12 del fascicolo di parte attrice: “... vista la relazione dettagliata pervenuta dalla ASL di Pescara in data 24-12-2014... Nel ribadire innanzitutto che le procedure di acquisto di beni immobili da parte della ASL non richiedono l’adozione di provvedimenti autorizzativi regionali, si pone all’attenzione della S.V. il dato più significativo espresso nella nota della ASL e precisamente che gli spazi attualmente occupati non soddisfano del tutto i requisiti minimi di superfi-

- cie”); lo stesso Dirigente avrebbe fornito analoghe informazioni all’Assessore P. con missiva del 9-2-2015 (doc. 13 del fascicolo di parte attrice) a seguito della interrogazione a risposta immediata presentata dal Capogruppo di Forza Italia L. S.;
- ✓ degli interventi, solleciti, dell’Assessore Regionale alla Sanità P., per esprimere al Direttore generale dell’AUSL D., a riguardo dell’operazione, prima “forti perplessità” (missiva del 19-12-2014, per conoscenza al Commissario ad acta D.: doc. 5 del fascicolo di parte attrice), poi il suo assoluto divieto (missiva del 24-2-2015, ancora per conoscenza al Commissario ad acta D.: doc. 14 del fascicolo di parte attrice: “... si significa anche a nome dell’organo commissariale, l’assoluto divieto di procedere alla prosecuzione contrattuale di cui alla specifica in oggetto. Al riguardo si evidenzia l’incoerenza della condotta descritta in relazione al lavoro di risanamento e di razionalizzazione del patrimonio esistente”); documenti prodotti sub 4 e 3 anche dal convenuto;
 - ✓ della presa di posizione, ciononostante, del Direttore Generale e del Direttore Amministrativo dell’AUSL, sostanzialmente per rivendicare “... la coerenza, con i fabbisogni e con la razionalizzazione del patrimonio, del disposto acquisto di una palazzina cui destinare uffici amministrativi e di staff” e la sua copertura finanziaria (missiva del 16-3-2015: doc. 10 del fascicolo di parte attrice); lo stesso Direttore Generale dell’A.S.L. di Pescara avrebbe poi adottato la delibera in data 28-9-2015 per l’intervento di riqualificazione dell’immobile (documento allegato alla memoria ex art. 183 c. 6° n. 1 di parte convenuta).

Orbene, alla luce delle acquisizioni documentali tutte appena richiamate, a prescindere da ogni considerazione sulla legittimità o meno dell’operazione di acquisto dell’immobile di Via Rigopiano, dell’opinione che il P. possa avere avuto tanto di questa quanto dei poteri di intervento del D., nella sua duplice veste di Presidente della Regione Abruzzo e di Commissario ad acta per la realizzazione del piano di rientro dai disavanzi del settore sanità della Regione, per impedire l’operazione medesima, sta di fatto che, diversamente anche dall’accennato intervento dell’altro Consigliere Regionale L. S., che rimproverava al D. di aver “consentito l’acquisto del palazzo d’oro da parte della ASL”, egli, con le sue dichiarazioni, lungi dallo spiegare che la condotta ascri-

vibile al D., secondo il suo supposto intento critico, fosse da censurare per l'appunto nel mancato o tardivo intervento volto ad ostacolare l'acquisto dell'immobile, lo ha invece additato, senza nessuna menzione dei soggetti direttamente e dunque principalmente in esso coinvolti, come il vero grande responsabile di questo, se non penalmente, pur all'esito dell'esposto non a caso presentato alla Procura della Repubblica, considerata anche la già intervenuta richiesta di archiviazione da parte del P.M., quanto meno a livello contabile e ciò:

1. mettendo in risalto la contraddittorietà delle decisioni assunte dalla AUSL interessata all'acquisto dell'immobile nel marzo e nel maggio 2014, quando pacificamente il D. non aveva ancora assunto nessuna delle due cariche sopra ricordate;
2. affermando, contrariamente al vero, che nessuna risposta era stata data alla richiesta di chiarimenti dei Consiglieri di opposizione, consapevole invece che pur il D. si era in tempi congrui attivato al riguardo, e non solo erano state acquisite le informazioni del caso, alla luce delle quali non pare trascurabile che l'AUSL avesse rivendicato una propria piena autonomia decisionale, ma anche erano stati dispiegati convincenti e pressanti interventi per dissuadere l'AUSL dall'acquisto dell'immobile, da parte del competente Assessore Regionale, di concerto con lo stesso Commissario ad acta D.; che il "rogito" possa essere intervenuto il 18-2-2015 (ma non ve n'è menzione nei due articoli di stampa né ve n'è traccia agli atti di causa), dunque solo pochi giorni prima della missiva dell'Assessore P. del 24-2-2015 ed addirittura un solo giorno prima della missiva datata 19-2-2015 con la quale il Commissario ad acta D. si rivolgeva ai Direttori generali delle ASL della Regione Abruzzo per invitarli alla "sospensione totale delle procedure relative ad acquisto di beni e servizi" (documento prodotto dal convenuto in allegato alla memoria ex art. 183 c. 6° n. 2 c.p.c.) non appare fatto idoneo a dimostrare la supposta intenzionalità di un tardivo riconoscimento delle ragioni dell'opposizione, che il P. nelle sue dichiarazioni al quotidiano *Il Messaggero* definisce come una presa in giro;
3. la figura del D. viene in modo allusivo avvicinata a quella dell'imprenditore interessato all'operazione, implicitamente e maliziosamente evocando favoritismi se non indebiti profitti personali.

Non appaiono dunque, alla luce dei principi giurisprudenziali sopra riportati, le affermazioni del P. pertinenti “allo scopo informativo da conseguire”, improntate “a serena obiettività almeno nel senso di escludere il preconconcetto intento denigratorio” ed a “leale chiarezza”, “corretta manifestazione delle proprie opinioni”; gli argomenti usati non possono essere considerati mera critica della condotta dell’avversario politico, apparendo invece essere stati mirati soltanto ad evocare l’indegnità della sua persona e delle modalità di esercizio delle sue funzioni pubbliche; nella sostanza dunque risolvendosi le dichiarazioni riportate nei due articoli di stampa in contestazione in un attacco puramente offensivo del D.

Così riconosciuta la responsabilità del convenuto, in ordine al quantum debeatur, se non sono state meglio specificate e tanto meno dimostrate le voci del lamentato danno patrimoniale, insegna la Suprema Corte che “in tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, la liquidazione del danno non patrimoniale presuppone una valutazione necessariamente equitativa, la quale non è censurabile in Cassazione, sempre che i criteri seguiti siano enunciati in motivazione e non siano manifestamente incongrui rispetto al caso concreto, o radicalmente contraddittori, o macroscopicamente contrari a dati di comune esperienza, ovvero l’esito della loro applicazione risulti particolarmente sproporzionato per eccesso o per difetto”; “la prova del danno non patrimoniale può essere fornita con ricorso al notorio e tramite presunzioni, assumendo, come idonei parametri di riferimento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell’offesa e la posizione sociale della vittima, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale” (Cass. civ., Sez. III, Ordinanza n. 13153 del 25 maggio 2017).

Inoltre la Suprema Corte ha riconosciuto, a riguardo dei criteri equitativi nella valutazione del danno non patrimoniale, come per il danno biologico, che il giudice può ispirarsi a criteri predeterminati e standardizzati, quali le tabelle elaborate da alcuni uffici giudiziari, anche se non in quello di sua appartenenza, con la precisazione che, poiché il loro fondamento è la media dei precedenti giudiziari in un dato ambito territoriale e la loro finalità è quella di uniformare i criteri di liquidazione del danno, il giudice deve congruamente motivare le ragioni della sua scelta (cfr.: Cass. civ., sez. lav., 1° ottobre 2003, n. 14645 e 12

maggio 2006, n. 11039; Cass. civ., sez. III, 3 agosto 2005, n. 16225 e 20 ottobre 2005, n. 20323).

In particolare, sull'utilizzabilità dei parametri tabellari, nel rispetto del principio della personalizzazione e del criterio equitativo dell'approssimazione al preciso ammontare, e quindi delle tabelle milanesi, come quelle statisticamente maggiormente testate, che indicano dunque un criterio generale di valutazione adottabile per arrivare ad una quantificazione dell'ammontare preciso del risarcimento, si è espressa la Cass. civ., Sez. III, 12 luglio 2006, n. 15760; ancora la Suprema Corte ha riconosciuto, in tema di liquidazione del danno non patrimoniale alla persona da lesione dell'integrità psico-fisica, che, poiché essa presuppone l'adozione da parte di tutti i giudici di merito di parametri di valutazione uniformi, in difetto di previsioni normative, essi vanno individuati in quelli tabellari elaborati presso il tribunale di Milano, da modularsi a seconda delle circostanze del caso concreto (cfr.: Cass. civ., Sez. III, 7 giugno 2011, n. 12408).

Orbene dette tabelle, nella recentissima ultima pubblicazione del marzo 2018, presentano anche, come novità di rilievo, criteri orientativi per la liquidazione del danno non patrimoniale da diffamazione a mezzo stampa, preso in considerazione in cinque graduazioni di gravità (tenue, modesta, media, elevata, eccezionale), con riferimento ad elementi quali la notorietà del diffamante, la carica pubblica o ruolo istituzionale o professionale ricoperto dal diffamato, la natura della condotta diffamatoria (in particolare se colpisca la sfera personale e/o professionale e se sia violativa della verità e/o della continenza e pertinenza), la reiterazione della condotta, lo spazio della notizia diffamatoria (ad esempio per collocazione dell'articolo e dei titoli), l'intensità dell'*animus diffamandi*, il mezzo della diffamazione e la relativa diffusione, la risonanza mediatica suscitata dalle notizie diffamatorie, la natura e l'entità delle conseguenze sull'attività professionale e sulla vita del diffamato, se si tratti di reputazione già compromessa, la limitata riconoscibilità del diffamato, il lasso temporale, eventualmente ampio, tra fatto e domanda giudiziale, la sussistenza o meno della relativa rettifica, la pubblicazione della sentenza.

Orbene, premesso quanto sopra a riguardo dei termini oggettivi e soggettivi nei quali si è concretata la condotta diffamatoria oggetto di causa, va per il resto rilevato come risulti notorio, incontestato e concor-

demente confermato da tutti i testi escussi il notevole prestigio personale dell'attore, per la trascorsa attività politica e le cariche istituzionali ricoperte; non sono però stati offerti elementi di prova né quanto alla divulgazione delle dichiarazioni ritenute offensive attraverso i due articoli di stampa, con riferimento alle potenzialità di diffusione, per bacini di utenza e numero di lettori, dei quotidiani interessati, né quanto alle conseguenze pregiudizievoli in concreto verificatesi; si tratta peraltro di unici episodi di pubblicazione, peraltro di scarso rilievo tipografico l'articolo apparso su *Il Messaggero*.

Alla luce dunque anche dei criteri più in generale espressi dalle suaccennate pronunce della Suprema Corte, si reputa equo fare riferimento alla parametrizzazione indicata dalle tabelle milanesi per l'ipotesi "di elevata gravità" (danno liquidabile nell'importo da € 31.000,00 ad € 50.000,00), avuto riguardo, per un verso, alla notorietà tanto del diffamante (Consigliere Regionale) quanto, ed ancor più, del diffamato (Presidente della Regione, politico di lungo corso), alla oggettiva cospicua portata del discredito insita nelle affermazioni di cui si è discusso, suscettibili anche di rilevanza penale e/o di responsabilità amministrativa e contabile secondo la riconosciuta intenzionalità denigratoria del diffamante; per altro verso avuto riguardo alla mancanza poi di concreti riscontri dei pregiudizi che possano essere derivati al diffamato ed alla episodicità delle pubblicazioni sulla stampa locale, una anche di spazio e risalto limitati.

Nella forbice di valori proposta si reputa pertanto congruo liquidare il danno non patrimoniale in esame nella misura, rapportata all'attualità, di € 40.000,00, cui sommare, a titolo di riparazione pecuniaria ex art. 12 Legge Stampa, in ragione di 1/4 del danno così liquidato, l'ulteriore somma di € 10.000,00 (le tabelle milanesi propongono in tal caso un calcolo rapportato ad una percentuale compresa tra 1/8 ed 1/3), così per complessivi € 50.000,00.

Considerato anche il tempo trascorso e ribadito che non sono stati allegati e dimostrati particolari effetti dannosi dell'illecito che ancora si protraggano, va ritenuta la non necessità della sollecitata pubblicazione (ex art. 120 c.p.c.) della sentenza (cfr. Cass. civ., Sez. I, 21 gennaio 2016, n. 1091: "In tema di lesione del diritto all'immagine ed alla reputazione, la quantificata entità del corrispondente danno risarcibile non può essere automaticamente ridotta per effetto della pubblicazione

della sentenza su un quotidiano, costituendo tale misura, oggetto di un potere discrezionale del giudice, una sanzione autonoma che, grazie alla conoscenza da parte della collettività della reintegrazione del diritto offeso, assolve ad una funzione riparatoria in via preventiva rispetto all'ulteriore propagazione degli effetti dannosi dell'illecito, diversamente dal risarcimento del danno per equivalente che mira al ristoro di un pregiudizio già verificatosi"). [omissis]

Configurando l'obbligazione risarcitoria debito di valore, alla data di pubblicazione della sentenza, che costituisce il momento in cui il credito dedotto in giudizio diviene liquido ed esigibile, essa si converte in debito di valuta ed il ritardo nell'adempimento, come per ogni obbligazione pecuniaria, comporta, a norma dell'art. 1224 c.c., il diritto agli interessi di mora al tasso legale (salvo che non siano dovuti in misura superiore o non si dimostri un danno maggiore).

Le spese seguono la soccombenza, secondo liquidazione come da dispositivo, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 13 comma 6 della legge 31 dicembre 2012 n. 247 ed a seguito dell'entrata in vigore del D.M. 10 marzo 2014 n. 55, in G.U. del 2-4-2014 n. 77 (scaglione di valore, con riferimento alla somme attribuita piuttosto che a quella domandata: da € 26.000,01 ad € 52.000,00; fasi di studio, introduttiva, istruttoria e decisionale: valori medi).

NOTA (1) (2) (3) (4) (5) (6) (7)

Il fatto

Il Presidente della Regione D'A. ha convenuto innanzi al Tribunale di Pescara il consigliere regionale P. per ottenere la condanna al risarcimento del danno non patrimoniale ritenendo di essere stato da questi diffamato a mezzo stampa da alcune dichiarazioni pubblicate sulle edizioni locali di due quotidiani, Il Messaggero e Il Centro. Secondo l'attore, le affermazioni erano tali da mirare solo ad evocare l'indegnità della persona e delle modalità di esercizio delle sue funzioni, come riconosciuto da giudice, e non rientravano nell'ambito del diritto di critica per come tutelato dall'ordinamento perché non rispettose del limite della c.d. continenza.

Infatti, P. aveva dichiarato agli organi di stampa che vi fosse una responsabilità quantomeno politica e morale, se non penale, del Presidente della Regione che, in qualità anche di commissario ad acta per la realizzazione del piano di rientro dei disavanzi del settore sanità della

Regione Abruzzo, doveva considerarsi responsabile unico anche per non aver impedito l'acquisto di un immobile da parte della Ausl di Pescara ad un prezzo triplo rispetto a quello al quale il venditore lo aveva acquistato solo un paio di anni prima per poi ritenere, dopo la firma del rogito, che l'acquisto non andava compiuto.

In vero, il consigliere regionale ben avrebbe potuto ricostruire lealmente, chiaramente e correttamente la vicenda essendo emerso che la Ausl si era determinata all'acquisto prima che D'A. venisse eletto e quindi non ricopriva né il ruolo di Presidente né quello di commissario, che l'Ausl aveva una piena e propria autonomia decisionale, rivendicata anche formalmente, e che non poteva essere bloccata né dal Presidente né dal commissario, che questi si era comunque attivato per cercare di sospendere le procedure di acquisto e il fatto che la sua missiva fosse successiva di un solo giorno alla stipula del rogito di acquisto non è idonea a dimostrare la intenzionalità di un tardivo riconoscimento delle ragioni dell'opposizione che aveva sollecitato più volte un intervento attivo del Presidente nei confronti dei dirigenti della Ausl che stavano procedendo all'acquisto. È risultato, pertanto, che le affermazioni non erano improntate alla serena obiettività tale da escludere un preconcetto intento denigratorio nei confronti del diffamato e, pertanto, non potevano rientrare nel diritto di critica.

Le questioni processuali rilevanti

Da un punto di vista processuale si deve fare menzione di due questioni, pur non evidenziandosi innovativi principi o soluzioni di questioni particolarmente controverse.

Infatti, il giudice ha avuto modo, sulla scorta delle eccezioni sollevate da parte convenuta, di ripercorrere la giurisprudenza della Cassazione, e quindi farne applicazione nel caso di specie, sia sull'istituto della legittimazione attiva che su quello del litisconsorzio.

Per quanto riguarda la legittimazione, il convenuto ha eccepito l'improcedibilità della domanda per carenza di legittimazione attiva poiché l'atto di citazione faceva riferimento ad una presunta diffamazione a mezzo stampa ai danni del Presidente della regione Abruzzo ma la procura, di cui veniva quindi sollevata l'inesistenza, era stata sottoscritta da D'A. in proprio e non nella qualità. Il Giudice, ha riconosciuto sulla scorta della giurisprudenza di legittimità, la sussistenza della legittimatio ad causam attiva dell'attore poiché la sussistenza di

detto presupposto processuale va valutata sulla base della prospettazione compiuta dall'attore nell'atto introduttivo e, nel caso di specie, questo enuncia fatti giuridicamente rilevanti posti alla base della pretesa risarcitoria che si concretizzano nelle offese alla reputazione della persona e che prescindono dalla carica politica ricoperta ovvero delle funzioni esercitate.

Il consigliere regionale ha inoltre eccepito che vi fosse un litisconsorzio necessario con i soggetti responsabili secondo la legge in materia n. 47 del 1948 ai sensi dell'art. 11 perché concorrenti nel fatto illecito. Il Giudice ha escluso la sussistenza di un litisconsorzio necessario tra il dichiarante e gli altri soggetti di cui all'art. 11. Del resto tale norma, espressamente richiamata dal diffamante, dispone che sono solidalmente responsabili da un punto di vista civilistico il proprietario della pubblicazione e l'editore ma non prevede una ipotesi di litisconsorzio necessario ex lege né sussistono i requisiti individuati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che in ogni caso tendono a dare una interpretazione restrittiva dell'istituto poiché limita il diritto di azione, per ricondurre solo particolari obbligazioni plurisoggettive nell'alveo dell'art. 102 c.p.c.: in linea di principio del resto non sussiste litisconsorzio necessario tra coobbligati in via solidale ai quali sia addebitata una responsabilità da fatto illecito in quanto abbiano concorso a provocare il danno, anche sulla base di un unico fatto generatore dell'illecito stesso a meno che la responsabilità di alcuni non debba necessariamente essere ricollegata a quella di altri, per effetto dell'obiettiva interrelazione esistente, sul piano del diritto sostanziale, tra le rispettive posizioni (da ultimo Cass., 13.10.2016, n. 20692).

Le questioni sostanziali rilevanti: la novità delle tabelle milanesi del 2018 per la risarcibilità dei danni a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa

Gli aspetti sostanziali rilevanti possono essere individuati da un lato nella generale ricostruzione del danno non patrimoniale, all'esito della lunga e complessa vicenda che lo ha interessato anche e soprattutto da un punto di vista dottrinario e giurisprudenziale per arrivare agli approdi dei decisum della corte di legittimità nel primo decennio del XXI secolo, e dall'altro nella impossibilità della sussunzione degli elementi

della fattispecie sub iudice nelle categorie, elaborate sempre dalla giurisprudenza, per integrare la nozione di diritto di stampa e del relativo diritto di critica.

Come noto, risarcibile è il solo, unico e unitario danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. nei casi espressamente previsti dalla legge ovvero laddove il fatto illecito ha vulnerato in modo grave un diritto alla persona direttamente tutelato dalla Costituzione: è stato precisato che il categoria del danno non patrimoniale è ampia ma non consente di enucleare sottocategorie, se non a valenza meramente descrittiva, e soprattutto la lesione deve avere una certa gravità poiché intrusioni minime nella propria sfera personale connesse con la civile convivenza devono essere tollerate, pena ammettere i c.d. danni futili o bagatellari che non possono essere ritenuti giuridicamente rilevanti.

Nel caso di specie, i fatti per come ricostruiti hanno integrato la diffamazione a mezzo stampa del Presidente della Regione atteso che sono stati travalicati i limiti del diritto di critica politica il quale deve sottostare, come il diritto di stampa, al limite della continenza sotto l'aspetto sia formale che sostanziale tanto che la lesione dell'altrui reputazione non scriminata si rinviene anche in assenza di espressioni offensive, ma nel caso in cui ci sia un "accostamento allusivo di fatti e opinioni tali da non consentire di distinguere gli uni dalle altre e da alterare la portata e il significato dei primi al fine di corroborare surrettiziamente le seconde". Orbene, dalla ricostruzione compiuta dal giudice è emerso che il diffamante con le sue dichiarazioni non ha censurato un mancato o tardivo intervento volto ad ostacolare l'acquisto dell'immobile ma ha additato il Presidente della Regione, senza menzionare altri fatti rilevanti, come il vero responsabile dell'acquisto almeno a livello contabile. Non si rivengono dunque quelle caratteristiche di "serenità obiettiva" e "leale chiarezza" nonché "corretta manifestazione delle proprie opinioni" che, alla luce della giurisprudenza, avrebbero reso lecito e legittimo il diritto di critica del consigliere regionale, le cui dichiarazioni sono state espresse solo al fine di evocare l'indegnità del presidente della regione e delle modalità di esercizio delle sue funzioni.

La novità che si apprezza nella decisione è il richiamo e l'applicazione, nella liquidazione equitativa del danno da diffamazione a mezzo stampa pure riconosciuto, delle c.d. tabelle milanesi pubblicate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile nella edizione del marzo del

2018: sono stati introdotti una serie di nuovi parametri tra cui criteri orientativi nella liquidazione del danno non patrimoniale da diffamazione a mezzo stampa¹ oltre a quelli per il c.d. danno da premorienza che si rinviene qualora un soggetto che subisce una menomazione invalidante a seguito di un evento lesivo deceda prima della liquidazione del pregiudizio sofferto e per una causa esterna ed indipendente dalla lesione subita; a quelli per il danno c.d. terminale, liquidabile alla vittima di lesioni mortali, a condizione che il decesso avvenga dopo un apprezzabile lasso di tempo dalle lesioni e da ultimo, ai danni ex articolo 96 comma 3 c.p.c. in ipotesi di responsabilità aggravata della parte in un giudizio.

Con particolare riferimento alla diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa, sulla base di 89 sentenze decise e pubblicate tra il 2014 e il 2017 dal Tribunale di Milano, da quello di Roma e da altri Tribunali sono state individuate cinque differenti tipologie, graduate su una scala di gravità crescente (tenue, modesta, media, elevata, eccezionale) e modulate tenendo conto dei parametri adoperati dalla giurisprudenza prevalente, quali la notorietà del diffamante, lo strumento utilizzato per perpetrare l'illecito, l'eventuale carica pubblica rivestita dal soggetto passivo, la sussistenza o meno della successiva rettifica. L'ipotesi meno grave, per la quale è previsto un risarcimento che va da € 1.000,00 a € 10.000,00, si configura qualora il diffamante non sia un soggetto noto, l'offesa non abbia alcuna risonanza mediatica ed il convenuto ponga in essere un intervento volto a riparare il danno subito.

In caso di modesta notorietà del diffamante e della notizia diffamatoria, nonché di assenza di risonanza mediatica dell'offesa, il risarcimento andrà invece da € 11.000,00 a € 20.000,00.

Qualora il mezzo diffamatorio abbia una significativa diffusione ed il diffamante sia soggetto mediamente noto, l'ipotesi risarcitoria oscilla da € 21.000,00 a € 30.000,00.

La quarta categoria di diffamazione si configura qualora la notorietà del diffamante sia elevata, gli episodi diffamatori abbiano

1. In *Vita Forense* sono riportati i "Criteri orientativi per la liquidazione del danno da diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa" estratti dalle c.d. Tabelle milanesi ed. 2018.

un'ampia diffusione, anche mediatica, e vi sia stato l'utilizzo di espressioni denigratorie. In questo caso, la persona offesa potrà ottenere sino a € 50.000,00 a titolo di ristoro per il danno subito.

Nelle ipotesi più gravi, qualificate come eccezionali dall'Osservatorio, il risarcimento potrà persino eccedere tale importo massimo.

Nel caso sub iudice, il Tribunale sulla base di dette tabelle ha ritenuto di qualificare la diffamazione come di elevata gravità riconoscendo al danneggiato un risarcimento di € 40.000,00 avuto riguardo alla notorietà del diffamante e del diffamato, alla portata denigratoria delle espressioni usate sebbene non vi sia stato un riscontro dei pregiudizi che possano essere derivati al Presidente della Regione, al carattere episodico della diffamazione avvenuta su stampa locale e quindi con spazio e risalto limitati.

Poiché l'art. 12 della Legge sulla stampa prevede che "Nel caso di diffamazione commessa col mezzo della stampa, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del Codice penale, una somma a titolo di riparazione. La somma è determinata in relazione alla gravità dell'offesa ed alla diffusione dello stampato", il Giudice ha riconosciuto la misura di 1/4 del danno liquidato e quindi ulteriori € 10.000,00 mentre le tabelle prevedono espressamente che di norma tale riparazione è calcolata in una percentuale da 1/8 ad 1/3 del danno liquidato.

Appare di tutta evidenza il possibile rilievo futuro delle tabelle che periodicamente vengono aggiornate e rivalutate in base agli indici ISTAT e si auspica che, ai fini dell'aggiornamento, verrà analizzato un numero sempre crescente di decisioni in modo tale che avvocati e giudici possano avere parametri sempre più definiti.

Così va rilevato che l'elevata notorietà del diffamato, pure richiamata dal Tribunale quale criterio per determinare la gravità della diffamazione, non è considerata nelle tabelle ma in relazione a questi rileva solo l'elevato pregiudizio e la notevole gravità del discredito. Potrebbe quindi la decisione offrire lo spunto per verificare se in altri casi già vagliati dall'Osservatorio o in altre sentenze l'elevata notorietà del diffamato abbia avuto un qualche rilievo nella determinazione del danno anche se andare a differenziare l'entità del risarcimento in base alla notorietà del danneggiato potrebbe aprire ad una lesione dei principi costituzionali di pari dignità e di uguaglianza.

Inoltre, ci si augura che il rischio insito nel rinvio a concetti generici e indefiniti, come "elevata notorietà del diffamante" ovvero "ampia diffusione", "notevole gravità del discredito", "elevata intensità dell'elemento soggettivo", non si concretizzi e non si giunga all'effetto di trattare in maniera diversa casi simili con ciò distorcendo il fine stesso delle tabelle.

Dora Di Loreto

Tribunale di Pescara – Sentenza 4 ottobre 2018 – n. 90 - Est. Capezzera
– P.M. s.r.l. società agricola

**Fallimento – Presupposti oggettivi e soggettivi – Contestazione -
Stato di insolvenza - Allegazione attività di imprenditore agricolo
– Onere della prova in capo alla parte debitrice – Sussiste.**

Il debitore che si oppone alla dichiarazione di fallimento adducendo la propria natura di imprenditore agricolo ha l'onere di provare lo svolgimento di talune delle attività contemplate nel precetto normativo di cui all'art. 2135 cod. civ. allegando e provando elementi fattuali cui poter desumere la natura effettiva dell'attività sociale esercitata; a tal fine non essendo sufficiente il semplice richiamo al dato meramente formale della propria qualifica come desunta dall'iscrizione camerale. Quanto allo stato di insolvenza, quale requisito oggettivo e presupposto per la dichiarazione di fallimento, lo stesso non può essere escluso dal solo attivo patrimoniale di cospicuo valore, in mancanza di adeguate risorse finanziarie che consentono di riscontrare con regolarità e tempestività le proprie obbligazioni. (1)

[omissis]

La G. s.r.l. ha proposto istanza per la declaratoria di fallimento della P. M. s.r.l. società agricola assumendo di andare creditrice nei confronti di quest'ultima della somma di euro € 31.4433,04 in forza della sentenza del Tribunale di Milano del 31.8.2017 che aveva accertato che la resistente aveva dato mandato all'agenzia pubblicitaria ricorrente di pianificare la campagna *media* per la promozione del Progetto GP 1 (Grand Prix), mandato che dunque aveva avuto ad oggetto attività del tutto estranee a quella "agricola" soltanto formalmente esercitata.

La P. M. s.r.l. si è costituita ed ha contestato la sussistenza del requisito soggettivo di fallibilità essendo la resistente un imprenditore agricolo svolgente l'attività di "sfalciatura dei terreni aventi tutti destinazione urbanistica pertinente anche mediante concessione di pascolo", attività provata dall'aver la resistente percepito contributi AGEA previsti dal regolamento Europeo n. 1307/2013. Ha poi rilevato la resistente che La G. s.r.l. non aveva dato prova alcuna della concreta attuazione del

progetto Grand Prix 1 e quindi dell'effettiva realizzazione del centro monotematico automobilistico né di attività imprenditoriali per le quali la resistente avrebbe dismesso la veste di imprenditore agricolo per assumere quella di imprenditore commerciale.

Infine ha contestato la sussistenza dello stato di insolvenza come comprovato dal patrimonio esistente in capo alla P. M., patrimonio che la istante avrebbe potuto aggredire al fine di soddisfare la propria pretesa creditoria.

L'istruttoria espletata non ha dato prova che, nella specie, la P. M. esercitasse alcuna delle attività previste dall'art. 2135 c.c. di "coltivazione del fondo, selvicoltura e allevamento di animali", ovvero rientranti nel ciclo biologico, né può farsi ricorso nella specie alla locuzione di "attività connesse" che vale ad estendere lo statuto dell'imprenditore agricolo ad attività diverse, se ed in quanto funzionalmente collegate a quelle agricole tout court. Il richiamo alle attività connesse previsto dall'art. 2135 c.c., infatti, lungi dal configurare una categoria di imprenditore agricolo, postula lo svolgimento di attività in sé agricole, e l'imprenditore agricolo 'per connessione' non è altri che il 'medesimo' imprenditore agricolo, avuto riguardo all'esercizio di attività diverse che presentino collegamento funzionale con quella propriamente agricola. Rientrano perciò nell'impresa agricola, oltre alla coltivazione del fondo, selvicoltura e allevamento di animali anche le lavorazioni connesse, complementari ed accessorie, dirette alla trasformazione ed alienazione dei prodotti agricoli, ove sia riscontrabile uno stretto collegamento tra l'attività agricola principale e quelle di trasformazione dei prodotti svolte dal medesimo imprenditore." (Cass. sez. 1, sent. n. 1344 del 2011).

In effetti la resistente, dinanzi al rilievo di parte attrice che ha chiaramente evidenziato la natura commerciale dei rapporti intrattenuti con la resistente, si è limitata a riferire di aver svolto attività agricola ma senza allegare e provare elementi fattuali da cui poter desumere la natura effettiva dell'attività sociale esercitata.

Né può dirsi che l'aver ricevuto aiuti comunitari destinati alle imprese agricole sia elemento per ciò solo sufficiente a provare la detta natura attesa la diversità dei presupposti esistenti in ambito di aiuti alle imprese agricole rispetto a quelli per cui il legislatore ha previsto l'esenzione dal fallimento.

Sia aggiunta in vero una considerazione sulla suddivisione dell'onere della prova quanto alla sussistenza dell'esimente dal fallimento invocata dall'imprenditore insolvente che si definisca imprenditore agricolo.

Sarà, secondo le regole generali, il creditore che insti per il fallimento di un soggetto a dover allegare e provare i fatti costitutivi della pretesa, ossia la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi idonei, in astratto, a dimostrare l'assoggettabilità alla procedura concorsuale, quindi la qualità di imprenditore del soggetto debitore e la sua incapacità a soddisfare i debiti, ammontanti alla misura minima di legge, con mezzi ordinari di pagamento.

Resterà invece a carico del debitore l'onere di provare la sussistenza di fatti impeditivi, quindi eventuali circostanze esimenti, quali la carenza dei requisiti dimensionali dell'impresa indicati nell'art. 1, L.F. o l'esistenza di uno status imprenditoriale speciale (imprenditore agricolo) che lo sottragga al fallimento, pur laddove svolga, insieme a quelle agricole vere proprie, una o più delle "attività connesse" di cui all'art. 2135, 1 comma c.c.

Si veda, a conferma, l'indirizzo giurisprudenziale consolidato del giudice di legittimità secondo cui: "Non è assoggettabile alla dichiarazione di fallimento, per difetto di commercialità della sua attività, il solo imprenditore agricolo che provi, quanto alla conservazione e commercializzazione esercitate, che esse, in astratto connesse ai sensi dell'art. 2135 c.c., abbiano avuto ad oggetto prodotti ottenuti almeno in prevalenza dalla coltivazione del proprio fondo. In difetto di tale prova, a carico del debitore, non può evidenziarsi un reale rapporto di connessione tra commercio dei prodotti ortofrutticoli e attività agraria" (Cass. civ., 8.8.2016, n. 16614).

Con la conseguenza che, in assenza di prova della causa esimente, il soggetto che appaia rientrare, secondo gli esiti dell'istruttoria prefallimentare, nel novero degli imprenditori commerciali, sarà soggetto a fallimento (sempre sussistendo i limiti minimi di fallibilità).

Come già rilevato, nel caso di specie parte resistente non ha provato quale fosse la concreta attività agricola (coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali) esercitata sia prima che dopo la cessione dell'azienda in affitto in favore della C. Società agricola a r.l. La stessa si è limitata ad affermare (senza fornire alcun elemento documentale a tal riguardo) di svolgere attività di "sfalciatura dei terreni"

così affidando la propria difesa sul punto al dato meramente formale della propria qualifica come desunta dalla iscrizione camerale.

Ora, è ben vero che la cessione in affitto dei terreni di per sé non fa venir meno la qualifica di imprenditore agricolo ma ciò non esime chi si veda citare dal proprio creditore che alleggi e provi il requisito soggettivo di fallibilità dell'impresa di dare la prova della natura agricola dell'attività in concreto esercitata; sicché la P. M. avrebbe dovuto prima di tutto provare di svolgere una delle attività elencate nell'art. 2135 c.c. e poi di non aver mai perso la qualifica di imprenditore agricolo neppure dopo aver concesso in affitto i terreni di sua proprietà.

Dal proprio canto, la parte ricorrente ha invece dato prova che la società P. M. svolgeva attività ulteriore e ben distinta rispetto a quella di imprenditore agricolo avendo essa dato mandato all'agenzia pubblicitaria ricorrente di pianificare la campagna *media* per la promozione del Progetto GP 1, P. M., ponendo in essere un'attività che, per lo meno con riferimento al credito vantato da L. G., il cui mancato pagamento ha infine giustificato il deposito dell'istanza di fallimento, era ben lungi dall'essere quella tipicamente esercitata da un imprenditore agricolo.

Di alcun rilievo è il fatto -tra l'altro non provato- che il Progetto GP 1 sia stato in seguito accantonato da parte della resistente; all'epoca dei fatti, P. M. ha in ogni caso esercitato attività non pertinente con quella di imprenditore agricolo, operando a tutti gli effetti come imprenditore commerciale nel senso più ampio del termine e risultando, pertanto, soggetto all'applicazione della disciplina del fallimento.

Ed anzi, depone in tal senso la stessa memoria di costituzione della debitrice in cui si afferma che per i bilanci di esercizio degli anni 2015, 2016 e 2017 "*non si rileva la presenza di ricavi derivanti dalla attività tipica*", segno più che evidente questo che la società non aveva svolto alcuna attività che fosse qualificabile come agricola.

Così come, quanto ai requisiti oggettivi necessari per la assoggettabilità al fallimento, è stata la stessa difesa della resistente che, nel riportare i dati di bilancio di attivo, passivo e ricavi relativi agli anni 2015, 2016 e 2017 ha evidenziato che, con riferimento all'attivo, esso ammonterebbe ad oltre 13 milioni di Euro, dei quali una larghissima parte (oltre 11 milioni) costituito da immobilizzazioni materiali; con riferimento al passivo, lo stesso ammonterebbe a poco meno di 6 milioni

di euro, in larghissima prevalenza costituito da un debito verso soci per finanziamenti infruttiferi.

Quanto poi al requisito dell'insolvenza la cui mancanza, secondo la prospettazione di parte resistente, sarebbe in vero desunta dalla "solidità" della debitrice come derivante dal valore del suo patrimonio immobiliare, è utile rilevare che lo stato di insolvenza che costituisce il presupposto della dichiarazione di fallimento consiste nella "incapacità del debitore di adempiere con regolarità e tempestività alle proprie obbligazioni, condizione, questa, sulla quale in alcun modo può influire la consistenza patrimoniale del debitore".

Orbene, benché la società P. M. risulti avere un attivo patrimoniale di cospicuo valore, ciò non può escludere per ciò solo che la stessa non sia in grado di far fronte, con regolarità, alle proprie obbligazioni.

Nella fattispecie, con riferimento all'obbligazione di pagamento nei confronti di L. G. l'istruttoria pre-fallimentare ha invece evidenziato come, tra gli elementi costituenti indici significativi da cui poter ricavare la sussistenza dello stato di insolvenza, vi fossero proprio il mancato pagamento spontaneo del credito dell'istante oltre che la mancanza di proposte alternative rivolte al creditore istante per la sistemazione della pendenza debitoria nei suoi confronti.

Pertanto dagli elementi sopra esposti emerge la sussistenza di una situazione di conclamata insolvenza, la cui irreversibilità discende dalla mancanza di risorse finanziarie per fronteggiarli.

Va infine considerato che competente territorialmente è sicuramente il Tribunale di Pescara in quanto la sede legale della debitrice si trova in questo circondario.

Considerato, infine, che i debiti scaduti e non pagati dalla società, come risultanti dagli atti eccedono la soglia di € 30.000,00 posta dall'art. 15 u.c. L.F. ;

P.Q.M.

dichiara il fallimento di P.M. s.r.l. Società Agricola [omissis]

NOTA (1)

Sommario : 1. La figura dell'imprenditore agricolo e sua fallibilità; 2. La ripartizione dell'onere della prova nella procedura fallimentare; 3. Lo stato di insolvenza; 4. Conclusioni.

1. Al fine di meglio individuare la figura dell'imprenditore agricolo, delle sue principali caratteristiche sostanziali e funzionali, occorre soffermarsi sulle divergenze tra questa figura e quella più nota e diffusa dell'imprenditore commerciale.

Quanto sopra al fine di verificarne la fallibilità e, per l'effetto, l'applicabilità del precetto normativo di cui all'articolo 1 del R.D. del 16 marzo 1947, n. 267 (c.d. Legge fallimentare), secondo cui "Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori che esercitano una attività commerciale, esclusi gli enti pubblici".

Da un primo esame della norma, parrebbe che le imprese agricole siano escluse dal fallimento, come invece accade ordinariamente per le imprese commerciali.

In realtà, la distinzione tra imprese commerciali e imprese agricole, e assoggettabilità al fallimento delle prime ed esclusione delle seconde, non è più così netta e profonda come poteva apparire in passato, con la conseguenza che, oggi, anche le imprese agricole – ricorrendo taluni presupposti – possono essere ricondotte all'interno delle procedure di natura fallimentare.

La riforma introdotta dall'art. 1 del D.Lgs 18.01.2001 n. 228, rimodellando il dettato normativo dell'art. 2135 c.c., in effetti, ha finito con l'ampliare la nozione di imprenditore agricolo, così disciplinando due tipi distinti di attività: l'una definita principale, l'altra connessa, in quanto posta in una relazione con l'attività principale; e ciò ha fatto ispirandosi ai principi del diritto europeo.

Secondo l'odierna versione dell'art. 2135 c.c., infatti, "È imprenditore agricolo chi esercita una delle seguenti attività: coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse".

Chiarisce poi il secondo comma la natura delle attività "caratteristiche": "Per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali si intendono le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine."

Per poi il terzo comma soffermarsi sulle attività connesse: "Si intendono comunque connesse le attività, esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasforma-

zione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge".

Prescindendo per brevità dagli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari che si sono avvicendati nel corso degli anni, quel che appare evidente è che la riforma del 2001 ha finito per attenuare in misura rilevante il confine tra le categorie dell'imprenditore agricolo e dell'imprenditore commerciale, tanto che oggi appare chiaro che la nozione di impresa agricola non ruota più attorno al cosiddetto "fattore terra", così ricomprendendo anche attività che non richiedono una connessione necessaria tra produzione e utilizzazione del fondo, essendo a tal fine sufficiente anche il semplice collegamento potenziale o strumentale con il terreno piuttosto che reale come preteso dalla nozione giuridica ante riforma.

E ciò perché la coltivazione del fondo, la silvicoltura e allevamento del bestiame hanno subito una profonda evoluzione dal 1942 ad oggi, nel momento in cui da un'agricoltura naturale fondata sulla lavorazione della terra si è passati ad un'agricoltura industrializzata nell'ambito della quale è possibile ottenere prodotti agricoli con metodi che prescindono totalmente dallo sfruttamento della terra (coltivazioni artificiali, allevamenti in batteria).

Si osserva come prima della riforma vi fossero due teorie:

- una estensiva che affermava che impresa agricola fosse ogni impresa che produce specie vegetali ed animali indipendentemente dalle modalità di produzione;

- una restrittiva che affermava che i modi di produzione dovevano essere necessariamente collegati allo sfruttamento della terra e chi produceva specie vegetali o animali in modo svincolato dallo sfruttamento della terra, doveva essere considerato imprenditore commerciale.

Dall'attuale formulazione dell'art. 2135 cod. civ. appare evidente che, al momento della riforma, il legislatore abbia adottato la prima tesi.

Quanto, poi, alle attività connesse a quella agricola, perché un'attività possa qualificarsi come tale, debbono ricorrere due requisiti:

- uno di carattere soggettivo: le attività connesse devono essere svolte da un soggetto che di per sé esercita già un'attività agricola ovvero, alternativamente, la coltivazione del fondo, la selvicoltura o l'allevamento di animali; attività devono essere altresì coerenti e compatibili, da un punto di vista di comparto economico, con l'attività agricola principale esercitata.

- l'altro di carattere oggettivo: l'attività deve avere ad oggetto beni derivanti prevalentemente dalla coltivazione del fondo, dalla selvicoltura e allevamento di animali e non deve prevalere sull'attività agricola essenziale.

Quanto detto rappresenta il criterio discriminante secondo cui l'attività "connessa" deve inserirsi nel ciclo dell'economia agricola, mentre ha carattere economico od industriale quell'attività che, oltre ad essere idonea a soddisfare esigenze collegate alla produzione agricola, risponde a scopi commerciali od industriali e realizza utilità del tutto indipendenti dall'impresa agricola o comunque prevalenti rispetto ad essa.

Tuzioristico precisare che un imprenditore che pratica le sole attività connesse senza svolgere quella principale agricola (coltivazione del fondo etc.) è a tutti gli effetti un "imprenditore commerciale".

Sul punto, una recente sentenza della Suprema Corte (n. 16614/2016), ripercorrendo precedenti pronunzie (cfr. Cass. n. 7238/2015, 8690/2013), rammenta come l'esonero dall'assoggettamento alla procedura fallimentare dell'imprenditore agricolo non possa ritenersi incondizionato, poiché lo stesso viene meno nel caso in cui non sia sussistente, di fatto, il collegamento funzionale con la terra, intesa come fattore produttivo, o quando le attività connesse citate dal già rammentato art. 2135 c.c., assumano un rilievo prevalente e sproporzionato rispetto a quelle "caratteristiche", ovvero quelle di coltivazione, allevamento e silvicoltura.

Al fine, dunque, ravvisare o meno la figura di imprenditore agricolo, è fondamentale valutare la presenza della prevalenza dell'attività principale su quella connessa; valutazione che non potrà che essere effettuata caso per caso. Potrebbe, infatti, essere assoggettato a fallimento l'imprenditore che, pur agricolo, svolge le sue attività di coltivazione, allevamento e silvicoltura in modo marginale rispetto ad altre attività come quelle di compravendita di immobili rurali, e così via. In

sintesi: se l'imprenditore esercita realmente ed effettivamente attività agricola, e non ha compiuto attività che esulano da tale ambito (o se lo ha fatto, è stato per un giro d'affari marginale rispetto al totale), non potrà essere assoggettato alla disciplina del fallimento a prescindere dalla dimensione che assume in termini di volume di affari e dalla sua forma giuridica, sia esso imprenditore individuale, società, consorzio o cooperativa (cfr. art. 12 Legge 09.05.1975 n. 153 in applicazione alle direttive del Consiglio delle Comunità europee nn. 72/159/CEE; 72/160/CEE e 72/161/CEE; Cass. n. 14885/2017; Cass. n. 9788/2016). Qualora, invece l'imprenditore, pur agricolo nella forma (es. denominazione, statuto, oggetto sociale), ha sostanzialmente svolto un'attività di tipo commerciale, sarà soggetto fallibile.

In un simile contesto è stata inserita un'altra rilevante novità con il D.L. del 6.7.2011 n. 98, il cui art. 23, comma 43, così recita: "In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato da ultimo dall'articolo 32, commi 5 e 6, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2".

Da qui, l'imprenditore agricolo che non è fallibile, e che di conseguenza non può accedere neanche al concordato, può comunque utilizzare oggi la procedura di ristrutturazione dei debiti e servirsi della transazione fiscale.

2. L'onere della prova relativo alla dimostrazione di fatti impeditivi od esimenti dell'applicabilità dell'art. 1 L.F., quali l'esistenza dello status di imprenditore agricolo, grava in capo al debitore, il quale non può limitarsi a fare affidamento su semplici dati formali quali la propria qualifica come desunta dalla iscrizione nella sezione speciale del Registro delle imprese, ma dovrà dimostrare in concreto lo svolgimento di attività agricola o di altra attività strettamente connessa a quest'ultima.

Quanto sopra in linea con il principio dispositivo sancito dall'art. 2697 c.c., così gravando sulla parte istante per il fallimento l'onere di provare i fatti costitutivi la sua pretesa mentre sul debitore i fatti impeditivi.

In tesi generale, la parte che insti per il fallimento di un soggetto deve allegare e dimostrare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi idonei, in astratto, a dimostrarne l'assoggettabilità alla procedura concorsuale: e cioè, la qualità di imprenditore e l'incapacità a soddisfare i debiti, ammontanti alla misura minima di legge, con mezzi ordinari di pagamento. All'esito, resta invece a carico del debitore l'onere della prova di eventuali circostanze esimenti, quali la carenza dei requisiti dimensionali o l'esistenza di uno status imprenditoriale speciale, quale quello agricolo, che lo sottragga al fallimento.

Vi è quindi la riaffermazione del principio dispositivo sostanziale all'interno del processo fallimentare nel cui ambito anche il principio di non contestazione può assumere un ruolo decisivo.

A seguito della abrogazione dell'iniziativa d'ufficio ex art. 6 L. F. non sono più presenti, infatti, nel procedimento fallimentare i poteri di intervento e di verifica in capo al Tribunale che ha ora unicamente il potere di disporre d'ufficio mezzi istruttori esclusivamente quale misura integrativa dei mezzi di prova rimessi alle parti stesse ed in contraddittorio con queste ex art. 15, comma 4 e 6 L. F.

In detto contesto, l'apprezzamento concreto della ricorrenza dei requisiti di connessione tra attività commerciali ed agricole e della prevalenza di quest'ultime, da condurre alla luce dell'art. 2135, terzo comma, cod. civ., è rimessa poi al giudice di merito; restando insindacabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata, immune da vizi logici.

3. *L'art. 5 della Legge Fallimentare (R. D. 16 marzo 1942 n. 267) prevede che "l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni."*

L'insolvenza costituisce, dunque, il presupposto oggettivo di tutte le procedure concorsuali, anche se la sua intensità e le sue manifestazioni possono essere molto diverse.

La stessa attiene ad una situazione oggettiva di impotenza economica, determinata dal fatto che l'imprenditore non sia in grado di adempiere regolarmente, e con mezzi normali, alle proprie obbligazioni ed alle scadenze pattuite. Ai fini dell'accertamento di siffatte situazioni è

del tutto irrilevante l'indagine circa l'ammontare dell'attivo dell'impresa, il quale può anche superare l'ammontare del passivo, senza con ciò escludere l'impossibilità per l'imprenditore di far fronte alle obbligazioni assunte. (cfr. Cass. n. 3488/69)

Corollario di tale principio è che, sebbene la situazione patrimoniale dell'imprenditore e di conseguenza il rapporto tra poste attive e poste passive sia un fattore concorrente dello stato di insolvenza sul quale il Tribunale dovrà comunque compiere concreti accertamenti, esso non è però un fattore decisivo: contrariamente a quanto affermato da taluni orientamenti dottrinari che individuano l'insolvenza solo laddove vi sia uno squilibrio tra attivo e passivo, l'insolvenza – giova ripetere – potrebbe manifestarsi anche nel caso in cui l'attivo patrimoniale fosse superiore al passivo. Sul punto, la Suprema Corte, con una decisione tranchant (Sent. n. 5736/1993), ha statuito che "lo stato di insolvenza (...) è da ravvisarsi nell'incapacità di adempiere le obbligazioni assunte alle previste scadenze con l'utilizzazione dei mezzi normali di pagamento, indipendentemente dalle cause che hanno determinato tale stato e dalla circostanza che la situazione patrimoniale presenti un'eccezione delle poste attive su quelle passive".

Resta inteso che, lo stato di insolvenza per assumere rilievo non deve solo esistere ma deve esteriorizzarsi: il legislatore specifica infatti che lo stato di insolvenza "si manifesta" con inadempimenti o altri fatti esteriori ed è quindi ovvio che non vi possa essere differenza, ai fini del diritto fallimentare, tra il manifestarsi dello stato di insolvenza e l'insolvenza medesima: l'insolvenza può infatti essere presupposto oggettivo del fallimento solo allorché si manifesti all'esterno.

Ultimo, ma non ultimo, elemento dello stato di insolvenza è la sua irreversibilità. Nel fallimento infatti l'insolvenza è ormai irreparabile, sicché, più che combattuta essa viene constatata.

4. In conclusione, dal momento che il legislatore, con la novella di cui al D. L.vo 18 maggio 2001 n. 228, ha modificato il disposto dell'art. 2135 cod. civ. ed ampliato il concetto di imprenditore agricolo, sostituendo una nozione dell'agricoltura basata sulla centralità del fondo, con una più dinamica ed in linea con la nuova realtà economica, in cui assumono valore prevalente quelle strutture produttive che si avvalgono della terra come strumento di supporto, un'impresa può essere con-

siderata agricola e quindi non 'commerciale' ai fini dell'esenzione da fallimento pure se sono previste dal suo statuto attività non strettamente connesse a quelle agricole, dovendo il giudice, prima di riconoscere la fallibilità di un'impresa che si professi agricola, oltre che verificarne le clausole statutarie ed il loro tenore, esaminare anche in concreto l'atteggiarsi dell'attività d'impresa, valutando le attività economiche dalla stessa effettivamente svolte.

Nello specifico il Tribunale di Pescara, in difetto di elementi di segno contrario da parte della debitrice, ha dichiarato il fallimento della stessa; dalla disamina della documentazione prodotta dalla creditrice è emerso, in concreto, l'esercizio di una attività commerciale piuttosto che agricola al di là di aspetti del tutto formali che potessero fare ritenere diversamente.

Si consideri infine che, perché l'imprenditore agricolo possa mantenere detta qualifica, pur dopo aver ceduto in affitto la sua azienda ed aver cessato l'attività, è necessario - ai fini del perdurare dell'esenzione da fallibilità - che non intraprenda attività commerciale alcuna. Dovesse, quindi, egli diventare insolvente quale mero proprietario dell'azienda agricola concessa in affitto, non sarà da considerare fallibile. Laddove invece lo stesso, come nel caso di specie, dopo aver cessato ogni attività agricola e quindi aver abbandonato ogni collegamento funzionale della sua attività con il fattore produttivo terra, intraprenda una delle attività commerciali di cui all'art. 2195 c.c. - sussistenti gli altri presupposti di cui all'art. 2082 c.c. - sarà da considerare imprenditore commerciale e in quanto tale fallibile.

Alessio Ritucci

Tribunale di Vasto – sentenza 10.9.2018, n. 84 – Giudice Lubrano

Lavoro subordinato – Estinzione del rapporto – Licenziamento individuale – Per giusta causa – Domanda di annullamento precedenti sanzioni disciplinari richiamate ai fini della recidiva – Ammissibilità nel rito Fornero - Art. 1, co. 48, della L. n. 92 del 2012

La domanda di annullamento delle precedenti sanzioni disciplinari richiamate ai fini della recidiva in un provvedimento espulsivo è ammissibile ai sensi dell'art. 1, co. 48 della Legge n. 92 del 2012. (1)

Con ricorso ex art. 1, comma 51, L. 92/2012 la [omissis] ha proposto opposizione avverso l'ordinanza emessa all'esito della precedente fase sommaria [omissis], che ha accolto il ricorso del lavoratore [omissis] avverso il provvedimento espulsivo datoriale del 3.6.2015, condannando la società a reintegrare il ricorrente e a corrispondergli un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto per 12 mensilità, oltre alla regolarizzazione della sua posizione contributiva, dichiarando altresì illegittime le sanzioni conservative del 17.1.2014 e dell'8.1.2015.

L'opposta pone a fondamento dell'opposizione: a) la nullità del procedimento sommario e della relativa ordinanza, essendo stata la precedente fase introdotta secondo le regole ordinarie dettate dagli artt. 409 e seguenti c.p.c., e non, invece, secondo quelle proprie del rito Fornero, che trova applicazione nel caso di specie; b) l'omesso accertamento e l'erronea valutazione delle effettive mansioni svolte dal lavoratore, avendo il giudice della fase sommaria ritenuto l'assenza di prove in ordine alle modalità effettive di svolgimento delle mansioni a lui assegnate; c) l'omessa valutazione e applicazione del codice di condotta aziendale, che prevede il licenziamento con preavviso nel caso di "omissione del controllo degli scaduti con uscita all'esterno del prodotto" e il licenziamento in tronco per "omissione del controllo degli scaduti con fuoriuscita del prodotto in casi di particolare gravità"; d) la legittimità delle precedenti sanzioni disciplinari del 17.1.2014, 8.1.2015 e 3.3.2015, poste alla base della recidiva contestata con la lettera di licenziamento.

Si è costituito il lavoratore reiterando quanto già dedotto nella precedente fase sommaria e chiedendo il rigetto dell'opposizione.

Espletata la prova testimoniale e depositate le note difensive, all'udienza del 7.9.2018 il Giudice si è riservato.

[*omissis*]

Ciò premesso e passando all'esame del merito, l'opposizione è infondata per i motivi di seguito esposti.

Con lettera del 7.5.2015 l'opponente ha contestato al lavoratore la consegna a una farmacia di Lanciano di tre prodotti (*Biaglut* ciambelle) scaduti il 30.4.2015, che erano posizionati presso lo stabilimento nel settore 5, di cui l'opposto era responsabile del controllo scadenze, senza che la scadenza dei suddetti prodotti fosse stata da lui segnalata; inoltre ha contestato la recidiva, allegando i provvedimenti disciplinari irrogati il 17.1.2014, 14.7.2014, 8.1.2015 e 3.3.2015. Per quanto attiene a tali provvedimenti disciplinari, di natura conservativa: a) con quello del 17.1.2014 era stata irrogata la sanzione della sospensione per un giorno dal lavoro e dalla retribuzione per negligente controllo dei prodotti scaduti, che aveva determinato la consegna di prodotti prossimi alla scadenza; b) con quello del 14.7.2014 era stata irrogata la sanzione di 4 ore di multa per ritardi ingiustificati; c) con quello dell'8.1.2015 era stata irrogata la sanzione della sospensione per 4 giorni dal lavoro e dalla retribuzione per negligente controllo dei prodotti scaduti, che aveva causato la consegna di prodotti scaduti; d) con quello del 3.3.2015 era stata irrogata la sanzione della sospensione per 8 giorni dal lavoro e dalla retribuzione per negligente controllo dei prodotti scaduti, che aveva causato l'arrivo dei prodotti presso il magazzino di Vimercate.

Svoltasi l'audizione del lavoratore il 28.5.2015 nell'ambito di un incontro tra la società e il rappresentante sindacale del sig. [*omissis*], il successivo 3.6.2015 l'opponente ha irrogato, per i fatti e la recidiva contestati, il licenziamento disciplinare in tronco.

Preliminarmente, occorre vagliare la fondatezza delle statuizioni contenute nell'ordinanza impugnata in relazione all'illegittimità delle sanzioni conservative irrogate al lavoratore in corso di rapporto. Ciò in quanto l'accertamento della loro illegittimità costituisce presupposto per uno dei motivi di impugnazione del licenziamento, ossia la sua sproporzione in virtù dell'errata contestazione della recidiva per le precedenti sanzioni inflitte.

A tal proposito, il Tribunale ritiene di condividere le argomentazioni esposte da parte opposta nelle note autorizzate, in relazione alla pro-

spettazione, da parte di questo Giudice, dell'inammissibilità della domanda con riferimento al disposto dell'art. 1, comma 48 l. 92/2012, a mente del quale «non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al comma 47 del presente articolo, salvo che siano fondate sugli identici fatti costitutivi».

Il presente giudizio ha ad oggetto l'impugnativa del provvedimento datoriale che, nel comminare la sanzione espulsiva, ha fatto applicazione della recidiva in ordine alle sanzioni conservative dinanzi elencate. Conseguentemente, il fatto costitutivo dell'impugnazione del licenziamento ricomprende non solo l'episodio specifico da cui è scaturito, ma anche le singole fattispecie che hanno determinato l'irrogazione delle altre sanzioni conservative, in virtù delle quali è stata contestata la recidiva nel provvedimento espulsivo.

Ne deriva che i fatti costitutivi alla base dell'impugnazione del licenziamento sono gli stessi di quelli posti a fondamento della domanda di annullamento o riforma delle sanzioni conservative e, pertanto, ricorrono i presupposti di "identità" richiesti dal comma 48 citato per la trattazione, nel presente procedimento, anche della domanda avente ad oggetto le predette sanzioni.

[omissis]

NOTA (1)

La sentenza in rassegna affronta la nota questione relativa alle domande – diverse da quelle concernenti l'impugnativa del licenziamento – ammissibili nel c.d. Rito Fornero.

Secondo la condivisibile pronuncia del Tribunale di Vasto, ove il fatto costitutivo dell'impugnazione del licenziamento ricomprenda non solo l'episodio specifico da cui esso è scaturito, ma anche singole fattispecie che abbiano determinato l'irrogazione di precedenti sanzioni conservative, in virtù delle quali sia stata contestata la recidiva nel provvedimento espulsivo, ricorrono i presupposti di "identità" richiesti dall'art. 1, co. 48, della Legge n. 92 del 2012 per la trattazione anche della domanda avente ad oggetto l'impugnativa delle predette sanzioni.

Tale sentenza si inserisce nel solco dell'orientamento ormai maggioritario della giurisprudenza di legittimità⁽¹⁾, secondo la quale «Avuto riguardo alla disposizione processuale in esame che ammette espressamente, unitamente alla proposizione di una domanda avente ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dalla L. n. 300 del 1970, art. 18, anche quella avente ad oggetto una domanda fondata su identici fatti costitutivi, tra una interpretazione restrittiva che esita in pronunce di mero rito e produce la parcellizzazione dei processi ed altra che, orientata dall'essenziale principio dell'effettività della tutela, sia comunque compatibile con una esegesi letterale e sistematica, consentendo che da una unica vicenda estintiva del rapporto di lavoro scaturisca un unico processo, occorre privilegiare quest'ultima».

L'interpretazione fornita dal Tribunale di Vasto è altresì coerente con il principio del giusto processo, che non si esaurisce nella esigenza della sola durata ragionevole dello stesso, ma comprende anche il diritto ad un giudizio e ad un pronunciamento di merito, soddisfa esigenze, di rango costituzionale, di effettività della tutela ed è l'unica compatibile con il principio di elaborazione giurisprudenziale che ha affermato il divieto di abuso processuale in ipotesi di esercizio frazionato di pretese creditorie che trovino tutte titolo nella cessazione del rapporto di lavoro, inteso quale fonte unitaria di obblighi e doveri delle parti.

Pertanto, posto che, in caso di licenziamento, il lavoratore sarà tenuto a provare la sussistenza del rapporto lavorativo e la sua risoluzione per effetto del licenziamento, in applicazione dei principi suesposti, certamente non possono, unitamente alla domanda di impugnazione del licenziamento, proporsi domande di differenze retributive che siano fondate su fatti diversi dallo stesso, perché rispetto ad esse il rapporto di lavoro fungerebbe da semplice presupposto, mentre il fatto costitutivo sarebbe rappresentato dalle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa (si pensi, ad esempio, alle domande di differenze retributive fondate sul lavoro straordinario prestato o sulla precedente fissazione di premi di risultato).

1. Cass. 12 agosto 2016 n. 17091; conf. Cass. 13 giugno 2016 n. 12094, Cass. 30 settembre 2016 n. 19557.

Potranno esser trattate, invece, nel rito Fornero domande aventi ad oggetto differenze retributive che scaturiscano dal licenziamento, quali le domande risarcitorie relative ad esso (come ad es. la domanda risarcitoria del danno derivante da un licenziamento ingiurioso) o la domanda di corresponsione dell'indennità sostitutiva del preavviso avanzata, in via subordinata, da colui il quale lamenti di esser stato ingiustamente licenziato per giusta causa ex art. 2119 c.c.

In definitiva, potranno essere proposte nel rito Fornero tutte quelle domande che, al pari di quelle ex art. 18 Legge n. 300/1970, riconoscano tra i propri fatti costitutivi sia il preesistente rapporto di lavoro subordinato che, soprattutto, l'illegittimità del licenziamento. E ciò anche se, come autorevolmente sostenuto (2), una previsione di questo tipo costituisca, in realtà, un appesantimento dell'intero sistema della giustizia del lavoro e contraddica il disposto di cui all'articolo 151 disp. att. c.p.c., che, come noto, impone l'obbligo di riunione delle cause di lavoro in presenza di elementi di connessione.

Paolo Catalano

2. M. Leone, A. Torrice, *Il procedimento per l'impugnativa dei licenziamenti il legislatore strabico*, in *La legge n. 92/2012 (riforma Fornero): un'analisi ragionata* a cura di F. Amato-R. Sanlorenzo.

Tribunale di Teramo – sentenza 29.1.2019, n. 44 – Giudice Pietropaolo

Lavoro subordinato – Estinzione del rapporto – Licenziamento individuale – Per giusta causa – Annullamento – Successivo passaggio in giudicato della pronuncia di condanna penale per i medesimi fatti – Sanzione espulsiva fondata sulla condanna penale – Violazione ne bis in idem – Illegittimità

In forza del generale principio del ne bis in idem, comune a tutti i rami del diritto, il datore di lavoro, una volta esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti costituenti infrazioni disciplinari, non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il detto potere, ormai consumato. Il giudizio circa il rispetto o meno del principio del ne bis in idem presuppone necessariamente un raffronto fra gli elementi di fatto e le circostanze di tempo, di luogo e di persona che hanno dato luogo alle contestazioni disciplinari. Solo quando vi sia corrispondenza tra tutti detti elementi sussiste l'identità del fatto che integra la preclusione connessa con il principio del ne bis in idem.

Ai fini del ne bis in idem, occorre avere riguardo esclusivamente al criterio della identità sostanziale dei fatti oggetto dei diversi procedimenti instaurati, indipendentemente dalla diversa qualificazione attribuita ai fatti stessi dall'organo giudiziario che li ha valutati. (1)

Con ricorso depositato in data 6.11.2018, [omissis] ha evocato in giudizio il Comune di [omissis], impugnando il licenziamento intimatole con atto dell'UPD del 13.8.2018 prot. n. 46032 e chiedendo la reintegra nel posto di lavoro, previa declaratoria di inesistenza, nullità, inefficacia e/o invalidità del licenziamento, con condanna del resistente al pagamento dell'indennità risarcitoria dalla data del licenziamento sino all'effettiva reintegra.

A fondamento della domanda ha eccepito la violazione del principio del *ne bis in idem*, trattandosi di licenziamento intimato all'esito di un secondo procedimento disciplinare avente ad oggetto gli stessi fatti contestati e posti a base di un precedente provvedimento espulsivo in data 15.11.2013; ha, inoltre, eccepito la decadenza dell'amministrazione dall'azione disciplinare, ex art. 55 *bis*, commi 3 e 4 D.lgs. 165/2001,

deducendo, in ogni caso, l'illegittimità del provvedimento perché ritorsivo e discriminatorio e per insussistenza della giusta causa.

Si è costituito in giudizio di Comune di [omissis], contestando la domanda e sostenendo, nel merito, la correttezza del procedimento disciplinare e la piena fondatezza degli addebiti, la cui gravità giustificava l'irrogazione della sanzione inflitta.

La causa è stata discussa all'odierna udienza, sulla base della sola documentazione prodotta, ritenendosi superfluo l'espletamento di ulteriore attività istruttoria.

[omissis]

Ciò posto e passando al merito, ritiene il giudicante che la domanda sia fondata e meriti integrale accoglimento.

Occorre premettere che la ricorrente è stata destinataria di precedente provvedimento di licenziamento irrogato in data 15.11.2013 (doc. n. 1 fasc. res.), all'esito di un procedimento disciplinare che ha avuto inizio con la nota prot. 41387 del 3.9.2013 a firma del Comandante della Polizia Municipale del Comune di [omissis], [omissis], con cui è stata richiesta, testualmente, *"...l'attivazione del procedimento disciplinare a carico della menzionata dipendente, per avere gravemente calunniato e leso l'onore e la dignità personale dello scrivente e degli altri superiori gerarchici, M.M.A. [omissis] e M.M.A. [omissis], con più azioni, costituite dalla denuncia-querela che ha dato avvio al procedimento penale in narrativa e dall'opposizione all'archiviazione, pure richiesta dal Pubblico Ministero, a causa di quanto in tali atti asserito e diffuso dalla medesima fuori e dentro l'ambiente lavorativo. La condotta calunniosa della dipendente ha causato, al personale dipendente coinvolto, gravissimi danni morali e materiali, nonché all'immagine dello scrivente, quale Comandante del Corpo di Polizia Municipale e degli altri graduati, e di conseguenza a quella dell'intero Corpo e dello stesso Comune di [omissis], a causa della divulgazione dei calunniosi contenuti della denuncia, per mezzo di molteplici testate giornalistiche, televisive e siti internet, facendo presumere che all'interno del Comando si svolgesse attività illecita (doc. n. 2 fasc.res.)."*

Alla predetta nota ha fatto, poi, seguito l'apertura del procedimento disciplinare mediante nota prot. n. 42916 del 12.9.2013, con cui si contestavano alla ricorrente i seguenti illeciti: *"Tenuto conto che i fatti da lei denunciati all'Autorità Giudiziaria cui è stato dato ampio risalto dai*

mass media proprio a causa della gravità degli stessi e della notorietà dei soggetti coinvolti, sono stati ritenuti in sede penale non fondati, le comunicazioni formali contestazione di addebito disciplinare previsto dall'art. 55 quater lett. e) del D.lgs. 165/2001 per aver reiterato con le azioni sopra indicate nell'ambiente di lavoro, grave condotta lesiva dell'onore e della dignità personale del Comandante e degli altri sottufficiali di P.M. innanzi indicati, nonché denigrato l'intero Comando di P.M. e lo stesso Comune di [omissis]; inoltre, tenuto conto della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio con privazione della retribuzione per la durata di sei giorni già irrogata con provvedimento del 10/09/2012, protocollo n. 43627, per una condotta parimenti lesiva dell'onore dei colleghi, le contesto, per gli stessi fatti, l'illecito disciplinare previsto e punito dal codice disciplinare, art. 3, comma 7, lett. f del CCNL 11 aprile 2008”.

Ritenute infondate le difese svolte dalla lavoratrice, l'UPD ha, quindi, proceduto all'irrogazione della sanzione del licenziamento disciplinare, con atto prot. n. 54118 del 15.11.2013, ritenendo irrimediabilmente leso il rapporto fiduciario.

L'impugnativa di tale licenziamento risulta tuttora sub iudice, in quanto la sentenza emessa in sede di reclamo dalla Corte di Appello di L'Aquila in data 1.10.2018 è stata impugnata con ricorso per Cassazione dalla odierna ricorrente.

Nelle more, la ricorrente è stata nuovamente licenziata dal Comune di Teramo con nota del 13.8.2018 sulla base di contestazione del seguente tenore: “L'UPD per il personale dipendente, preso atto della seguente documentazione:

- nota prot. n. 23472 del 23/4/2018 della cancelleria, con la quale è stata comunicata la sentenza della Corte Suprema di Cassazione, Sesta Sezione penale, che ha dichiarato inammissibile il ricorso avverso la sentenza n. 2624/2015 del 22/6/2016 della Corte d'appello di L'Aquila (sentenza della Corte di Cassazione R.G. 47984/2017);
- sentenza della corte d'appello di L'Aquila depositata in data 15/9/2016, Reg. Sent. 2117 del 22/6/2016 R.G. App. n. 262415;
- fascicolo relativo al procedimento disciplinare avviato con contestazione di addebito prot. N. 42916 del 12/9/2013;

- denuncia querela presentata alla Procura della Repubblica di Teramo del 2012, sottoscritta dalla dipendente [omissis];
- l'ordinanza emessa in data 30/10/2014 n. 788 del Tribunale di Teramo, Giudice del lavoro, con la quale è stata disposta la reintegra della dipendente signora [omissis] nel posto di lavoro previo annullamento della sanzione disciplinare del licenziamento senza preavviso inflitta a conclusione del procedimento disciplinare avviato con contestazione di addebito prot. n. 42916 del 12/9/2013;
- che il giudizio di opposizione la predetta ordinanza tuttora pendente dinanzi al Tribunale civile di Teramo, Sezione Lavoro n. 2342/2014, giudice Dott. Giuseppe Marcheggiani e l'udienza di discussione si è tenuta in data 30/11/2017;
- che l'art. 22, comma 13, del D.lgs. n. 75/2017, prevede che le disposizioni di cui al capo VII si applicano agli illeciti disciplinari commessi successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto e che pertanto la normativa da applicare al caso di specie è quella prevista dal D.lgs. n. 165/2001 nella formulazione vigente all'epoca in cui sono stati commessi gli illeciti disciplinari;

TENUTO CONTO

dei fatti accertati in sede penale, giusta sentenza n. 144/2015 del Tribunale di Teramo, divenuta definitiva e della condanna alla pena di anni uno e mesi quattro di reclusione, a Lei inflitta e pertanto della reiterazione nell'ambiente di lavoro delle gravi condotte da Lei tenute, lesive dell'onore, della dignità personale dei colleghi, nonché superiori gerarchici, Comandante di P.M. [omissis] e del M.llo [omissis], mediante la calunnia accertata in sede penale con la richiamata sentenza; altresì della sua appartenenza al Corpo di Polizia Municipale, sul quale, per i fatti di cui sopra, ha gettato discredito;

RITENUTO CHE

per quanto sopra espresso sussistono i presupposti per l'esercizio dell'azione disciplinare nei suoi confronti, le si contestano gli illeciti disciplinari sanzionati dalle seguenti disposizioni:

- art. 55 quater, comma 1, lett. e) del D.lgs. n. 165/2001 "reiterazione nell'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste o minacciose o ingiuriose o comunque lesivo dell'onore e della dignità personale altrui";

- *art. 3, comma 8, lett. e) del C.C.N.L. del comparto Regioni ed Autonomie Locali stipulato in data 11/4/2008 "condanna passata in giudicato per un delitto commesso in servizio o fuori servizio, che, pur non attenendo in via diretta al rapporto di lavoro, non gli consenta neanche provvisoriamente la prosecuzione per la sua specifica gravità"* (v. doc. n. 41 fasc. ric.).

In sostanza, come ribadito dalla difesa del Comune anche all'odierna udienza, l'UPD ha attivato il secondo procedimento disciplinare, sfociato poi nel licenziamento oggetto della impugnativa in esame, a seguito e sulla scorta della sentenza del 6 aprile 2018, con la quale la Corte di Cassazione, dichiarando inammissibile il ricorso presentato da [omissis], ha reso definitiva la sentenza penale di condanna del GUP del Tribunale di Teramo n. 144/2015 del 17 giugno 2015 (confermata dalla Corte d'Appello di L'Aquila) alla pena finale di anni uno e mesi quattro di reclusione inflitta alla ricorrente per taluni dei fatti oggetto di imputazione.

Nell'esplicitare le ragioni che hanno indotto all'attivazione del secondo procedimento disciplinare, l'UPD dichiara espressamente che con la sentenza della Corte di Cassazione è stata definitivamente accertata in sede penale la condotta calunniatrice "*già punita con la sanzione massima del licenziamento*", ammettendo, quindi, in modo chiaro ed inequivoco, che il nuovo procedimento disciplinare ha ad oggetto gli stessi fatti puniti con il precedente licenziamento, fatti che la Commissione ha ritenuto di dover contestare nuovamente alla dipendente in ragione del fatto che è intervenuta sentenza definitiva di condanna per il reato di calunnia ed in base alla considerazione che la valutazione circa la legittimità del precedente licenziamento del 2013 deve ritenersi allo stato "*priva di effetto*" (v. verbale di riunione dell'UPD del 25.5.2018 sub doc. n. 35 fasc.res.: "*È invece chiaramente acclarata in sede penale la condotta calunniatrice della dipendente in ordine al capo d'imputazione 1), relativamente ai primi due capoversi e in ordine al capo 2), limitatamente agli episodi oggetto della denuncia e riferiti ai mesi di aprile e maggio 2012, ossia quella stessa condotta, che unitamente alle altre, è stata punita con la sanzione massima del licenziamento senza preavviso.*")

Con la sentenza definitiva del Tribunale di Teramo n. 144/2015, ritenuto il vincolo della continuazione e più grave il fatto di cui al capo

1), in concorso delle attenuanti generiche e computata la riduzione della pena prevista per la scelta del rito abbreviato, la dipendente è stata condannata alla pena di anni uno e quattro mesi di reclusione, oltre alle spese del giudizio e alla refusione di quelle sostenute dalle costituite parti civili, ossia il Comandante di P.M. [omissis] e M.llo [omissis]. La Commissione rileva, dall'esame del fascicolo del procedimento disciplinare in argomento, che il provvedimento di irrogazione della sanzione del licenziamento senza preavviso, a seguito di ricorso della dipendente ex art. 1, commi 47 e segg. l. 92/2012, risulta allo stato privo di validità ed efficacia in quanto dichiarato nullo dal Tribunale di Teramo, Giudice del Lavoro, con ordinanza emessa in data 30.10.2014 n. 788, ordinando al Comune di Teramo, ex art. 18, commi 1 e 2, della legge n. 300/1970, di reintegrare la medesima nel posto di lavoro e di corrispondere un'indennità commisurata all'ultima mensilità globale di fatto, maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegra, con accessori di legge, oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali e al pagamento delle spese di giudizio. L'ordinanza di reintegra, comunque eseguita dall'Amministrazione Comunale, è stata dalla stessa Amministrazione impugnata, come agli atti dell'Avvocatura comunale e il giudizio di opposizione è tuttora pendente dinanzi al Tribunale Civile di Teramo – Sezione Lavoro n. 2342/2014, Giudice Dott. Giuseppe Marcheggiani e l'udienza di discussione si è tenuta in data 30/11/2017. La Commissione dando atto che la valutazione della legittimità della sanzione irrogata è ancora sub iudice, e comunque che è allo stato priva di effetto, tenuto conto della sopravvenuta condanna della dipendente per il reato di calunnia, in danno del Comandante di P.M. [omissis] e del M.llo [omissis], con la più volte richiamata sentenza del Tribunale di Teramo n. 144/2015, divenuta definitiva a seguito della sentenza della Corte di Cassazione R.G. 47984-2017 acquisita al protocollo – comunale con prot. n. 23472 del 23/4/2018, ritiene di dover avviare conseguentemente un procedimento disciplinare a carico della dipendente Anna Capponi, considerata la rilevanza anche disciplinare delle gravi condotte poste in essere dalla medesima ed accertate in sede penale, come dolosamente compiute ed in esecuzione di un medesimo disegno criminoso, in danno dei suoi superiori gerarchici, attribuendo loro i fatti descritti nell'imputazione ai capi 1 (primi due capoversi) e 2 (secondo capoverso)”.

Tale motivazione è stata poi ribadita nel provvedimento di licenziamento del 13.8.2018, ove si legge che “... è, infatti, pacifica l'attuale invalidità ed inefficacia, della sanzione espulsiva disposta a carico della dipendente con il provvedimento del 15/11/2013, prot. n. 54118, poiché lo stesso è stato dapprima dichiarato nullo, in quanto ritorsivo, dal Giudice del Lavoro del Tribunale di Teramo, con ordinanza del 30/10/2014 di accoglimento del ricorso della dipendente iscritto al n. 788/2014 r.a.c.c. e poi, a seguito dell'opposizione proposta dall'Amministrazione Comunale, è stato ritenuto illegittimo, per insussistenza dei fatti posti a fondamento dell'esercizio del potere disciplinare, con sentenza n. 473/2018 dello stesso Tribunale; - che il principio invocato del *ne bis in idem*, come espresso anche nelle numerose sentenze della Corte di Cassazione parafasate nella memoria difensiva prodotta presuppone un potere disciplinare datoriale utilmente consumato, ossia validamente ed efficacemente posto in essere, a seguito della notizia di un illecito disciplinare, tale quindi da soddisfare ed esaurire l'azione disciplinare, ossia la pretesa del datore di lavoro a far valere la responsabilità disciplinare del lavoratore, a fronte della notizia di una sua determinata condotta, sia che si pervenga all'archiviazione, per l'accertata insussistenza dell'illiceità disciplinare della stessa, sia che, invece si pervenga all'irrogazione di una sanzione; - che nel caso di specie il giudizio sull'illegittimità del procedimento disciplinare definito con il provvedimento espulsivo del 2013, non risulta concluso essendo pendente dinanzi alla Corte di Appello di L'Aquila il reclamo avverso la sentenza del Tribunale di Teramo n. 473/2018, e comunque la condotta della dipendente oggetto di quel procedimento non risulta ad oggi sanzionata dal Comune di [omissis] e neppure archiviata, per cui, sebbene la condotta oggetto degli illeciti disciplinari attualmente contestati alla medesima, sia in parte coincidente con quella oggetto del procedimento *sub iudice*, il sopraggiunto passaggio in giudicato della sentenza di condanna per calunnia rappresenta da un lato un'ipotesi di illecito disciplinare distinta e autonoma rispetto a quelle precedentemente contestate, poiché vi è ora l'accertamento della commissione di un delitto da parte della dipendente e dall'altro, tenuto conto di quanto previsto dall'art. 55 ter del D.lgs. 165/2001, è tale da comportare una riedizione del potere disciplinare, persino laddove fosse stato validamente ed efficacemente speso...” (v. provvedimento disciplinare del 13.08.2018, prot. n. 46032).

Ciò posto, la ricorrente ha eccepito l'illegittimità del provvedimento espulsivo per plurimi profili, *in primis* per violazione del principio del *ne bis in idem*, violazione che, in effetti, a parere del giudicante, risulta evidente, con conseguente assorbimento degli altri motivi di impugnazione.

Secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte (v., da ultimo, Cass. 30.10.2018, n. 27657), "*l'avvenuta irrogazione al dipendente di una sanzione conservativa per condotte di rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare, non essendo consentito (in linea con quanto affermato dalla Corte EDU, sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri contro Italia, che ha sancito la portata generale, estesa a tutti i rami del diritto "punitivo", del principio del divieto di "ne bis in idem"), per il principio di consunzione del potere disciplinare, che una identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica*" (Cass. n. 22388 del 2014; Cass. n. 17912 del 2016; Cass. 24752 del 2017).

La Corte ha, in particolare, riaffermato come, in forza del generale principio del *ne bis in idem*, comune a tutti i rami del diritto, il datore di lavoro, una volta esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti costituenti infrazioni disciplinari, non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il detto potere, ormai consumato. È evidente che il termine "validamente" (sul quale si è, verosimilmente, incentrato "l'equivoco" in cui sembra essere incorsa l'amministrazione comunale) non si riferisce certo alla valutazione nel merito della legittimità o meno della sanzione disciplinare, quanto piuttosto al fatto che la sanzione sia stata adottata da soggetto titolare del "potere disciplinare" (da colui che, in quanto datore di lavoro, poteva validamente esercitarlo), potere, che, in effetti, una volta consumato non può poi essere nuovamente esercitato (seguendo il ragionamento dell'ente resistente, si arriverebbe al paradosso che il datore di lavoro potrebbe esercitare all'infinito il potere disciplinare per lo stesso fatto ogni qualvolta la sanzione venga annullata per qualsiasi motivo, in ipotesi anche per violazione del *ne bis in idem*).

Il giudizio circa il rispetto o meno del principio del *ne bis in idem* presuppone necessariamente un raffronto fra gli elementi di fatto e le circostanze di tempo, di luogo e di persona che hanno dato luogo alle contestazioni disciplinari. Solo quando vi sia corrispondenza tra tut-

ti detti elementi sussiste l'identità del fatto che integra la preclusione connessa con il principio del *ne bis in idem* (Cass. n. 23841 del 2012).

In effetti, ai fini del *ne bis in idem*, occorre avere riguardo esclusivamente al criterio della identità sostanziale dei fatti oggetto dei diversi procedimenti instaurati, indipendentemente dalla diversa qualificazione attribuita ai fatti stessi dall'organo giudiziario che li ha valutati (Cass. n. 23388 del 2014 e precedenti ivi richiamati).

Nel caso di specie, non vi è alcun dubbio che i fatti contestati alla ricorrente e posti a base del provvedimento espulsivo del 13.8.2018 siano esattamente gli stessi fatti oggetto della prima contestazione disciplinare. L'unico elemento di novità rispetto alla precedente contestazione è rappresentato dalla sentenza della Corte di Cassazione (che, nel dichiarare inammissibile l'appello proposto dalla Capponi, ha reso definitiva la condanna per calunnia), che, però, non è una nuova condotta o un fatto nuovo disciplinarmente rilevante, ma solo la qualificazione della stessa condotta, la cui gravità, peraltro, anche sotto il profilo della sua illiceità penale, era già stata ampiamente valutata e ponderata dall'amministrazione comunale in sede di avvio del primo procedimento disciplinare e prima di irrogare il licenziamento del 15.11.2013.

Tra l'altro, la nuova contestazione è addirittura più circoscritta della precedente, perché, *medio tempore*, per alcuni fatti di reato la ricorrente è stata assolta, sicché con il secondo licenziamento il Comune ha sanzionato solo una parte dei fatti già oggetto della precedente sanzione espulsiva.

È del tutto evidente che il nuovo licenziamento è stato intimato per punire una condotta che già nella prima nota di contestazione era stata definita calunniosa dal datore di lavoro. Il Comune aveva, infatti, sin dall'inizio, rimarcato la rilevanza penale della condotta (v., in particolare, nota di avvio del procedimento disciplinare del 3.9.2013, ove si contestava alla ricorrente di "*avere gravemente calunniato e leso l'onore e la dignità personale dello scrivente e degli altri superiori gerarchici, M.M.A. [omissis] e M.M.A. [omissis], con più azioni, costituite dalla denuncia-querela*"), sicché la condanna penale non poteva, certo, costituire un elemento nuovo, suscettibile di autonomo rilievo disciplinare, quanto piuttosto la veste penalistica della medesima condotta.

D'altra parte, come osservato dalla Suprema Corte nella pronuncia sopra richiamata (Cass. 27657/2018), "*il fatto che una medesima con-*

dotta connessa al rapporto di lavoro possa essere oggetto di autonoma e parallela valutazione, in sede disciplinare e in sede penale, costituisce il presupposto logico di plurime pronunce giurisprudenziali. Molte pronunce hanno esaminato le implicazioni della rilevanza, penale e disciplinare, della condotta lavorativa rispetto al requisito di tempestività della contestazione e del licenziamento e affermato come «In tema di licenziamento disciplinare, nel valutare l'immediatezza della contestazione occorre tener conto dei contrapposti interessi del datore di lavoro a non avviare procedimenti senza aver acquisito i dati essenziali della vicenda e del lavoratore a vedersi contestati i fatti in un ragionevole lasso di tempo dalla loro commissione. Ne consegue che l'aver presentato a carico di un lavoratore denuncia di un fatto penalmente rilevante connesso con la prestazione di lavoro non consente al datore di attendere gli esiti del processo penale sino alla sentenza irrevocabile prima di procedere alla contestazione dell'addebito, dovendosi valutare la tempestività di tale contestazione in relazione al momento in cui i fatti a carico del lavoratore appaiono ragionevolmente sussistenti» (Cass. n. 4502 del 2008; Cass. n. 1101 del 2007). Con la precisazione (Cass. n. 8914 del 2004) che, in pendenza di un procedimento penale a carico del lavoratore, il datore di lavoro, dopo aver proceduto alla contestazione immediata dell'illecito disciplinare, può sospendere il relativo procedimento fino all'esito del giudizio penale. La possibilità di rinviare la contestazione disciplinare rispetto ai fatti di rilievo penale è stata affermata in ipotesi in cui gli elementi a disposizione del datore non consentano una ragionevole incolpazione: «La tempestività della contestazione di cui all'art. 7, secondo comma, legge n. 300 del 1970 va valutata in relazione al momento in cui i fatti a carico del lavoratore, costituenti illecito disciplinare, appaiono ragionevolmente sussistenti. Quando il fatto costituente illecito disciplinare ha anche rilevanza penale, il principio dell'immediatezza della contestazione non può considerarsi violato quando il datore di lavoro, in assenza di elementi che rendano ragionevolmente certa la commissione del fatto da parte del dipendente, porti la vicenda all'esame del giudice penale, sempre che lo stesso si attivi non appena la comunicazione dell'esito delle indagini svolte in sede penale gli faccia ritenere ragionevolmente sussistente l'illecito disciplinare, non dovendo egli attendere la conclusione del processo penale» (Cass. n. 7983 del 2008). 18. Si è altresì sostenuto

come «Il principio di non colpevolezza fino alla condanna definitiva sancito dall'art. 27, secondo comma, Cost. concerne le garanzie relative all'attuazione della pretesa punitiva dello Stato, e non può quindi applicarsi, in via analogica o estensiva, all'esercizio da parte del datore di lavoro della facoltà di recesso per giusta causa in ordine ad un comportamento del lavoratore che possa altresì integrare gli estremi del reato, se i fatti commessi siano di tale gravità da determinare una situazione di improseguibilità, anche provvisoria, del rapporto, senza necessità di attendere la sentenza definitiva di condanna; tuttavia, il giudice davanti al quale sia impugnato un licenziamento disciplinare intimato per giusta causa a seguito del rinvio a giudizio del lavoratore con l'imputazione di gravi reati potenzialmente incidenti sul rapporto fiduciario – ancorché non commessi nello svolgimento del rapporto – deve accertare l'effettiva sussistenza dei fatti riconducibili alla contestazione, idonei ad evidenziare, per i loro profili soggettivi ed oggettivi, l'adeguato fondamento di una sanzione disciplinare espulsiva, mentre non può ritenere integrata la giusta causa di licenziamento sulla base del solo fatto oggettivo del rinvio a giudizio del lavoratore e di una ritenuta incidenza di quest'ultimo sul rapporto fiduciario e sull'immagine dell'azienda (Cass. n. 29825 del 2008; Cass. n. 13294 del 2003)»».

I principi di diritto sopra richiamati, in ordine alle relazioni tra giudizio disciplinare e giudizio penale, danno ulteriore fondamento alla regola del *ne bis in idem*, posto che il potere punitivo datoriale, una volta esercitato, nel rispetto del criterio di tempestività, in relazione a condotte del lavoratore ragionevolmente sussistenti e attraverso una autonoma valutazione di gravità delle stesse ed incidenza sul vincolo fiduciario, deve considerarsi esaurito e consumato e non può essere reiterato sul presupposto di una valutazione dei medesimi fatti in tutto o in parte diversa, compiuta in un altro settore dell'ordinamento e ad altri fini.

Il Comune di [omissis] ha inteso avviare il procedimento disciplinare, che è poi sfociato nel licenziamento del 15.11.2013, a prescindere e indipendentemente dalla valutazione che in sede penale avrebbe avuto la condotta della dipendente, consumando in quella sede il potere disciplinare in relazione ai fatti specificamente addebitati. Non poteva, quindi, il Comune, per il principio di consunzione del potere disciplinare, sanzionare la stessa condotta solo per una diversa valutazione o configurazione giuridica dei fatti. Né può trovare applicazione il disposto

di cui all'art. 55 ter, comma 3, D.lgs. 165/2001, come sostenuto dalla difesa di parte resistente, in quanto riferito alla diversa ipotesi in cui sia stata applicata una sanzione diversa dal licenziamento.

Alla luce delle considerazioni che precedono, il licenziamento deve essere dichiarato illegittimo e, quindi, annullato, con le conseguenze, reintegratorie e risarcitorie, di cui al novellato art. 63, comma 2, D.lgs. 165/2001, indicate in dispositivo. Deve, infatti, ritenersi che, trattandosi di fatto non più sanzionabile per consumazione del potere disciplinare, la fattispecie sia equiparabile alla mancanza di antigiuridicità del fatto medesimo. In effetti, una volta che, di fronte ad una condotta disciplinarmente rilevante, il datore di lavoro abbia esercitato il proprio potere punitivo, non solo, si verifica la consumazione del potere in capo al titolare, sicché lo stesso non può più esercitarlo per il medesimo fatto, ma, allo stesso tempo, il fatto costituente addebito disciplinare diviene non più sanzionabile, quindi perde il carattere di illiceità per l'esaurirsi del potere sanzionatorio (v. Cass. n. 20450 del 2015; Cass. n. 18418 del 2016, secondo cui non è plausibile che il legislatore, parlando di "insussistenza del fatto contestato" abbia voluto negare la tutela reintegratoria nel caso di fatto insussistente, ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione).

[omissis]

NOTA (1)

Il potere punitivo datoriale, una volta esercitato in relazione a condotte del lavoratore ragionevolmente sussistenti e attraverso una autonoma valutazione di gravità delle stesse ed incidenza sul vincolo fiduciario, deve considerarsi esaurito e consumato e non può essere reiterato sul presupposto di una valutazione dei medesimi fatti in tutto o in parte diversa, compiuta in un altro settore dell'ordinamento e ad altri fini. Questo il principio espresso dal Tribunale di Teramo nella sentenza in rassegna.

Nel caso di specie, la lavoratrice aveva impugnato il secondo licenziamento intimatole per violazione del principio del ne bis in idem, trattandosi di un recesso subito all'esito di un secondo procedimento disciplinare avente ad oggetto gli stessi fatti precedentemente conte-

stati e posti a base di un provvedimento espulsivo, poi annullato con sentenza tuttora sub iudice.

Il Tribunale, nell'accogliere il ricorso presentato dalla lavoratrice, ha richiamato espressamente il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità⁽¹⁾, secondo cui «L'avvenuta irrogazione al dipendente di una sanzione conservativa per condotte di rilevanza penale esclude che, a seguito del passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna per i medesimi fatti, possa essere intimato il licenziamento disciplinare, non essendo consentito, per il principio di consunzione del potere disciplinare, che una identica condotta sia sanzionata più volte a seguito di una diversa valutazione o configurazione giuridica».

In particolare, secondo tale giurisprudenza, in forza del generale principio del ne bis in idem, il datore di lavoro, una volta esercitato validamente il potere disciplinare nei confronti del prestatore di lavoro in relazione a determinati fatti costituenti illeciti disciplinari, non può esercitare una seconda volta, per quegli stessi fatti, il detto potere, ormai consumato, mentre gli è consentito, ex art. 7, ult. co., legge n. 300/1970 di tenere conto, ai fini della recidiva, della sanzione eventualmente applicata entro il biennio⁽²⁾.

Il Tribunale ha giustamente puntualizzato che il termine "validamente" testè citato – in relazione al significato del quale il Comune aveva incentrato la propria tesi difensiva – non si riferisce alla valutazione nel merito della legittimità o meno della sanzione disciplinare, ma al fatto che la stessa sia stata adottata dal soggetto effettivamente titolare del potere disciplinare, il quale, una volta consumato, non può poi essere nuovamente esercitato. D'altronde, se così non fosse, si arriverebbe alla conclusione paradossale che il datore di lavoro possa esercitare all'infinito il proprio potere disciplinare per lo stesso fatto ogni qualvolta la sanzione venisse annullata per qualsiasi motivo.

La sentenza in commento ha altresì ribadito come il giudizio circa il rispetto o meno del principio del ne bis in idem presupponga necessariamente un raffronto fra gli elementi di fatto e le circostanze di tempo, di luogo e di persona che hanno dato luogo alle contestazioni

1. Cass. 30 ottobre 2018, n. 27657; Conf. Cass. 19 ottobre 2017 n. 24752; Cass. 12 settembre 2016 n. 17912; Cass. 22 ottobre 2014 n. 22388.

2. Cass. 27 marzo 2009 n. 7523.

disciplinari. Infatti, soltanto quando vi sia corrispondenza tra tutti detti elementi, sussiste l'identità del fatto che integra la preclusione connessa con il principio predetto ⁽³⁾.

Sul punto, il Tribunale, con argomentazioni coerenti sul piano logico, ha ritenuto che i due licenziamenti fossero stati intimati sulla base degli stessi fatti, rilevando che sebbene la seconda contestazione avesse trovato fondamento nella sopraggiunta condanna penale passata in giudicato, i fatti oggetto dell'imputazione erano gli stessi di quelli già menzionati nella prima lettera di contestazione (anzi la nuova contestazione era addirittura più circoscritta della precedente) ed erano già stati acquisiti esaustivamente alla cognizione del Comune in occasione di tale contestazione.

Secondo il Tribunale, ai fini del *ne bis in idem*, occorre quindi avere riguardo esclusivamente al criterio della identità sostanziale dei fatti oggetto dei diversi procedimenti disciplinari instaurati, indipendentemente dalla diversa qualificazione attribuita ai fatti stessi dall'organo giudiziario che li abbia valutati ⁽⁴⁾.

La questione qui passata in rassegna, peraltro, è stata oggetto di ampia elaborazione dottrina e giurisprudenziale in relazione alla rilevanza degli interessi coinvolti, in particolare nella materia del diritto penale, essendosi osservato al riguardo che il principio generale del *ne bis in idem* tende ad evitare che per lo stesso fatto reato si svolgano più procedimenti e si emettano più provvedimenti anche non irrevocabili l'uno indipendentemente dall'altro ⁽⁵⁾; ed ancora che la suddetta regola presenti un carattere generale essendo connaturata alla "ratio" stessa dell'ordinamento processuale e, pertanto, con gli adattamenti dovuti sia «applicabile alle procedure di cognizione e di esecuzione, al *processum libertatis* ed ad ogni forma di impugnativa, di riesame e di revoca di provvedimenti giudiziari, in ordine alle quali assume anche la funzione di garanzia dell'osservanza della tassatività delle ipotesi e dei relativi termini assoluti di decadenza» ⁽⁶⁾.

3. Cass. 21 dicembre 2012 n. 23841.

4. Conf. Cass. 22 ottobre 2014 n. 22388.

5. Cass. pen. 10 luglio 1995 n. 1919.

6. Cass. pen. 26 novembre 1993 n. 3586.

Anche la Corte Costituzionale ha avuto modo di interessarsi di tale principio, garanzia del giusto processo, evidenziando come la sua eventuale inosservanza sia idonea a ledere i diritti inviolabili dell'uomo, riconosciuti dall'art. 2 della Costituzione, nonché il diritto di difesa sancito dall'art. 24 della Costituzione (7), pur affermando che, con riferimento alle sentenze penali straniere, lo stesso principio non potesse essere collocato tra i diritti inviolabili della persona umana in base alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà individuali ratificata dall'Italia con la legge 4 agosto 1955 n. 848.

A conforto ulteriore di quanto sinora detto e dell'indicata natura generale del ne bis in idem, il Tribunale di Teramo ha richiamato, altresì, la decisione dei giudici della CEDU 4 marzo 2014, Grande Stevens ed altri contro Italia (ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10), con la quale gli stessi avevano affermato che dopo la condanna, divenuta definitiva, ad opera della Consob, di una società a sanzioni amministrative, l'avvio di un processo penale per gli stessi fatti violasse tale principio giuridico, dovendosi le suddette sanzioni considerarsi a tutti gli effetti equiparabili a quella penale, stante la loro natura repressiva e la particolare severità per i consequenziali e pregiudizievoli effetti sugli interessi della condannata, dovendo prevalere la sostanza della sanzione rispetto alla relativa forma adottata.

In definitiva, a fronte di una identica condotta contestata nella sua concretezza, non è consentito sanzionare detta condotta due (o più volte) a seguito di una diversa valutazione e/o configurazione giuridica.

A siffatto principio si è attenuta la decisione scrutinata, laddove ha rimarcato che la pronuncia penale coperta dal giudicato aveva sanzionato quei medesimi fatti per i quali il Comune aveva già esercitato il potere disciplinare con l'irrogazione di una sanzione espulsiva, poi annullata.

Il "ne bis in idem" e la sua applicazione anche al potere disciplinare del datore di lavoro sono quindi pacifici, apparendo difficile non convenire circa la natura fondamentale dello stesso anche nei rapporti giuridici di lavoro.

Paolo Catalano

7. Corte cost. 25 marzo 1976 n. 69.

Tribunale di Sulmona, 16.1.2019 n.4 – Fl. Fe c. Il. Po. – Est. Ferruccio

Consulente tecnico del Pubblico Ministero – preteso esonero di responsabilità per l'operato svolto operato nell'ambito del procedimento penale – esclusione - responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. – sussiste –

Il consulente tecnico del pubblico ministero non è esente da responsabilità qualora, nel redarre la propria relazione, giunga a conclusioni errate che causino danni all'indagato.

Non osta alla sussistenza di tale responsabilità la circostanza che nell'ordinamento penale non esiste una norma analoga all'articolo 64 c.p.c., che individua ipotesi di responsabilità del consulente tecnico nel processo civile, trovando, viceversa, operatività la norma generale di cui all'articolo 2043 c.c.

Parimenti tale responsabilità non è esclusa dal recepimento da parte del pubblico ministero delle valutazioni del consulente. (1)

[omissis]

1. Premesso di essere medico responsabile del servizio SERT all'interno della casa circondariale di Sulmona, il dr. F.F. ha esposto, in sintesi: a) che in data 25.8.2010 decedette il detenuto R.P., il quale all'epoca era seguito dal servizio SERT; b) che il detenuto fu trovato e fotografato disteso per terra all'interno della cella, in posizione supina, con una bomboletta di gas nell'incavo del braccio destro e con alcuni involucri contenenti dosi clandestine di farmaci, probabilmente reperite nel mercato nero, nascosti sotto le calze; c) che il pubblico ministero titolare delle indagini affidò al dr. I.P. l'incarico di accertare "cause, epoca e mezzi" della morte; d) che quest'ultimo rassegnò le proprie conclusioni nel senso che la morte fosse da attribuire a depressione respiratoria correlata alla contemporanea assunzione di determinati farmaci, compreso un derivato sintetico della morfina; e) che lo stesso c.t. del pubblico ministero individuò profili di responsabilità in capo al dr. F., e tanto sulla base della posologia e della durata del trattamento, da lui considerate eccessive e potenzialmente letali; f) che, sulla base delle conclusioni cui era pervenuto il consulente, il pubblico ministero presentò richiesta di rinvio a giudizio per il reato di cui all'art. 589 c.p., alla quale seguì la

richiesta dell'imputato, accolta dal G.U.P., che si procedesse nelle forme del rito abbreviato condizionato all'acquisizione di una consulenza di parte (nella quale il decesso era stato attribuito ad intossicazione da butano) e all'espletamento di una perizia; g) che l'incarico peritale, affidato ai dr. F.G. ed A.C., si concluse con l'accertamento della inidoneità dei farmaci, nelle dosi prescritte dal dr. F., a cagionare la morte del P.; h) che il dr. P., quindi, omise del tutto di considerare l'incidenza causale della inalazione di gas butano da parte del P. e il possesso, da parte di quest'ultimo, di dosi di farmaci reperite nel mercato nero, così incorrendo nel determinante errore di effettuare sul cadavere del detenuto solo prelievi a cielo aperto, questi ultimi del tutto inidonei a rilevare la presenza, nel sangue, di gas butano, nonché nell'ulteriore errore di non indagare la presenza di butano nei tessuti di altri organi nei quali, a seguito di inalazione, esso è tipicamente presente; i) che, inoltre, il dr. P. trascurò di considerare che il principio attivo di alcuni dei farmaci prescritti neppure era stato rilevato nel sangue del P. e che quest'ultimo, comunque, era completamente assuefatto agli stessi, dal momento che aveva iniziato ad assumerli già nelle strutture penitenziarie nelle quali era stato ristretto in precedenza; l) che dall'ingiusta sottoposizione a processo sono derivati, a carico di esso attore, danni di carattere patrimoniale (consistiti negli esborsi sostenuti in favore dei consulenti di parte e del difensore) e non patrimoniale (questi ultimi consistiti, segnatamente, in pregiudizi alla salute per disturbo post traumatico da stress, evoluto in depressione cronicizzata); m) che spetta ad esso attore, pertanto, il risarcimento dei danni anzidetti, quantificati nella somma di Euro 194.290,38.

1.1. Su tali premesse, ritenuto che la responsabilità per i pregiudizi sofferti sia da ascrivere in via esclusiva alla condotta del dr. P. (senza le cui negligenze giammai il pubblico ministero si sarebbe determinato a presentare richiesta di rinvio a giudizio dell'attore), il dr. F. ha chiesto che il dr. P. sia condannato al relativo risarcimento nella misura indicata.

2. Costituendosi in giudizio, il dr. I.P. ha eccepito, nell'ordine: a) che non è possibile ipotizzare, a suo carico, alcuna forma di responsabilità, collocandosi la sua attività in un'area di sostanziale immunità, dal momento che non esiste nel codice di procedura penale una disposizione che, al pari dell'art. 64 c.p.c., sanzioni l'eventuale negligenza del perito o del consulente tecnico del pubblico ministero; b) che, del resto,

nessuna norma dell'ordinamento attribuisce all'imputato assolto il diritto di pretendere il risarcimento del danno per la sofferenza derivante dall'esperienza processuale ovvero per le spese sostenute in funzione di essa, salvo che non sia configurabile la speciale fattispecie di responsabilità del magistrato delineata dalla L. n. 117 del 1988; c) che, in ogni caso, non sussiste alcun elemento di colpa nell'operato del dr. P., che ha espletato il mandato conferitogli con la consueta attenzione e professionalità, come del resto evidenziato nella relazione di consulenza a firma del dr. L.M.; d) che, in particolare, infondata è la deduzione - tratta dalla perizia a firma del dr. G. - secondo cui esso convenuto non aveva proceduto al compimento di esami istologici su campioni di miocardio al fine di individuare eventuali cause naturali del decesso, deduzione smentita dalla stessa lettura della relazione di c.t. (alle pagg. 13 e 22) e dei relativi allegati; e) che il perito del G.U.P. ha completamente omesso di considerare l'assenza di giustificazione alcuna per la somministrazione del fenobarbitale (Gardenale), il quale, in sinergia con le benzodiazepine, può risultare letale, come correttamente osservato da esso convenuto nella propria relazione; f) che anche la deduzione della inalazione di gas butano è del tutto fallace, giacché smentita dai prelievi di sostanza ematica correttamente eseguiti dal convenuto e dalla stessa documentazione fotografica, la quale smentisce nettamente anche la tesi della presenza di una bomboletta di gas in prossimità dell'incavo del braccio destro del P., essendo l'unica bomboletta presente all'interno della cella alloggiata sotto un fornellino da campeggio, al di sopra del quale si trovava una pentola recante tracce della progressiva evaporazione dell'acqua verosimilmente presente al suo interno prima che intervenisse il decesso; g) che anche la sussistenza e la quantificazione del danno, soprattutto per quel che concerne il pregiudizio di tipo psichico, risulta del tutto disancorata dalla vicenda dedotta in causa.

2.1. Ha concluso, il dr. P., per il rigetto della domanda attorea, con vittoria di spese.

3. Concessi i termini di cui all'art. 183, 6 co. c.p.c., la causa, istruita mediante l'audizione di testimoni, è stata assegnata a sentenza all'udienza del 3.10.2018, per essere infine decisa come appresso.

4. L'eccezione di carenza di legittimazione passiva proposta dal dr. I.P. per insussistenza, nell'ordinamento, di una norma che contempli ed eventualmente stigmatizzi (sul piano risarcitorio) la responsabilità del

consulente tecnico nel processo penale (analogamente a quanto accade, nel processo civile, in base alla disposizione dell'art. 64 c.p.c.) non può essere condivisa.

5. Come correttamente osservato dall'attore nei propri scritti difensivi, infatti, il nostro sistema di responsabilità civile è, per quel che concerne l'illecito extracontrattuale, sostanzialmente atipico, con la conseguenza che qualunque ingiustificata lesione di interessi apprezzabili e giuridicamente rilevanti, ove sia l'effetto di una condotta dolosa o colposa, obbliga l'autore di quest'ultima a risarcire il danno (pur restando salve, peraltro, le non poche ipotesi di responsabilità oggettiva, il cui criterio di imputazione non è necessariamente rappresentato da una condotta umana). Come si suole affermare da lungo tempo, infatti, l'art. 2043 non è una norma secondaria, volta a sanzionare una condotta vietata da altre norme (primarie), bensì è una norma (primaria) volta a riparare il danno ingiustamente sofferto da un soggetto per effetto dell'attività altrui: dal che deriva che la riconduzione di una data condotta nello schema dell'art. 2043 c.c. non è in alcun modo influenzata dall'esistenza di norme che delineano fattispecie di responsabilità in casi analoghi, ma non identici, a quello preso in considerazione, come è, nel caso di specie, con l'art. 64 c.p.c.

5.1. E, del resto, la portata di tale ultima disposizione non va particolarmente enfatizzata: non può convenirsi con il convenuto, infatti, quando afferma che la circostanza che il legislatore abbia esplicitamente tratteggiato la responsabilità del consulente tecnico d'ufficio nel processo civile vale da sola ad escludere quella del perito o del consulente del pubblico ministero nel processo penale, per assenza di una disposizione ad hoc, con conseguente collocazione delle condotte da quest'ultimo tenute in un'area di sostanziale immunità, al di fuori delle ipotesi di fatti dolosi integranti gli estremi di un reato.

5.2. Costituisce indirizzo del tutto condivisibile, infatti, quello secondo cui quella delineata dall'art. 64 c.p.c. è una comune fattispecie di responsabilità extracontrattuale, come tale riconducibile nello schema generale di cui all'art. 2043 c.c. (Cass., Sez. 1, Sent. 21.10.1992, n. 11474), se non - secondo taluno - per la circostanza che la responsabilità del ctu dovrebbe essere esclusa in caso di *culpa levis*: approdo ermeneutico, quest'ultimo, non da tutti condiviso, in senso contrario depennando, secondo altro indirizzo, l'impiego della locuzione "in ogni caso" con cui principia l'ultimo periodo del secondo comma dell'articolo 64.

5.3. Il fatto che il legislatore abbia inteso specificamente occuparsi della responsabilità del consulente tecnico (come del custode: cfr. art. 67 c.p.c.) nel processo civile non toglie, quindi, che anche il fatto del perito o del consulente del pubblico ministero nel processo penale possa integrare, ricorrendone tutti gli elementi costitutivi, gli estremi dell'illecito aquiliano.

6. In quest'ottica, neppure l'ulteriore assunto di parte convenuta - secondo cui la valutazione compiuta dall'organo della pubblica accusa, sovrapponendosi a quella del consulente tecnico, costituirebbe sempre circostanza sopravvenuta, da sola sufficiente a determinare l'evento (cfr. art. 41, 2 co. c.p.) - appare persuasivo.

7. Diversamente da quanto accade per il denunciante, per il quale la successiva sovrapposizione delle valutazioni compiute dal pubblico ministero costituisce elemento suscettibile di escludere in radice eventuali responsabilità (eccettuati i soli casi di denuncia calunniosa: cfr. Cass., Sez. 3, Ord. 30.11.2018, n. 30988), il consulente nominato ai sensi dell'art. 359 c.p.p. presta un'attività che l'organo dell'accusa potrebbe svolgere personalmente, se fosse in possesso delle necessarie competenze tecniche; il che porta a concludere che, "pur se nei limiti posti dalla disposizione che ne contempla la nomina, il consulente tecnico del pubblico ministero concorre oggettivamente all'esercizio della funzione giudiziaria nella fase delle indagini preliminari" (così, in motivazione, Cass., Sez. Un., Ord. 30.12.2011, n. 30786).

7.1. Quanto precede - come più appresso si dirà - non toglie che il pubblico ministero rimanga l'esclusivo titolare di ogni iniziativa nell'esercizio dell'azione penale; ma consente nondimeno di affermare che il parere espresso dal consulente tecnico è strutturalmente e funzionalmente più pregnante, nella formazione del convincimento dell'organo della pubblica accusa, rispetto ad una comune denuncia. Il che lascia ulteriormente ritenere che lo stesso possa astrattamente conservare apprezzabile efficacia nella serie causale che culmina, infine, nell'evento lesivo (nel caso, quello derivante dalla sottoposizione ad un processo percepito come ingiusto, infine definito con sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste").

7.2. Perché ciò accada, tuttavia, è necessario che (a) il parere espresso dal consulente sia sostanzialmente avulso dal contesto probatorio di riferimento, fondandosi su fatti che risultano incontrastabilmente esclu-

si o prescindendo da fatti e dati negligenemente non rilevati, ovvero che (b) lo stesso, pur fondandosi su dati correttamente acquisiti al patrimonio probatorio, se ne distacchi completamente, risolvendosi in una lettura errata e fuorviante di essi.

7.3. Al consulente nominato ai sensi dell'art. 359 c.p.p., per la sua sostanziale funzione di *longa manus* dell'organo dell'accusa, non è infatti affidato il compito di accertare in modo inoppugnabile la verità processuale (compito, questo, devoluto al giudice del merito, il quale potrà, se del caso, avvalersi dell'ausilio di un perito), ma solo quello di selezionare e valutare criticamente dati rilevanti ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale.

8. Ciò posto, va subito detto che la riconduzione della fattispecie di responsabilità dedotta in causa nello schema dell'art. 2043 c.c. ha come immediata conseguenza quella di considerare il dr. F., attore, gravato dell'onere di provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, ivi compreso, naturalmente, l'elemento soggettivo della colpa, dal momento che ciò che si addebita al dr. P. è di avere negligenemente effettuato l'indagine affidatagli e di avere rassegnato conclusioni errate, adombrando inesistenti profili di responsabilità professionale a carico del dr. F. e inducendo il pubblico ministero, quindi, a formulare richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di costui.

9. Così, appare anzitutto corretto muovere dalla illustrazione dei risultati cui pervenne il dr. I.P. a proposito di cause, epoca e mezzi della morte di R.P., detenuto con lunghi trascorsi di tossicodipendenza (in quanto assuntore, fin dall'adolescenza, di cocaina ed eroina), nonché affetto da problematiche psico-patologiche e da una forma importante di epilessia (circostanze, queste, che non necessitano di particolare approfondimento, essendo incontroverse tra le parti).

9.1. Ebbene, il dr. P., rispondendo ai quesiti formulatigli dal pubblico ministero, concluse: a) che la morte fosse da far risalire ad un momento compreso tra le ore 12:00 e le ore 13:00 del 25.8.2018; b) che la stessa fosse da attribuire a depressione respiratoria correlata ad assunzione contemporanea di benzodiazepine (T. e V.) e barbiturici (Gardenale), oltre a buprenofina (Subutex), tutti per via orale; c) che, alla luce della posologia e della durata del trattamento con le suddette sostanze, fossero ravvisabili profili di responsabilità professionale del sanitario che le aveva prescritte.

10. Giova ricordare, peraltro, che il consulente del pubblico ministero giunse alle conclusioni esposte anche sulla base: a) dell'assenza di tracce di una recente inalazione di gas butano, pure inizialmente ipotizzata; b) dell'assenza di alterazioni patologiche significative di un decesso avvenuto per cause naturali.

11. Ora, proprio in ragione dei profili di possibile responsabilità adombrati dal consulente, il pubblico ministero, sulla base della prospettazione attorea, si persuase di presentare richiesta di rinvio a giudizio del dr. F., il quale, come già sopra esposto, chiese di essere giudicato con rito abbreviato condizionato all'esame della propria consulenza di parte e all'espletamento di una perizia da affidare ad esperto nominato dal G.U.P.

12. Sennonché - ha soggiunto l'attore - sia nella relazione di parte (a firma della prof.ssa A.L. e del dr. P.R.), sia in quella a firma del perito nominato dal G.U.P., dr. F.G., sono stati evidenziati gli errori (perlopiù metodologici e valutativi) nei quali è incorso il dr. P. nell'espletamento della propria indagine.

13. La prima relazione (a firma dei dr. L. e R.) si fonda essenzialmente su tre direttrici fondamentali: a) che le dosi di barbiturici e benzodiazepine presenti nel sangue e nelle urine non suggerivano affatto la lettura data dal dr. P., cioè che i farmaci fossero stati assunti in "dosi massive" e tali, in sinergia tra di loro, da provocare il decesso per depressione respiratoria; b) che non furono compiute indagini appaganti su possibili cause alternative della morte, in quanto gli esami compiuti giammai avrebbero potuto permettere di rilevare la presenza di butano (sostanza gassosa che, nel caso di prelievi a cielo aperto e con siringhe comunque inadeguate, tende a evaporare); c) che il dr. P. non svolse ulteriori indagini al fine di verificare se la morte non fosse stata piuttosto determinata da cause diverse, ma da prendere in considerazione, tenuto conto delle patologie e delle dipendenze da cui era affetto il P. Su tali basi, essi conclusero nel senso che la morte fosse stata determinata o da intossicazione da butano, oppure da cause naturali.

14. La seconda relazione, a firma del dr. G. nella veste di perito nominato dal G.U.P., ha evidenziato qualche lacuna nell'indagine espletata (soprattutto relativamente all'omissione di esami più accurati su organi diversi dal sangue, ad esempio polmoni o reni, i quali avrebbero consentito di verificare con maggiore precisione se il P. avesse inalato butano) e ha escluso, inoltre, che la morte potesse essere stata determi-

nata dall'assunzione in dosi massive dei farmaci, i quali, ad eccezione di uno (V.), erano stati peraltro tutti prescritti dal dr. F. in dosaggi nella norma, da considerare, pertanto, terapeutici, non già tossici o addirittura letali. E, del resto, è stata parimenti esclusa dal perito la eventualità di un'azione sinergica di barbiturici e benzodiazepine nel determinare la morte per depressione respiratoria, sul rilievo che le concentrazioni terapeutiche standard erano state già raggiunte da diverso tempo (non più di due settimane a partire dal mese di aprile 2010) e che i segni della depressione respiratoria si sarebbero dovuti manifestare - perché potesse ritenersi attendibile l'ipotesi formulata dal consulente del pubblico ministero - entro l'inizio del mese di maggio del 2010: il che ha portato il dr. G. a considerare che "le caratteristiche intrinseche di acuzie dell'insufficienza ventilatoria da farmaci, che per sua natura fisiopatologica non può svilupparsi lentamente, dimostrano che non è ipotizzabile, nel caso del P., che la crisi respiratoria si sia instaurata a scoppio ritardato, dopo ben quattro mesi di terapia, pur con farmaci che, ad adeguati dosaggi, avrebbero potuto deprimere i centri del respiro" (pagg. 11 e 12 della perizia).

14.1. Nell'esporre le proprie conclusioni, quindi, il perito ha escluso che la morte fosse stata determinata dall'azione concomitante dei farmaci e ha ritenuto assai improbabile che fosse derivata dalla sola inalazione di butano, ma non ha escluso che potesse essere dipesa dalla sinergia fra farmaci e butano, ovvero da altre cause, anche naturali, non indagate (a causa dell'assenza, ad esempio, di esami istologici su campioni di miocardio).

15. Valutazioni, quelle sopra illustrate, che il perito ha ribadito nel corso della sua audizione dinanzi al G.U.P., in occasione della quale egli ha nondimeno soggiunto di non essere riuscito a ricostruire la causa della morte, per individuare la quale - ha precisato - sarebbe necessaria un'indagine più approfondita (da lui non compiuta), essendo viceversa tendenzialmente da escludere, come si è visto, che il decesso sia derivato dalla sola assunzione di farmaci ovvero dall'inalazione di butano (cfr. pag. 7 trascrizione fonoregistrazione udienza preliminare del 21.11.2013, prodotta dal convenuto con la terza memoria ex art. 183, 6 co. c.p.c.).

16. Come già chiarito, questo essendo il compendio probatorio a disposizione del G.U.P., questi ha emesso sentenza di assoluzione con la formula "perché il fatto non sussiste".

17. Tutto ciò posto, occorre anzitutto verificare se l'attore abbia provato la sussistenza di profili di colpa nell'indagine espletata dal dr. P. per pervenire alle conclusioni prima illustrate.

18. Ebbene, la più significativa critica rivolta al suo operato, sul piano metodologico-valutativo, attiene ai pretesi errori commessi nel corso delle operazioni di prelievo di sangue finalizzate a rilevare la presenza di gas butano; operazioni che, nell'assunto dei consulenti L. e R. e dello stesso attore (cfr., sul punto, anche le deduzioni svolte nella comparsa conclusionale): a) avrebbero dovuto essere compiute mediante siringa a tenuta stagna, avendo inoltre cura che il prelievo avvenisse "a cielo chiuso" e che il campione fosse immediatamente conservato con le cautele necessarie ad evitare l'esarazione, altrimenti inevitabile, di sostanze volatili come il butano, l'inalazione del quale è dagli stessi reputata la causa più probabile del decesso del P.; b) avrebbero dovuto essere estese anche ad altri organi e sarebbero dovute in ogni caso pure consistere nel prelievo di "aria intratracheale o di area polmonare con appositi dispositivi a tal fine" (così i consulenti L. e R. a pag. 5 della loro relazione).

19. Sennonché, l'esame del compendio probatorio disponibile non consente in alcun modo di affermare la effettiva commissione di errori da parte del dr. P. sotto tale profilo.

20. Prima di illustrare le ragioni di tale convincimento, va premesso che - contrariamente a quanto affermato nella prima relazione a firma del dr. L.M. (prodotta dal convenuto in allegato alla comparsa di costituzione) -, in fase di indagini fu effettivamente accertata la presenza, nella cella del detenuto P., di due bombolette di gas butano: l'una ubicata al di sotto di un fornellino da campeggio, con la funzione di alimentarlo (come ulteriormente dimostrato dalla presenza, al di sopra di quest'ultimo, di una pentola recante al proprio interno le tracce di un precedente utilizzo, verosimilmente per la bollitura dell'acqua: cfr. rilievo fotografico n. 24 allegato al verbale dei rilievi effettuati dagli operatori della Polizia scientifica, prodotto dall'attore sub all. 4 alla seconda memoria ex art. 183, 6 co. c.p.c.); l'altra situata a terra, a destra del corpo del detenuto: dai cennati elementi fattuali, infatti, dovrebbe inferirsi - secondo la ricostruzione attorea - l'inalazione di gas butano da parte di R.P. in epoca immediatamente anteriore a quella del decesso.

20.1. Già sotto tale profilo, tuttavia, il convincimento espresso dall'attore e dai suoi consulenti non appare sostenibile in termini di

assoluta certezza e neppure di elevata probabilità: escluso che il P. potesse avere fatto uso della bomboletta situata al di sotto del fornellino e verosimilmente impiegata soltanto con finalità alimentari, più d'una perplessità può invero nutrirsi anche in merito all'inalazione di gas dall'altra bomboletta, e ciò sulla scorta dell'affermazione, contenuta nel verbale dei rilievi fotografici, per cui essa si presentava, al momento del rinvenimento accanto al cadavere del P., "in atto integra": locuzione, questa, che sembra collidere con la tesi di un uso improprio della stessa, sebbene non sia in effetti ben chiaro se gli operatori della polizia scientifica abbiano con la stessa inteso riferirsi all'aspetto esteriore della bomboletta o anche al suo contenuto e, quindi, alla circostanza di un suo precedente impiego.

21. Ma, quand'anche si optasse per la sostanziale ininfluenza del dato sopra illustrato in funzione dell'esclusione della inalazione di gas da parte del P., difetterebbe nella specie anche la prova della negligenza o dell'imperizia del dr. P. nell'effettuare gli accertamenti necessari al fine indicato.

21.1. L'attore, al pari dei suoi consulenti, non ha infatti anzitutto allegato da quali elementi abbia tratto la convinzione che il dr. P., nell'effettuare i prelievi, abbia disatteso le regole dell'ars medica e le cautele prescritte per evitare l'esalazione dei gas eventualmente presenti nel sangue: dalla lettura della relazione a firma dei dr. L. e R. (come, del resto, dalla lettura della perizia del dr. G.) può infatti soltanto supporre che il dato della presenza di gas butano nel sangue del P. dovesse esser dato per assiomatico, donde la conclusione che l'omessa rilevazione non potesse che essere attribuita a colpa del dr. P.

21.2. D'altro canto, il convenuto - benché non gravato dal relativo onere probatorio - ha provato, con il teste T., di avere regolarmente effettuato il prelievo "a cielo chiuso" e di avere provveduto alla conservazione del reperto con modalità adeguate (cfr. dichiarazioni rese dal T. all'udienza del 16.5.2018); né, del resto, la credibilità soggettiva dell'uomo può essere messa in dubbio sulla base della considerazione del carattere ingiustificato e non documentato della sua presenza presso l'obitorio di Sulmona, per essere il T. responsabile del Servizio Obitorio del presidio ospedaliero di Pescara: è del tutto plausibile, infatti, che il dr. P. si sia avvalso dell'ausilio tecnico di soggetti coi quali è solito operare, mentre non sembra che portata decisiva possa essere attribuita

alla circostanza che nella relazione di consulenza non si faccia esplicito riferimento alla figura dell'ausiliario tecnico, trattandosi di elemento nient'affatto sintomatico della sua assenza (e della conseguente integrale falsità della sua deposizione); e, del resto, assai significativa, in senso contrario, è la circostanza che il sig. T. fosse già presente, nella veste di ausiliare del convenuto, in occasione delle attività di descrizione e ricognizione di cadavere, come risulta dal relativo verbale redatto da agenti della Polizia penitenziaria in data 25.10.2010 (cfr. all. 3 alla seconda memoria di parte attorea).

21.3. Per concludere sul punto, poi, è da escludere che nei confronti del dr. P. possa emettersi un giudizio in termini di negligenza per avere questi omesso di effettuare accertamenti più approfonditi in merito alla presunta inalazione di gas da parte del detenuto: come convincentemente illustrato con apposita relazione dal suo consulente tecnico (dr. L.M.), accanto alla sostenuta sufficienza del prelievo ematico, deve anche evidenziarsi la sostanziale inutilità del suggerito prelievo di aria intratracheale o polmonare, essendo ampiamente documentato che il medico di guardia dell'istituto penitenziario, intervenuto nell'immediatezza, effettuò manovre di rianimazione che, anche ad ammettere la presenza di gas nell'apparato respiratorio, ne avrebbero certamente provocato la fuoriuscita (a riprova della esecuzione di manovre di rianimazione, cfr. annotazione di servizio a firma del Vice sovr. A.F., facente parte del fascicolo d'indagine prodotto dal convenuto con la terza memoria ex art. 183, 6 co. c.p.c.; cfr. inoltre, nel senso indicato, pagg. 2 e 3 della seconda relazione a firma del dr. M., prodotta unitamente alla terza memoria di parte convenuta).

21.4. Ed è del pari plausibile che la ricerca di gas non sia stata estesa ad altri tessuti, posto che la sostanza volatile avrebbe potuto ivi essere veicolata solo attraverso il sangue.

22. Destituita di fondamento, ancora, è l'ulteriore censura rivolta - questa volta, almeno inizialmente, dal solo perito dr. G. - al dr. I.P., secondo cui questi avrebbe completamente trascurato di eseguire esami istologici su campioni di miocardio finalizzati ad indagare sull'eventualità di un decesso intervenuto per cause naturali: come osservato dal convenuto, infatti, questa critica (contenuta a pag. 16 della relazione del dr. G.) è recisamente smentita dalla semplice lettura delle pagg. 13 e 22 della relazione redatta dal dr. P., nelle quali si dà atto dell'assenza di

anomalie apprezzabili al livello del cuore, come del resto documentato dall'accluso rapporto a firma del dr. G.P., datato 30.11.2010, sui risultati degli esami istologici, rapporto a sua volta richiamato nell'indice dell'elaborato peritale, oltre che prodotto dal convenuto unitamente alla seconda memoria ex art. 183, 6 co. c.p.c.

23. Se così è, però, non vi è ragione alcuna di dubitare della correttezza della valutazione fatta dal dr. P. a proposito dell'assenza di evidenze significative di una morte determinata dall'inalazione di gas butano ovvero da cause naturali.

24. E, in quest'ottica, appare dirimente considerare come nessuno degli esperti che si sono pronunciati sulla morte del P. sia stato in grado di formulare ipotesi alternative rispetto a quelle qui considerate (azione sinergica dei farmaci; inalazione di gas butano; altre cause naturali), solo il perito G. essendosi spinto ad ipotizzare il decesso come risultato dell'azione concomitante dei farmaci e dell'inalazione del gas, quest'ultima, a suo dire, non correttamente indagata dal dr. P. (cfr. punto 4 delle conclusioni).

25. Quanto precede conduce ad un triplice ordine di considerazioni.

26. La prima è che il dr. P., richiamata la letteratura di riferimento e le stesse conclusioni rassegnate in sede di esame tossicologico dal dr. I. (cfr. relazione prodotta dal convenuto in allegato alla comparsa di costituzione), ha ritenuto doveroso prospettare al pubblico ministero - nella fase delle indagini, per sua natura fluida e, pertanto, non insensibile a sviluppi eventualmente collidenti con le valutazioni *prima facie* compiute - l'eventualità che il decesso fosse da attribuire all'azione concomitante di barbiturici (Gardenale) e benzodiazepine, tracce dei quali erano state rinvenute nel sangue e nelle urine del P.

26.1. In un quadro oggettivamente incerto come quello ricostruito dal consulente, è infatti plausibile che quest'ultimo, avendo già escluso che la morte fosse stata determinata da altre cause (fra le quali, secondo le stesse ricostruzioni alternative formulate dai consulenti dell'attore, un rilievo di primo piano assumeva la probabile, ma in realtà indimostrata inalazione di gas butano), abbia sottoposto all'organo dell'accusa quella che, in quel momento, appariva comunque l'ipotesi più probabile, ancorché la stessa si sia poi a sua volta rivelata, almeno secondo i pareri espressi dal perito del G.U.P. e dai consulenti dell'attore, scarsamente appagante.

26.2. Né, del resto, può seriamente sostenersi che i dubbi sulle cause del decesso del P. siano stati fugati dal dr. G., il cui contributo - peraltro certamente agevolato dal contraddittorio con altri esperti, invece mancato in fase di indagini - è sostanzialmente consistito nell'escludere la tesi della morte come conseguenza della concomitante assunzione di farmaci in dosi massive, senza che il perito nominato dal G.U.P. abbia tuttavia in alcun modo chiarito cosa l'abbia in concreto determinata; esito, questo, assolutamente compatibile con lo standard probatorio preteso ai fini dell'emissione di una sentenza di condanna, per la quale sarebbe stato necessario accertare che dall'errata prescrizione di farmaci era derivata, con certezza ovvero con elevata probabilità logica o credibilità razionale, la morte del P.

27. La seconda considerazione - che ha direttamente a che fare con lo standard probatorio viceversa richiesto per la formulazione di una richiesta di rinvio a giudizio - è che il convincimento del dr. P., successivamente fatto proprio dal magistrato del pubblico ministero, fosse nel senso che alla luce degli accertamenti fino a quel momento espletati vi fossero elementi sufficienti per formulare una prognosi di responsabilità a carico del dr. F., essendo documentato che il P. era da lungo tempo sottoposto ad un importante trattamento farmacologico ed essendo da escludere che nel caso concreto il suo decesso fosse stato determinato da altre cause.

28. La terza considerazione - intimamente legata alla precedente - è che lo stesso pubblico ministero, valutate le prove e considerata la ricostruzione del suo consulente non implausibile, né contraddetta da alcun altro elemento pure facente parte del compendio probatorio, prospettato mentalmente l'alternativa fra una più appagante verifica sull'esattezza delle valutazioni operate dal consulente (eventualmente, anche sulla base del contenuto della memoria depositata dall'indagato ex art. 415 bis c.p.p. o dei risultati dello stesso interrogatorio a cui quest'ultimo si era sottoposto) e l'immediata presentazione di una richiesta di rinvio a giudizio, finalizzata ad una più compiuta verifica nella sede a ciò deputata (quella dibattimentale), ha optato per quest'ultima soluzione, non essendo peraltro a lui demandato il compito di formulare alcun giudizio di merito: è opinione consolidata, infatti, che il magistrato del pubblico ministero debba formulare la sua richiesta al giudice dell'udienza preliminare, tesa al rinvio a giudizio, tutte le volte che ritenga che gli elementi probatori

raccolti non siano insufficienti o contraddittori o comunque non idonei a sostenere l'accusa in dibattimento, secondo un giudizio della stessa natura di quello imposto al giudice e, cioè, di mera verosimiglianza della prognosi favorevole (Cass. pen., Sez. 2, Sent. 14.11.2013, n. 48831; Cass. pen., Sez. 2, Sent. 5.11.2015, n. 46145); il che vale anche se - come nel caso di specie - gli elementi acquisiti a carico si prestino a letture alternative o aperte, o comunque ad essere diversamente valutati in dibattimento, anche alla luce delle future acquisizioni probatorie (Cass. pen., Sez. 4, Sent. 18.2.2016, n. 19179).

29. Queste tre considerazioni, singolarmente e globalmente considerate, inducono ad escludere che siano addossabili al consulente tecnico del pubblico ministero, dr. I.P., profili di responsabilità inerenti ad un supposto cattivo esercizio dei compiti conferitigli dall'organo dell'accusa: come osservato in precedenza a proposito dei presupposti in presenza dei quali può in concreto ravvisarsi la responsabilità civile del consulente, infatti, una obbligazione risarcitoria a suo carico sarebbe stata ipotizzabile o in caso di inescusabile negligenza o imperizia nella raccolta dei dati rilevanti ai fini della formulazione del parere (nella specie esclusa per tutte le ragioni già illustrate), oppure in caso di arbitrarietà della valutazione critica di quei dati, per sua natura senz'altro opinabile, specialmente in un campo che non si presta ad interpretazioni univoche come quello governato dalla scienza medica.

30. E, a tal proposito, si è già detto come il parere espresso dal dr. P. - peraltro non in termini di certezza - si sia basato su una lettura non implausibile (data l'esclusione di altre cause apparenti del decesso del P.), ancorché certamente non univoca e suscettibile di essere contraddetta nella sede a ciò idonea che, per scelta processuale dell'allora imputato, è stata quella del giudizio abbreviato.

NOTA (1)

La sentenza in esame è sicuramente condivisibile laddove ha disatteso la tesi del convenuto secondo cui non si poteva attribuire alcuna responsabilità al consulente perché nel nostro ordinamento manca una norma che disciplini la responsabilità del consulente tecnico nel processo penale.

Per argomentare tale tesi si è fatto riferimento all'articolo 64 c.p.c. che, viceversa, per quanto attiene il consulente tecnico nel processo civile, prevede una specifica ipotesi di responsabilità del medesimo.

Tale lacuna determinerebbe l'assenza di responsabilità.

Tuttavia tale tesi dimentica che, per opinione unanime di dottrina e giurisprudenza: "La responsabilità del consulente tecnico d'ufficio è disciplinata dall'art. 64 c.p.c.; egli, come il professionista intellettuale, risponde dei danni cagionati alla parte che siano in rapporto di causalità con le sue attività, nel compimento delle quali sia riconoscibile in capo al ctu il requisito della colpa. La responsabilità del consulente è di tipo aquiliana, competendo al danneggiato l'onere di provare, oltre che il danno, il nesso di causalità tra esso e la condotta del consulente" (per tutti Tribunale Milano Sez. I, 25/10/2013).

Deve quindi ritenersi che la particolare responsabilità del consulente tecnico nel processo civile rappresenti una species della più ampia categoria della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c.

Alla luce di ciò va ritenuto che la responsabilità aquiliana, costituendo un principio cardine del nostro ordinamento, trova sempre operatività pur potendo essere, in ipotesi particolari, suscettibile di adeguamento a particolari fattispecie.

Ciononostante, comunque, essa rimane applicabile a tutte le ipotesi di responsabilità extracontrattuale non esistendo situazioni o soggetti legibus soluti.

Deve, quindi, ritenersi che vale il ragionamento opposto a quello adoperato dal convenuto e cioè che l'assenza di una norma specifica che disciplini la responsabilità extracontrattuale del consulente del pubblico ministero non può condurre a ritenere che egli sia irresponsabile bensì che al medesimo si applichi la disciplina generale.

*Ciò in applicazione del principio secondo cui: "La responsabilità extracontrattuale, che rinviene il fondamento della sua disciplina nell'art. 2043 c.c., presuppone che l'agente non abbia normalmente alcun rapporto o contatto con la parte danneggiata. La norma citata, infatti, impone, con clausola generale dotata di autonomia precettiva, il rispetto del dovere generale del *neminem laedere* a tutela di qualunque posizione soggettiva meritevole di protezione giuridica" (Cons. Stato Sez. VI Sent., 29/05/2014, n. 2792).*

Parimenti non esonera il consulente da responsabilità la circostanza che, alle sue valutazioni, seguano quelle del pubblico ministero.

Infatti atteso che: “Non si dubita che il consulente possa compiere egli stesso atti di indagine, alla presenza o per conto del pubblico ministero e che, al contrario di quanto accade per i consulenti dell’imputato o delle altre parti private, abbia il dovere della verità, benchè non risponda del reato di falsa perizia o interpretazione di cui all’art. 373 c.p. Quel che assume determinante rilievo è che egli è abilitato a svolgere un’attività tipica del pubblico ministero, che quegli potrebbe compiere direttamente se avesse le specifiche competenze volta a volta necessarie; sicchè, pur se nei limiti posti dalla disposizione che ne contempla la nomina, il consulente tecnico del pubblico ministero concorre oggettivamente all’esercizio della funzione giudiziaria nella fase delle indagini preliminari” (S.U. n. 30786/2011 richiamata nella sentenza che si annota).

Da ciò ne discende che, avendo una funzione sua propria, parimenti, il consulente, nell’espletamento di tale attività, è responsabile per gli eventuali effetti dannosi generati dalla medesima.

Pertanto l’intervento del magistrato nella sequenza causale, essendo quest’ultimo soggetto ad ipotesi di responsabilità per il proprio operato, a maggior ragione, svuota di contenuto la tesi che vorrebbe, viceversa, il Consulente del medesimo esente da responsabilità.

La decisione in esame, inoltre, consente anche di svolgere qualche ulteriore considerazione in relazione alla responsabilità medica.

Com’è noto essa è stata, recentemente, oggetto d’intervento a mezzo della legge c.d. legge Gelli – Bianco.

Infatti il problema è divenuto quanto mai importante attesi i dati che tale tipo di responsabilità determina.

“Secondo l’Agenas, nel primo rapporto annuale sulle denunce dei sinistri in sanità (2014), Il costo medio dei sinistri liquidati corrisponde a 52.368,95 euro. ... la Lombardia ha comunicato che nel 2014 ho speso € 760.604 per risarcire 80 sinistri. Secondo un’indagine condotta dalla compagnia assicurativa Marsh nei nove anni compresi fra il 2004 ed il 2012 gli errori e incidenti sono costati alla sanità pubblica italiana quasi 1,5 miliardi di euro. Secondo l’AIBA l’associazione italiana dei broker di assicurazioni e riassicurazioni, il costo dei risarcimenti per la cosiddetta malasanià nel nostro paese oscilla tra 850 e 1400 milioni di euro l’anno” (S. Aleo in Responsabilità sanitaria, Milano, 2018).

Da qui l'esigenza di intervento legislativo per fronteggiare il fenomeno.

Pertanto nella L. n. 24 / 2017 è stata introdotta una normativa specifica per i consulenti del magistrato. Stabilisce, infatti, l'art. 15 che:

“Nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria

1. Nei procedimenti civili e nei procedimenti penali aventi ad oggetto la responsabilità sanitaria, l'autorità giudiziaria affida l'espletamento della consulenza tecnica e della perizia a un medico specializzato in medicina legale e a uno o più specialisti nella disciplina che abbiano specifica e pratica conoscenza di quanto oggetto del procedimento, avendo cura che i soggetti da nominare, scelti tra gli iscritti negli albi di cui ai commi 2 e 3, non siano in posizione di conflitto di interessi nello specifico procedimento o in altri connessi e che i consulenti tecnici d'ufficio da nominare nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 8, comma 1, siano in possesso di adeguate e comprovate competenze nell'ambito della conciliazione acquisite anche mediante specifici percorsi formativi.

2. Negli albi dei consulenti di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e dei periti di cui all'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere indicate e documentate le specializzazioni degli iscritti esperti in medicina. In sede di revisione degli albi è indicata, relativamente a ciascuno degli esperti di cui al periodo precedente, l'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati.

3. Gli albi dei consulenti di cui all'articolo 13 delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile e disposizioni transitorie, di cui al regio decreto 18 dicembre 1941, n. 1368, e gli albi dei periti di cui all'articolo 67 delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, devono essere aggiornati con cadenza almeno quinquennale, al fine di garantire, oltre a quella medico-legale, un'idonea e adeguata rappresentanza di esperti delle discipline specialistiche riferite a

tutte le professioni sanitarie, tra i quali scegliere per la nomina tenendo conto della disciplina interessata nel procedimento.

4. Nei casi di cui al comma 1, l'incarico è conferito al collegio e, nella determinazione del compenso globale, non si applica l'aumento del 40 per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio previsto dall'articolo 53 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115."

Come si vede, quindi, il legislatore si è preoccupato anche della materia oggetto della sentenza esaminata.

In particolare assume rilevanza il dettato del comma due del sopra riportato articolo 15.

In base al medesimo si è tentato di far sì che i consulenti ed i periti siano particolarmente competenti ove chiamati a svolgere funzioni nell'ambito di procedimenti giurisdizionali.

Enunciato il principio, però, è immediatamente sorto il problema di elaborare strumenti che consentano di individuare soggetti particolarmente competenti.

Il problema è stato oggetto di attenzione da parte del CSM il quale nella seduta plenaria (pomeridiana) del 25 ottobre 2017 si è occupato del problema affermando, tra l'altro, che:

"Venendo quindi alle modalità di revisione degli albi, va sottolineata innanzitutto la necessità, sussistente sia in sede di revisione che poi di valutazione delle nuove iscrizioni, di una suddivisione delle specializzazioni dei consulenti e dei periti sulla base di indicazioni uniformi per tutto il Paese, individuate dalla Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri. Vi è poi l'esigenza di una riqualificazione dei professionisti iscritti. Infatti, precisato che il dato normativo fa riferimento all'indicazione negli albi oggetto di revisione dell'esperienza professionale maturata, con particolare riferimento al numero e alla tipologia degli incarichi conferiti e di quelli revocati, non pare che l'indicazione dell'esperienza maturata possa esaurirsi nella sola indicazione degli incarichi conferiti e revocati. Inoltre, il dato normativo che impone l'indicazione dell'esperienza porta ad escludere che il procedimento di revisione si possa risolvere nella mera eliminazione dall'albo di chi non vuole più rimanervi ovvero non può più rimanervi (ad esempio in quanto destinatario di un provvedimento disciplinare). Pertanto il procedimento

di revisione non può essere inteso come semplice bonifica degli albi. Se quindi in sede di revisione deve essere precisata l'esperienza maturata dal professionista, il Consiglio si impegna a declinare in sede di protocollo le indicazioni descrittive dell'esperienza professionale maturata dal professionista, quelli che possono essere definiti come "indicatori", affinché possano essere orientate le previsioni contenute nell'albo per ciascun professionista. Pare inoltre opportuno che il procedimento di revisione si articoli in alcune fasi necessarie: comunicazione a tutti gli iscritti dell'inizio del procedimento con l'indicazione dei tempi e della durata; indicazione a tutti gli iscritti delle specializzazioni di riferimento ai sensi dell'art. 15 della L. n. 24/2017, che saranno prese in considerazione e oggetto di catalogazione; fissazione a tutti gli iscritti di un termine per comunicare la volontà di rimanere iscritto o di cancellarsi, indicando, nel primo caso, tutti i dati curriculari utili ai fini della conferma dell'iscrizione. Non si può inoltre sottacere l'esigenza che l'Ordine locale dei medici consegna al Comitato competente per la revisione una specifica scheda personale su ogni consulente e perito iscritto, contenente i dati personali, l'indirizzo PEC, le specializzazioni dichiarate dall'interessato, con la relativa documentazione, e riconosciute. Correlativamente è necessaria una verifica da parte dell'Ordine, funzionalmente a quella di competenza del Comitato, dei dati caratterizzanti la scheda personale: correttezza dei dati risultanti dall'Albo e la loro corrispondenza con la PEC utilizzata dal professionista; esperienze professionali maturate dalla data dell'iscrizione con riferimento in particolare a nuove eventuali specializzazioni acquisite; significative pubblicazioni o altra attività scientifica svolta, numero e tipologia degli incarichi ricevuti dall'autorità giudiziaria o da altre autorità pubbliche nazionali o internazionali; esistenza o meno di incarichi giudiziari ricevuti e poi revocati; permanenza, specie nei casi di assenza o numero irrisorio di incarichi ricevuti, dell'interesse in capo all'iscritto, da manifestare entro un certo termine, al mantenimento dell'iscrizione all'albo - fermo rimanendo che la cancellazione dall'albo è conseguenziale solo ad altri eventi: istanza dell'interessato, procedimento disciplinare o venuta meno di uno dei requisiti di legge fondanti l'iscrizione (art. 18 disp. att. cpc, proprio in relazione al procedimento di revisione) -; adempimento dell'obbligo dei crediti formativi; avvenuta stipulazione di adeguata polizza assicurativa. In tanto il procedimento di revisione/bonifica degli albi esistenti potrà essere effettuato in tempi rapidi e in modo uniforme in

quanto sarà sviluppata la capacità di realizzare sinergie anche e soprattutto a livello locale tra i vari organi coinvolti nel procedimento.“

Come si vede, in particolare, si è valorizzato il ruolo dei consigli dell'ordine in materia. Tuttavia tale soluzione non è stata ritenuta soddisfacente assumendosi che gli organi rappresentativi non hanno sufficienti informazioni relativamente i propri iscritti poichè: “è noto che ciò, ad oggi, non corrisponda a realtà e sovente gli ordini sono ben lontani dal conoscere la reale formazione dei propri professionisti. Pertanto riteniamo che preliminarmente si attui una rivoluzione all'interno degli ordini professionali che spesso non sanno di che cosa si occupano i propri iscritti” (Procaccianti, La Resp. san., cit., pag. 552).

Si è, pertanto, suggerito, stante la richiamata problematicità della scelta di affidarsi ai Consigli dell'Ordine, di fare riferimento sia alle società scientifiche sia ad altre realtà internazionali citando ad esempio l'”American Academy of Pediatrics” che ha elaborato linee guida che stabiliscono che:

- Lo specialista deve dimostrare la competenza clinica operativa nell'area in discussione.
- L'attività di consulente non deve essere preponderante su quella clinica.
- Se in pensione, deve venire su casi svoltisi in epoca coincidente con la sua attività clinica attiva.
- Deve avere sufficienti nozioni sulla procedura giurisdizionale e sui riferimenti normativi.
- Deve avere a disposizione materiale completo perché possa svolgere il suo mandato.
- Le valutazioni devono essere riferite a standards fondati con l'obbligo di illustrare tutte le possibili opzioni diagnostico terapeutiche.
- Deve fornire al committente tutti gli elementi determinanti del caso, indipendentemente dalla posizione processuale” (citata in Procaccianti, op.cit., pag. 554).

Come si vede la materia è in evoluzione e la soluzione definitiva del problema è ancora lungi dal concretizzarsi.

Pierluigi De Nardis

Tribunale di Pescara – Decreto del 03.01.2019 – N. 6/2018 R.G. - Est. D. Capezzerà – Ricorrente D.S.

Composizione della crisi da sovraindebitamento (L. 27 gennaio 2012 n. 3) – piano del consumatore – vaglio di ammissibilità in ragione della relativa durata - sussiste.

Il piano del consumatore, quale strumento di risoluzione della crisi economica individuale, rappresenta una delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. La natura eterogenea della relativa normativa, in assenza di un univoco dato testuale che ne stabilisca il perimetro temporale, impone al giudice una attività interpretativa ed integrativa della stessa. Se da un lato infatti la L. n. 3/2012 onera il debitore che deposita il piano del consumatore al soddisfacimento, entro il termine di un anno dalla omologa, dei creditori che vantano un privilegio su di un bene non oggetto di cessione, nulla prevede in ordine alla durata del piano in relazione alla quale la giurisprudenza di merito ha pressoché unanimemente ravvisato un limite temporale quinquennale, mutuando lo stesso dalle procedure concorsuali regolate dalla legge fallimentare, nel rispetto dei principi di rango costituzionale. Dal mancato rispetto dei suddetti termini deriva la inammissibilità della domanda del debitore. (1)

[omissis]

D. S., difesa dagli avvocati G. e S. D. T., il 22 novembre 2018 ha depositato un piano del consumatore avente ad oggetto: il pagamento dei creditori prededucibili al 100% e dei creditori privilegiati Equitalia (Agenzia delle Entrate Riscossione) e Soget nella misura del 15% entro 17 mesi (dopo aver pagato, in forma rateizzata, le spese prededucibili) con rate mensili di €550,00; il pagamento del creditore ipotecario UNICREDIT s.p.a. per l'importo di Euro 168.706,27 attraverso il versamento di ulteriori 67 rate mensili per Euro 555,60. Nessun soddisfacimento è previsto per la parte incapiante del credito rispetto al valore dell'immobile ipotecato atteso che secondo la prospettazione della ricorrente il creditore fondiario andrebbe a percepire un importo ben maggiore rispetto a quello che otterrebbe dalla liquidazione del bene oggetto di

procedura esecutiva immobiliare in cui il prezzo base raggiunto sarebbe inferiore a quanto offerto con il piano.

La ricorrente, dando conto di rivestire la qualifica di consumatore, ha chiesto che il Tribunale, nella persona del Giudice unico designato, omologasse il piano depositato al quale è stata allegata la attestazione ex art. 9 L 3/2012 del gestore della crisi dr. N. L.

Il debito complessivo della ricorrente è pari ad Euro 174.108,02 di cui Euro 168.706,27 per debiti garantiti da ipoteca, Euro 5.400,00 circa per crediti privilegiati derivanti da imposte. La ricorrente offre di pagare la somma di Euro 174.108,02, oltre i debiti prededucibili pari ad Euro 8.354,00 e quindi complessivi Euro 182.462,00, in un arco temporale superiore ai 7 anni attraverso il predetto pagamento rateale, rinvenendo gli importi necessari dallo stipendio percepito della ricorrente pari ad €1500,00 circa mensili ed alla luce delle attuali esigenze economiche familiari.

La convenienza della proposta formulata è stata ricavata dal prezzo di stima del compendio immobiliare - che la proponente chiede di non alienare - così come valutato nella procedura esecutiva già iniziata tenuto conto dei ribassi conseguenti alle plurime udienze di vendita.

Orbene, è indubbio che l'eterogenea applicazione della L. n. 3 del 2012 abbia mostrato tutti i limiti dell'imprecisione terminologica del dettato normativo. In attesa di una modifica sostanziale che cerchi di delimitare con precisione i contorni di un imprescindibile istituto per il superamento della crisi economica individuale, con indiscutibile valore sociale, ma anche con rilevante impatto macroeconomico, spetta al Giudice il compito di ricostruire omogeneamente gli istituti, rimanendo nel perimetro della legge. Non sarà superfluo evidenziare come, nella fretta normativa di sintesi, siano stati disciplinati tre istituti del tutto diversi tra loro per struttura, implicitamente ispirati a quelli della gestione della crisi e dell'insolvenza dell'imprenditore "fallibile" ai sensi dell'art. 1, II comma della l. fallimentare; ne deriva la necessità di usufruire dell'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale formatasi sulle norme della predetta legge, nell'intento di ricostruzione degli istituti della L. n. 3 del 2012, pur sempre riconoscendone l'inapplicabilità diretta.

L'esigenza di matrice comunitaria di tutelare l'impresa ed il consumatore attraverso gli strumenti di risoluzione della crisi o dello stato di sovraindebitamento - riconoscendo una c.d. seconda chance - non può

tuttavia avallare una lettura normativa che abbia quale faro esclusivo la tutela del debitore, dovendosi riconoscere anche la tutela del creditore, pena lo stravolgimento - ed in ultima analisi, il pericolo di tracollo - del sistema economico.

Lo strumento tipizzato nel concordato preventivo e, specularmente, nell'accordo di ristrutturazione (di cui alla L. n. 3 del 2012, avendo improvvidamente il legislatore utilizzato l'omonima espressione di cui all'art. 182 bis l.f.), per contemperare le contrapposte esigenze è il diritto di voto del creditore non pagato integralmente: l'accordo tra le parti mediato dal principio maggioritario.

Non v'è dubbio che, attraverso il voto, il creditore esercita il suo diritto nella piena consapevolezza della proposta del debitore, assicurata dall'attività informativa del commissario o dell'organismo di composizione della crisi. In quest'ottica si spiega e si giustifica l'orientamento dottrinale e giurisprudenziale (cfr. Cass., 31 ottobre 2016, n. 22045) che ammette, nel concordato in continuità, la moratoria ultrannuale - ai sensi dell'art. 186 bis, II comma lett. c) l.f. - del pagamento dei creditori muniti di diritto di prelazione su beni non liquidati, ma utilizzati per la continuazione dell'impresa, compensata sul piano economico dalla corresponsione degli interessi e sul piano giuridico dall'esercizio del diritto di voto (per l'intero credito).

Il delicato equilibrio così raggiunto consente all'organismo giudiziario di riposizionarsi in un ruolo di terzo arbitro del rispetto formale delle regole giuridiche di formazione della volontà comune.

Il piano del consumatore, tuttavia e come noto, deroga allo schema descritto perché esso determina una imposizione giudiziale ai creditori, il cui sindacato è limitato, nell'ipotesi di mancata alienazione del bene sul quale grava il diritto di prelazione, alla convenienza economica del piano rispetto alla soluzione liquidatoria (c.d. cram down).

In questi termini, pare imprescindibile verificare se vi siano limiti espressi ed impliciti alla possibilità di ricorrere ad un istituto nel quale vi è un evidente squilibrio sul piano procedimentale tra le contrapposte posizioni di debito e credito.

MORATORIA

Orbene, i limiti espressi sono dati dalla necessaria qualificazione del ricorrente come consumatore, dalla meritevolezza e dalla necessità di rispettare la c.d. moratoria infrannuale per la soddisfazione dei credi-

tori prelazionari (oltre all' idoneità ad assicurare l' integrale pagamento dei crediti non pignorabili e dei crediti per IVA non versata e ritenuta d' acconto operata e non versata); quello implicito è dato dalla durata massima che può avere il piano.

Ai sensi dell' art. 8 ultimo comma della l. cit: "la proposta di accordo con continuazione dell' attività d' impresa e il piano del consumatore possono prevedere una moratoria fino ad un anno dall' omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione".

La disposizione ricalca l' art. 186 bis II comma lett. c) della legge fallimentare.

La ratio normativa è stata individuata nell' esigenza di tutelare il creditore prelazionario che si veda privato del diritto di soddisfazione attraverso la cessione del bene sul quale ricade il diritto di garanzia, ma necessario all' imprenditore per la prosecuzione della attività, attraverso il suo pagamento - nei limiti del valore del bene stesso - entro un anno dalla omologazione del piano.

La dottrina e la giurisprudenza (cfr. Cass. 31 ottobre 2016, n. 22045) che ammettono la possibilità di predisporre una proposta concordataria che preveda il pagamento dilazionato dei creditori prelazionari oltre l' anno, individuano quale misura imprescindibile di controbilanciamento la attribuzione del diritto di voto.

Pare di tutta evidenza come i principi sopra esposti debbano essere traslati anche nell' ambito della L. n. 3 del 2012; tuttavia il legislatore, in questo caso, ha imposto al debitore che depositi il piano del consumatore, la necessaria soddisfazione entro un anno dei creditori che vantino un diritto di prelazione su un bene non oggetto di cessione.

Non appare ipotizzabile che la locuzione "con continuazione dell' attività di impresa" sia riferita sia alla proposta di accordo, sia al piano del consumatore allorché il consumatore sia anche imprenditore (ovvero nelle ipotesi in cui le obbligazioni da soddisfarsi nel piano non siano riferibili all' attività di impresa svolta), poiché la disposizione è stata redatta chiaramente in senso opposto.

Si è consapevoli che la disposizione pone un limite rigido alle ragioni del consumatore, spesso focalizzate al mantenimento dell' immobile familiare; tuttavia il contenuto della disposizione è vincolante e solo

attraverso una modificazione legislativa è possibile immaginare un diverso contenuto del piano.

LA DURATA DEL PIANO

La L. n. 3 del 2012 - così come la legge fallimentare in relazione al concordato preventivo - non pone un limite temporale al piano del consumatore.

È, tuttavia, noto come la giurisprudenza di merito abbia pressoché unanimamente ravvisato un limite temporale di esecuzione del piano (individuato prevalentemente nel quinquennio) necessario per la ammissione e omologazione del concordato (si richiama la nota pronuncia a Sezioni Unite 1521/2013 la quale, nel definire la causa concreta del concordato, ha individuato quale elemento essenziale della risoluzione della crisi la ragionevolmente breve durata della esecuzione del piano per la soddisfazione effettiva integrale dei creditori ipotecari – salva la degradazione in caso di incapienza del bene liquidato – ed anche minimale dei creditori chirografari).

Ciò deriva anche dall'esigenza di effettivo rispetto del principio contenuto nell'art. 111 della Costituzione e valorizza il parametro rinvenibile nella L. n. 89 del 2011.

Le ragioni di prevedibilità della esecuzione del piano, nonché di ammissibilità del sacrificio dei diritti dei creditori, sono le stesse che inducono a ritenere mutuabile il medesimo limite implicito nell'ambito dell'accordo di ristrutturazione e nel piano del consumatore.

La formazione, per così dire, coattiva del piano del consumatore - ove i creditori non possono votare ed esprimere il proprio consenso o dissenso rispetto alla proposta del debitore - non può che irrigidire la posizione giuridica proposta, imponendo al Giudice di dichiarare inammissibile piani che eccedano la durata quinquennale.

D'altronde, la possibilità di derogare alla moratoria annuale ed alla durata quinquennale è attribuita al debitore attraverso la stipulazione di un accordo esterno al piano con il creditore ipotecario, così contemperandosi le esigenze contrapposte.

CONVENIENZA DEL PIANO

Resta esclusa la disamina della convenienza del piano predisposto dal ricorrente rispetto alla diversa soluzione liquidatoria.

L'organismo ha affermato che il valore del bene, come stimato in sede esecutiva e decurtato delle riduzioni del 25% ex art. 571 c.p.c.,

complessivamente pari ad Euro 30.429, sarebbe inferiore a quanto offerto dal ricorrente (pari ad Euro 35.000 oltre agli interessi).

Ora, pur essendo il vaglio del Giudice rimesso alla fase di opposizione del creditore ipotecario - fase esclusa dalla dichiarazione di inammissibilità per i profili sopra dedotti - si ritiene opportuno evidenziare come difetti nella attestazione la considerazione che la procedura liquidatoria - richiamata quale parametro di valutazione dall'art. 12 bis IV comma - di cui agli art. 14 ss. della L. n. 3 del 2012 non prevede affatto la riduzione dell'importo del valore di stima operata per prassi nelle esecuzioni, né la decurtazione derivante dalla applicazione dell'art. 571 del c.p.c. (essendo meramente eventuale la possibilità che il liquidatore intervenga e prosegua l'esecuzione promossa dal creditore), così manifestandosi evidenti dubbi sulla convenienza della soluzione prospettata dal debitore rispetto a quella liquidatoria; non considera nemmeno l'ipotesi di richiesta di assegnazione - che deve avvenire al prezzo di stima - da parte del creditore procedente o di terzi intervenuti, né l'eventuale convenienza del creditore di ottenere una somma di denaro inferiore, ma in termini ragionevolmente brevi - da reinvestire nel ciclo imprenditoriale - rispetto ad un pagamento dilazionato in 67 rate (da eseguirsi solo dopo il pagamento delle 17 rate mensili in favore dei creditori fiscali).

I profili dedotti - mancata previsione del pagamento integrale del creditore ipotecario nel termine di un anno e durata superiore ai 7 anni - determinano l'assenza di fattibilità giuridica del piano proposto da D.S. e non consentono un vaglio positivo.

P.Q.M.

rigetta il ricorso presentato da D.S.

NOTA (1)

Sommario: 1. Moratoria infrannuale per la soddisfazione dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca; 2. La durata del piano; 3. La convenienza del piano; 4. Conclusioni.

1. La disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento si inserisce nel processo di privatizzazione della composizione dello stato di insolvenza già presente nella legge fallimentare.

Con la Legge del 27 gennaio 2012, n. 3, modificata dal D.L. n. 179/2012, di poi convertito nella Legge n. 221/2012, il legislatore italiano ha introdotto una nuova procedura volontaria di ristrutturazione della crisi da sovraindebitamento destinata ai soggetti esclusi dall'ambito di applicazione delle procedure concorsuali.

La stessa contempla tre diversi istituti:

- a) l'accordo di ristrutturazione dei debiti;
- b) il piano del consumatore;
- c) la liquidazione del patrimonio.

L'accordo di ristrutturazione dei debiti è destinato a tutti i debitori non fallibili secondo i criteri di cui all'art. 1 L.F.; lo stesso può perfezionarsi se vi è il consenso dei creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.

Il piano del consumatore prevede la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei crediti futuri. Tale strumento è accessibile al consumatore in stato di sovraindebitamento, ex art. 6, comma 2°, lettera b), ossia al debitore persona fisica che abbia assunto obbligazioni esclusivamente per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, in possesso di specifici presupposti giuridici oggettivi e soggettivi.

Con la liquidazione del patrimonio, in alternativa alla proposta per la composizione della crisi, il debitore, in stato di sovraindebitamento e per il quale non ricorrono le condizioni di inammissibilità di cui all'articolo 7, comma 2, lettere a) e b), può chiedere la liquidazione di tutti i suoi beni.

La legge non esclude la possibilità per gli imprenditori che esercitino ancora attività d'impresa e che versino in stato di sovraindebitamento di proporre accordi al fine di estinguere i propri debiti: istituto questo mutuato dalla legge fallimentare che prevede all'art. 186 bis l'ipotesi del concordato preventivo in continuità d'impresa.

L'accordo proposto in continuità d'impresa ed il piano del consumatore risultano accomunati dal limite temporale di cui all'art. 8, comma 4.

Ed infatti, la richiamata disposizione prevede che «la proposta di accordo con continuazione dell'attività d'impresa e il piano del consumatore possono prevedere una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o

ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione».

Ciò precisato va detto che la moratoria può essere chiesta solo nei confronti dei soggetti il cui credito deve essere integralmente soddisfatto, in quanto muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che non sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione.

La ratio della norma, sulla scorta dell'ipotesi del concordato preventivo in continuità di azienda, è evidentemente quella di tutelare il creditore privilegiato, il quale privato del soddisfacimento del proprio diritto attraverso la cessione del bene sul quale ricade il diritto di garanzia, riscuote il pagamento del debito in un lasso di tempo ragionevole, ossia entro un anno dalla omologazione del piano e/o dell'accordo.

L'obiettivo della conservazione del bene accomuna sia il consumatore, che attraverso il piano tenta di conservare l'immobile familiare, che l'imprenditore in attività, che cerca di tutelare il bene strettamente necessario allo svolgimento dell'attività di azienda.

Ora, il problema che pone il limite temporale di cui alla richiamata disposizione è se il piano e/o l'accordo che preveda un più ampio arco temporale per il pagamento dei creditori privilegiati soddisfi comunque i requisiti della legge. Ciò in particolare nell'ipotesi del piano del consumatore, atteso che, come già rilevato, in tale ultimo caso non è prevista la fase del consenso dei creditori, ma solo il vaglio del Giudice.

Sul punto in giurisprudenza si sono registrate pronunce contrastanti.

Ed infatti, vi è chi ha ritenuto la possibilità di applicare una moratoria ultrannuale per il pagamento dei crediti muniti di privilegio, sia con riferimento al piano del consumatore che all'accordo di ristrutturazione in continuità d'impresa (Trib. Fermo 26 ottobre 2015; Trib. Mantova 29/05/2018) e chi, invece, come il Tribunale di Pescara, ha escluso la possibilità che il pagamento dei creditori privilegiati possa avvenire anche dopo la scadenza della moratoria annuale (Trib. Prato, 19 luglio 2017; Trib. La Spezia 13 giugno 2018; Trib. Napoli Nord 5 dicembre 2017; Trib. Rovigo, 13 dicembre 2016).

Una recente pronunzia della Suprema Corte ha chiarito che il termine di cui all'art. 8 ha natura sostanziale e non già processuale, con la conseguenza che l'applicazione della moratoria ultrannuale incide sulla struttura del rapporto obbligatorio condizionando la esigibilità e

l'adempimento della prestazione. Ne deriva che, in assenza di consenso espresso, non è possibile dilatare ulteriormente detto termine (cfr Cass. Civ. 23.02.2017 n° 4451).

Il ragionamento logico giuridico che sottende l'orientamento della Corte si fonda sui principi, consolidati nel tempo, della moratoria dei creditori muniti di cause di prelazione nell'ambito del concordato preventivo in continuità di azienda ex art. 186 bis, comma secondo, lettera c) della legge fallimentare nella parte in cui prevede che il piano di concordato con continuazione dell'attività di impresa può: «prevedere, una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca»; principi questi orientati alla tutela dei creditori privilegiati che, seppur soddisfatti non integralmente – benché in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione – riescano comunque a riscuotere il proprio credito in un lasso di tempo non superiore ad un anno.

Ora, se nell'ipotesi di accordo in continuità il limite di cui alla richiamata disposizione può essere superato attraverso il consenso del creditore, chiamato a votare ai fini della omologazione, il problema dell'ammissibilità della moratoria ultrannuale si pone nell'ipotesi del piano del consumatore, ove la fase di voto dei creditori non è prevista dalla legge.

La soluzione giunge dalla giurisprudenza di merito (cfr Trib. Rovigo 13.12.2016) la quale ha ritenuto di derogare alla moratoria annuale, nel piano del consumatore, attraverso la stipulazione di un accordo esterno al piano con il creditore ipotecario prima del deposito del ricorso presso il Tribunale: si tratta di un patto para concordatario avente ad oggetto la rateazione del debito privilegiato ultrannuale, ma in quanto esterno escluso dal piano e sottoposto al vaglio del tribunale solo per le ragioni anzidette cioè solo ai fini della derogabilità del limite di cui all'art. 8 e non già ai fini di una valutazione di corretto e puntuale adempimento.

Si osserva, da ultimo, che la norma in esame fissa il termine di un anno senza indicarne la decorrenza, nulla disponendo sulla debenza o meno degli interessi nel predetto periodo; non è fuori luogo pensare che la moratoria decorra dalla data di omologazione e che la stessa comporti la sospensione della decorrenza degli interessi.

2. *In assenza di un univoco dato normativo che stabilisca in maniera chiara il perimetro temporale nel quale si debbono snodare le procedure di sovraindebitamento non può che supplire la interpretazione giurisprudenziale che, muovendosi nel tracciato dei principi di rango costituzionale, presuppone il bilanciamento di contrapposti interessi quali la ragionevole durata dei procedimenti e la effettività della tutela giurisdizionale.*

Al riguardo si fronteggiano due diversi orientamenti, il primo che, nell'ammettere procedure di sovraindebitamento di durata anche assai rilevante, non ha mancato di sottolineare la ratio della legge 3/2012, dando maggiore rilievo al principio di effettività della tutela giurisdizionale dei diritti del consumatore sovraindebitato, il secondo che ha inteso individuare il limite di siffatta tutela nell'ancora più generale (in quanto involgente un interesse collettivo) principio della ragionevole durata delle procedure giudiziarie.

Ciò precisato, di sicuro ausilio interpretativo è la disciplina aziendalistica e la giurisprudenza formatasi sul concordato preventivo di cui la procedura di sovraindebitamento è di fatto un'emanazione (cfr. art. 6, comma 1).

È noto che la giurisprudenza di merito, soprattutto in passato, ha subordinato in modo pressoché unanime tanto l'ammissione quanto l'omologazione del concordato al rispetto di un limite temporale di esecuzione del piano, di norma individuato in cinque anni (ex multis: Trib. Avezzano 22 ottobre 2014). Tra le altre anche la Corte di cassazione, con la sentenza numero 1521/2013 resa a Sezioni Unite, ha affermato che la risoluzione della crisi tramite concordato ha come elemento essenziale la ragionevole durata della sua esecuzione, anche in ragione del principio previsto dall'art. 111 Cost. e dei parametri di cui all'art. 2, comma 2 bis, della L. n.89/2011 (Legge Pinto).

Da qui, stante le numerose affinità tra i due istituti, desumibili, a mero titolo esemplificativo, dalle previsioni inerenti alla limitata degradabilità dei crediti privilegiati ex art. 7 e la possibilità della moratoria sino ad un anno per il pagamento dei medesimi ex art. 8 l.3/2012, si ritiene l'applicabilità in via analogica del medesimo limite temporale agli accordi di ristrutturazione ex L. n.3/2012. (Cfr. Trib. di Rovigo decr. del 13.12.2016, Trib. di Ravenna decr. del 10.03.2017 e Trib. di Civitavecchia ord. del 24.1.2017).

Vero è che la formazione “coattiva” del piano del consumatore – in quanto determina una imposizione giudiziale ai creditori, che non possono votare ed esprimere il proprio consenso o dissenso rispetto alla proposta del debitore – ed il cui sindacato è limitato, nella ipotesi di mancata alienazione del bene sul quale grava il diritto di prelazione, alla convenienza economica del piano rispetto alla fase liquidatoria, non può che irrigidire la posizione giuridica proposta, così imponendo al Giudice di dichiarare inammissibili, per infattibilità giuridica, piani che eccedano la durata quinquennale.

L’esigenza di matrice comunitaria di tutelare l’impresa ed il consumatore attraverso strumenti di risoluzione della crisi o dello stato di sovraindebitamento non può, infatti, “avallare una lettura normativa che abbia quale faro esclusivo la tutela del debitore, dovendosi riconoscere anche la tutela del creditore pena lo stravolgimento – ed in ultima analisi, il pericolo di tracollo – del sistema economico”.

Si consideri, tralaltro, che la durata quinquennale del piano è derogabile in caso di stipulazione di un accordo col creditore esterno, in tal modo contemperandosi le contrapposte esigenze (v. Trib. di Rovigo 24.5.2016 e Trib. di Padova 24.5.2016).

Ciò precisato, al fine di una corretta valutazione dei contrapposti interessi delle parti coinvolte, quali quelli del “consumatore” proponente il piano e quelli dei “creditori” destinatari dello stesso, si ravvisa comunque la necessità di una ponderata valutazione di ogni singola fattispecie nella sua specificità in un’ottica di lettura aderente alla ratio della L. n.3/2012 (cd. normativa salva suicidi), quale quella di risoluzione della crisi o dello stato di sovraindebitamento; non può, infatti, ignorarsi la finalità sociale della L. 3/2012 che è quella di consentire ai debitori-consumatori non fallibili di uscire dalla crisi ricollocandoli nella economia “pulita” e non facendoli precipitare nell’economia sommersa e nell’usura (per tutte: Trib. di Catania decr. del 27.04.2016; decr. del 17.05.2016, decr. del 24.05.2016; decr. del 12.07.2016; decr. del 15.09.2016; Trib. di Cuneo decr. del 03.03.2018, Trib. di Livorno decr. dell’8.11.2017, Trib. di Santa Maria Capua Vetere ord. 14.02.2017, Trib. di Napoli ord. 14.11.2017, Trib. di Napoli ord. del 11.01.2018, Trib. di Varese ord. 19.07.2016, Trib. di Pistoia ord. 27.12.2013).

3. La "convenienza economica" del piano è data dall'utilità che ne deriva ai creditori rispetto ad alternative concretamente praticabili quali la liquidazione dei beni di proprietà del debitore, con la sola eccezione di quanto al medesimo necessario per vivere, nei termini stabiliti dal giudice.

Sulla stessa è chiamato ad esprimersi preliminarmente l'O.C.C. (Organismo di composizione della crisi) nella propria relazione particolareggiata da allegarsi alla proposta di piano, ex art. 9, comma 3 bis, L. n. 3/2012. I creditori privilegiati che, come anticipato, non hanno diritto di voto, possono poi svolgere proprie osservazioni e contestazioni in merito, all'esito delle quali sarà chiamato ad esprimersi lo stesso Giudice, statuendone l'omologa solo se ritiene che il credito possa essere soddisfatto dall'esecuzione del piano in misura non inferiore all'alternativa liquidatoria.

È bene precisare che la procedura liquidatoria - quale parametro di valutazione richiamato dall'art. 12 bis IV comma - di cui agli art. 14 ss. della l.n. 3/2012, non prevede la riduzione dell'importo del valore di stima operata per prassi nelle esecuzioni, né la decurtazione derivante dalla applicazione dell'art. 571 del c.p.c., essendo meramente eventuale la possibilità che il liquidatore intervenga e prosegua l'esecuzione promossa dal creditore.

Fermi detti precetti, in un'ottica valutativa, andrà considerata anche l'ipotesi di una eventuale richiesta di assegnazione del bene - al prezzo di stima - da parte del creditore procedente o di terzi intervenuti, così come l'eventuale convenienza del creditore all'ottenimento di una somma di denaro inferiore, ma in termini ragionevolmente brevi - da reinvestire nel ciclo imprenditoriale - rispetto ad un pagamento dilazionato sì come proposto dal debitore nel piano.

Non sono mancate statuizioni che, nella medesima finalità, hanno altresì ritenuto fatti notoriamente apprezzabili in termini statistici, comunque in grado di condizionare la fase liquidatoria del bene, quali la "stagnazione" del mercato immobiliare, le difficoltà di conseguire prezzi di vendita congrui in tempi accettabili e, non ultima, la possibilità che, nell'ipotesi di liquidazione dell'unico immobile di proprietà del sovraindebitato (dimora familiare) le risorse dello stesso sarebbero state penalizzate dall'esigenza di affittare un'abitazione con evidente decremento di quelle disponibili per i creditori.

Ed ancora, con specifico riferimento alla liquidazione del bene nell'ambito di una procedura esecutiva, in caso di allocazione sul mercato dell'immobile non al primo esperimento di vendita, ma, secondo il dato statistico medio, nei successivi esperimenti di vendita, la possibilità che il valore di realizzo dell'immobile, fino a circa il 50% del valore di stima, al netto delle spese procedurali, sia il più delle volte insufficiente a garantire il soddisfacimento del credito.

4. In conclusione, in attesa di una modifica sostanziale che cerchi di delimitare con precisione i contorni di un imprescindibile istituto per il superamento della crisi economica individuale, in un ottica di tutela delle contrapposte esigenze dei debitori e dei creditori, spetta al Giudice il compito di ricostruire omogeneamente gli istituti, rimanendo nel perimetro della legge.

Alessio Ritucci

Giurisprudenza penale

I

Tribunale di Lanciano - Sent. 17.7.2014 - Est. Marino - Imp. S.

Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici (artt. 476 - 479 c.p.) - Contestazione in fatto della natura fidefaciente dell'atto considerato falso - Principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.)

Il giudice può riqualificare il fatto, contestato come violazione degli artt. 476, comma 1, e 479 c.p., nella fattispecie aggravata di cui agli artt. 476, comma 2, e 479 c.p. (1)

[omissis]

Il fatto oggetto del processo deve ritenersi assolutamente pacifico alla luce della compiuta istruttoria dibattimentale, poiché è certo che [omissis], presentatore ex art. 2 legge n. 304973 di cui si avvalse il notaio C. D. M. che provvide ad elevare il protesto di tre titoli cambiari emessi da M. in favore di A., attestò di essersi portata presso il domicilio del creditore e di avere colà raccolto le dichiarazioni del di lui coniuge, che asseriva che il titolo non poteva essere onorato.

Ora, è pacifico che la S. non si recò mai presso il domicilio di P. né ebbe alcun colloquio con la moglie di quest'ultimo, ma si limitò a telefonare ad un numero fornito dal creditore ed a colloquiare con la persona che rispose alla chiamata. È stata la stessa imputata ad ammettere la circostanza con una dichiarazione scritta consegnata al notaio D. M., acquisita in copia agli atti e mai smentita dalla diretta

interessata. Le stesse dichiarazioni ha reso l'imputata alla persona offesa nell'occasione in cui quest'ultimo le aveva contestato di non aver mai ricevuto la richiesta di pagamento dei titoli cambiari in questione, nonché al notaio D. M., che le aveva contestato la stessa circostanza.

Ora, considerato che alla formazione dell'atto di protesto concorre anche l'autonoma attestazione del presentatore circa le dichiarazioni rese dal debitore, deve conseguentemente ritenersi che l'attività personalmente compiuta dal presentatore rivesta una rilevanza autonoma nell'ambito di un atto pubblico di fede privilegiata, ciò configurando il reato di cui all'art. 479 c.p. con riferimento all'art. 476 comma II c.p. (e non comma I come erroneamente indicato nella rubrica).

La falsa dichiarazione posta in essere dall'imputata non può ritenersi nemmeno determinata dall'inganno di R. il quale (secondo la già citata dichiarazione scritta proveniente dalla S. ed acquisita in atti) le fornì il numero telefonico da chiamare per contattare il debitore del titolo, costituendo precipuo ed ineludibile obbligo del presentatore interpellare direttamente e personalmente il debitore presso il suo domicilio, dando conto di tale attività nell'attestazione da lui compiuta nell'atto di protesto.

Né potrebbe escludersi l'elemento soggettivo del reato ascritto alla [omissis] in quanto si tratterebbe di un comportamento colposo dovuto a leggerezza: nel caso di specie l'imputata ha consapevolmente redatto una falsa dichiarazione nella parte in cui attestava di aver compiuto un'attività mai posta in essere e tale dichiarazione e ideologicamente falsa proprio perché attesta l'avvenuta esecuzione delle formalità previste dalla legge come presupposto per l'elevazione del protesto.

Di qui la declaratoria di penale responsabilità dell'imputata per il reato a lei ascritto in rubrica, diversamente qualificato come il delitto previsto dall'art. 479 c.p. con riferimento all'art. 476 comma II c.p., e la sua condanna ad una pena che, tenuto conto dell'incensuratezza dell'imputata, può essere determinata nel minimo edittale di anni tre di reclusione. Alla pronuncia consegue anche la pena accessoria interdittiva prevista dalla legge.

[omissis]

II

Corte d'Appello di L'Aquila - Sent. 6.4.2016 - Pres. Cirillo - Est. Flaminio - Imp. S.

Falsità ideologica commessa da pubblico ufficiale in atti pubblici (artt. 476 - 479 c.p.) - Contestazione in fatto della natura fidefaciente dell'atto considerato falso - Principio di correlazione tra accusa e sentenza (art. 521 c.p.p.)

Non sussiste la violazione dell'art. 521 c.p.p., e quindi del principio di correlazione, ove nella rubrica redatta dal pubblico ministero si faccia riferimento all'ipotesi di reato di cui agli artt. 476, comma 1, e 479 c.p. ed il giudice dichiara invece l'imputato colpevole del delitto nella forma aggravata ai sensi degli artt. 476, comma 2, e 479 c.p., in quanto ciò che rileva ai fini dell'individuazione dell'idem factum non è l'indicazione delle norme di legge violate, bensì, la descrizione del fatto. (2)

[omissis]

Quanto al primo motivo di gravame, se ne deve rilevare la manifesta infondatezza.

Innanzitutto, è del tutto priva di significato, ai fini della valutazione in ordine alla dedotta violazione del principio di correlazione tra accusa e sentenza, la circostanza che nella rubrica redatta dal Pubblico Ministero si faccia riferimento all'ipotesi di reato di cui all'art. 476, comma 1, c.p., in quanto è assolutamente pacifico in giurisprudenza che ciò che rileva non è l'indicazione delle norme di legge violate, ma, bensì, la descrizione del fatto. E, nel caso di specie, al di là delle capziose divagazioni della difesa sulla locuzione "ricevendo un atto", contenuta nel capo d'imputazione, era di chiarissima comprensione il fatto dal quale la S. avrebbe dovuto difendersi, consistente nell'aver ella "attestato falsamente di essersi recata nel luogo e nel domicilio indicati negli effetti cambiari, nonché di avere preceduto alle ricerche del debitore". Attività di falsa attestazione compiuta con riferimento agli effetti cambiari analiticamente indicati in rubrica. Del resto, basta scorrere le pagine dell'incarto processuale per rendersi conto che l'imputata, sin da

subito, si difese da questa contestazione, relativa alla propria attività di presentatrice di cambiali.

[omissis]

NOTA REDAZIONALE (1) (2)

Il principio affermato dal Tribunale di Lanciano, prima, e dalla Corte d'Appello di L'Aquila, poi, in seno al medesimo procedimento a carico di S.A., afferisce all'eventuale violazione del diritto di difesa nell'ipotesi in cui il giudice rilevi in sentenza la fidefacienza dell'atto asseritamente falsificato, così riqualificando il fatto nella fattispecie aggravata di cui all'art. 476, co. 2, c.p. (per come richiamato, nell'ipotesi di falsità ideologica, dall'art. 479 c.p.).

Sul punto la giurisprudenza ha registrato un contrasto, la cui soluzione è stata di recente rimessa, proprio in seno al procedimento definito nei gradi di merito dalle sentenze in commento, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. pen., ord. 4.12.2018, n. 3274, Pres. Vessichelli, Est. Scarlini, che ha rimesso il seguente quesito: «se possa essere ritenuta in sentenza, dal giudice, la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico, ai sensi dell'art. 476, comma secondo, cod. pen., qualora la natura fidefaciente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente contestata ed esposta nel capo di imputazione»).

Da un lato, infatti, si è sostenuto che l'aggravante de qua possa essere validamente contestata dal pubblico ministero «in fatto», e cioè nella descrizione del fatto operata nel capo di imputazione, anche mediante riferimento al tipo di atto considerato falso. E ciò in virtù dell'interpretazione teleologica del principio di correlazione tra accusa e sentenza, per cui la contestazione «in fatto» pone la difesa nella condizione di prevedere la finale operazione sussuntiva del giudice, e quindi di articolare la strategia difensiva anche alla luce di tale possibile epilogo decisorio.

Dall'altro, invece, si è affermato che la mancata esplicitazione nel capo di imputazione della natura fidefaciente dell'atto non consenta al giudice di ritenere integrata la corrispondente fattispecie aggravata: l'esplicazione del principio iura novit curia in tali ipotesi, infatti, determinerebbe una violazione del diritto di difesa e del diritto dell'im-

putato a conoscere gli esatti termini, anche in punto di quaestio iuris, dell'accusa, sulla scia di quanto stabilito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo (sent. 11.12.2017, Drassich c. Italia).

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono di recente pronunciate (Cass., Sez. un., u.p. 18 aprile 2019, Pres. Carcano, Rel. Zaza, ric. Sorge) e, secondo l'informazione provvisoria diffusa dalla Suprema Corte, al quesito «se il giudice possa ritenere in sentenza la fattispecie aggravata del reato di falso in atto pubblico ex art. 476, comma secondo, cod. pen. qualora la natura fidefaciente dell'atto considerato falso non sia stata esplicitamente indicata nel capo d'imputazione» è stata data risposta «negativa».

La deliberazione è stata assunta sulle conclusioni conformi del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione.

Tribunale di Pescara - Ord. 20.12.2018 - G.I.P. Colantonio - Ind. O.

Falsità materiale commessa da privato in atti pubblici (artt. 476 - 482 c.p.) - Riproduzione fotostatica di atti inesistenti - Sussistenza del reato

In tema di falsità materiale, integra il reato di cui agli artt. 476 e 482 c.p. la formazione di un atto presentato come la riproduzione fotostatica di un documento originale, in realtà inesistente, del quale si intenda artificialmente attestare l'esistenza ed i connessi effetti probatori (1).

[omissis]

Preso atto che la querelante allegava che l'indagato le aveva consegnato, oltre alla copia di un verbale di conciliazione, anche fotocopie di atto di citazione in sede civile, di comparsa di costituzione e risposta, di atto di notifica degli Ufficiali e di verbali di udienza apparentemente sottoscritti da un Giudice;

Ritenuto che i verbali di udienza hanno a pieno titolo natura di atti pubblici; che parimenti natura di atto pubblico, o quantomeno di certificazione pubblica, hanno gli atti di notifica sottoscritti dagli Ufficiali Giudiziari, le certificazioni di deposito dei Cancellieri e gli atti di autentica delle firme dei clienti apposte dai difensori;

Ritenuto, di conseguenza, che le relative falsificazioni trovano sanzione negli artt. 476, 480 e 482 cp;

Ritenuto che, in tema di falsità materiale, integra il reato di cui agli artt. 476 e 482 cp la formazione di un atto presentato come la riproduzione fotostatica di un documento originale, in realtà inesistente, del quale si intenda artificialmente attestare l'esistenza ed i connessi effetti probatori (Cfr. Cass. nn. 33858/18; 54521/18; 8870/144651/17);

[omissis]

NOTA REDAZIONALE (1)

Il principio affermato dal G.I.P. presso il Tribunale di Pescara, presente anche nella Giurisprudenza di legittimità, è stato di recente smentito

to dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, che hanno preferito il diverso e maggioritario orientamento secondo cui «La formazione della copia di un atto inesistente non integra il reato di falsità materiale, salvo che la copia assuma l'apparenza di un atto originale» (Cass. pen., Sezioni Unite, u.p. 28.3.2019, pronunciate a seguito dell'ordinanza di rimessione Cass. pen., Sez. V, ord. n. 54689/2018).

I

Tribunale di Chieti - Sent. 18.4.2017 - Pres. Spiniello - Est. Di Bernardino - Imp. M. + 2

Principio di immutabilità del giudice (art. 525, co. 2, c.p.p.) - Violazione - Limiti

È manifestamente infondata l'eccezione di nullità degli atti del procedimento, sollevata con riferimento all'art. 525 c.p.p., nell'ipotesi in cui il mutamento della composizione del Tribunale avvenga nelle more tra l'udienza in cui sono stati ammessi i mezzi di prova e quelle successive in cui è stata compiuta l'istruzione dibattimentale, in quanto il principio di immutabilità del giudice esige soltanto che a decidere sia lo stesso giudice che ha presieduto all'istruttoria.

Deve intendersi che le parti abbiano prestato il consenso, seppure implicito, alla lettura degli atti già assunti dinanzi a diverso giudice nell'ipotesi in cui le medesime parti, presenti, non si siano opposte né abbiano esplicitamente richiesto di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. (1)

[omissis]

Il difensore ha sollevato infine (sempre e solo in sede di discussione) la questione del mutamento della composizione del Tribunale nelle more tra la prima udienza, ove, dichiarato aperto il dibattimento, furono ammessi i mezzi di prova e fu disposto il rinvio per gli esami testimoniali, e quelle successive, con conseguente vulnerazione del principio ricavabile dall'art. 525 c.p.p. e nullità degli atti.

L'eccezione è manifestamente infondata.

Anzitutto, è noto che non sussiste la nullità della sentenza qualora la prove siano valutate da un collegio in composizione diversa da quello davanti al quale le stesse siano state acquisite e le parti presenti non si siano opposte né abbiano esplicitamente richiesto di procedere alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale, come accaduto nella specie, in quanto, in tal caso, si deve intendere che esse abbiano prestato consenso, sia pure implicitamente, alla lettura degli atti suddetti (v. Cass. Sez. V 9 marzo 2015 n. 14227).

Ad ogni buon conto, dinanzi al collegio composto da un giudice a latere poi mutato non si è tenuta alcuna attività istruttoria tale da dover essere ripetuta nel rispetto del principio di immediatezza, bensì alla formazione della prova hanno partecipato gli stessi tre giudici.

Ed infatti, va rammentato, in proposito, che non sussiste alcuna violazione del principio di immutabilità del giudice, qualora, successivamente al provvedimento di ammissione delle prove ma prima dell'inizio dell'istruttoria dibattimentale, muti l'organo giudicante, in assenza di obiezione o esplicita richiesta delle parti di rivisitazione dell'ordinanza ex art. 495 c.p.p. (Cass. Sez. VI 16 aprile 2013 n. 18615, nella cui motivazione la Corte ha precisato che il principio di immutabilità, funzionale al rispetto dei principi di oralità ed immediatezza, esige soltanto che a decidere sia lo stesso giudice che ha presieduto all'istruttoria).

[omissis]

II

Corte d'Appello di L'Aquila - Sent. 4.5.2019 - Pres. Manfredi - Est. Scioli - Imp. M. + 2

Principio di immutabilità del giudice (art. 525, co. 2, c.p.p.) - Violazione - Nullità

La sentenza emessa dal Tribunale in composizione diversa da quella avuta all'udienza in cui è stata emessa l'ordinanza di ammissione delle prove è nulla per violazione del principio di immutabilità del giudice, sancito dall'art. 525, comma 2, c.p.p.

Tale nullità è assoluta, e non rileva quindi il comportamento eventualmente acquiescente delle parti processuali, non trovando applicazione gli art. 182 e 183 c.p.p. (2)

[omissis]

Il Tribunale ha affermato la penale responsabilità degli imputati, valorizzando le deposizioni testimoniali e le intercettazioni telefoniche. Avverso tale sentenza hanno proposto appello gli imputati, a mezzo dei propri difensori.

Preliminarmente hanno eccepito la nullità della sentenza per violazione del principio di immutabilità del giudice, sancito dall'art. 525, comma 2, c.p.p. Hanno infatti rilevato che la dichiarazione di apertura del dibattimento e l'ordinanza di ammissione dei mezzi di prova sono state pronunciate da un collegio diverso da quello dinanzi al quale sono state poi assunte le prove ammesse.

[*omissis*]

Il mutamento della composizione dell'organo collegiale, pacificamente riconosciuto dal giudice di primo grado, emerge dalla lettura dei verbali d'udienza. I mezzi istruttori furono ammessi all'udienza del 4/10/16 dal Tribunale in composizione collegiale, composto dai giudici Spiniello, Allieri e Di Berardino. La successiva assunzione dei mezzi di prova avvenne davanti ad un collegio diversamente composto (la dott.ssa Ribaldo sostituì la dott.ssa Allieri). L'art. 525, comma 2, c.p.p. sancisce che alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al "dibattimento". La disposizione sancisce il principio di immutabilità del giudice durante tutto il dibattimento.

L'inequivoco dato letterale non consente, ad avviso della Corte, di introdurre la distinzione tra ammissione delle prove e successiva assunzione delle stesse, restringendo la portata della disposizione processuale alla sola istruzione dibattimentale (artt. 496 e ss. c.p.p.). L'ordinanza ammissiva delle prove appartiene a pieno titolo alla fase dibattimentale, in quanto segue logicamente e cronologicamente la dichiarazione di apertura del dibattimento, ex art. 492 c.p.p. Del resto, il provvedimento ex art. 495 c.p.p. è prodromico all'istruzione e pertanto ne condiziona gli sviluppi. Verrebbe perciò violato il principio di immediatezza qualora la decisione del processo venisse affidata ad un giudice diverso da quello che ha valutato le richieste istruttorie. In questo senso è intervenuta una recente sentenza della Suprema Corte (Sez. 4, Sentenza n. 48765 del 15/07/2016) secondo cui "il principio di immutabilità del giudice, sancito dall'art. 525, comma secondo, cod. proc. pen., riguarda l'effettivo svolgimento dell'intera attività dibattimentale, e, in particolare, le acquisizioni probatorie, restandone esclusa l'attività relativa a provvedimenti ordinatori miranti solo all'ordinato svolgimento del processo. Ne consegue che il giudice il quale decide sulla richiesta delle prove, ammettendole o negandone

l'ammissione, non può non essere lo stesso che delibera la sentenza. (Fattispecie in cui la Corte ha annullato la sentenza emessa senza procedere alla rinnovazione e nonostante l'opposizione della difesa, all'esito di un dibattimento, in cui il Collegio che aveva raccolto le conclusioni dei periti era mutato nella sua composizione rispetto a quello che aveva ammesso la prova, disposto la perizia e conferito l'incarico). Nella sentenza richiamata si osserva che l'art. 525 co. 2 c.p.p. "riguarda lo svolgimento dell'intera attività dibattimentale ed in particolare le acquisizioni probatorie, la risoluzione di eventuali questioni incidentali, la decisione di questioni interinali aventi specifica incidenza sui fatti da giudicare, sì da restarne esclusa solo l'adozione di provvedimenti ordinatori intesi ad assicurare l'ordinato svolgimento del processo, sforniti come tali di alcuna effettiva valenza in ordine all'adozione della decisione nel merito, come ad esempio i provvedimenti collegiali di sospensione o di rinvio del dibattimento" (cfr. Sez. 4 n. 8411 dell'8/5/1996, Buscioni, Rv. 206456; Sez. I n. 35669 del 17/1/2003, Prinziavalli, Rv. 226066; Sez. I, n. 9769/2014, n.m.).

Di conseguenza, secondo tale orientamento, il giudice che decide sulla richiesta delle prove, ammettendole o negandone l'ammissione, non può che essere il medesimo che andrà poi a deliberare la sentenza. Il giudice di legittimità esclude che possa interpretarsi restrittivamente la nozione di dibattimento, a cui l'art. 525, comma 2, c.p.p. collega il principio di immutabilità del giudice. La violazione dell'art. 525, comma 2, c.p.p. comporta una nullità assoluta, perciò insuscettibile di sanatoria. Anche in questo caso è univoco il dato letterale della richiamata disposizione. Trattandosi di nullità assoluta, è irrilevante il comportamento eventualmente acquiescente delle parti processuali, non trovando applicazione gli artt. 182 e 183 c.p.p.

Va pertanto dichiarata la nullità della sentenza del Tribunale collegiale di Chieti, cui vanno rinviati gli atti ai sensi dell'art. 604, comma 4, c.p.p.

In relazione all'istanza di revoca delle misure cautelari, devono ritenersi cessate le esigenze cautelari in ragione del lungo lasso di tempo trascorso dall'inizio della loro esecuzione, anche tenendo conto dell'imminente termine di scadenza. Vanno conseguentemente revocate, con remissione in libertà degli imputati.

[omissis]

NOTA REDAZIONALE (1) (2)

Le due sentenze, rese nel medesimo procedimento, si pongono ai punti estremi del contrasto sorto in seno alla giurisprudenza, anche di legittimità, in ordine alla corretta esegesi dell'art. 525, co. 2, c.p.p. («Alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento»).

Contrasto che involge due diverse questioni interpretative, rimesse di recente all'esame delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione dalla Sezione Quinta, alla quale era stato assegnato il ricorso del Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di L'Aquila proprio avverso la sentenza di secondo grado in commento (Cass. pen., Sez. V, ord. 15.1.2019, n. 2977, Pres. Paoloni, Est. Aprile):

- *«se il principio di immutabilità del giudice, sancito dall'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., riguarda l'effettivo svolgimento dell'intera fase successiva alla dichiarazione di apertura del dibattimento, comprensiva anche del momento della formulazione delle richieste delle prove e/o di quello dell'adozione della relativa ordinanza di ammissione, oppure è principio che inerisce solo alla fase dibattimentale dell'assunzione delle prove dichiarative»;*
- *«se per il rispetto del principio di immutabilità del giudice, sancito all'art. 525, comma 2, cod. proc. pen., in caso di mutamento della composizione del giudice dopo l'assunzione delle prove dichiarative, è sufficiente solo accertare che le parti non si siano opposte alla lettura delle dichiarazioni raccolte nel precedente dibattimento oppure occorre verificare la presenza di ulteriori circostanze processuali che rendano univoco il comportamento omissivo degli interessati».*

All'esito della pubblica udienza del 30.5.2019, le Sezioni Unite, su conclusioni parzialmente conformi del Procuratore Generale, hanno affermato i seguenti principi di diritto:

- *«per il principio di immutabilità di cui all'art. 525 c.p.p. il giudice che procede alla deliberazione finale deve essere lo stesso che ha disposto l'ammissione della prova; non di meno, i provvedimenti in tema di ammissione della prova si intendono confermati se non espressamente modificati o revocati»;*

- *«a seguito della rinnovazione del dibattimento il consenso delle parti alla lettura ex art. 511 c.p.p. degli atti assunti dal collegio in diversa composizione non è necessario quando la ripetizione dell'esame, già svolto dinanzi al giudice diversamente composto, non abbia avuto luogo in mancanza di richiesta della parte che ne aveva domandato l'ammissione oppure perché non ammessa o non più possibile».*

Tribunale di L'Aquila - Ord. 9.4.2019 - Pres. Ilari.

Mancato deposito di tutti i risultati delle operazioni di intercettazione - Diritto di difesa (lesione del) - Nullità dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. e degli atti successivi

La mancata ostensione di tutti i risultati delle operazioni di intercettazione costituisce una lesione del diritto di difesa, sanzionata ai sensi del combinato disposto degli artt. 178 lett. C e 180 c.p.p., e determina la nullità (di ordine generale a regime intermedio, rilevabile, anche di ufficio, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado) dell'avviso di cui all'art. 415 bis c.p.p., e di tutti gli atti successivi, compreso il decreto che dispone il giudizio.

Il Tribunale, sull'eccezione della difesa di nullità dell'avviso di cui all'art. 415 bis c.p.p. e di tutti gli atti successivi, compreso il decreto che dispone il giudizio per violazione del diritto di difesa; sentito il P.M., che ha condiviso la richiesta difensiva e chiesto la restituzione degli atti al suo ufficio; osserva:

occorre premettere che, a seguito dell'audizione all'odierna udienza del perito informatico nominato da questo Tribunale, è emerso che non tutte le conversazioni intercettate sono state oggetto di deposito ai sensi dell'art. 268 comma 5 e 415 bis c.p.p. ossia, che vi è stata una ostensione solo parziale dei risultati delle indagini con riferimento in particolare alle operazioni di captazione.

Peraltro, di una di tali conversazioni, il P.M. ha chiesto anche la trascrizione.

Sulla scorta di tale emergenza, la difesa degli imputati ha eccepito la lesione del diritto di difesa e dunque la nullità non solo dell'avviso di conclusione indagini, ma di tutti gli atti successivi.

Osserva il collegio che la questione di fatto (l'omessa ostensione di tutti i risultati delle operazioni di intercettazione) è emersa con chiarezza all'esito dell'esame del perito ed è pacifica.

Tale mancata ostensione costituisce, a parere del collegio, una lesione del diritto di difesa, sanzionata, ai sensi del combinato disposto degli artt. 178 lett. C e 180 c.p.p., ossia una nullità di ordine generale a regime intermedio, rilevabile, anche di ufficio, sino alla pronuncia della sentenza di primo grado.

Invero, il mancato deposito di tutto il compendio intercettativo “incide sul diritto di difesa, nella misura in cui impedisce all’indagato di esercitare i diritti correlati alla notifica dell’avviso di conclusione delle indagini preliminari”; né può ritenersi che si tratti di mera inutilizzabilità (nella specie, dei risultati delle intercettazioni) in quanto “la categoria dell’inutilizzabilità non si presta ad essere utilizzata per sanzionare la violazione del diritto di difesa discendente dall’incisione delle prerogative difensive correlate ad una determinata fase processuale” (cfr. Cass. Sez II n. 20125/2018).

Alla stregua di tali considerazioni, si impone pertanto l’accoglimento dell’eccezione e, dunque, la dichiarazione di nullità dell’avviso di cui all’art. 415 bis c.p.p., ai sensi degli artt. 178 e 180 c.p.p., e di tutti gli atti successivi, ivi compreso il decreto che dispone il giudizio;

[omissis]

Tribunale di Chieti - Ord. 16.4.2019 - Pres. Campi - Imp. A. + 30

Sospensione disciplinare del difensore - Impedimento temporaneo - Sostituzione con difensore d’ufficio (art. 97, co. 4, c.p.p.)

La sospensione disciplinare del difensore di fiducia dell’imputato integra un’ipotesi di impedimento temporaneo del medesimo ad espletare la propria attività, sicché non è necessario effettuare la nomina di un difensore d’ufficio ai sensi dell’art. 97, co. 1, c.p.p., ma è sufficiente che quest’ultimo sia nominato ai sensi dell’art. 97, co. 4, c.p.p. Da ciò consegue che il difensore così nominato non possa chiedere un termine a difesa.

[omissis]

Quanto poi alla nomina di sostituto dell’Avv. L. S. per gli imputati S. E. e S. L., conferma che trattasi di impedimento temporaneo in conseguenza di provvedimento disciplinare che va gestito ai sensi dell’art. 97, 4° comma, c.p.p., ciò anche alla luce della sentenza numero 36176/2014 della Corte Suprema di Cassazione, VI Sezione Penale

Conferma la nomina nei termini detti e dispone procedersi oltre.

Tribunale di Pescara - Sent. 8.4.2019 - Est. Angelozzi - Imp. R.

Riqualificazione del fatto di competenza del tribunale in un reato di competenza del giudice di pace - Incompetenza (limiti)

Il tribunale non deve dichiarare la propria incompetenza per materia con trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 274/2000, nell'ipotesi in cui riqualifichi il fatto in un reato di competenza del giudice di pace a seguito di acquisizioni sopravvenute. (1)

[omissis]

Il Tribunale dà atto che la querela era stata espressamente rimessa (cfr. rimessione in atti) e che la rimessione è stata accettata dall'imputato espressamente. Il Tribunale dà inoltre atto della circostanza che, con il consenso delle parti, sono state acquisite le dichiarazioni rese dalle persone offese nelle quali le stesse precisano che, data l'ora notturna, il tirapugni che in denuncia avevano detto essere stato utilizzato al loro indirizzo in realtà poteva essere costituito da un mazzo di chiavi. La procedibilità del delitto in esame è stata modificata con d.lgs. 10.4.2018, n. 36, in tema di modifica del regime di procedibilità per alcuni reati contro la persona e contro il patrimonio. Il delitto di minaccia rimane quindi procedibile a querela di parte nell'ipotesi base e diventa procedibile a querela nella ipotesi di minaccia grave, risultando procedibile d'ufficio nella sola ipotesi aggravata della minaccia grave commessa nei modi indicati dall'art. 339 c.p. laddove, ai sensi dell'art. 623 ter c.p. ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale.

Pertanto, nel caso in esame, risultando non integrato — secondo le dichiarazioni delle persone offese — l'elemento di cui all'art. 339 c.p., va emessa sentenza di non doversi procedere perché il reato è estinto per rimessione di querela.

[omissis]

NOTA REDAZIONALE (1)

La sentenza del Tribunale di Pescara è conforme a quanto di recente statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, alla

questione «se il giudice a seguito della riqualificazione del fatto, originariamente contestato, in un reato di competenza del giudice di pace, debba dichiarare la propria incompetenza per materia e disporre la trasmissione degli atti al pubblico ministero, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274», hanno dato risposta «affermativa, salva l'ipotesi in cui il giudice riqualifichi il fatto nel corso del processo a seguito di acquisizione sopravvenute» (così l'informazione provvisoria, Cass. pen., Sezioni Unite, u.p. 27.9.2018).

Giurisprudenza amministrativa

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila - Sentenza del 20 giugno 2018 n. 325 - Pres. Amicuzzi - Est. Colagrande

Concessione sfruttamento acque minerali – Parametri illegittimi insiti nel bando - Aspetti tecnici dell’offerta - Clausola sociale incentivata con un bonus di 15 punti - Violazione del principio di economicità - Infondatezza.

Concessione sfruttamento acque minerali – Clausola sociale incentivata con bonus di 15 punti – Alterazione delle condizioni del mercato – Non dimostrata.

L'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che "l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del detto codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

Ne consegue che a detto regime sono soggetti i contratti attivi inerenti allo sfruttamento economico di un bene demaniale, come accertato dal Tar adito. (1)

L'applicabilità alle concessioni di beni, dell'art. 95 del d.lgs. 50/2016, come di altre specifiche disposizioni del codice dei contratti pubblici, è possibile nei soli limiti dell'autovincolo discrezionalmente assunto dall'amministrazione concedente, tenuto conto che gli artt. 164 e seguenti del d.lgs. 50 del 2016, prevedono l'applicazione condizionata del regime dei contratti pubblici - "purché compatibile con le relative

procedure ed ove sussistano specifici presupposti” - per le sole concessioni di lavori pubblici o servizi. (2)

Risulta sottratta dall'alveo applicativo dell'art. 95, l'ipotesi della concessione dello sfruttamento delle acque minerali che qui viene in rilievo, nella misura in cui ha ad oggetto un bene demaniale anziché lavori pubblici o servizi. (3)

La violazione dell'art. 95 d.lgs. 50/2016 sussiste entro i ristretti margini definiti dall'autovincolo assunto dall'amministrazione concedente (nel caso deciso, si era prevista l'aggiudicazione attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, risultante esclusivamente dall'adozione del metodo aggregativo compensatore proposto dalle linee guida in materia economicamente più vantaggiosa, di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016, redatto a cura dell'ANAC (aprile 2016), valutando elementi qualitativi premiali). (4)

A. La ricorrente (I.B. S.r.l.), affidataria uscente della concessione per lo sfruttamento del giacimento di acque minerali” Fonte S. Antonio - Sponga”, ubicato del Comune di Canistro, ha partecipato alla gara per la selezione del nuovo concessionario indetta dalla Regione Abruzzo con avviso pubblicato sul BURA del 24 ottobre 2016.

All'esito della gara, aggiudicata in via provvisoria alla controinteressata Norda S.p.a., l'offerta della I.B. S.p.a. è risultata non idonea avendo conseguito un punteggio di 58,25 punti inferiore alla soglia minima di 65 punti stabilita dal bando.

Impugna quindi l'avviso di gara sostenendo che il punteggio conseguito dipende esclusivamente dall'applicazione di parametri illegittimi in quanto spuri e non attinenti a profili, nemmeno qualitativi, connessi all'oggetto dell'appalto.

A.1. Con il primo motivo deduce violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 50, 95, comma, 7 e 165 del decreto legislativo n. 50/2016; violazione dei principi che regolano il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa; violazione del principio di economicità; eccesso di potere per irragionevolezza manifesta e violazione del principio di proporzionalità; violazione dei principi di corretta allocazione del rischio in materia di concessioni.

A.1.1. Non ricorrerebbe in specie l'ipotesi contemplata dall'art. 95 comma 7 del decreto legislativo n. 50/2016 che consente di valutare esclusivamente l'offerta tecnica quando il costo o il prezzo dell'oggetto del contratto sia prefissato in quanto il canone di concessione è variabile da € 4/1000 litri a € 0,30/1000 litri a seconda che i concorrenti aderiscano o no alla clausola sociale che prevede l'assunzione da parte dell'aggiudicatario dei lavoratori del concessionario uscente.

A.1.2. L'adesione alla clausola sociale incentivata con l'attribuzione di 15 punti avrebbe la conseguenza irragionevole e contraria al criterio di economicità di attribuire un maggior punteggio all'offerta economicamente meno conveniente per la stazione appaltante.

A.1.3. La clausola sociale avrebbe inoltre un effetto distorsivo della concorrenza perché l'abbattimento del canone concessorio in favore del concorrente che vi abbia aderito comporterebbe l'assunzione in capo alla Regione dei costi sociali di sostegno all'occupazione.

A.1.4. L'adesione alla clausola sociale è indicata nel bando fra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica, benché non sia annoverabile fra i parametri qualitativi ai quali, secondo l'art. 95 del decreto legislativo n. 50/2016, le stazioni appaltanti devono fare riferimento per la definizione del criterio di valutazione delle offerte tecniche;

A.1.5. La facoltà attribuita dall'avviso (allegato A.1 "accordo per la difesa dei livelli occupazionali") di rivalutare il canone nel caso d'inservanza della clausola sociale, implica che l'aggiudicatario potrebbe venir meno all'impegno assunto grazie al quale ha ottenuto l'affidamento e ciononostante non subirne la revoca.

[omissis]

A.7. All'udienza pubblica del 20 giugno 2018 la causa è passata in decisione [...]

[omissis]

B.4. Occorre premettere che l'art. 4 del d.lgs. n. 50 del 2016 dispone che *l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica.*

B.4.1. Per le sole concessioni di lavori pubblici o servizi gli artt. 164 e seguenti del d.lgs. n. 50 del 2016 stabiliscono l'applicazione condizionata del regime dei contratti pubblici purché compatibile con le relative procedure ed ove sussistano specifici presupposti (art. 164, comma 2).

B.4.2. Venendo in rilievo, nel caso in decisione, la concessione a fini di sfruttamento economico di un bene demaniale, qual è la sorgente idrica, non trova applicazione la disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 del 2016.

B.4.3. Conseguentemente l'art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 può applicarsi alla gara per cui è causa solo se richiamato dall'avviso quale autovincolo discrezionalmente assunto dall'amministrazione concedente.

B.4.5. Il bando di gara per la concessione della sorgente S. Antonio-Sponga stabilisce: *la presente gara verrà aggiudicata utilizzando il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 con i criteri di cui all'art. 36 comma 6 della l.r. n. 15/2002.*

B.4.6. L'art. 9 del bando specifica inoltre che *la gara verrà aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale risulterà dall'adozione del metodo aggregativo compensatore proposto dalle linee guida in materia economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 redatto a cura dell'ANAC (aprile 2016) valutando nel caso del presente Bando, elementi qualitativi e premiali.*

B.4.7. Come evidenziato dalla controparte l'art. 95 del d.lgs. 50/2016 rileva, dunque, solo con riferimento all'applicazione del *metodo aggregativo compensatore*, mentre i criteri di valutazione delle offerte sono esclusivamente quelli dettati dall'art. 36 comma 6 della legge regionale n. 15/2002 che dispone:

La concessione è assegnata con il criterio dell'offerta considerata più vantaggiosa attraverso una valutazione comparativa delle istanze presentate, tenuto conto dei seguenti elementi:

a) *documentazione comprovante l'idoneità tecnica, economica e professionale ed ogni ulteriore titolo o elemento di valutazione;*

b) *programma di coltivazione del giacimento;*

c) *piano industriale relativo agli interventi di tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa nonché alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alle ricadute economiche ed occupazionali ed alla compensazione dell'eventuale impatto che l'attività produce sul territorio.*

B.4.8. Ne consegue che i criteri di valutazione indicati nel bando, trasposti dal citato art. 36, si sottraggono già sul piano formale alle censure di violazione dell'art. 95 per l'evidente ragione che detta disposizione non si applica *in parte qua* al caso in decisione.

B.4.9. Di contro l'avviso, lungi dal porsi in contrasto con il citato art. 95, perché non ha adottato criteri di valutazione qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto del contratto (art. 95 comma 6), è coerente con il disposto della lettera a), comma 6, dell'art. 36 della legge regionale n. 15/2002 che indica fra i criteri di valutazione dell'offerta proprio i requisiti d'idoneità tecnica e professionale del richiedente la concessione.

B.5. Inoltre, per la sua stessa natura di concessione di beni il cui canone è stabilito unilateralmente dal concedente, l'affidamento di che trattasi si sottrae, anche sul piano sostanziale, alla critica di violazione dell'art. 95 del d.lgs. n. 50/2016 nella parte in cui impone di dare rilevanza al prezzo nella valutazione dell'offerta, ritenendo la ricorrente che non si versi nell'ipotesi di cui al comma 7 che consente di valutare esclusivamente l'offerta tecnica quando il costo o il prezzo dell'oggetto del contratto sia prefissato

B.5.1. Non ha in proposito portata dirimente il fatto che il canone concessorio vari - € 0,30/1000 litri o € 4/1000 litri - a seconda dell'adesione dell'offerente alla clausola sociale.

B.5.2. I due diversi importi, rimessi alla scelta del debitore secondo lo schema delle obbligazioni alternative, sono pur sempre prefissati unilateralmente dalla stazione appaltante e non soggetti alla controproposta libera nel *quantum* - da sottoporre dunque a valutazione comparativa - dell'offerente.

B.5.3. Ne consegue che non sussistono profili di illegittimità del bando con riferimento alla valutazione dei soli aspetti tecnici dell'offerta, in quanto gli elementi strettamente economici sono, in effetti, prefissati dal concedente.

B.6. Non è poi condivisibile l'assunto secondo il quale l'adesione alla clausola sociale, incentivata con un *bonus* di 15 punti, comporterebbe un *favor* per le offerte economicamente meno convenienti per la stazione appaltante, in sé contrastante con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

B.6.1. Dal processo di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando, come detto, si limita a mutuare *il metodo*

aggregativo compensatore, non già i criteri di affidamento per i quali esso rinvia al comma 6 dell'art. 36 della legge regionale n. 15/2002 che fra questi annovera *le ricadute economiche ed occupazionali e la compensazione dell'eventuale impatto che l'attività produce sul territorio*.

B.6.2. Nel sistema di selezione delineato dalla legge regionale, la rilevanza economica dell'operazione assume dunque un connotato peculiare, coerente con la natura di contratto attivo della concessione - che non comporta esborso di denaro pubblico - e con le finalità di valorizzazione dei beni pubblici, non limitate ai soli aspetti profittevoli del loro sfruttamento, ma estese alle esternalità positive che potrebbero derivarne.

B.6.3. Appare quindi non irragionevole, con conseguente rigetto delle relative censure, anzi coerente con dette finalità, la stessa valorizzazione della clausola sociale mediante attribuzione di un punteggio aggiuntivo, proprio allo scopo di promuovere le ricadute occupazionali di cui è menzione nella legge regionale.

B.7. Non è infine dimostrata la sussistenza dell'effetto di alterazione delle condizioni del mercato che la ricorrente imputa alla clausola sociale, sul presupposto che la rinuncia ad una parte cospicua del canone comporterebbe l'assunzione, in capo alla Regione, degli oneri derivanti dal mantenimento dei livelli occupazionali.

B.7.1. La ricorrente infatti si limita a dedurre che la Regione avrebbe un minor introito, ma, da un lato, non considera che la concessione può essere assegnata quando sussista un vantaggio per l'ente concedente non esclusivamente economico, come dimostra il fatto che l'affidamento deve privilegiare *l'offerta più vantaggiosa* (art. 36 comma 6, l.r. 1572002) senza fare riferimento alla natura economica dell'utilità attesa, dall'altro trascura che, perché sussista un'alterazione della concorrenza, occorre che da essa derivi un vantaggio competitivo per il contraente privato.

B.7.2. Tuttavia la ricorrente si astiene anche solo dal dedurre che lo sconto sul canone rechi all'aggiudicataria un'utilità maggiore dell'onere derivante dall'assunzione dei dipendenti del concessionario uscente, tale da favorirla nel mercato della commercializzazione delle acque minerali.

B.8. Quanto alla clausola del bando che riserva alla Regione la facoltà di variare il canone in caso di inadempimento dell'aggiudicatario,

la tesi della ricorrente non merita adesione perché prova troppo laddove sostiene che essa escluderebbe la revoca della concessione per inadempimento del contraente.

B.8.1. In realtà il bando non prevede alcuna deroga al regime di decadenza dalla concessione per inadempimento del concessionario (art. 50, comma 1 lett. c) l.r. 15/2002), ma opportunamente si riserva il diritto di modificare unilateralmente, fin dall'accertamento dell'inadempimento, il canone contrattualmente stabilito.

[omissis]

B.10. In conclusione il ricorso è respinto.

B.11. Le spese seguono la soccombenza.

NOTA (1) (2) (3) (4)

1. Lo scopo della presente nota a sentenza è volto ad esaminare la legittimità e gli effetti derivanti dall'applicazione della clausola sociale alla luce del procedimento amministrativo, ed in particolare della congruità della clausola in tal modo strutturata con i principi di economicità, proporzionalità e di concorrenza.

Preme innanzitutto evidenziare che il caso oggetto del presente studio riguarda la concessione di un bene demaniale, quale lo sfruttamento delle acque minerali; per tale ragione, è necessario far attenzione a non incorrere in distorsioni applicative, poiché come rilevato dal Tar Abruzzo, detta ipotesi non accoglie l'integrale applicazione del d.lgs. 50/2016, il quale disciplina i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nonché (eventualmente) i contratti attivi inerenti alle concessioni di lavori pubblici o servizi.

Da tale premessa si trae agevolmente, l'inapplicabilità nel caso esaminato delle linee guida ANAC, destinate ad avere funzione esplicativa della disciplina dettata dal d.lgs. n. 50 /2016 per i contratti pubblici

1. La clausola sociale è un elemento pattizio che consiste nel favorire il concorrente che vi abbia aderito - obbligandosi a riassorbire la forza lavoro occupata dal concessionario uscente - attraverso il riconoscimento di un bonus di 15 punti in sede di valutazione dell'offerta e un significativo sconto sul canone di concessione

e fra questi, per i soli contratti attivi aventi ad oggetto concessioni di lavori e servizi.

Ne consegue che, con particolare riferimento alla “nota illustrativa ANAC/Bando-tipo n. 1/2017²”, la deliberazione del 21 novembre 2012, n. 100, riportata a pag. 38 della stessa nota, in virtù della quale in merito alla clausola sociale “l’accettazione degli obblighi di riassorbimento del personale non può divenire criterio di valutazione dell’offerta tecnica”, va riferita alle sole ipotesi di contratti pubblici e contratti attivi definite in precedenza.

Pertanto, nel caso contemplato, la clausola sociale può legittimamente divenire criterio intrinseco alla valutazione dell’offerta tecnica, in applicazione della quale, l’offerta con parametri di convenienza deteriori rispetto alle proposte degli altri concorrenti viene valutata, ciononostante, come più vantaggiosa poiché bilanciata dalla preservazione dei livelli occupazionali.

Premesso che la fonte della clausola sociale accolta dal bando in questione come criterio valutativo, volto a promuovere le ricadute economiche ed occupazionali, è l’art. 36, comma 6, della legge regionale Abruzzo n. 15/2002³, è preminente comprendere in che misura il vantaggio che ne deriva si venga a redistribuire in termini economici in capo alla pubblica amministrazione, a seguito dell’accettazione della clausola sociale da parte dell’operatore economico. In altri termini, al fine di escludere potenziali violazioni

2. “Schema di disciplinare di gara/Procedura aperta per l’affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo” link:

<http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/RegolazioneContratti/BandiTipo/2017/NOTA%20ILLUSTRATIVA%20Bando%20tipo%20n.1-2017.pdf>

3. Il comma 6 dell’art. 36 della legge regionale Abruzzo n. 15 del 10 luglio 2002 dispone:

6. La concessione è assegnata con il criterio dell’offerta considerata più vantaggiosa attraverso una valutazione comparativa delle istanze presentate, tenuto conto dei seguenti elementi:

a) documentazione comprovante l’idoneità tecnica, economica e professionale ed ogni ulteriore titolo o elemento di valutazione;

b) programma di coltivazione del giacimento;

c) piano industriale relativo agli interventi di tutela e valorizzazione sostenibile della risorsa nonché alla promozione dello sviluppo qualificato del territorio, alle ricadute economiche ed occupazionali ed alla compensazione dell’eventuale impatto che l’attività produce sul territorio.

dei principi concorrenziali, si reputa necessario dimostrare che il canone minimo applicato al concorrente che accetti di assorbire il personale del concessionario uscente (0,30 € per 1000 litri in luogo di 4,00 € per 1000 litri) sia ipso facto bilanciato dalla clausola di preservazione dei livelli occupazionali per evitare che si configuri, nel caso concreto, un aiuto di Stato.

In merito è doveroso effettuare una breve precisazione: seppure nel suddetto giudizio la ricorrente abbia sollevato la questione di compatibilità della sopra indicata clausola con i principi concorrenziali⁴, in tale elaborato la questione verrà esaminata sotto un profilo anticoncorrenziale differente, ovvero tenendo conto della potenziale sussistenza di aiuti di Stato.

2. In tal senso è importante rilevare che le procedure concorsuali per l'attribuzione di un bene pubblico devono perseguire finalità di tutela della concorrenza, in modo tale da arginare eventuali ipotesi foriere di aiuti di Stato. Sul punto, la questione è stata vagliata dal Tribunale di primo grado dell'Unione Europea, che si è trovato a dover statuire in merito all'annullamento della decisione della Commissione 2008/719/CE del 30 aprile 2008, relativa all'aiuto di Stato C 56/06, al quale l'Austria diede esecuzione in occasione della privatizzazione della Bank Burgenland⁵.

Al fine di confinare la pratica scorretta degli aiuti di Stato entro profili di certezza morfologica, l'organo giudiziario europeo ha chiaramente statuito che "la vendita di un bene da parte di un ente pubblico ad una persona privata non costituisce aiuto di Stato se il prezzo di cessione equivale al valore di mercato in quanto corrisponde a ciò che avrebbe potuto essere ottenuto dall'acquirente in condizioni normali di contrattazione".

Sulla base di tale ricostruzione, nel caso esaminato dal Tribunale UE, è la Commissione a dover verificare se il prezzo pagato dal presunto benefi-

4. La ricorrente richiamava l'effetto distorsivo per la concorrenza nella misura in cui la clausola sociale avrebbe implicato l'assunzione in capo alla Regione dei costi sociali di sostegno all'occupazione, punto che solo parzialmente è ricompreso nel seguente esame.

5. Si veda: Tribunale I grado UE sez. VI, sentenza n. 268 del 28 febbraio 2012. La sentenza è stata oggetto di impugnazione presso la Corte di Giustizia che ha respinto l'impugnazione e condannato le ricorrenti alle spese (Sentenza della Corte – Seconda Sezione – del 24 ottobre 2013 – Land Burgenland, Grazer Wechselseitige Versicherung AG, Repubblica d'Austria / Commissione Europea, Repubblica di Austria - Cause riunite C-214/12 P, C-215/13 P e C-223/12 P -).

ciario dell'aiuto corrisponde al prezzo, che avrebbe potuto fissare un operatore privato, in condizioni normali di concorrenza. Pare tuttavia evidente, come riscontrato dal Tribunale che "L'applicazione concreta di detto criterio implica in linea di principio una valutazione economica complessa".⁶

3. Il medesimo criterio, tendenzialmente, dovrebbe ritenersi applicabile al caso deciso dal TAR L'Aquila con la sentenza in commento, al fine di scongiurare comportamenti non compatibili con la disciplina eurounitaria.

È doveroso rammentare a tal proposito, che l'uso e il prelievo delle acque pubbliche sono regolamentati da leggi speciali dello Stato (Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque pubbliche e impianti elettrici R.D. n. 1775/1933) e della Regione (per l'Abruzzo Legge regionale 15/2002). Se da un lato, in tale settore, l'uso delle acque minerali spetta alla competenza residuale regionale⁷, dall'altro permane la competenza esclusiva statale in merito alla tutela ambientale delle stesse acque⁸. Proprio tra le maglie di tali competenze, s'innesta il ruolo assegnato alle regioni nella determinazione dei canoni concessori.

Al fine di illustrare al meglio la questione affrontata dal suddetto elaborato, è necessario, però, riportare a suffragio delle successive conclusioni talune autorevoli posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

4. Innanzi tutto, il canone imposto al concessionario deve ritenersi non un corrispettivo per il concreto sfruttamento economico di un determinato bene pubblico, bensì della disponibilità esclusiva del bene stesso, in relazione alle mere potenzialità che esso offre di sfruttamento economico⁹.

Ciò si evidenzia nel criterio, mai contestato, di commisurare l'entità del canone alla superficie del bene stesso¹⁰, parametro che funge da

6. Diritto & diritto dal 1996, diritto.it, fondatore Francesco Brugaletta, link: <https://www.diritto.it/contratti-attivi-e-contratti-passivi-della-pa-disciplina-applicabile/>

7. Cfr. D.lgs. 112/1998, art. 86 ss. L'art. 86 recita al primo comma: "Alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le regioni e gli enti locali competenti per territorio." Ciò è sintomatico del fatto che la gestione di sopra indicata spetta alla competenza residuale delle regioni, anche in termini di quantificazione del canone.

8. Art. 117, comma 2, lettera s).

9. Cfr. Il Foro Amministrativo, rivista mensile di dottrina e giurisprudenza Vol. LXXVII – Aprile 2001, pp. 887 ss. (Consiglio di Stato Sez. VI 9 aprile 2001, n. 2155)

10. Criterio non adottato dalla regione Abruzzo che assieme alla regione Toscana, fa pagare solo in base ai volumi di acqua, senza considerare gli ettari di superficie dati in concessione.

indice rilevatore dell'attitudine di detto bene a garantire vantaggi patrimoniali, restando poi l'effettivo conseguimento di questi ultimi nella capacità di iniziativa del concessionario (cfr. artt. 26 e 40 R.D. 29 luglio 1927, n. 1443).

Se ne deduce, "che appare perfettamente compatibile con la natura di corrispettivo della relativa concessione commisurare la somma richiesta anche alla entità della risorsa prelevata, essendo evidente, a carico del concessionario l'onere di mantenere un rapporto ottimale fra le quantità sottratte alla collettività e la destinazione delle stesse all'uso generale"¹¹.

È inoltre altresì desumibile che il canone che l'amministrazione impone per la durata del rapporto, è innanzitutto riferibile al valore imprenditoriale della concessione¹², la cui misura deve essere proporzionata al beneficio economico che il privato trae dallo sfruttamento del bene pubblico e all'effettiva utilità che esso produce¹³.

Nonostante ciò, è noto che nel nostro sistema sussiste una generale inadeguatezza dei canoni alla redditività attuale e potenziale delle concessioni. L'analisi dei criteri di determinazione dei canoni per i singoli settori di beni, evidenzia come i corrispettivi pagati siano nettamente inferiori a detto valore, sia per l'individuazione "a monte" di canoni avulsi da un'effettiva stima della redditività del bene o servizio, sia per la notevole entità dei corrispettivi non riscossi, derivante dall'evasione e dall'insufficiente esercizio dei poteri di vigilanza¹⁴.

11. Cfr. Il Foro Amministrativo, rivista mensile di dottrina e giurisprudenza Vol. LXXVII, Aprile 2001, pp. 887 ss. (Consiglio di Stato Sez. VI 9 aprile 2001, n. 2155)

12. Cfr. Il Foro Amministrativo T.A.R., rivista mensile dottrina e giurisprudenza, Vol. VIII, Marzo 2009, pp. 791-792 (TAR Lazio sentenza n. 12/2009)

13. In tal senso è legittima una previsione regionale che, regolando le concessioni di coltivazione delle acque minerali con annesso stabilimento di imbottigliamento, commisura il canone dovuto alla quantità di acque prelevate ed imbottigliate dal concessionario. L'utilizzo del solo criterio superficiale, infatti, potrebbe non essere sufficiente nel determinare l'effettivo valore economico della concessione, poiché ad una superficie assenti di ridotte dimensioni può corrispondere un bacino imbrifero di grandi dimensioni e viceversa. Cfr. sentenza C. Cost., 7 marzo 2001, n. 65, in www.cortecostituzionale.it

14. M. D'ALBERTI, *Per la riforma e la valorizzazione delle concessioni*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTA', *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*,

Da tali posizioni dottrinali può desumersi che il beneficio economico del quale fruisce il privato, non può essere valutato sulla base di criteri sintetici astratti, stabiliti ex ante e disancorati da un'analisi dettagliata dell'effettiva utilità che il bene produce in capo all'utilizzatore.

D'altra parte, neppure la giurisprudenza della Corte di cassazione pare discostarsi da tale orientamento, tenuto conto che sia la sentenza 85/2014 che la sentenza 158/2016 affermano che "per effetto degli artt. 86 e 88 del decreto legislativo del 31 marzo 1998, n. 112, è stata demandata alle regioni competenti per territorio l'intera gestione del demanio idrico, comprensiva della competenza a determinare i canoni di concessione", ambito in relazione al quale, "l'unico principio fondamentale della materia è quello dell'onerosità della concessione e della proporzionalità del canone all'entità dello sfruttamento della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava"¹⁵.

Un'ulteriore sentenza, questa volta del Consiglio di Stato, evidenzia in modo più marcato la rilevanza di tale principio, il quale si pone anche a tutela degli interessi pubblici della comunità locale. A parere di tale organo giurisdizionale, l'amministrazione locale è tenuta ad individuare il relativo canone di imbottigliamento sulla base di tre parametri: 1) la quantità di acqua imbottigliata; 2) la sua tipologia d'uso; ed infine 3) in misura proporzionale "all'impatto che il prelievo della stessa ha sugli interessi pubblici della comunità locale" (Consiglio di Stato, sez. V, 27/03/2013, n. 1823).

5. Pertanto, da quanto detto, si deduce la coesistenza di due principi fermi in materia di determinazione del canone concessorio, l'uno di matrice europea (commisurazione del canone ai valori di mercato del bene), l'altro partorito tra le righe del diritto vivente, il quale si presta a tutelare gli interessi pubblici della comunità locale rappresentato dalla commisurazione allo sfruttamento effettivo della risorsa pubblica e all'utilità economica che il concessionario ne ricava.

Bologna, 2007, p. 286 *ess.*, nonché dello stesso AUTORE (a cura di), *Concessioni e concorrenza, serie, Temi e problemi*, Roma 1998, 8.

15. Si vedano *ex multis*, le sentenze costituzionali n. 85 e n. 64 del 2014, in *Giur. Cost.*, 2008, 1, e 1 e n. 272 del 2004 (*ivi*, 2004, 2748, con osservazioni di S. Bellomia, *A proposito di servizi privi di rilevanza economica e di gestione dei beni culturali*).

A tal proposito, è necessario chiedersi se il bando (con il quale è stata indetta la gara oggetto della sentenza in rassegna) contenga elementi da cui trarre la concreta valutazione di convenienza (per l'interesse pubblico ontologicamente sotteso alla concessione di un bene demaniale).

In altri termini, poiché l'applicazione della disposizione, in sé neutra, pone problemi di compatibilità con i principi d'imparzialità, tutela della concorrenza, sotto il profilo del divieto degli aiuti di stato, occorre accertare se il divario fra il canone più basso (conseguente all'adesione alla clausola sociale) e il prezzo di mercato – possa essere o meno valutato come violazione in particolare del principio di concorrenza scolpito all'interno del diritto dell'Unione Europea.

A parere di chi scrive, vi è una violazione dei principi concorrenziali con conseguente indice di aiuti di Stato, ogni qualvolta non sia possibile definire con certezza che la commisurazione dei vantaggi derivanti dalla clausola sociale controbilanciata dal prezzo applicato, eguagli il prezzo di mercato del bene dato in concessione. Pertanto la quantificazione del vantaggio monetario derivante alla P.A. a seguito dell'accettazione da parte dell'operatore economico della clausola sociale, non può presumersi eguale in ogni caso concreto – data l'astrattezza della previsione della legge regionale confluita nel bando – ma necessita di essere verificata, attraverso valutazioni tecniche, nella specifica ipotesi di concessione, per evitare che l'assenza di trasparenza nel calcolo della valutazione dei vantaggi, tanto per la P.A. che per il concessionario, possa condurre ad una sottile e surrettizia violazione dei principi eurounitari.

6. Ciononostante se da un lato pare provata, nel caso in esame, la potenziale violazione del divieto di aiuti di Stato, nel contempo, sono altresì rintracciabili nel diritto dell'Unione europea, taluni casi che fungono da scriminante rispetto alla suddetta violazione. Difatti, gli artt. 107 e 108 del TFUE prevedono delle eccezioni al divieto di aiuti di Stato, tra le quali vengono in rilievo gli aiuti in favore dell'occupazione, applicati per mezzo dei criteri individuati dal Regolamento CE del 12 dicembre 2002, n. 2204, relativo all'applicazione degli articoli del TFUE sopra citati.

Per tale ragione, a parere di chi scrive, assodato che si tratti di aiuti di stato, è necessaria un'analisi più sottile e penetrante dei profili di

legittimità della clausola sociale che si realizza (come sopra riportato) nel caso in specie, attraverso l'attribuzione del bonus di 15 punti e la conseguente riduzione del canone di concessione.

Alla luce del Regolamento C.E. n. 2204/2002, devono ritenersi compatibili con il diritto eurounitario ancorché ricorrano le condizioni per ritenerli aiuti di stato¹⁶, gli incentivi all'occupazione. Tale regolamento risulta coinvolto, nel caso oggetto del presente studio, nella misura in cui disciplina non solo gli aiuti a favore dell'occupazione, ma anche quelli a favore del mantenimento dell'occupazione, ovvero quegli aiuti forniti ad un'impresa affinché vengano mantenuti in servizio lavoratori che sarebbero altrimenti stati licenziati. A tal punto, tre sono le questioni di preminente risoluzione:

1) I 15 punti, riconosciuti in caso di accettazione della clausola sociale e il corrispondente vantaggio economico, relativo allo sconto sul canone di imbottigliamento, possono considerarsi una legittima eccezione alla regola di divieto di aiuti di stato? Ovvero rispettano le limitazioni temporali e formali previste dal Regolamento europeo (considerando 19)?

2) sono stati rispettati i passaggi procedurali per la predisposizione di tali aiuti? Ovvero è stato correttamente applicato l'art. 9, comma 5, del Regolamento n. 2204/2002, nella parte in cui dispone che tali aiuti rimangono soggetti all'obbligo di notificazione di cui all'articolo 88, paragrafo 3, del trattato?

3) il caso oggetto d'esame, ai sensi dell'articolo 9, comma 5, del regolamento CE, rappresenta un'eccezione, destinataria di norme settoriali applicabili per finalità regionali? Ovvero, l'Abruzzo rientra nelle regioni ammesse a beneficiare della deroga di cui all'articolo 87, paragrafo 3, lettera a), inerente allo sviluppo economico delle regioni afflitte da un tenore di vita anormalmente basso, oppure da una grave forma di disoccupazione?

Non potendo rispondere nell'immediato alle questioni rubricate ai punti 2 e 3 - per le quali si necessita di documentazione aggiuntiva - si ipotizzi che l'iter procedimentale sia stato correttamente espletato, e che l'Abruzzo rientri in una di quelle regioni ammesse alla fruizione

16. Il considerando n. 6 del Regolamento C.E. n. 2204/2002 dispone: Il presente regolamento si applica solo alle misure a favore dell'occupazione che soddisfano tutte le condizioni di cui all'articolo 87, paragrafo 1, del trattato e costituiscono pertanto aiuti di Stato.

di tale beneficio, appare quindi residuale trovare una risposta al primo quesito.

Il parere di chi scrive, pare riconfermarsi, anche alla luce della lettura del regolamento C.E. n. 2204/2002.

Innanzitutto, nel caso in specie, gli aiuti di Stato si manifestano in modo anomalo, poiché non sono espliciti, ma si realizzano nel beneficio della riduzione del canone di concessione in caso di accettazione della clausola sociale, vincolata altresì all'attribuzione di 15 punti aggiuntivi. In tale situazione, il beneficio unitariamente considerato, pare configurarsi non solo come "aiuto a persone", ma altresì come elemento volto a favorire nell'ambito dell'affidamento di gara, l'impresa che lo accetta.

Ne consegue che ragionando nel ristretto ambito della procedura di gara, l'aiuto di Stato intrinseco all'inserimento della clausola sociale, va chiaramente a favorire determinate imprese a detrimento di altre, le quali in assenza dell'assegnazione dei 15 punti aggiuntivi, potrebbero potenzialmente risultare perdenti, anche in presenza di un'apparente idoneità numerica, derivante dalla somma degli altri parametri connotati all'offerta.

Nel caso oggetto di studio, tale problema non si è posto poiché, anche a seguito dell'assegnazione dei 15 punti, la I.B. S.r.l. sarebbe, in ogni caso, stata estromessa dalla concessione, ma supponendo la presenza di uno scenario differente, in cui la clausola sociale vada a paralizzare l'offerta migliore, al fine di preservare i livelli occupazionali, è necessario chiedersi se, a seguito di tale aiuto, sussistano i presupposti applicativi del Regolamento 2204 del 2002, così come indicati nel considerando n. 19¹⁷.

17. "Gli aiuti al mantenimento dell'occupazione, vale a dire il sostegno finanziario fornito ad un'impresa al fine d'incoraggiarla a non licenziare i suoi dipendenti, sono simili agli aiuti al funzionamento. Fatte salve pertanto le normative settoriali, come quelle esistenti nel settore dei trasporti marittimi, tali aiuti devono essere autorizzati solo in circostanze particolari e per un periodo limitato. Occorre che gli aiuti in questione continuino ad essere notificati alla Commissione, senza beneficiare dell'esenzione dalla notificazione prevista dal presente regolamento. Le circostanze limitate nelle quali tali aiuti possono essere autorizzati includono in primo luogo il caso in cui, conformemente alle disposizioni dell'articolo 87, paragrafo 2, lettera b), del trattato, sono destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali. In secondo luogo, detti aiuti possono essere concessi, alle condizioni applicabili agli aiuti al funzionamento fissate dagli orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità

Proprio in virtù dell'atipicità del caso, si ritiene di dover dare risposta a tale quesito. Difatti la ratio degli aiuti di stato a favore dell'occupazione, enucleati all'interno di una legge regionale, mal si attaglia all'ipotesi delle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento di concessioni o appalti, poiché in tali casi andrebbe sempre a scavalcare quanto prescritto dal considerando n. 19 del regolamento, ovvero il principio secondo gli aiuti che favoriscono determinate imprese, che falsano o minacciano la concorrenza, devono essere autorizzati solo in circostanze particolari e per un periodo determinato (elementi non indicati dalla legge regionale 15/2002, solo il secondo dei quali è insito nella temporaneità del rapporto concessorio soggetto a scadenza). È infatti vero che nel suddetto caso si dà spazio apoditticamente alla tutela dei livelli occupazionali (senza spiegarne la specialità del caso), ponendo acriticamente su un piano deteriore la tutela della concorrenza¹⁸.

Alla luce di quanto detto, a parere di chi scrive, si reputa fondamentale bilanciare per ciascun caso concreto l'interesse al mantenimento dei livelli occupazionali con l'interesse al corretto espletamento del principio della concorrenza nelle gare di affidamento, il quale si vedrebbe svilito e non giustificato alla luce del regolamento CE ogni qual volta, in assenza dei presupposti del considerando n. 19, la clausola sociale venga accompagnata dall'assegnazione di un punteggio aggiuntivo, oltre al beneficio economico intrinseco nel ribasso del canone.

In altre parole, la suddetta clausola sociale incentivata anche con il riconoscimento di un bonus di 15 punti, sarebbe una duplice forma di violazione della concorrenza.

La prima di natura monetaria (quella descritta nella prima parte di tale disamina), inerente la riduzione del canone concessorio, la cui

regionale, nelle regioni ammesse a beneficiare della deroga di cui all'articolo 87, paragrafo 3, lettera a), del trattato riguardante lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione, incluse le regioni ultra periferiche. In terzo luogo, gli aiuti in questione possono essere concessi nell'ambito del salvataggio e della ristrutturazione di un'impresa in difficoltà, conformemente alle disposizioni degli orientamenti comunitari definiti in materia.”

18. La dimostrazione di circostanze particolari potrebbe essere esclusa nel caso in cui l'Abruzzo rientri fra le regioni ammesse a beneficiare della deroga di cui all'art. 87 paragrafo 3, lettera a), del TFUE, sebbene però non sia esclusa la sua delimitazione temporale.

fonte, ovvero la normativa regionale, generalizza - contrariamente ai principi del considerando n. 19 - la procedura di riconoscimento degli aiuti di stato, giustificandone l'applicazione entro un periodo potenzialmente illimitato e senza motivare la sussistenza delle "circostanze particolari".

La seconda derivante dall'assegnazione di un punteggio aggiuntivo di 15 punti, che determini la regressione in gara, di una o più imprese non accettanti la clausola.

Pertanto se da un lato il solo sconto al canone, in caso di adesione alla clausola sociale, può ritenersi non anticoncorrenziale per l'impresa offerente (nei limiti in cui vengano precisati e motivati caso per caso i requisiti del considerando n. 19), l'assegnazione ulteriore del maggior punteggio appare non giustificata e quindi sempre anticoncorrenziale; nella misura in cui diviene essa stessa determinante ai fini dell'affidamento della concessione.

Ne consegue che, a parere di chi scrive, nelle procedure di evidenza pubblica, solo quest'ultima tipologia di aiuto di stato (vantaggio economico + maggior punteggio) deve sempre ritenersi anticoncorrenziale, poiché sperequativa per l'operatore "obiettore", la cui scelta non verrebbe a confinarsi in termini soggettivi, ma andrebbe a condizionare l'esito della gara¹⁹.

Inoltre un ulteriore problema di bilanciamento si pone altresì tra l'interesse alla preservazione dei livelli occupazionali e gli interessi pubblici della comunità locale all'individuazione di un canone proporzionale all'impatto che il prelievo ha su di essa. Difatti, è ben nota la tendenza generale, che affligge il nostro sistema, di stabilire canoni inadeguati alla redditività attuale e potenziale delle concessioni, sottraendo risorse economiche nei confronti della collettività locale. Con quest'ultimo ragionamento si vuole evidenziare che la prevalenza dogmatica della clausola sociale rispetto ad ulteriori interessi pari ordina-

19. Per meglio comprendere: se la possibilità di aderire allo sconto di canone viene concessa a tutti gli operatori economici, ovvero viene rimessa alla libera scelta delle parti, queste ultime agirebbero con pari armi decidendo se accettare l'aiuto o no (e l'unico problema, in questo caso, si determinerebbe nell'assenza di perimetrazione temporale dell'aiuto insito nella legge regionale); nel caso in cui la clausola sociale assegni oltre al vantaggio economico altresì un maggior punteggio, quest'ultimo andrebbe a condizionare l'esito della gara, ponendo in una posizione deteriore e non concorrenziale l'impresa che non lo accolga.

ti, indurrebbe a suffragare la tendenza sopra riportata, che nel lungo periodo, potrebbe riverberarsi negativamente sugli interessi pubblici compresi quelli della comunità locale.

Tenuto conto delle difficoltà risolutive che pone tale caso, il TAR l'Aquila, ha correttamente rigettato il ricorso, in ragione delle carenze istruttorie e della ricostruzione del ricorrente che non ha preso in considerazione i profili giuridici sopra riportati. Ciononostante, a parere dello scrivente, la questione sostanziale pare di più ampio respiro, poiché coinvolge interessi contrastanti e pari ordinati, che richiamano la necessità di un bilanciamento più pervasivo ed attento.

7. Concludendo, l'omologazione della clausola sociale rispetto ai differenti contesti, appiattisce, all'interno di un unico modello standardizzato, l'attività di parametrizzazione della concessione, la quale, interpretata in modo acritico e disancorato rispetto al contesto specifico, potrebbe potenzialmente ledere il principio europeo della concorrenza sotto il profilo degli aiuti di Stato, nonché i principi dell'ordinamento interno (art. 4 d.lgs. 50/2016) che impongono in ogni caso (altresì nei contratti attivi di concessione dello sfruttamento di un bene demaniale) il rispetto della trasparenza, dell'economicità e della proporzionalità, e un consapevole bilanciamento degli interessi in gioco pari ordinati.

Marianna di Campli

T.A.R. Abruzzo, Sezione staccata di Pescara – Sentenza del 27 dicembre 2018 n. 377 - Pres. Tramaglini - Est. Ianigro

Convenzione urbanistica – Strumento di attuazione del piano regolatore generale - Natura giuridica – Controversie – Giurisdizione esclusiva del G.A. – Accordi ex art. 11 della legge n. 241 del 1990 – Contratto di diritto pubblico – Risoluzione della convenzione urbanistica – Potestà del Comune – Recesso – Autotutela della P.A. – Prioritario motivo di interesse pubblico – Inadempimento grave e colpevole di una parte contrattuale – Indagine sull'inadempimento – Venir meno dell'interesse al mantenimento del contratto

La convenzione urbanistica, quale strumento di attuazione del piano regolatore generale, avente ad oggetto la definizione dell'assetto urbanistico di una parte del territorio costituisce un accordo sostitutivo di provvedimento, ed è espressione di esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto ed in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi od oneri. Esso produce, quindi, un vincolo bilaterale per le parti, che è assoggettato alla disciplina di cui all'art. 11 della legge n. 241/90 e, quindi, ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, per gli aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica. Pertanto, la controversia riguardante l'esatta esecuzione di obblighi nascenti da una convenzione di lottizzazione, nonché la risoluzione di una convenzione urbanistica, e quindi di un accordo sostitutivo di provvedimento amministrativo, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. estesa alle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di un provvedimento. (1)

A prescindere dalla loro discussa qualificazione formale, gli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990 non possono qualificarsi da un punto di vista sostanziale come contratti di diritto privato, trattandosi di contratti di diritto pubblico di cui rivestono tutti gli elementi caratterizzanti: esercizio di un potere amministrativo; preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico; radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle relative controversie. (2)

Le convenzioni in materia urbanistica, lasciano sempre integra la potestà pubblicistica del Comune, giacché la natura dell'accordo sostitutivo del provvedimento che approva la convenzione facultizza comunque l'amministrazione, ai sensi dell'art. 11 comma 4 l. 7 agosto 1990 n. 241, a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione. Rispetto alle convenzioni urbanistiche, che partecipano della natura ibrida degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, la pubblica amministrazione, anche quando agisce iure privatorum, non può non conservare la sua natura pubblicistica ed i suoi atti di intervento assumono, di regola, sempre la forma e la natura di atti amministrativi o, rectius, di provvedimenti amministrativi. Ne consegue che, una volta concluso l'accordo, non è neanche precluso all'amministrazione l'esercizio di poteri autoritativi per ragioni di pubblico interesse, come quando si ravvisino le condizioni per il recesso previsto dal comma 4 dell'art. 11. Il recesso unilaterale rientra difatti tra i poteri generali della P.A. quando stipula un accordo sostitutivo o integrativo del contenuto discrezionale del provvedimento con un privato ex art. 11 legge 241/1990 da cui è, conseguentemente, possibile per l'amministrazione svincolarsi in presenza di un interesse pubblico ritenuto prevalente. (3)

La riconducibilità all'esercizio dell'autotutela del potere dell'amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo derivante dall'accordo stipulato, comporta che l'atto debba risultare rispondente ad un prioritario motivo di interesse pubblico. (4)

Il diritto di recesso, o comunque la risoluzione stragiudiziale del contratto, presuppone pur sempre l'inadempimento della controparte avente i medesimi caratteri di quello che giustifica la risoluzione giudiziale e che, pertanto, al fine di un legittimo esercizio di tale diritto con conseguente escussione della somma prestata a titolo di fideiussione deve sussistere un inadempimento gravemente colpevole, cioè imputabile (ex artt. 1218 e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.). Pertanto nell'indagine sull'inadempienza contrattuale occorre in ogni caso una valutazione del comportamento del contraente, in modo da stabilire se egli con il proprio comportamento sia stato causa del venir meno dell'interesse dell'altro al mantenimento del negozio. (5)

[omissis]

È stata impugnata la determinazione dirigenziale n. 73 del 29.11.2017 con cui il Comune di [omissis] pronunciava la risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. in relazione alla convenzione urbanistica rep. n. 69733 racc. 22442 sottoscritta per notaio [omissis] in data 7.10.2010 per l'attuazione del Comparto 9.16 denominato "La City" in via Tiburtina, e procedeva contestualmente all'escusione della polizza fideiussoria [omissis] n. 5671.00.27.2799552980 del 10.09.2010 relativamente alle opere di urbanizzazione mancanti per l'importo di € 992.264,23".

Si esponeva che:

- la convenzione urbanistica stipulata con il Comune di [omissis] il 7.10.2010 aveva ad oggetto l'esecuzione delle opere di urbanizzazione, previste a scomputo degli oneri concessori, del piano attuativo di iniziativa privata approvato con delibera C.C. n.37 dell'01.03.2010, per la realizzazione di un complesso immobiliare successivamente trasformato in uffici pubblici per essere destinato a sede regionale con delibere di variazione di destinazione d'uso G.M. n. 271 del 29.03.2013 e n. 567 del 12.07.2013;
- l'esecuzione delle opere di urbanizzazione, dell'importo complessivo di € 1.105.689,23 come da progettazione esecutiva approvata con determina n. 404/2010, era stata oggetto di sospensione in corso d'opera a fronte di problematiche emerse quanto alla necessità di predisporre una perizia suppletiva di variante per la ricognizione e modifica di parti della rete fognaria e per interventi di miglioramento determinati da esigenze sopravvenute, per cui in data 9.12.2013 aveva dichiarato di volersi avvalere della proroga triennale dei termini di inizio e ultimazione dei lavori di cui all'art. 30 comma 3 bis della legge n. 98/2013;
- il cantiere era stato interessato dal procedimento penale n. 5512/2015 attivato dalla Procura della Repubblica di [omissis] per la verifica della legittimità dell'iter urbanistico/edilizio di attuazione del comparto, e ciò aveva determinato la sospensione dei lavori delle opere edilizie e di urbanizzazione onde evitare l'adozione di provvedimenti cautelari di tipo reale;
- in seguito alle dimissioni del R.u.p. in data 30.06.2016, ed agli incontri intercorsi con l'amministrazione nelle date del 27 e 29

settembre 2016, con nota del 30.09.2016 aveva richiesto un differimento triennale del termine di scadenza dei lavori del 6.10.2016 per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione stante la non imputabilità all'istante dello stato di sospensione dei lavori, e, su sollecitazione dell'amministrazione, aveva proceduto in data 10.11.2016 alla nomina del R.u.p. per l'approvazione della richiesta di variante presentata in data 14.04.2015 prot. n. 42990.

Ciò premesso, lamentava che pur avendo il R.u.p. proceduto in data 27.09.2017 all'approvazione della variante, indicando in 360 giorni il termine ultimo per l'ultimazione dei lavori con decorrenza dalla sottoscrizione del verbale di ripresa degli stessi, il Comune di [omissis], dopo aver inoltrato il 23.06.2017 comunicazione di avvio del procedimento di risoluzione contrattuale della convenzione per l'intervenuta scadenza del termine di ultimazione dei lavori, con gli atti impugnati ha pronunciato la risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. procedendo contestualmente all'escussione della polizza fideiussoria.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e/o falsa applicazione di legge e, segnatamente, dell'art. 1453 c.c. e dei principi codicistici in materia di risoluzione contrattuale, della legge 7.08.1990 n. 241, degli artt. 41 e 97 Cost., e dei principi che informano la trasparenza, l'efficienza ed il buon andamento dell'azione amministrativa;

Il provvedimento impugnato è censurabile per illegittima applicazione della disposizione codicistica di cui all'art. 1453 c.c., dal momento che la convenzione urbanistica in esame non contiene alcuna disposizione volta a disciplinare le conseguenze delle violazioni o inadempienze agli obblighi contrattuali e tantomeno contiene clausole risolutive espresse.

Nella specie, non operando la risoluzione di diritto, lo scioglimento del rapporto potrebbe conseguire esclusivamente ad una pronuncia giudiziale di natura costitutiva su richiesta della parte interessata, che resterebbe comunque subordinata ad un giudizio di accertamento della gravità dell'inadempimento e della sua oggettiva imputabilità alla parte inadempiente. L'ente comunale, con la gravata determina, ha fatto un'applicazione illegittima dell'art. 1453 c.c. pretendendo di risolvere unilateralmente ed arbitrariamente il negozio per cui è causa in difetto

di accertamento di alcuno dei suoi presupposti, laddove le asserite inadempienze ovvero i ritardi nell'attuazione delle opere di urbanizzazione non risultano minimamente riconducibili alla condotta della società ricorrente.

2) Violazione e/o falsa applicazione di legge, e segnatamente degli artt. 1,3, e 97 della legge n. 241/1990 e dei principi di efficienza e di cautela che devono informare l'azione amministrativa, eccesso di potere nelle sintomatiche figure di carenza dei presupposti, travisamento dei fatti, violazione del giusto procedimento, difetto di istruttoria, assenza e comunque difetto di motivazione sotto il profilo dell'insufficienza e dell'approssimazione, dell'illogicità, dell'incongruenza e della perplessità, della contraddittorietà, del difetto di ponderazione, dell'illogicità manifesta, dell'irragionevolezza, dell'ingiustizia grave e manifesta, dello sviamento di potere;

a) In relazione alle sopravvenute problematiche esecutive ed alla perizia di variante in corso d'opera;

La sospensione dei lavori si è resa necessaria a fronte delle oggettive problematiche sopravvenute in fase esecutiva, non previste né tantomeno prevedibili al momento della redazione della progettazione, e comunque conosciute dal Comune in quanto derivate dalla difficoltosa ricognizione della linea fognaria e dalle prescrizioni impartite dall'A.c.a., società in house gestore del servizio idrico integrato per conto del Comune di [omissis], cui è seguita la presentazione di una perizia di variante, nonché la querelle tra il r.u.p. e l'amministrazione sull'incidenza della variante sul quadro economico di progetto.

b) In relazione al procedimento penale n. 5512/2015;

Le evidenti esigenze investigative ed ispettive connesse al procedimento penale hanno prodotto la sospensione dei lavori stante la necessità di non alterare lo stato dei luoghi oggetto di verifica, di evitare l'adozione di una misura reale e di non procrastinare una condotta suscettibile di aggravare il reato oggetto di contestazione.

La richiesta di proroga dei termini di esecuzione delle opere di urbanizzazione è stata necessitata dall'esigenza di attendere la definizione del procedimento penale, nell'interesse della stessa amministrazione, tenuto conto che le contestazioni sollevate dalla Procura riguardavano sia la fase autorizzativa che quella esecutiva dell'opera, nonché l'assunta illegittimità del titolo ascrivibile all'amministrazione stessa.

L'amministrazione, di contro, ha assunto una condotta contraria ai principi di efficienza e ragionevolezza dell'azione amministrativa, oltre che ostativa e contraddittoria.

L'atto impugnato, sulla scorta di una incompleta ricostruzione della vicenda, fonda la propria motivazione su affermazioni lapidarie e laconiche, senza fare alcun riferimento alla pendenza della procedura di variante ed alla pregiudiziale richiesta di proroga dei termini avanzata dalla ricorrente, ed è del tutto disancorato dal procedimento amministrativo in corso, stante la pregiudizialità della conclusione del procedimento connesso alla richiesta di proroga avanzata dalla ricorrente prima della comunicazione di avvio della risoluzione. Allo stesso modo il Comune ha ignorato che la procedura di variante si era favorevolmente conclusa sin dal 27.09.2017, ossia in un momento antecedente la determina di risoluzione della convenzione.

L'illegittima risoluzione operata ai sensi dell'art. 1453 c.c. inficia inevitabilmente, per carenza dei presupposti, anche la parte del provvedimento con cui è stata deliberata l'escussione della polizza fideiussoria con conseguente richiesta inviata alla compagnia assicurativa con nota del 30.11.2017 prot. 172166.

Sulla base di tali motivi, concludeva per l'accoglimento del ricorso, con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese di lite.

Costitutosi il Comune di Pescara, eccepiva, preliminarmente, l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione per la parte relativa all'escussione della garanzia non coperta dalla giurisdizione esclusiva in materia di edilizia ed urbanistica (cfr Cass. S.S.U.U. 23.02.2010 n. 4319; 5 febbraio 2008 n. 2655; Cons. St. sez. V, 26 ottobre 2011 n.5711) vertendosi in presenza di un contratto autonomo di garanzia ove era stata concordata una garanzia c.d. "a prima richiesta". Opponeva inoltre la carenza di interesse a ricorrere trattandosi di un giudizio avente ad oggetto la volontà dell'ente di avviare un'azione giudiziale ex art. 1453 c.c. per la risoluzione della convenzione di lottizzazione e non già una risoluzione di diritto ex artt. 1454 o 1456 c.c. Deduceva la pacifica applicabilità ad una convenzione di lottizzazione del rimedio di cui all'art. 1453 c.c., precisando che, non essendo prevista in convenzione una clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c., si trattava di un mero avvio dell'azione legale di risoluzione per inadempimento come desumibile dalla richiesta trasmessa con nota prot.

335920 del 20.12.2017 all'avvocatura comunale. Sosteneva da ultimo la natura pretestuosa dei motivi posti a base del ricorso stante la gravità dell'inadempimento ricavabile dall'esecuzione del solo 15% delle opere di urbanizzazione previste nell'arco di sei anni, tenuto conto che, a far data dalla sospensione dei lavori intervenuta il 2.11.2012 la variante è stata approvata solo il 2.10.2017 e quindi dopo 5 anni per fatto imputabile alla ricorrente, e che all'epoca dell'avvio del giudizio penale l'esecuzione dei lavori era già ferma da oltre due anni. Concludeva quindi per la reiezione del ricorso con vittoria delle spese di lite.

Con ordinanza n. 6 del 15.01.2018 veniva accolta sotto il profilo del danno la domanda di sospensione cautelare limitatamente all'escussione della polizza fideiussoria, e alla pubblica udienza di discussione del 7.12.2018 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Preliminarmente va riconosciuta la giurisdizione del T.a.r. adito rispetto alla parte del provvedimento impugnato con cui il Comune ha pronunciato la risoluzione per inadempimento della convenzione urbanistica sottoscritta il 7.10.2010 con la società ricorrente per l'attuazione del comparto 9.16 denominato "la City".

La convenzione urbanistica, quale strumento di attuazione del piano regolatore generale, avente ad oggetto la definizione dell'assetto urbanistico di una parte del territorio costituisce un accordo sostitutivo di provvedimento, ed è espressione di esercizio consensuale di un potere pianificatorio, che sfocia in un progetto ed in una serie di disposizioni urbanistiche generanti obblighi od oneri. Esso produce, quindi, un vincolo bilaterale per le parti, che è assoggettato alla disciplina di cui all'art. 11 della legge n. 241/90 e, quindi, ai principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti, per gli aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica.

Pertanto, la controversia riguardante l'esatta esecuzione di obblighi nascenti da una convenzione di lottizzazione, nonché la risoluzione di una convenzione urbanistica, e quindi di un accordo sostitutivo di provvedimento amministrativo, rientra nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a estesa alle controversie relative alla formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di un provvedimento (cfr. Cass. SS.UU. n. 19914 del 5.10.2016; Cass. SS.UU. n. 2546 del 3.2.2011; Cons. di Stato sez. IV, n. 6033 del 28.11.2012;

Cons. di Stato sez. IV, n. 5904 del 23.8.2010; Cons. di Stato sez. IV, n. 214 del 22.1.2010; T.a.r. Marche n. 512 del 12.9.2016; T.a.r. Emilia Romagna - Parma n. 137 del 20.4.2016; T.a.r. Lazio-Latina n. 180 del 25.3.2016; T.a.r. Umbria n. 261 del 23.3.2016; T.a.r. Puglia-Bari n. 531 del 17.4.2014).

La stessa Corte Costituzionale, nella sentenza n. 179/2016 in una controversia relativa all'azionabilità degli obblighi nascenti da una convenzione urbanistica ad iniziativa dell'amministrazione, ha evidenziato che, nella materia in esame, la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si può radicare sia sulla disposizione dell'art. 133, comma 1, lettera a), numero 2), sia su quella della lettera f), del medesimo art. 133, comma 1, del d.lgs. n. 104 del 2010 che riguarda gli atti ed i provvedimenti delle pubbliche amministrazioni in materia di urbanistica e di edilizia, evidenziando, quanto rilevato in sede di regolazione della giurisdizione dalla giurisprudenza di legittimità circa il collegamento funzionale delle convenzioni urbanistiche al procedimento di rilascio dei titoli abilitativi edilizi, dei quali esse condizionano l'adozione e integrano il contenuto (si veda *ex plurimis*, Corte di cassazione, sezioni unite civili, ordinanza 14 gennaio 2014, n. 584 e Consiglio di Stato, sezione quarta, 12 novembre 2009, n. 7057).

3. Ciò premesso, va in primo luogo respinta l'eccezione di carenza di interesse diretto concreto ed attuale sollevata dal Comune resistente sul presupposto che la delibera impugnata avrebbe un valore di mera proposta all'Avvocatura comunale di adire le vie legali per la risoluzione della Convenzione urbanistica, non potendo il Comune pronunciarla in via diretta in mancanza di una clausola risolutiva espressa.

L'eccezione non ha pregio.

3.1 Va innanzitutto evidenziato che il provvedimento impugnato esprime la determinazione del Comune di Pescara di sciogliersi dal vincolo di cui alla convenzione urbanistica stipulata il 7.10.2010 con la società ricorrente e, contrariamente a quanto dedotto, non riveste un valore di "mera proposta" non impugnabile in quanto rivolta all'Avvocatura comunale onde procedere in via giudiziale per ottenere una declaratoria con sentenza della risoluzione della convenzione in argomento per grave inadempimento imputabile alla società ricorrente.

A ben vedere, come può ben evincersi dalla parte dispositiva, il Comune, con la determina dirigenziale gravata, dichiarava la risoluzione

del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. della convenzione urbanistica sottoscritta il 7.10.2010 per l'attuazione del comparto 9.16 denominato "la City", disponendo la trasmissione del provvedimento all'Avvocatura comunale "per la conseguente azione legale risarcitoria" e non per far accertare in sede giudiziale la sussistenza dei presupposti per procedere alla risoluzione della convenzione.

3.2 Sotto altro profilo non può sostenersi che l'amministrazione, in mancanza di una clausola risolutiva espressa, non potesse unilateralmente sciogliersi dal vincolo contrattuale.

A prescindere dalla loro discussa qualificazione formale, gli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990 non possono qualificarsi da un punto di vista sostanziale come contratti di diritto privato, trattandosi di contratti di diritto pubblico di cui rivestono tutti gli elementi caratterizzanti: esercizio di un potere amministrativo; preordinazione al perseguimento dell'interesse pubblico; radicamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle relative controversie.

La qualificazione degli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990 come contratti di diritto pubblico comporta che delle relative controversie debba integralmente occuparsi il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (diversamente dal contratto di diritto privato, anche stipulato da una Amministrazione, fisiologicamente conosciuto dal giudice ordinario per quanto concerne gli aspetti afferenti alla fase esecutiva, salvo le questioni eventualmente relative alla formazione della volontà dell'Amministrazione in sede di evidenza pubblica, per le quali è munito di giurisdizione il giudice amministrativo).

Gli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990, coerentemente con la loro natura giuridica, non sono affatto disciplinati dall'insieme delle regole proprie del diritto privato (codice civile e leggi speciali), bensì unicamente dai "principi" del codice civile in materia di obbligazioni e contratti (prevedendo il comma 2 dell'art. 11 legge n. 241/1990 due clausole di salvezza: applicabilità di tali principi "ove non diversamente previsto" ed "in quanto compatibili").

E comunque, indipendentemente dalla possibile qualificazione privatistica, le convenzioni in materia urbanistica, lasciano sempre integra la potestà pubblicistica del Comune, giacché la natura dell'accordo sostitutivo del provvedimento che approva la convenzione "facultizza" comunque l'amministrazione, ai sensi dell'art. 11 comma 4 l. 7 agosto

1990 n. 241, a sciogliersi dall'accordo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, nonché a regolare unilateralmente ed autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione. Rispetto alle convenzioni urbanistiche, che partecipano della natura ibrida degli accordi di cui all'art. 11 della legge n. 241/1990, la pubblica amministrazione, anche quando agisce *iure privatorum*, non può non conservare la sua natura pubblicistica ed i suoi atti di intervento assumono, di regola, sempre la forma e la natura di atti amministrativi o, *rectius*, di provvedimenti amministrativi. Ed infatti, le convenzioni urbanistiche stipulate tra pubblica amministrazione e privati, in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali accordi, inserendosi nell'alveo dell'esercizio di un potere, ne mutuano le caratteristiche e la natura, essendo in particolare collegati al "vincolo teleologico" del perseguimento dell'interesse pubblico, al pari dell'agire della pubblica amministrazione tramite provvedimenti, salva l'applicazione dei principi civilistici in materia di obbligazioni e contratti per aspetti non incompatibili con la generale disciplina pubblicistica.

Ne consegue che, una volta concluso l'accordo, non è neanche precluso all'amministrazione l'esercizio di poteri autoritativi per ragioni di pubblico interesse, come quando si ravvisino le condizioni per il recesso previsto dal comma 4 dell'art. 11. Il recesso unilaterale rientra difatti tra i poteri generali della P.A. quando stipula un accordo sostitutivo o integrativo del contenuto discrezionale del provvedimento con un privato ex art. 11 legge 241/1990 da cui è, conseguentemente, possibile per l'amministrazione svincolarsi in presenza di un interesse pubblico ritenuto prevalente, il che può ben accadere quando il privato fallisca, abbia eseguito soltanto una parte delle opere oggetto dell'accordo e l'amministrazione consideri prevalente la ricomposizione dell'assetto urbanistico dell'area che avrebbe dovuto essere oggetto di intervento.

Pertanto il Comune, stipulando una convenzione contenente obblighi per l'impresa realizzatrice preordinati all'interesse pubblico alla realizzazione di opere di urbanizzazione previste dalla strumentazione urbanistica non perde la potestà di intervenire, sia con strumenti pubblicistici, in conseguenza delle mutate condizioni, che non garantissero il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso al programma convenzionale, sia mediante strumenti civilistici, compatibili con la struttura

dell'accordo, come la risoluzione per inadempimento, atteso l'interesse dell'ente a realizzare integralmente il programma stabilito in convenzione entro i termini ivi previsti.

La facoltà dell'amministrazione di intervenire in via di autotutela con la risoluzione dell'accordo stipulato ex art. 11 della legge n. 241/1990 è stata peraltro riconosciuta dalla Corte Costituzionale nella motivazione della su richiamata pronuncia n. 179/2016 con cui ha riconosciuto l'ammissibilità e la compatibilità costituzionale del processo c.d. "a parti invertite" in cui sia la stessa amministrazione ad agire in giudizio per ottenere l'esecuzione coattiva di un accordo stipulato ex art. 11 della legge n. 241/1990. Ivi la Corte ha puntualizzato che escludere l'azionabilità in via giudiziale di una convenzione su iniziativa dell'amministrazione porterebbe ad un sistema in cui l'amministrazione, anche quando abbia stipulato un accordo sostitutivo o integrativo del procedimento, potrebbe reagire all'inadempimento del privato "soltanto in via di autotutela" amministrativa, essendole preclusa la via della tutela giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo. Ed ha aggiunto che in tal caso: "L'accertamento giudiziale dell'inadempimento della parte privata finirebbe per essere condizionato alla previa instaurazione del contenzioso da parte del privato. L'oggetto stesso del giudizio verrebbe unilateralmente determinato dal privato mediante i motivi di ricorso, non potendo l'amministrazione modificarlo o ampliarlo attraverso una domanda riconvenzionale. Tutto ciò appare difficilmente compatibile con i principi di cui agli artt. 24 e 111 Cost.".

Di qui pertanto deve escludersi la fondatezza della eccezione di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse sul presupposto che l'atto impugnato fosse prodromico alla proposizione di un'azione volta ad accertare in via giudiziale la risoluzione per inadempimento della convenzione.

4. Nel merito il ricorso è fondato e va accolto come di seguito argomentato risultando condivisibili le censure proposte quanto alla non imputabilità alla società ricorrente del ritardo delle opere di urbanizzazione concordate.

Va innanzitutto precisato che, ai sensi della Convenzione i proponenti assumevano a proprio totale carico gli oneri per la esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria, e la proprietà delle opere di urbanizzazione realizzate sarebbe stata attribuita automaticamente in

forma gratuita al Comune. Ai sensi dell'art. 9 le opere di urbanizzazione primaria sarebbero state eseguite da un operatore economico individuato dai proponenti mediante procedura negoziata ai sensi del combinato disposto degli artt. 57 comma 6 e 122 comma 8 del d.lgs. n. 163/2006, il contenuto del contratto d'appalto e del capitolato sarebbe stato liberamente determinato dal proponente, la progettazione esecutiva era un'obbligazione contrattuale dell'aggiudicatario e doveva essere presentata al Comune per l'approvazione prima dell'inizio dei lavori, e la direzione dei lavori ed il coordinamento per la sicurezza in fase di esecuzione sarebbero stati affidati e svolti da soggetti abilitati liberamente individuati dai proponenti con nominativo da comunicare al Settore Lavori Pubblici competente del Comune.

Ciò premesso, parte ricorrente ha documentato che, alla data del 2.11.2012, i lavori non erano stati sospesi immotivatamente, ma per ragioni dovute a "cause impreviste ed imprevedibili" che, ai sensi dell'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006 avevano comportato la necessità di predisporre una variante per il miglioramento dell'opera e della sua funzionalità. In tal senso depone la comunicazione formale del 2.11.2012 allegata agli atti del Comune resistente, con cui la società ricorrente, vista l'istanza di perizia di variante del 5.10.2012 ed il sopralluogo del 16.10.2012, comunicava che le lavorazioni erano sospese e che sarebbero state riprese in seguito all'approvazione della variante in corso d'opera in fase di ridefinizione. In data 4.06.2013 la società ricorrente trasmetteva al Comune la relazione del r.u.p. sulla richiesta di variante con i relativi allegati, ed il Comune di Pescara, con nota prot. n. 95723 del 4.07.2013 restituiva il fascicolo alla ricorrente sul rilievo che, sulla base della normativa vigente in materia di lavori pubblici, rientrava nella competenza del R.u.p., nominato dalla società ricorrente quale stazione appaltante dei lavori, l'approvazione delle varianti migliorative con importo di spesa non superiore al valore del 5% dell'importo dell'originario contratto (art. 161 del regolamento di cui al d.p.r. n.207/010). Sicchè con atto prot. n. 1630 del 16.07.2013 il r.u.p. indiceva per la data del successivo 23 luglio una Conferenza di Servizi tra gli enti interessati finalizzata all'approvazione del progetto di variante. Alla Conferenza di Servizi seguita la richiesta prot. 163543 del 9.12.2013, inviata per conoscenza anche al Comune di [omissis], con cui il R.U.P., all'esito della Conferenza di Servizi, richiedeva al Direttore dei Lavori, progetti-

sta della variante, di integrare la documentazione richiesta dal Servizio del Verde e dalla Snam Rete Gas al fine del rilascio dei rispettivi pareri necessari ai fini della conclusione dell'iter di approvazione.

Nelle more dell'iter avviato per l'approvazione della variante, per effetto dell'intervento delle disposizioni di cui all'art. 30 comma 3 bis della legge n. 98 del 9 agosto 2013, la società ricorrente, con comunicazione prot. n. 5282 del 9.12.2013, premesso di aver ottenuto con atto prot.184690 del 28.12.2011 una proroga di sei mesi sui tempi di consegna, dichiarava di volersi avvalere della proroga triennale prevista dalla citata disposizione.

Posto che, sulla base della citata proroga, il termine di ultimazione dei lavori veniva a scadere, come riconosciuto dal Comune, in data 6.10.2016, è da evidenziare che prima della relativa decorrenza, la società ricorrente, con una prima comunicazione del 12.07.2016 richiedeva un incontro formale rappresentando le intervenute dimissioni del R.u.p. in data 30.06.2016 e la necessità di rivalutare le scadenze dei titoli rilasciati anche alla luce di quanto emerso dalla consulenza tecnica svolta nel giudizio penale. Successivamente con atto prot. n. 129078 del 30.09.2016, richiedeva un'ulteriore proroga triennale dei termini per l'esecuzione delle opere di urbanizzazione di cui alla Convenzione del 7.10.2010, facendo presente che l'iter non aveva avuto seguito poiché:

- era ancora pendente innanzi alla Procura della Repubblica di Pescara il procedimento penale iscritto al R.g.n.r. n. 5512/2015 volto alla verifica della legittimità dell'iter urbanistico/edilizio per l'attuazione del Comparto, le cui esigenze investigative ed ispettive avevano inevitabilmente comportato la sospensione dei lavori, al fine di non alterare lo stato dei luoghi oggetto di verifica ed escludere l'adozione di provvedimenti cautelari di tipo reale;
- nel corso dei colloqui avuti con l'Autorità Giudiziaria, era emersa la concreta possibilità di una richiesta di sequestro laddove, portandosi avanti i lavori, si ravvisasse l'ipotesi di progressione del reato;
- il proseguire dei lavori avrebbe costituito ragione di pregiudizio per l'impresa essendo in contestazione la fase autorizzativa e non la fase esecutiva;
- permaneva la sospensione dei lavori per la mancata definizione della variante.

Delle circostanze sovra esposte vi è prova in atti risultando allegato il verbale di ispezione dei luoghi eseguito il 30 luglio 2015 dagli agenti della Squadra Mobile della Questura di [omissis], Settore Criminalità Organizzata.

Analogamente dalla richiesta di rinvio a giudizio depositata il 27.06.2016 dal Pubblico Ministero della Procura della Repubblica del Tribunale di [omissis] si ricava, evidentemente, la contestazione di un reato di concorso in abuso d'ufficio a carico, tra gli altri, degli amministratori comunali e dei legali rappresentati della società ricorrente per l'approvazione del piano attuativo di iniziativa privata e degli altri atti istruttori e deliberativi connessi e consequenziali in specifica violazione della disciplina urbanistica di zona sulla base di norme di legge primaria e secondaria.

Sulla base di tali premesse, il Comune di [omissis], lungi dal pronunciarsi sulla sussistenza dei presupposti per il riconoscimento della proroga richiesta sin dal mese di Settembre del 2016, con comunicazione di avvio del procedimento del 23.06.2017, comunicava l'intenzione di addivenire alla risoluzione contrattuale della convenzione che veniva poi deliberata con la determina del 29.11.2017 impugnata. E ciò, nonostante nelle more la Società ricorrente avesse proceduto in data 2.10.2017 alla approvazione della variante da parte del r.u.p. nominato in sostituzione del tecnico dimissionario.

La motivazione del provvedimento impugnato risulta evidentemente inficiata dai lamentati vizi di illogicità e contraddittorietà poiché attestata sulla scadenza del termine di esecuzione dei lavori in pendenza di una richiesta di proroga mai definita, e senza palesare le ragioni per cui un'eventuale ulteriore proroga non poteva essere concessa. Essa inoltre è affetta da incongruenza laddove l'amministrazione interviene a pronunciare la risoluzione per grave inadempimento quando ormai erano venuti meno i motivi che avevano determinato la sospensione dei lavori, e di ciò il Comune aveva piena consapevolezza. Del resto l'esistenza di indagini penali da parte della Procura che coinvolgevano l'accertamento della liceità dei titoli edilizi rilasciati comportavano la necessità oggettiva di non alterare lo stato dei luoghi in ragione degli accessi effettuati dagli agenti di Polizia Giudiziaria. Ed è intuibile che ciò abbia avuto un ruolo determinante anche nei tempi dell'iter di approvazione della variante avviato e non giunto ancora a definitiva

conclusione. Peraltro la riconducibilità all'esercizio dell'autotutela del potere dell'amministrazione di sciogliersi unilateralmente dal vincolo derivante dall'accordo stipulato, comporta che l'atto debba risultare rispondente ad un prioritario motivo di interesse pubblico che nella specie non può che rapportarsi alla necessità dell'amministrazione procedente di vedere prontamente conclusi i lavori di realizzazione delle opere di urbanizzazione concordati con la società ricorrente. Dalle argomentazioni contenute nel provvedimento impugnato, a fronte di una variante ormai approvata e della possibilità di proseguire i lavori intrapresi, non si comprende quale sia l'interesse pubblico prevalente del Comune a rescindere il vincolo con la ricorrente, lasciando parzialmente inattuato il piano attuativo, e senza considerare i tempi necessari e gli ulteriori oneri occorrenti per l'affidamento dei lavori a terzi.

Quanto alla ritenuta insussistenza dei presupposti di operatività della invocata risoluzione, va comunque puntualizzato che il diritto di recesso, o comunque la risoluzione stragiudiziale del contratto, presuppone pur sempre l'inadempimento della controparte avente i medesimi caratteri di quello che giustifica la risoluzione giudiziale e che, pertanto, al fine di un legittimo esercizio di tale diritto con conseguente escussione della somma prestata a titolo di fideiussione deve sussistere un inadempimento gravemente colpevole, cioè imputabile (ex artt. 1218 e 1256 c.c.) e di non scarsa importanza (ex art. 1455 c.c.).

In particolare l'imputabilità dell'inadempimento è presupposto indefettibile poiché, in assenza di esso, verrebbe meno il requisito richiesto dall'art. 1218 c.c., affinché il debitore possa considerarsi tenuto al risarcimento del danno, del quale la garanzia fideiussoria costituisce una liquidazione anticipata. Tale principio è condiviso dalla pressoché costante giurisprudenza secondo cui la risoluzione per inadempimento può operare solo quando l'inadempimento della controparte sia colpevole e di non scarsa importanza in relazione all'interesse dell'altro contraente. Pertanto nell'indagine sull'inadempienza contrattuale occorre in ogni caso una valutazione del comportamento del contraente, in modo da stabilire se egli con il proprio comportamento sia stato causa del venir meno dell'interesse dell'altro al mantenimento del negozio.

Ed infatti il fondamento tipico della risoluzione va rinvenuto nell'interesse della ricorrente a non essere vincolata da un accordo ormai inat-

tuabile per causa imputabile alla controparte, in virtù di un inadempimento rilevante nella complessiva economia del rapporto che altera il sinallagma funzionale degli accordi intervenuti rendendone irrealizzabile la causa.

Una volta accertata, alla luce di quanto sopra argomentato la non imputabilità alla società ricorrente nel ritardo nella approvazione della variante che aveva determinato la sospensione dei lavori, e venuto meno il fatto ostativo con l'approvazione della medesima prima dell'adozione del provvedimento impugnato, non si comprende, quali siano le ragioni per escludersi ogni ragionevole affidamento circa la futura esecuzione del contratto da parte della medesima ricorrente.

Da quanto esposto consegue pertanto l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento della delibera di risoluzione impugnata.

All'accertamento dell'insussistenza dei presupposti del grave inadempimento addebitato alla ricorrente consegue altresì la caducazione, per sopraggiunta inefficacia, dell'escussione della polizza fideiussoria relativamente alle opere di urbanizzazione mancanti, rispetto alla quale deve intendersi venuto l'interesse della parte resistente ad ottenere una pronuncia declinatoria della giurisdizione.

Quanto alle spese vista la peculiarità delle questioni trattate ricorrono giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti.

NOTA (1) (2) (3) (4) (5)

Sommario: 1. Il principio di consensualità nell'attività amministrativa – 2. Le convenzioni urbanistiche e l'urbanistica consensuale – 3. Convenzioni urbanistiche e giurisdizione amministrativa – 4. Il regime dei rapporti contrattuali nelle convenzioni urbanistiche – 5. La 'trazione' dell'azione di annullamento

1. Il principio di consensualità nell'attività amministrativa

La sentenza del TAR Pescara in commento offre l'occasione per qualche riflessione sull'amministrazione per accordi a ormai quasi trent'anni dall'introduzione nell'ordinamento giuridico italiano dell'art. 11 della legge 241/1990, che, ponendo fine a un lungo dibattito, ha previsto

che l'amministrazione e i privati possano concludere tra loro accordi sul contenuto discrezionale del provvedimento oppure (oggi) anche in sostituzione di questo.

Secondo diversi studiosi questa disposizione esprime un vero e proprio principio di consensualità¹, da cui consegue la possibilità di applicare la disciplina degli accordi sul contenuto discrezionale del potere amministrativo anche al di fuori della struttura procedimentale disegnata dall'art. 11 citato. In effetti, la maggior parte dei casi di cui si è occupata la giurisprudenza è proprio relativa a fattispecie non direttamente riconducibili a quello schema, il quale prevede l'accoglimento di un'osservazione presentata dal privato intervenuto nel procedimento amministrativo che proponga un accordo in luogo del provvedimento unilaterale previsto dalla legge. Il settore del diritto urbanistico e le variegate forme di convenzionamento che esso conosce sono l'esempio più emblematico della deviazione da questo schema. Nel caso oggetto della sentenza del TAR Pescara si trattava di una convenzione stipulata tra il Comune di Pescara e un'impresa per la attuazione di un comparto edificatorio riconducibile al modello, comune nella prassi, delle convenzioni di lottizzazione.

2. Le convenzioni urbanistiche e l'urbanistica consensuale

Le convenzioni urbanistiche esistono in Italia sin dal secolo XIX. In origine si trattava di contratti con i quali i privati concordavano con le amministrazioni comunali l'assetto urbanistico da dare a determinate porzioni di territorio. La caratteristica principale di tali convenzioni era il loro carattere di "contratti con funzioni di piano regolatore". I due elementi di questa definizione, il contratto e il piano, sono chiaramente visibili in quelle ipotesi, relative soprattutto a interventi di espansione dell'aggregato urbano, in cui la sequenza degli atti era costituita dalla proposta dei privati, proprietari o imprenditori, sull'assetto urbanistico di una certa zona con impegno a realizzare strade, piazze, impianti, e dall'accettazione

1. Sia consentito rinviare a S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio consensuale nell'attività amministrativa*, Torino Giappichelli, 1996.

dell'amministrazione comunale, che si obbligava a permettere la realizzazione di determinati volumi edilizi e a riconoscere il nuovo insediamento come ampliamento della città, consentendo l'utilizzazione di tutti i servizi pubblici erogati nel centro abitato (illuminazione, acqua, etc.).

Con l'affermarsi, tuttavia, della concezione dello Stato "a diritto amministrativo", che sembrava postulare la necessità del ripudio degli strumenti contrattuali per l'esercizio delle funzioni amministrative, la spiegazione delle convenzioni urbanistiche divenne quella di considerare la proposta dei privati, contenente un programma costruttivo, come istanza per l'ottenimento di un provvedimento amministrativo (che in seguito fu definito dalla giurisprudenza di pre-licenza edilizia). Il momento consensuale rimaneva così assorbito all'interno del provvedimento, al quale si imputavano tutti effetti di conformazione del territorio e le convenzioni urbanistiche furono progressivamente dimenticate dai giuristi.

La legge urbanistica n. 1150 del 1942 mantenne nei confronti del fenomeno lo stesso riserbo. L'art. 28 menzionava le lottizzazioni, configurandole sostanzialmente come piani esecutivi di 'terzo livello' di competenza del podestà, ma nulla diceva delle convenzioni. Ciononostante, negli anni Cinquanta e Sessanta, il ricorso all'uso delle convenzioni di lottizzazione per l'urbanizzazione di nuovi spazi di espansione delle città, favorita dallo sviluppo economico, si accrebbe notevolmente. In molti casi gli accordi con i privati per la lottizzazione di aree esterne al centro abitato – normalmente non interessate dalle previsioni dei piani regolatori e per le quali non occorre licenza edilizia – costituivano l'unico strumento di pianificazione a disposizione dei Comuni per limitare o eventualmente impedire, quando le amministrazioni ne avessero avuto la forza, l'espansione incontrollata dell'attività edilizia. Fu nel 1967 con la cosiddetta 'legge ponte' n. 765, che si introdusse nell'ordinamento giuridico italiano la figura della convenzione, rendendone obbligatoria la stipula ogni qualvolta si intendesse procedere alla lottizzazione, a questo punto equiparata a un piano particolareggiato, di aree a scopo edilizio. Da quel momento nella legislazione urbanistica, nazionale e regionale, sono stati introdotti diversi modelli contrattuali legati a finalità differenti.

Una distinzione concettuale utile a inquadrare le numerose fattispecie oggi esistenti è quella tra convenzioni a contenuto conformativo

(piani di lottizzazione, piani di recupero di iniziativa privata), che sostituiscono il provvedimento di piano nel dettare le prescrizioni urbanistiche, e quelle a contenuto operativo/progettuale, tendenti soprattutto a regolare l'aspetto esecutivo di piani urbanistici funzionali (convenzioni relative a insediamenti produttivi, edilizia residenziale pubblica, ecc.) ovvero a intervenire nel momento della singola iniziativa edilizia (cosiddette convenzioni edilizie). Nel primo gruppo rientrano quei casi in cui il nucleo dell'accordo verte su un disegno di assetto territoriale – che definisce parametri e tipologie edilizi, spazi di uso pubblico, tracciato delle strade, etc. – proposto da privati e accettato – a seguito di 'trattative'² – dall'amministrazione.

È a questo genere di fattispecie che si addice più propriamente l'espressione 'urbanistica consensuale', poiché appunto l'accordo – come prevede l'art. 11 della legge 241/1990 – cade sul "contenuto discrezionale del provvedimento". Il problema postosi all'indomani dell'entrata in vigore della legge 241/1990 è che l'art. 13 esclude i procedimenti di pianificazione e programmazione dall'ambito di efficacia delle disposizioni incluse nel Capo III della legge stessa, tra cui vi sono quelle sugli accordi. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza si sono però orientate a non interpretare in modo restrittivo tale esclusione, proprio valorizzando la portata di principio enucleabile dall'art. 11. In pratica, sono le specifiche modalità procedurali previste a non trovare diretta applicazione, vista la peculiarità dei procedimenti di pianificazione urbanistica³, ma non anche le norme di principio, tra cui il 'principio consensuale' inteso come negoziabilità del potere amministrativo.

In diversi casi il Consiglio di Stato ha impiegato, per esempio, la tesi della natura schiettamente contrattuale delle convenzioni urbanistiche per dirimere controversie in cui i privati lamentavano l'imposizione di oneri eccessivi, affermando che in quei casi si è in presenza dell'«incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia

2. Vale a dire a seguito dell'istruttoria e del procedimento previsto per la formazione di un qualunque piano urbanistico, con i suoi elementi di contraddittorio e partecipazione.

3. Lo stesso discorso riguarda la partecipazione procedimentale in senso stretto. Ai procedimenti di pianificazione (in quanto procedimenti di massa) non si applicano le disposizioni di cui agli artt. 7 ss. L. 241/1990 perché per essi le modalità di partecipazione sono regolate dalla legislazione di settore in conformità al relativo modello procedimentale e comunque nell'osservanza del 'principio di partecipazione'.

negoziale retta dal codice civile. La detta ricostruzione assume particolare valenza quando, come nel caso in specie, si assuma che alcuni dei contenuti dell'accordo vengono imposti dalla pubblica amministrazione in termini non modificabili dal privato» (CS, IV, 1 aprile 2011, n. 2040).

3. Convenzioni urbanistiche e giurisdizione amministrativa

Non è affatto sorprendente dunque che nella sentenza in esame la questione della riconducibilità di una convenzione urbanistica agli accordi di cui all'art. 11 della legge 241/1990 non sia messa in dubbio. Utilizzando la suddetta classificazione, notiamo come il TAR annoveri correttamente la specifica tipologia di convenzione attuativa di comparto (prevista nel PRG di Pescara) tra quelle 'conformative', osservando che siamo in presenza di un "contratto sostitutivo di procedimento", "avente a oggetto la definizione dell'assetto urbanistico di una parte del territorio". La precisazione della natura giuridica di questa convenzione serve anzitutto al Tribunale a radicare la propria giurisdizione sulla domanda dell'impresa dinanzi all'eccezione del Comune secondo cui la richiesta di escussione della garanzia fidejussoria avanzata dal Comune stesso rientrerebbe nella giurisdizione del giudice ordinario, sfuggendo a quella amministrativa esclusiva in materia di urbanistica ed edilizia. Per la verità la sentenza si sofferma ad argomentare in favore della propria giurisdizione sull'atto di risoluzione per inadempimento della convenzione adottato dal Comune ai sensi dell'art. 1453 c.c., che sembra – dalla lettura della sentenza – il Comune non avesse eccepito. Si può ritenere, a ogni modo, che la sostanza stia nel fatto che qualunque atto di 'gestione' dell'accordo (risoluzione, escussione garanzia) vada ricondotto alle controversie sull'accordo a oggetto pubblico stesso, che, al di là del settore in cui è destinato a operare, appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2) del CPA.

4. Il regime dei rapporti contrattuali nelle convenzioni urbanistiche

Il secondo passaggio in cui viene chiamata in causa la natura della convenzione è un po' più problematico. Dalla natura contrattuale, di

cui nessuna delle due parti in giudizio dubita, il Comune fa derivare un'eccezione di carenza di interesse al ricorso in quanto l'atto di risoluzione impugnato non sarebbe tale. Si tratterebbe, invece, di un atto avente effetti interni all'organizzazione comunale e volto a promuovere una risoluzione giudiziale per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. Il presupposto della tesi difensiva comunale è che, non prevedendo la convenzione una clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c., il dirigente – a prescindere dal tenore testuale dell'atto – non avrebbe potuto pronunciarne la risoluzione e aveva invece semplicemente comunicato la propria intenzione di applicare l'art. 1453.

Su questo aspetto l'iter argomentativo seguito nella sentenza non è convincente, poiché rischia di riportare gli accordi a oggetto pubblico in una terra di confine ove il punto di partenza – «incontro di volontà delle parti contraenti nell'esercizio dell'autonomia negoziale retta dal codice civile» dice il Consiglio di Stato – si smarrisce.

La strada seguita dal TAR è, infatti, quella di tornare alla discussione, un po' stantia, della natura di questi accordi come 'contratti pubblici'. Secondo il Tribunale "a prescindere dalla loro discussa qualificazione formale, gli accordi ex art. 11 legge n. 241/1990 non possono qualificarsi da un punto di vista sostanziale come contratti di diritto privato, trattandosi di contratti di diritto pubblico di cui rivestono tutti gli elementi caratterizzanti". Non è il caso qui di soffermarsi sull'analisi di questi aspetti, ciò che ci porterebbe assai lontano. Basti notare che non vi è nell'ordinamento qualcosa di cui si possa predicare che è un "contratto di diritto pubblico" di cui vi siano degli elementi caratterizzanti. Le caratteristiche che la sentenza richiama – perseguimento dell'interesse pubblico e giurisdizione esclusiva – non sono sintomatiche di alcuna qualificazione né formale né sostanziale. La prima è un tratto consustanziale a qualunque attività amministrativa, la seconda è una scelta di diritto positivo. Un appalto non può che perseguire l'interesse pubblico sebbene la giurisdizione in fase di esecuzione sia del giudice ordinario.

In particolare, non vi è bisogno di ricorrere a nozioni come la natura ibrida degli accordi oppure all'idea che nonostante la convenzione l'amministrazione possa comunque "regolare unilateralmente e autoritativamente i rapporti e le attività oggetto di convenzione" per giustificare l'esistenza di un diritto potestativo di risoluzione. Attraverso il richiamo a potenti figure evocative come interesse pubblico e unilate-

ralità a fondamento della misteriosa figura del 'contratto pubblico, si finisce per smarrire il filo della natura contrattuale degli accordi di cui all'art. 11 da cui pure si era partiti.

Ricordiamo che questo ragionamento serve al TAR a rintuzzare un'eccezione di carenza di interesse legata alla qualificazione della impugnata determinazione dirigenziale di "risoluzione per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 cc". Il riferimento a questo specifico articolo farebbe in effetti pensare a una 'domanda' di risoluzione, giacché la risoluzione di diritto è prevista in altro articolo. La stessa sentenza della Corte Costituzionale n. 179/2016, richiamata dal TAR a sostegno del suo ragionamento, si riferisce a un caso di azione di un Comune per richiedere l'adempimento di obbligazioni sorte da una convenzione urbanistica al fine di dichiarare la legittimità costituzionale di un giudizio in sede di giurisdizione esclusiva in cui l'amministrazione sia attore e non convenuto. Siamo, quindi, sempre nell'area dell'inadempimento di cui all'art. 1453 c.c.

Prendere sul serio gli accordi a oggetto pubblico significa anzitutto partire dalla chiara indicazione secondo cui a essi si applicano i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti. È invece compito dell'interprete individuare quale sarebbe la disciplina del codice civile incompatibile. Attenta indagine ha mostrato come pressoché tutte le disposizioni in materia di obbligazioni e contratti siano compatibili con gli accordi in questione.⁴ Da questo punto di vista un poco sbrigativa – rispetto allo sforzo di studiosi e giurisprudenza in merito – è l'affermazione contenuta nella sentenza che comunque ai sensi dell'art. 11.5 della legge 241/1990 l'amministrazione possa sempre svincolarsi dall'accordo in presenza di un interesse pubblico ritenuto prevalente. In realtà, la disposizione prevede che vi debbano essere sopravvenuti motivi di pubblico interesse e aggiunge l'obbligo di provvedere alla liquidazione di un indennizzo in relazione agli eventuali pregiudizi verificatisi in danno del privato. Vi è una notevole differenza con la revoca del provvedimento unilaterale che l'art. 21-quinquies ammette anche in caso di "nuova valutazione

4. M. Renna, *Il regime delle obbligazioni nascenti dall'accordo amministrativo*, in *Dir. amm.*, 1, 2010, 270 ss.

dell'interesse pubblico originario" (jus poenitendi). Nel caso della determinazione concordata, dunque, sono soltanto nuove circostanze che possano mettere in moto il relativo potere/diritto potestativo. Quello che la suddetta disposizione sul recesso esprime è semplicemente il fatto che negli accordi a oggetto pubblico la clausola *rebus sic stantibus*, che secondo molti è connaturata ai contratti di durata, sia espressa piuttosto che implicita, poiché la dinamica degli interessi pubblici presenta un indice di sopravvenienza tendenzialmente maggiore rispetto a quella tra interessi solo privati. La previsione di un indennizzo in favore del contraente privato – che è anche un deterrente nei confronti dell'amministrazione a ricorrere con leggerezza all'esercizio del diritto potestativo – è coerente con questo schema. A sua volta il giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva, che è giudice su rapporti diritti/obbligazioni, deve compiere uno scrutinio pieno e approfondito sulla presenza delle circostanze di fatto che giustificano l'esercizio del recesso e sulla portata causale di tale fatto rispetto all'assetto concordato⁵.

Ci si può domandare se il grave inadempimento costituisca un tale "motivo sopravvenuto", riconducendo in tal modo un'ipotesi che a regime è di risoluzione giudiziale alla fattispecie speciale del recesso ex art. 11, a sua volta assimilabile alla risoluzione di diritto ex art. 1456 c.c. A rigore questo elemento – interno alla dinamica dell'esecuzione e non fatto sopravvenuto rispetto all'interesse pubblico concretizzato nell'accordo – non sembra riconducibile allo schema appena esposto.

In giurisprudenza si trovano esempi che sembrano confermare questa conclusione, laddove si dice, con riferimento ad azioni esercitabili dall'amministrazione, che nel caso di inadempimento di "obblighi assunti con accordo riportabile all'art. 11 legge 241/90 (come quello in questione) non può negarsi l'esperibilità avanti al GA – munito di giurisdizione esclusiva – di specifica azione di inadempimento o per l'adempimento ex artt. 1218 e/o 1453 c.c. da parte chi vi abbia interesse (azione che nella specie non risulta comunque proposta)"⁶.

5. S. Civitarese Matteucci, *Contributo cit.*, 195.

6. TA.R. L'Aquila, (Abruzzo) sez. I, 24/03/2011, n.152.

Sul punto la sentenza del TAR Pescara, pur richiamando la citata sentenza della Corte Costituzionale n. 179/2016 che ha confermato (ove ve ne fosse bisogno) la legittimità costituzionale di un processo dinanzi al giudice amministrativo in cui un'amministrazione proponga azione di inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c. (c.d. processo a parti invertite), ritiene sussistente una "facoltà dell'amministrazione di intervenire in via di autotutela con la risoluzione dell'accordo". Su questa base, pur non affrontandosi specificamente la questione della assimilabilità tra grave inadempimento e fatto sopravvenuto di cui sopra, anche a giudicare da frasi quali "il privato abbia eseguito soltanto una parte delle opere oggetto dell'accordo" per giustificare la facoltà di recesso unilaterale.

5. La 'trazione' dell'azione di annullamento

In base a quanto osservato, suscita perplessità la decisione del TAR di respingere l'eccezione di difetto di interesse che si fonda sulla premessa che l'atto dirigenziale spiegasse gli effetti propri di una pronuncia risolutiva di diritto della convenzione.

È interessante notare, adottando l'approccio dell'analisi contestuale, quanto rilevante sia la cultura giuridica dei protagonisti del processo amministrativo, che in questo caso si esprime nella fedeltà al modello dell'azione costitutiva anche in controversie in cui si discuta di obbligazioni e contratti. Questo è anzitutto visibile nell'impostazione della controversia prescelta dalle parti: l'impresa chiede l'annullamento di una determina dirigenziale e il Comune si difende primariamente eccependo che quella determina non ha effetti esterni all'amministrazione sebbene sia stata comunicata all'impresa.

Quello che il TAR a sua volta assume è acquisire come dato di partenza la "volontà" che scaturirebbe dall'elemento testuale dell'atto dirigenziale, "il provvedimento impugnato", che nella parte dispositiva "dichiarava la risoluzione del contratto per inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c.". Questa assunzione – che alla fine consente al TAR di somministrare la giustizia del caso entrando nel merito e annullando tale determinazione – dà adito, però, a tutte le aporie sopra evidenziate, a partire dalla circostanza che l'art. 1453 c.c. non prevede la risoluzione di diritto.

In breve, in termini astratti sarebbe stato preferibile che il TAR avesse guardato alla sostanza di questa determinazione comunale, che di per sé non poteva produrre l'effetto preteso, per stabilire che a difettare più che l'interesse all'azione (come obiettato dal Comune) fosse la legittimatio ad causam vale a dire il presupposto della lesione di una situazione soggettiva dell'impresa.

Tutto questo può sembrare specioso e ha poca rilevanza nella concreta vicenda in questione, ove nella sostanza il TAR ritiene che i ritardi nella esecuzione delle opere non siano imputabili all'impresa. Si può osservare, infatti, che una ipotetica azione di risoluzione per inadempimento promossa dal Comune avrebbe condotto al medesimo risultato pratico.

Se, però, si considerano le sentenze come frammenti di un discorso più complessivo, quindi come parti di quella pratica sociale complessa che chiamiamo diritto, la posta in gioco cambia. Da questo più ampio punto di vista giungere a un medesimo risultato pratico al prezzo di una torsione (naturalmente a parere di chi scrive) di aspetti importanti del diritto pubblico contemporaneo non è gioco che comunque valga la candela.

Stefano Civitarese Matteucci

T.A.R. Abruzzo L'Aquila – Ordinanza presidenziale del 17 dicembre 2018 n. 42 - Est. Pres. A. Amicuzzi

Finanziamento della Regione Abruzzo per sostegno ed investimenti in favore di aziende agricole - Applicazioni in ambito regionale - Esclusione dal beneficio - Competenza del T.A.R. con sede nel capoluogo

Fuori dei casi di cui all'art. 14 c.p.a. (competenza funzionale inderogabile) la ripartizione delle controversie tra Tribunale Amministrativo Regionale con sede nel capoluogo e Sezione Staccata non è considerata questione di competenza, pur trovando applicazione i criteri di cui all'art. 13 c.p.a. (1)

Dalla disamina del doppio criterio di competenza territoriale previsto dall'art.13, comm.1, c.p.a. si rileva quale criterio primario della ripartizione quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato rispetto alla sede dell'autorità emanante e ciò con riferimento all'uso della congiunzione "comunque". (2)

Per tale ragione, con riferimento agli atti della Regione Abruzzo che ha sede nel capoluogo, deve prendersi in considerazione l'ambito territoriale di esplicazione degli effetti relativi al provvedimento impugnato. (3)

Dal momento che, nel caso di specie, la graduatoria dei finanziamenti concessi trovava localizzazione in interventi sull'intero territorio regionale, la competenza sulla controversia relativa all'esclusione andava attribuita al T.A.R. con sede nel capoluogo. (4)

[omissis]

Visto il ricorso (e i relativi allegati) originariamente proposto presso la Sezione staccata di Pescara di questo Tribunale;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Abruzzo e di Società Agricola

P. di T.H. e C. Sas;

Vista l'eccezione di incompetenza a favore della Sede de L'Aquila di questo T.A.R. sollevata nella memoria di costituzione della Regione Abruzzo;

Visti gli artt. 13, 46, 47 e 55, c. 5, del c.p.a.;

Vista l'ordinanza collegiale n. 367 del 2018 della Sezione Staccata di Pescara del T.A.R. Abruzzo, con la quale non è stata accolta la richiesta di sospensiva contenuta in ricorso (non essendo state ravvisate ragioni di estrema gravità ed urgenza tali da non poter procrastinare la decisione sull'istanza di sospensione cautelare per il tempo strettamente necessario affinché si pronunci il giudice ritenuto territorialmente competente) ed è stato inviato, ai sensi dell'art. 47, co. 2, del c.p.a., a questo T.A.R. (cui è stata rimessa ogni decisione anche in ordine alla fase cautelare), il relativo fascicolo, per sollevata incompetenza;

Rilevato che con l'atto di costituzione in giudizio, depositato nei termini di legge presso detta Sezione Staccata, la difesa della Regione Abruzzo ha chiesto che la competenza venga traslata innanzi alla Sede de L'Aquila del T.A.R. Abruzzo;

Ritenuto che l'eccezione deve ritenersi tempestivamente proposta ai sensi degli artt. 46 e 47, comma 2, del c.p.a.;

Considerato che l'art. 13, n. 1, del cod. proc. amm., come reso evidente dal dato letterale costituito dall'uso della congiunzione "comunque", ha elevato a criterio primario di riparto della competenza territoriale quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato, dequotando, nel contempo, ad evenienza residuale quello del luogo della sede dell'autorità emanante.

Rilevato che da tanto deriva che, ai fini dell'individuazione della Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale competente a conoscere del ricorso avverso gli atti in esame, deve aversi riguardo all'ambito territoriale di esplicazione dei provvedimenti impugnati (cfr. C.d.S., sez. VI, 11 luglio 2012, n. 4105).

Considerato che i provvedimenti impugnati con il ricorso in esame risultano avere effetti su tutto il territorio regionale (essendo stato chiesto, tra l'altro, l'annullamento della determinazione DPD 018/42 del 23.12.2016 della Regione Abruzzo, di approvazione del bando pubblico per l'attivazione della misura M04- Investimenti in immobilizzazione materiali – art. 17 reg. UE1305/2013 – Sottomisura 4.1. Sostegno a investimenti alle aziende agricole – Tipologia di intervento 4.1.1. In-

tervento 1 Sostegno agli investimenti nelle aziende agricole finalizzati al miglioramento della redditività anno 2016, e del relativo allegato Bando pubblico, nella parte in cui lesivo) e che pertanto l'eccezione proposta dalla costituita Regione sia da ritenere fondata;

Ritenuto che, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 55, c.5, del c.p.a., la camera di consiglio per la trattazione della domanda cautelare può essere fissata per la data del 9 gennaio 2019.

P.Q.M.

Il ricorso in epigrafe è attribuito alla competenza della Sede di L'Aquila di questo Tribunale.

[*omissis*]

T.A.R. Abruzzo Sezione Staccata di Pescara Ordinanza del 28 marzo 2019 n. 97 - Pres. Ianigro Est. Balloriani

Procedura ad evidenza pubblica per la gestione di servizi (gestione impianti sportivi) – Competenza funzionale inderogabile per l'applicazione dell'art. 14, comma 3, e dell'art. 119, comma 1 lett. a, c.p.a. inapplicabilità dell'art. 47 c.p.a. e decisione sulla competenza da parte della sezione staccata del T.A.R. adito ai sensi dell'art. 55, u.c., c.p.a. – Individuazione della competenza territoriale per le controversie in materia di procedure di gara preordinate all'aggiudicazione di pubblici appalti

La ripartizione delle controversie tra Tribunale Amministrativo Regionale con sede nel capoluogo e Sezione Staccata viene decisa dal Presidente con provvedimento monocratico nei soli casi in cui la materia del contendere non rientri in una delle ipotesi di competenza funzionale inderogabile di cui all'art. 14 c.p.a. (1)

La controversia in materia di procedura di gara preordinata all'aggiudicazione di pubblico appalto (nel caso di specie di pubblico servizio) è assoggettata alla competenza funzionale inderogabile del T.A.R., e quindi anche della Sezione Staccata, per il combinato disposto dell'art. 14, comma 3, e dell'art. 119, comma 1 lett. a), c.p.a. (2)

Per tale ragione la Sezione Staccata adita, in applicazione dell'art. 55, comm. 13, c.p.a. può decidere sulla propria competenza ai fini dell'adozione di un provvedimento cautelare e ciò senza dover rimettere la decisione al Presidente del T.A.R. (3)

Nel caso di controversie in materia di procedure di gara preordinate all'aggiudicazione di pubblici appalti il T.A.R. funzionalmente (e quindi anche territorialmente) competente a decidere deve essere individuato con riferimento al luogo in cui debbano prodursi gli effetti diretti del provvedimento di aggiudicazione (nel caso di specie Pescara). (4)

NOTA (1) (2) (3) (4)

ALCUNE BREVI CONSIDERAZIONI SULLA RIPARTIZIONE DELLE CONTROVERSIE TRA T.A.R. CON SEDE NEL CAPOLUOGO E SEZIONE STACCATA DI PESCARA

Considerazioni preliminari

La ricerca di una chiara distinzione sulla competenza tra le due sedi non ha mai preoccupato il difensore e ciò per la mancanza di conseguenze particolarmente penalizzanti.

A seguito della tempestiva eccezione dell'Amministrazione resistente o del controinteressato (eccezione formulata all'atto della costituzione o entro breve termine nel caso di costituzione tardiva) il fascicolo della causa viene rimesso al Presidente del T.A.R. che decide sulla competenza con ordinanza motivata non impugnabile.

Nel caso di trasferimento della competenza da una sede all'altra il ricorrente non deve compiere alcun atto di impulso per la trattazione e se ha chiesto misure cautelari sarà fissata di ufficio la camera di consiglio da parte del Giudice dichiarato competente.

L'unica formalità, talvolta dimenticata, è quella di effettuare una dichiarazione di domicilio nella circoscrizione della sede indicata come competente e ciò al fine di evitare la domiciliazione di ufficio presso la segreteria del T.A.R.

Talè dimenticanza non determina particolari conseguenze a seguito della dichiarazione della P.E.C. per le comunicazioni del giudizio e richiede attenzione soltanto per la notificazione in forma cartacea della sentenza o dell'appello.

In considerazione del fatto che la ripartizione della competenza tra le due sedi del T.A.R. non può essere rilevata di ufficio e può essere fatta valere soltanto a seguito di eccezione della parte circoscritta in un breve arco temporale, la proposizione a sede incompetente costituisce talvolta fatto intenzionale del difensore, fondato su ragioni di comodità (ubicazione dello studio legale) o di convenienza (maggiore rapidità nella decisione delle controversie).

Le considerazioni appresso svolte sono pertanto dirette a coloro che vogliono evitare il disagio di dover giustificare al cliente il ritardo della

decisione (con particolare riguardo a quella cautelare) per il trasferimento della competenza da una sede all'altra.

1) *L'art. 32 della L. 6.12.1971 n. 1034 (vecchia normativa) aveva previsto una disciplina simile a quella attualmente in vigore:*

- *la ripartizione delle controversie non costituiva vizio di competenza;*
- *la questione sulla ripartizione della competenza tra sede del capoluogo e sezione staccata poteva essere introdotta, con decisione presidenziale, su eccezione di parte con limitazioni temporali per la tempestività.*

Nessuna precisazione era però contenuta nel citato art. 32 sui criteri di ripartizione da applicarsi per individuare la ripartizione della competenza tra le due sedi.

Dal momento però che, in applicazione dell'art. 3 della L. 1034/1971, il criterio principale nella ripartizione della competenza era quello della sede dell'Autorità emanante (organo dello Stato od Ente locale), analoga soluzione è stata adottata per le controversie introdotte presso il T.A.R. Abruzzo.

Il Presidente del T.A.R. doveva perciò decidere la ripartizione della competenza interna con riferimento alla sede dell'ufficio statale o dell'Ente locale.

L'adozione di tale criterio territoriale ha portato quindi a far ritenere che tutte le controversie riguardanti la Regione Abruzzo dovevano essere concentrate presso il T.A.R. con sede in L'Aquila, ove aveva la sede il predetto Ente.

2) *Con la citata ordinanza presidenziale n. 42/2018 si prende atto della modifica apportata dall'art. 47 c.p.a., nel senso cioè che trovano applicazione anche per la ripartizione interna i nuovi criteri introdotti dall'art. 13 c.p.a. per la competenza territoriale dei T.A.R.*

Deve essere data applicazione perciò alla prevalenza del criterio di efficacia territoriale del provvedimento impugnato, con la sola differenza che la competenza interna diviene derogabile a seguito della mancata formulazione di tempestiva eccezione della parte.

L'applicazione di tale nuovo criterio acquista particolare rilevanza per le controversie con la Regione Abruzzo, le quali non debbono più essere concentrate presso il T.A.R. del capoluogo.

3) Resta pertanto da esaminare il raccordo tra le due ordinanze sulla competenza interna e ciò sotto il profilo che la ripartizione delle controversie tra sede del capoluogo e sezione staccata diviene questione di competenza qualora la materia del contendere rientri nelle ipotesi di competenza funzionale inderogabile di cui all'art. 14 c.p.a.

Si tratta dell'applicazione dell'ultimo comma del citato art. 14, ove si precisa che non può essere spostata la competenza territoriale per le controversie in materia di ottemperanza (art. 113 c.p.a.) ed in materia assoggettata a rito abbreviato (art. 119 c.p.a.)

Correttamente la Sezione di Pescara ha ritenuto, in mancanza di eccezione di incompetenza sollevata da una delle parti, di doversi pronunciare d'ufficio sulla propria competenza ai fini della disamina della domanda di sospensiva come prevede l'art. 55, comma 13, c.p.a.

E se la Sezione ritiene la propria competenza nel giudizio cautelare, la controversia deve proseguire nel merito, con la possibilità però che l'incompetenza venga dichiarata con la sentenza o successivamente a seguito di impugnazione.

La differenza tra le due ipotesi in esame non è di poco conto: nella prima (incompetenza ex art. 13 c.p.a.) la competenza rimane radicata presso la sezione adita in mancanza di tempestiva eccezione di incompetenza mentre nella seconda (incompetenza ex art. 14 c.p.a.) la questione sulla competenza può trovare ingresso nella decisione di primo grado ed anche in appello.

Il problema è quello di stabilire se nella ripartizione della competenza funzionale inderogabile tra sede del capoluogo e sede della sezione staccata, sia ammissibile la proposizione di regolamento di competenza con la conseguente decisione da parte del Consiglio di Stato.

In verità l'art. 16 c.p.a. disciplina il regolamento di competenza ai fini dell'individuazione del T.A.R. competente e non fa alcun riferimento alla ripartizione della competenza funzionale inderogabile tra sede centrale e sezione staccata.

È evidente però che la questione non potrebbe essere rimessa al Presidente del T.A.R. in quanto il suo provvedimento è dichiarato non impugnabile e ciò contrasta con altre norme processuali.

4) *Si possono per tanto formulare le seguenti considerazioni finali.*

a) *Nelle materie in cui si controverte sulla competenza territoriale ex art. 13 c.p.a. la ripartizione interna tra sede del capoluogo e sezione staccata non è suscettibile di rilievo qualora non sia stata formulata tempestiva eccezione.*

E nel caso di tempestiva eccezione di incompetenza interna decide il Presidente del T.A.R. con ordinanza impugnabile.

b) *Nei casi in cui la materia del contendere sia attribuita alla competenza funzionale della sezione del T.A.R. territorialmente competente non è possibile una deroga sulla competenza e la questione rimane pendente sino alla sentenza di primo grado e può essere riproposta in appello.*

In questo caso la ripartizione della competenza interna è assoggettata alla stessa disciplina che riguarda l'attribuzione delle controversie tra i vari T.A.R. ed il Presidente del T.A.R. non ha la possibilità di intervenire con ordinanza monocratica non impugnabile.

5) *Qualche dubbio potrebbe sorgere sulla ripartizione interna nel caso di foro speciale del pubblico impiego, che viene qualificato dall'art. 13 c.p.a. come ipotesi di competenza territoriale inderogabile ma non come ipotesi di competenza funzionale di cui all'art. 14 c.p.a.*

La ripartizione interna della competenza è nella fattispecie in esame molto agevole in quanto occorre far riferimento alla sede di servizio del pubblico dipendente.

Si ritiene però che in mancanza di esclusione di tale ipotesi nell'art. 47 c.p.a. debba considerarsi radicata la controversia dinanzi alla sezione territorialmente non competente qualora non sia stata formulata tempestiva eccezione di incompetenza.

Ciò è ulteriormente confermato dall'ultimo comma del citato art. 47, il quale esclude il rilievo della competenza di cui all'art. 15 c.p.a. nella ripartizione delle controversie tra sede centrale e sezione staccata (ovviamente con l'esclusione dei casi di cui all'art. 14 c.p.a. formulata nel comma 1 di detto articolo).

Fabrizio Foglietti

III

INTERVENTI E RASSEGNE

Principio della riserva di legge e diritto comunitario Ricadute sul sindacato di costituzionalità *in malam*

La disamina relativa ai rapporti tra la riserva di legge e il diritto comunitario, rende indispensabile svolgere qualche considerazione in merito al principio di legalità.

Il principio in parola, frutto del pensiero illuministico ed emblema del passaggio dallo stato assoluto allo stato di diritto, costituisce un principio fondamentale del diritto penale moderno.

Con esso si esprime il divieto di punire un determinato fatto in assenza di una legge preesistente che lo preveda come reato e ne stabilisca la relativa sanzione.

La storia del diritto penale ha conosciuto due accezioni del principio di legalità: formale e sostanziale.

Il principio di legalità formale esprime il divieto di punire il fatto che nel momento in cui fu commesso non era espressamente previsto come reato dalla legge, in ossequio al canone illuministico del "*nullum crimen nulla poena sine lege*".

Il principio di legalità sostanziale, invece, ritiene debba essere considerato reato il fatto reputato socialmente pericoloso dalla generalità consociati, indipendentemente da una sua espressa qualificazione giuridica.

È evidente che il principio di legalità formale svolge una funzione garantista per il cittadino, tesa ad evitare l'arbitrio del potere esecutivo e di quello giudiziario.

Proprio in considerazione della rilevanza dei beni incisi dalle sanzioni penali, quali la libertà personale e la dignità, già nel codice penale si è ritenuto che l'unica fonte abilitata ad intervenire in materia è la legge, come atto che promana dal Parlamento determinando il suo monopolio nello stabilire i comportamenti da punire e le relative sanzioni.

Per quanto riguarda il nostro ordinamento, una lettura sistematica della Carta Costituzionale porta a prediligere una concezione di reato per così dire intermedia, accogliendo pertanto una nozione di reato né propriamente formale, né sostanziale.

Dalla lettura della Carta emerge, infatti, come da un lato l'art. 25 co2 riferendosi alla legge come fonte della normazione penale, accolga una concezione di reato formale; l'art 13 della Costituzione, invece, in materia di tutela della libertà personale quale diritto inalienabile dell'individuo, induce a ritenere che la sottoposizione di un soggetto ad una pena sia consentita in quanto rappresenta la risposta ad un fatto materiale ed offensivo di beni di eguale rango, vincolando pertanto il legislatore al rispetto dei valori e delle finalità espresse dalla Costituzione.

Il principio di legalità, dunque, assolve una funzione di garanzia tutelando il diritto di libertà dell'individuo il quale, prima di compiere una determinata azione, è in grado di conoscerne le conseguenze penali, consentendo, pertanto, di determinarsi liberamente nella scelta criminosa.

Tale funzione garantista si rinviene anche dal rapporto tra il principio in parola e quello della funzione rieducativa della pena, anch'esso principio di rango costituzionale e consacrato nell'art 27 co3 Cost.

Si ritiene, infatti, che una norma incriminatrice che punisca fatti commessi prima della sua entrata in vigore, punirebbe ingiustamente un soggetto che ha agito ritenendo lecito il proprio comportamento, venendo a vanificare la finalità che la Costituzione ha inteso attribuire alla pena, quale strumento non solo repressivo ma soprattutto rieducativo.

Il fondamento del principio *de quo* è da rinvenire nel disposto di cui all'art. 25 comma 2 della Costituzione e, al livello di legge ordinaria, negli artt. 1 e 199 del codice penale.

Il principio di legalità si articola in tre sottostanti principi suoi corollari: riserva di legge, tassatività, irretroattività della legge penale successiva sfavorevole al soggetto agente.

In particolare il corollario della riserva di legge attribuisce il monopolio normativo penale al potere legislativo limitando le fonti del diritto penale alla sola legge e agli atti avente forza di legge.

Secondo i più al principio in parola è sottesa una *ratio* garantista individuata nel potere legislativo come momento di incontro tra minoranza e maggioranza (Parlamento), nel controllo di costituzionalità della

legge ad opera della Corte Costituzionale e nel controllo della stessa da parte del corpo elettorale attraverso il referendum abrogativo.

Discorrendo del principio di legalità occorre necessariamente soffermarsi sui rapporti tra l'ordinamento nazionale e gli ordinamenti sovranazionali di matrice europea.

Al riguardo va osservato che il principio di legalità e i suoi corollari applicativi, tra cui la riserva di legge, stanno subendo numerose interferenze e condizionamenti dagli ordinamenti sovranazionali.

In tale contesto la legalità "europea", costituisce la forma più evoluta di legalità, non più incentrata sul primato della legge come atto che promana dal Parlamento, ma costituita da una pluralità di fonti normative, al cui interno la giurisprudenza sta sempre più assumendo il ruolo di fonte del diritto, fissando limiti e presupposti delle condotte criminose.

In particolare due sono i contesti sovranazionali idonei ad incidere sull'ordinamento nazionale: il quadro istituzionale della c.d. "piccola Europa", comprendente le norme di diritto comunitario e le decisioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e il quadro istituzionale della c.d. "grande Europa" ossia le norme della CEDU e le sentenze della Corte Edu.

Con riferimento al principio della riserva di legge occorre soffermarsi sui rapporti tra il diritto comunitario e il diritto penale italiano, verificando l'eventuale riconoscimento in capo agli organi delle istituzioni comunitarie di una potestà normativa penale diretta nel nostro ordinamento.

Giova sul punto osservare che si ritiene che nessuno degli organi dell'Unione abbia una legittimazione ad introdurre norme incriminatrici, potendo eventualmente tali organi tutelare gli interessi comunitari mediante sanzioni amministrative.

Occorre a ciò aggiungere che la giurisprudenza costituzionale ha più volte sottolineato che il rispetto dei principi costituzionali rappresenta un limite alla penetrazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale.

Tra tali principi costituzionali rientra proprio il principio della riserva di legge che, come detto, attribuisce il monopolio normativo penale al potere legislativo.

Pertanto, le norme penali eventualmente emanate dalle fonti comunitarie non potrebbero avere ingresso diretto nell'ordinamento nazionale a ciò ostandovi il principio della riserva di legge in materia penale.

La mancanza di una potestà normativa penale dell'Unione Europea non toglie, però, che il diritto comunitario possa incidere anche indirettamente sull'ordinamento nazionale.

A tal proposito occorre ricordare che, in virtù del principio della primazia del diritto comunitario sul diritto interno (per il fondamento costituzionale delle fonti internazionali ex art. 10 e 117 Cost.) affermato nella nota sentenza *Granital* del 1984, in caso di contrasto tra norma interna e norma comunitaria il giudice nazionale sarà tenuto a disapplicare la norma interna ed applicare quella comunitaria dotata di efficacia diretta (es. direttive *self-executing*).

In caso di norma comunitaria priva di efficacia diretta, invece, la norma nazionale sarà sottoposta al controllo di costituzionalità.

Vi sono in ogni caso due ipotesi che non si sottraggono mai al vaglio della Consulta: la prima riguarda l'eventuale conflitto della norma comunitaria con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale (c.d. teoria dei controlimiti); la seconda concerne l'ipotesi in cui norme interne si assumono dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato e degli obblighi imposti dallo stesso.

Questa seconda ipotesi rientra in uno di quei casi in cui la Consulta può operare un sindacato *in malam partem*.

A tal proposito occorre ricordare che, se la regola generale vuole che la Corte Costituzionale non possa intervenire *in malam partem* (non avendo la stessa potestà legislativa penale giusto il disposto di cui all'art 25 co.2 c.p.), ciò non significa che deve ritenersi tout court inammissibile un controllo di costituzionalità in tal senso.

In particolare sono previste, appunto, tre ipotesi in cui la Corte può intervenire con effetti deteriori per l'imputato.

Una prima ipotesi guarda le norme penali c.d. di favore, vale a dire quelle norme più favorevoli rispetto a norme vigenti più severe.

In questo caso la dichiarazione di incostituzionalità è ammessa poiché l'effetto peggiorativo non deriva direttamente dall'intervento della Corte, ma è l'effetto della riespansione della norma generale in precedenza paralizzata dalla norma di favore.

In tal caso non risulta, pertanto, violato il principio della riserva di legge.

Discorso diverso va fatto per le norme favorevoli, ossia quelle norme favorevoli rispetto a norme abrogate.

La dichiarazione di incostituzionalità di tale tipo di norme determinerebbe un vuoto normativo, poiché la riviviscenza delle norme abrogate compete al solo legislatore, pertanto, non risulta ammissibile.

Altra ipotesi in cui è ammesso un controllo di costituzionalità *in malam partem* riguarda i c.d. vizi procedurali, ossia quei casi in cui la norma *in bonam partem* trova la sua fonte in un atto proceduralmente viziato, pertanto, esso stesso in contrasto con la riserva di legge.

La terza ipotesi riguarda l'inadempimento sopravvenuto di obblighi di tutela penale imposti dal diritto comunitario, ossia il caso di una legge che abroga o modifica una legge precedente rispettosa degli obblighi comunitari.

In tal caso è ammesso l'intervento della Consulta poiché determina la riviviscenza della norma conforme agli obblighi comunitari e ciò anche qualora la riviviscenza stessa comporti effetti deteriori, giustificati dall'esigenza di evitare l'inadempimento degli obblighi comunitariamente imposti.

Dall'inadempimento sopravvenuto occorre distinguere l'ipotesi di inadempimento originario di un obbligo imposto da una norma comunitaria.

In questa ipotesi il giudice penale, a causa della contrarietà della norma penale interna con una norma comunitaria, impossibilitato (in virtù del principio per cui gli organi comunitari non possono prevedere sanzioni penali direttamente efficaci negli stati membri) a disapplicare la prima in favore della seconda poiché ne deriverebbero effetti pregiudizievoli per il soggetto agente, potrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale.

Qualora la Corte la accolga si avrà una applicazione (mediata appunto dall'intervento del Giudice delle leggi) *in malam partem* della norma comunitaria.

Di recente la Corte di Giustizia, con l'importante sentenza Taricco dell'8 settembre 2015, ha riconosciuto la possibilità per il giudice penale di disapplicare *in malam partem* la norma interna contrastante con quella comunitaria senza che debba essere chiesto l'intervento della Consulta.

Questo tema affrontato dalla sentenza Taricco e le ricadute che la stessa ha generato nel tessuto giurisprudenziale interno e sovranazionale, meritano un approfondimento proprio per i risvolti legati all'in-

cidenza *in malam partem* che la normativa comunitaria può sortire sull'ordinamento nazionale.

Con la sentenza in commento la Corte di Giustizia della Comunità Europea ha ritenuto che la normativa italiana in materia di prescrizione (artt. 160-161 c.p.) può ledere gli interessi finanziari dell'Unione Europea, poiché impedisce, in un numero considerevole di casi di grave frode in materia di IVA, l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive a causa termine di prescrizione troppo breve.

Sul punto occorre ricordare che era stata rimessa alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale se, il diritto italiano garantendo l'impunità tramite il meccanismo della prescrizione, ai soggetti che violano le disposizioni penali, non abbia di fatto creato una nuova possibilità di esenzione dall'Iva non previsto dal diritto comunitario.

La Corte ha osservato come, in virtù del principio di leale cooperazione, emerga a carico degli Stati membri l'obbligo di lottare contro le frodi in materia di IVA.

Tale obbligo si ricava dalla disposizione di cui all'art. 325 TFUE, norma in grado di esplicare effetto diretto nell'ordinamento Nazionale trattandosi di norma di diritto primario che impegna gli Stati membri a lottare contro le attività lesive degli interessi dell'Unione Europea, ponendo a carico degli stessi un obbligo di risultato preciso.

Pertanto, qualora il giudice italiano dovesse ravvisare una violazione dell'articolo 325 TFUE, sarà tenuto, in virtù del principio della primazia del diritto comunitario sul diritto interno, a garantire la piena efficacia del diritto dell'Unione disapplicando la normativa interna contrastante, in tal caso appunto gli artt. 160-161 c.p.

Già all'indomani della sua pubblicazione, la sentenza Taricco ha suscitato numerose preoccupazioni sia in dottrina che in giurisprudenza, proprio per la sorte del principio di legalità in materia penale.

Il problema riguarda l'apertura alla disapplicazione *in malam partem* di una norma nazionale.

Infatti, in base al nostro ordinamento la disapplicazione di una norma interna in materia di prescrizione contraria al diritto euro unitario con effetti sfavorevoli per l'imputato viola il principio di legalità, secondo cui non può sussistere responsabilità penale se non in forza della legge statale.

È bene evidenziare che la Corte di Giustizia ha concluso che in tal caso non si perverrebbe ad una violazione del principio in parola e ciò

sulla base del fatto che, ad avviso della Corte, la prescrizione è un istituto di diritto penale processuale e come tale non coperto dal principio di legalità e dai suoi corollari.

La Corte ha aggiunto come nel caso in oggetto, il fatto contestato era già ritenuto reato dal diritto interno con la conseguenza che la disapplicazione della norma interna non avrebbe comportato una estensione dell'area del penalmente rilevante.

Occorre ricordare che, a differenza di quanto sostenuto dalla CGUE, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere la prescrizione come un istituto di diritto penale sostanziale che come tale soggiace al principio di legalità e ai suoi corollari.

La sentenza Taricco ha generato reazioni contrastanti nella giurisprudenza italiana.

A fronte di una pronuncia della Cassazione che ha fatto applicazione dei principi dettati dalla CGUE, La Corte d'Appello di Milano ha, invece, sollevato questione di legittimità costituzionale della legge 130/2008 (con cui viene ordinata l'esecuzione nell'ordinamento nazionale del TFUE) invitando la Consulta ad opporre i c.d. "controlimiti" ravvisati nel principio di legalità e nell'interpretazione assegnatagli dalla costante giurisprudenza della Corte Costituzionale.

La Corte Costituzionale adita sul punto, ha rimesso questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia chiedendo chiarimenti in merito e osservando che la regola Taricco contrasta con i corollari del principio di legalità: della riserva di legge (per l'obbligo in capo al giudice di disapplicare la norma interna), della tassatività (perchè non sono esattamente definiti i presupposti della disapplicazione) e della irretroattività (perchè la regola Taricco opererebbe anche per i fatti commessi prima dell'8 settembre 2015).

La CGUE è intervenuta con una nuova pronuncia denominata Taricco 2 e, prendendo atto che nell'ordinamento giuridico italiano la prescrizione viene qualificata quale istituto di diritto penale sostanziale, ha precisato che in caso di contrasto tra norma interna e TFUE, la disapplicazione non opera automaticamente dovendo essere esclusa qualora il giudice penale ravvisi la violazione del principio di legalità e dei suoi corollari.

Nonostante l'intervento della Corte di Giustizia residuavano ancora nodi problematici sulla questione.

Infatti, per i fatti commessi prima dell'8 settembre 2015 (Taricco 1) *nulla quaestio* sulla cogenza del limite alla disapplicazione retroattiva dei termini di prescrizione e ciò anche perché si ritiene che per i mutamenti giurisprudenziali *in malam partem* vale il principio di irretroattività (si pensi alla sentenza Contrada).

Restava da capire se tale limite valesse anche per i fatti commessi dopo la Taricco 1.

La risposta della Corte Costituzionale non si è fatta attendere.

In particolare il giudice delle leggi ha affermato che, indipendentemente dalla collocazione dei fatti prima o dopo l'8 settembre 2015, il giudice penale non può applicare la regola Taricco, perché la stessa è in contrasto con il principio di tassatività/ determinatezza in materia penale ex articolo 25 comma 2 della Costituzione.

La regola Taricco non solo risulterebbe in contrasto con il principio della riserva di legge per le ragioni prima evidenziate, ma sarebbe anche lo stesso art. 325 TFUE ad essere in contrasto con il principio di legalità proprio perché presenterebbe un rilevante deficit di determinatezza.

L'articolo in commento, ad avviso della Consulta è, infatti, indeterminato nella definizione di "un numero considerevole di casi" nei quali può operare e nel concetto di "gravità" degli stessi.

La Corte Costituzionale, pertanto, oppone, forse per la prima volta e in maniera dirompente, la teoria dei controlimiti alla penetrazione del diritto comunitario nell'ordinamento nazionale aprendo la strada ad un diritto penale europeo 'certo'.

A tal riguardo va ricordato che la c.d. teoria dei controlimiti, da sempre evocata, non ha però di fatto fino ad ora, ricevuto applicazione pratica anche perché negli ultimi anni si è assistito alla tendenza volta alla c.d. comunitarizzazione dei controlimiti nazionali proprio per evitare difformità tra i vari Stati membri.

Dunque, si è evocata l'idea che una norma che violi i principi fondamentali della Costituzione, prima ancora di essere incostituzionale, sia invalida sul piano comunitario, con la necessità di una dichiarazione in tal senso ad opera della sola Corte di Giustizia della Comunità Europea.

La c.d. comunitarizzazione dei diritti fondamentali pone il problema di verificare cosa accade nel caso di una norma nazionale che violi un diritto fondamentale tutelato sia a livello costituzionale, che a livello comunitario dalla carta di Nizza.

Le considerazioni finora esposte dovrebbero far concludere per la disapplicazione di una norma anti comunitaria da parte del giudice nazionale, che in caso di dubbi dovrebbe adire la Corte di Giustizia.

Tuttavia in tale contesto di recente è intervenuta la Corte Costituzionale con la nota sentenza 269 del 2017 in tema della c.d. doppia pregiudizialità, che riguarda appunto il caso della norma interna che viola, nello stesso tempo, diritti fondamentali riconosciuti sia dalla Carta di Nizza che dalla Carta Costituzionale.

Venendo in rilievo diritti fondamentali, ad avviso della Consulta, il sindacato torna ad essere accentrato, poichè quest'ultimo avendo efficacia *erga omnes*, è quello che assicura al meglio la tutela dei diritti fondamentali inerenti la persona.

La Corte Costituzionale, pertanto, ha posto, secondo attenta dottrina, un freno alla pericolosa deriva antigarantista del diritto comunitario, opponendo la c.d. teoria dei controlimiti e sbarrando definitivamente la strada all'operatività della regola Taricco nell'ordinamento nazionale.

Bibliografia e raccolta giurisprudenziale

- Caringella - Della Valle - De Palma – *Manuale di diritto penale-Parte Generale*, VII edizione, Roma, 2017.
- Marinucci – Dolcini – Gatta – *Manuale di diritto penale-Parte Generale*, VII edizione, Milano, 2018.
- G. Gaia – A. Adinolfi – *Introduzione al diritto dell'Unione Europea*, III edizione, Roma, 2014.
- Corte di Giustizia dell'Unione Europea 9 marzo 1978, causa 106/1977, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. spa Simmenthal*.
- Corte Costituzionale, sentenza 170/1984.
- Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 8 settembre 2015, *Taricco causa C-105/2014 (Grande Sezione)*.
- Corte Costituzionale, sentenza 348-349/2007.
- Corte Appello Milano II sezione penale, ordinanza 6421/2014 RGA 18 settembre 2015.
- Corte Costituzionale ordinanza n. 24, 26 gennaio 2017.
- Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sezione, 5 dicembre 2017, causa C-42/2017, *proc. Pen. A carico di M.A.S. E M.B.*
- Corte Costituzionale, sentenza 10 aprile 2018, n. 115.

Chiara Manfredi

IV
VITA FORENSE

Rinnovo dei Consigli dell'Ordine Abruzzesi

Con elezioni tenutesi in date diverse, i Consigli dell'Ordine Abruzzesi hanno rinnovato, come segue, le loro compagini. Conferme e novità nel segno di una tradizione dell'Avvocatura che, come sempre, rinsalda l'interesse per una convinta partecipazione.

La redazione di P.Q.M. formula ai Colleghi eletti le più vive felicitazioni e i migliori auguri di buon lavoro.

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di AVEZZANO

Avv. Franco Colucci – Presidente
Avv. Clara Cardamone – Segretario
Avv. Annunziata Morgani – Tesoriere
Avv. Valentina Calvarese
Avv. Stefania D'Ignazio
Avv. Mario Flammini
Avv. Giovanni Fracassi
Avv. Mario Lucci
Avv. Franco Paolini
Avv. Manuela Rinaldi
Avv. Carla Vicini

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di CHIETI

Avv. Goffredo Tatozzi – Presidente
Avv. Amalia Schiazza – Segretario
Avv. Antonella Remigio – Tesoriere
Avv. Diego Bracciale
Avv. Cecilia Crocetta
Avv. Angela Davide

Avv. Augusto Di Boscio
Avv. Gianluigi Di Tizio
Avv. Matilde Giammarco
Avv. Gabriella Luccitti
Avv. Fabio Palermo

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di LANCIANO

Avv. Silvana Vassalli – Presidente
Avv. Antonella F. Fantini – Segretario
Avv. Quirino Ciccocioppo – Tesoriere
Avv. Tito Antonini
Avv. Rocco Carabba
Avv. Paolo Di Ienno
Avv. Angelo Manzi
Avv. Rocky G. Mariano
Avv. Cristiana Rulli

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di L'AQUILA

Avv. Maurizio Capri – Presidente
Avv. Francesca Bafle – Segretario
Avv. Gianluca Di Genova – Tesoriere
Avv. Federico Cinque
Avv. Amedeo Ciuffetelli
Avv. Fabrizio Fiore
Avv. Stefania Pastore
Avv. Pierluigi Pezzopane
Avv. Anna Maria Ranalli
Avv. Francesco Rosettini
Avv. Massimiliano Venta

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di PESCARA

Avv. Giovanni Di Bartolomeo – Presidente
Avv. Chiara Sabatini – Vice Presidente
Avv. Daniela Terreri – Segretario
Avv. Patrizio Cipriani – Tesoriere
Avv. Emanuele Calista
Avv. Valentina Corcione
Avv. Maria Croce
Avv. Roberto De Rosa
Avv. Laura Di Tillio
Avv. Monica Galasso
Avv. Gianluca Giordano
Avv. Alba Ronca
Avv. Lucio Schiona
Avv. Claudia Tambone
Avv. Antonella Zuccarini

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di SULMONA

Avv. Luca Tirabassi – Presidente
Avv. Giuseppe Giammarco - Segretario
Avv. Antonietta Pace - Tesoriere
Avv. Gaetano Biasella
Avv. Simona Fusco
Avv. Giovanni Mastrogiovanni
Avv. Alessandro Rotolo
Avv. Maurizia Lina Sciuba
Avv. Federica Zurlo

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di Teramo

Avv. Antonio Lessiani - Presidente
Avv. Paolgiulio Mastrangelo - Vicepresidente
Avv. Rita Capanna Piscè - Segretario
Avv. Serena Monina - Tesoriere
Avv. Angelita Calandra
Avv. Franca D'Amario
Avv. Giulia Forlini
Avv. Elvio Fortuna
Avv. Giampaolo Magnanimi
Avv. Maria Marsilii
Avv. Monica Passamonti
Avv. Angela Ronghi
Avv. Nicola Paolo Rossetti
Avv. Luca Scarpantoni
Avv. Emilia Valentini

CONSIGLIO dell'ORDINE degli AVVOCATI di VASTO

Avv. Vittorio Melone – Presidente
Avv. Alessio Maria Mucci – Segretario
Avv. Gianfranco Iammarino – Tesoriere
Avv. Cesare D'Annunzio
Avv. Antonella De Toma
Avv. Donatella Di Blasio
Avv. Rosario Di Giacomo
Avv. Concetta Di Stefano
Avv. Maria Sichetti

Pasquale Liberatore (1763-1842): un eminente giurista lancianese

Questo il titolo del 1° Convegno dell'associazione "Amici di P.Q.M." che si è tenuto presso la Sala Avvocati del Tribunale di Lanciano il 17 maggio 2019.

Nell'ottica della divulgazione della cultura forense a tutto tondo, anche negli autorevoli aspetti storici dei giureconsulti abruzzesi del passato, l'Associazione "Amici di P.Q.M." ha colto l'occasione di presentare sé stessa e, dunque, il riavvio della diffusione della nota rivista giuridica abruzzese, approfittando di una lezione magistrale del prof. Fabrizio Marinelli dell'Università di L'Aquila sulla eminente figura di uno degli illustri giuristi lancianesi, Pasquale Liberatore.

La Città di Lanciano, per vero, certamente non rara per questo nel territorio regionale, ha visto assommarsi nel tempo diverse figure di famosi giuristi, come Carlo Tapia, autore del "Codice Filippino", Giuseppe e Domenico Ravizza, Antonio Cinerini, Carlo Madonna, Manin Carabba, Filippo Stella Maranca.

Nel 1885, sui tipi della casa editrice Carabba, l'avv. Domenico Auriti aveva persino assunto la direzione della rivista "Il foro abruzzese".

Sintomo, tutto ciò, di una vivacità culturale, che vide la Città persino, per un breve periodo, sede di Corte di Appello del Regno di Napoli.

Una puntuale ricostruzione storica della figura di Pasquale Liberatore, condotta dal prof. Marinelli, ha appassionato l'attento uditorio sulla sua centralità, in particolare nel ruolo di determinatore di buona parte dell'assetto normativo del Regno, grazie anche all'attento profilo di traduttore di molte opere giuridiche francesi.

Fra i suoi numerosi lavori, iniziati (non esclusivamente) con l'importante opera *Saggio sulla giurisprudenza penale del Regno di Napoli* (Napoli 1814) spicca certamente *L'Introduzione allo studio della legislazione del Regno delle Due Sicilie*, giunta al sesto volume nel 1840. Ma anche *Della feudalità. Suoi diritti e abusi nel Regno delle Due Sicilie. Della sua abolizione e delle conseguenze da essa prodotte nella nostra legislazione*, 1834; *Dizionario legale contenente la definizione e la spiegazione dei vocaboli e modi di dire usati nell'antica e nuova legislazione canonica, civile, penale, amministrativa*, 1834; *Polizia militare*, 1836; *Della amministrazione pubblica considerata ne'*

suoi principii e nella loro applicazione per servire di prolegomeni alle istituzioni della legislazione amministrativa, 1836; Del commercio nel Regno delle Due Sicilie. Sue vicende e sue legislazioni, 1837; Del contenzioso amministrativo, 1837; Leggi di procedura ne' giudizi civili in vigore nel Regno delle Due Sicilie, annotate, s.d.; Istituzioni della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle Due Sicilie, dettate nel suo privato studio di diritto, 1837.

L'occasione convegnistica è stata proficua per un intervento accorato dell'avv. Franco Sabatini, sul ruolo della rivista PQM e sullo spirito che oggi ha sospinto i suoi "Amici" a ridare lustro e decoro ad un canale formativo, desueto rispetto alla velocità delle comunicazioni informatiche, ma colmo di fiducia nella direzione del recupero del ruolo sociale e culturale dell'avvocato, espressione di profonda cultura giuridica, a discapito della sterilizzazione condotta dall'evolversi delle tecnologie informatiche.

Giacomo Nicolucci

OSSERVATORIO SULLA GIUSTIZIA
DI MILANO

*Criteri orientativi per la liquidazione del danno da diffamazione a
mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa
"Edizione 2018"*

L'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano ha analizzato, nell'ambito del gruppo di lavoro dedicato, i **parametri di liquidazione del danno da diffamazione a mezzo stampa utilizzati dalla giurisprudenza**, onde verificare la possibilità di enucleare **criteri orientativi per la quantificazione equitativa di tale danno**.

Giurisprudenza raccolta ed esaminata:

89 sentenze esaminate relative agli anni 2014-2017, di cui:

- 41 sentenze del Tribunale di Milano
- 26 sentenze del Tribunale di Roma
- 22 sentenze di altri Tribunali (Bologna, Monza, Firenze, Brescia, Asti, Livorno, Cagliari, Padova, Salerno, Taranto, Bari, Ferrara)

Parametri adoperati dalla giurisprudenza raccolta per la liquidazione del danno:

- *noiorietà del diffamante,*
- *carica pubblica o ruolo istituzionale o professionale ricoperto dal diffamato,*
- *natura della condotta diffamatoria (se colpisca la sfera personale e/o professionale, se sia violativa della verità e/o anche della continenza e pertinenza, se sia circostanziata o generica, se siano utilizzate espressioni ingiuriose, denigratorie o dequalificanti, uso del turpiloquio, possibile rilievo penale della condotta),*
- *condotte reiterale, campagne stampa,*
- *collocazione dell'articolo e dei titoli, spazio che la notizia diffamatoria occupa all'interno dell'articolo/libro/trasmisione televisiva o radiofonica,*

- intensità dell'elemento psicologico in capo all'autore della diffamazione (se vi sia *animus diffamandi*, se il dolo sia eventuale),
- mezzo con cui è stata perpetrata la diffamazione e relativa diffusione, eventualmente anche con edizione on line del giornale (escludendo la automatica equiparazione tra minor tiratura (o diffusività) = minor danno, specie in caso di mezzo di stampa che abbia un ambito di diffusione assai limitato sul territoriale, ma di elevata diffusività proprio in quell'ambito assai ristretto, ove lo stesso costituisca "territorio" di vita e relazione del danneggiato),
- risonanza mediatica suscitata dalle notizie diffamatorie imputabile al diffamante (es. falso scoop con la consapevolezza di avvio di campagna stampa diffamatoria, ovvero notizia data ad agenzia tipo Ansa che la diffonde universalmente),
- natura ed entità delle conseguenze sull'attività professionale e sulla vita del diffamato, se siano evidenziati profili concreti di danno o meno,
- reputazione già compromessa (es. ampio coinvolgimento in procedimento penale),
- limitata riconoscibilità del diffamato (es. foto di spalle, mancata indicazione del nome),
- ampio lasso temporale tra fatto e domanda giudiziale,
- rettifica successiva c/o spazio dato a dichiarazioni correttive del diffamato o rifiuto degli stessi,
- pubblicazione della sentenza.

Dall'esame comparativo delle sentenze raccolte è parso possibile individuare cinque tipologie di diffamazione che consentono di formulare la seguente proposta di criteri orientativi per la liquidazione equitativa del danno:

1) diffamazioni di tenue gravità: danno liquidabile nell'importo da euro 1.000,00 ad euro 10.000,00:

- limitata/assente notorietà del diffamante,
- tenuità dell'offesa considerata nel contesto fattuale di riferimento, minima/limitata diffusione del mezzo diffamatorio,
- minimo/limitato spazio della notizia diffamatoria,
- assente risonanza mediatici,
- tenue intensità elemento soggettivo,
- intervento riparatorio/rettifica del convenuto.

2) diffamazioni di modesta gravità: danno liquidabile nell'importo da euro 11.000,00 ad euro 20.000,00:

- limitata/modesta notorietà del diffamante,
- limitata diffusione del mezzo diffamatorio (1 episodio diffamatorio a diffusione limitata),
- modesto spazio della notizia diffamatoria,
- modesta/assente risonanza mediatica,
- modesta intensità elemento soggettivo.

3) diffamazioni di media gravità: danno liquidabile nell'importo da euro 21.000,00 ad euro 30.000,00:

- media notorietà del diffamante,
- significativa gravità delle offese attribuite al diffamato sul piano personale e/o professionale,
- uno o più episodi diffamatori,
- media/significativa diffusione del mezzo diffamatorio (diffusione a livello nazionale/significativa diffusione nell'ambiente locale di riferimento),
- eventuale pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale e professionale,
- natura eventuale del dolo.

4) diffamazioni di elevata gravità: danno liquidabile nell'importo da euro 31.000,00 ad euro 50.000,00:

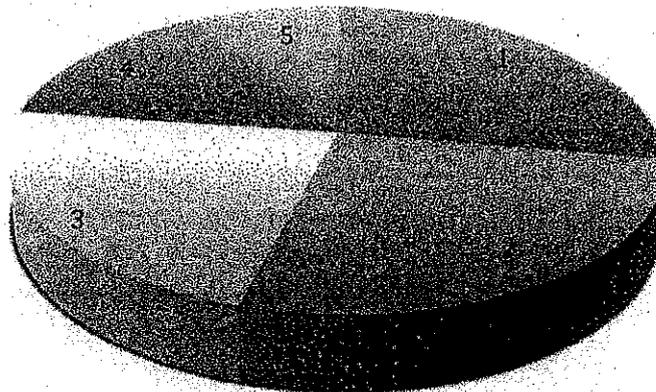
- elevata notorietà del diffamante,
- uno o più episodi diffamatori di ampia diffusione (diffusione su quotidiano/trasmissione a diffusione nazionale),
- notevole gravità del discredito e eventuale rilevanza penale/disciplinare dei fatti attribuiti al diffamato,
- eventuale utilizzo di espressioni dequalificanti/denigratorie/ingiuriose,
- elevato pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale, professionale e istituzionale,
- risonanza mediatici della notizia diffamatoria,
- elevata intensità elemento soggettivo.

5) diffamazioni di eccezionale gravità: danno liquidabile in importo superiore ad euro 50.000,00

89 sentenze esaminate (2014-2017)

4.

- 1) quantum liquidato: da Euro 1.000,00 a Euro 10.000,00 > n. 24 sentenze, 27%
- 2) quantum liquidato: da Euro 11.000,00 a Euro 20.000,00 > n. 24 sentenze, 27 %
- 3) quantum liquidato: da Euro 21.000,00 a Euro 30.000,00 > n. 20 sentenze, 22%
- 4) quantum liquidato: da Euro 31.000,00 a Euro 50.000,00 > n. 13 sentenze, 15%
- 5) quantum liquidato: oltre Euro 50.000,00 > n. 8 sentenze, 9%



Sulla base delle 89 sentenze esaminate:

- è stato anche calcolato l'importo medio matematico liquidato, pari ad euro 26.290,00;

- la **riparazione pecuniaria ex art. 12 Legge Stampa risulta tendenzialmente calcolata in una percentuale da 1/8 a 1/3 del danno liquidato.**

La proposta dall'Osservatorio milanese è stata presentata nel corso dell'Assemblea nazionale degli Osservatori tenutasi a Milano nel maggio 2016 ed è poi stata discussa da tutti gli Osservatori interessati nel corso dell'Assemblea nazionale tenutasi a Roma nel maggio 2017, che ne ha precisato e approvato questa versione definitiva.

Milano, 8 marzo 2018.

