NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

Speciale Civile
Questioni immobiliari nella separazione e divorzio
Rapporto uomo e animale da affezione
Speciale Penale Stalking e Responsabilità degli enti
Speciale Amministrativo Sussidiarietà

All'interno intervista a
Prof. Barresi

Rivista giuridica telematica
Anno 2012
Febbraio

La rivista telematica "Nuove frontiere del diritto" nasce dalla intuizione di alcuni studenti (ora divenuti magistrati, alti funzionari, professionisti ed avvocati) di dar vita ad una piattaforma culturale globale, gratuita e senza fini di lucro, in cui far confluire contenuti non solo strettamente giuridici, ma anche di attualità.

La cronaca giudiziaria infatti ha assunto ormai un ruolo predominante nella informazione quotidiana e troppo spesso si assiste al fenomeno per cui i processi si volgono prima in televisione che in tribunale.

Ciò rappresenta un evidente corto circuito logico, cui ci si deve opporre prima come cittadini che come giuristi.

Per tale ragione la rivista ha inserito nel suo comitato scientifico non solo giuristi di eccellenza, ma anche importanti firme giornalistiche di operatori del settore, con la precipua finalità di fornire contributi obiettivi e giuridicamente comprensibili non solo all'operatore del diritto, ma anche a qualsiasi lettore che per la prima volta si approcci al mondo del diritto.

La parte piu strettamente giuridica della rivista si compone di numerose sezioni didattiche di alto profilo (pubblicazione temi, pareri, saggi giuridici, note a sentenze) scritte sempre con un occhio attento al lettore: prima che spiegare, si vuole insegnare. Insegnare al lettore a ragionare in primo luogo sulle disposizioni, per poi valutare il risultato ermeneutico con la giurisprudenza e la dottrina.

Per tale ragione i contributi, quindi, non rappresentano sterili e sterminati resoconti dottrinali e giurisprudenziali (tanto di moda oggigiorno), ma analisi condotte in prima persona dal commentatore alla luce anche dei più significativi ed importanti arresti giurisprudenziali.

Si e' dunque scelto di dare spazio anche a studenti e ricercatori, non ancora arrivati al culmine della loro carriera ma che hanno dimostrato di essere validi giuristi sulla base di una attenta selezione. Non bisogna infatti dimenticare che il superamento di un concorso, per quanto importante, non conferisce da solo il crisma delle bravura e, soprattutto, che tutti siamo e rimarremo studenti a vita.

"Nuove frontiere del diritto" e' dunque una rivista che, pur affiancata ed integrata da un comitato scientifico di eccellenza, nasce dalla base, perché tutti siamo partiti dalla base.

Federica Federici e Davide Nalin

NUOVE FRONTIERE DEL DIRITTO

ANNO 2012 – N. 2

Sommario

- **La posta – Lettere alla redazione**
- **A lezione di… (D. Civile – D. Processuale Civile – D. Penale – D. Amministrativo)**
- **La scheda**
- **Lo schema… ai tempi dei Romani e oggi**
- **Concorsi - Abilitazioni**
- **Eserciziario**
- **Massimario (D. Civile – D. Penale – D. Amm.vo – D. Costituzionale)**
- **Normativa**
- **Il Caso**
- **Criminologia del Nuovo Millennio**
- **Oltre il mio nome**
- **Le frontiere della mediazione**
- **Voci dall'Università e S.S.P.L.**
- **Il brocardo del mese**
- **Spigolature**
- **Recensioni e novità editoriali**
- **Rassegna stampa**
- **Eventi e Convegni**
- **LICEO A LUCI ROSSE - Il feilleuton di Paola Lena – Secondo Capitolo**

INDICE

Rivista Anno 2012 - n. 2

La posta - Lettere alla redazione pag. 10

A lezione di...

DIRITTO CIVILE

- Diritti dei coniugi sugli immobili in caso di separazione e divorzio (D.ssa Alessandra Prete) pag. 11
- Accordi tra coniugi in sede di separazione e divorzio (Avv. Alessia Canaccini) pag. 17
- Beni e patrimonio (Dott. Massimo Marasca) pag. 23
- Rapporto tra uomo e animale (Avv. Samantha Mendicino) pag. 50

DIRITTO PROCESSUALE CIVILE

- I limiti temporali del giudicato civile (D.ssa Valentina Esposito) pag. 61
- La messa alla prova (Avv. Aurora Antonella Di Mattea) pag. 69

DIRITTO PENALE

- La responsabilità degli enti – reati colposi di evento (Avv. Lucia Marra) pag. 69
- *Stalking*
  - Commento all'art. 612 *bis* c.p. (atti persecutori) (Avv. Orazio Longo) pag. 85
  - Aspetti psicologici *stalking*: lo *stalker* (Avv. Orazio Longo) pag. 93
  - L'elemento psicologico della vittima nel reato di *stalking* (D.ssa Federica Federici) pag. 98

DIRITTO AMMINISTRATIVO

- La teoria dei poteri impliciti (D.ssa Arianna Pisano) pag. 102

La scheda

- La donazione (D.ssa Filomena Agnese Chionna) pag. 116
- La donazione remuneratoria (-*to be continued*-) pag. 117

Lo schema… ai tempi dei romani e oggi

- Il coniugio… ai tempi dei romani (Avv. Marianna Sabino) pag. 118
- Il matrimonio… oggi (Avv.Angela Quatela) pag. 120

Concorsi - Abilitazioni

- Avvocatura -parere diritto penale abilitazione 2011 (D.ssa Luisa Pignatelli) pag. 125
  -parere diritto civile in materia di separazione (Avv. Martino modica) pag. 128
- Magistratura - I comportamenti, anche alla luce della teoria del negozio giuridico (Dott. Davide Nalin) pag. 133

Eserciziario

- Avvocatura - parere civile e parere penale pag. 139
- Magistratura - parere civile, parere penale e parere amministrativo pag. 140
- Notariato – Traccia societario (Dott. Marco Filippo Giorgianni) pag. 140

Massimario

CIVILE

- Nulla può vietare nel condominio il divieto di possesso di animale ad eccezione del regolamento contrattuale oppure con l'unanimità. (Avv. Samantha Mendicino)

  Cass. Civ., sent. n. 3705/2011 pag. 142

PENALE

- La ripresa di immagini effettuate tra minori integra il reato di detenzione di materiale pedopornografico. (D. ssa Rosalia Manuela Longobardi)

  Cass. Penale, III Sezione, sent. emessa in data 2 febbraio 2011 pubbl. 25 marzo 2011 pag. 144
- L'ente ospedaliero è soggetto alla disciplina del D.lgs. n. 231 del 2001 relativo alla responsabilità degli enti (Avv. Lucia Marra)

  Cass. Pen., sez. II, sent n. 28699/2010 pag. 146
- Configurabile la responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 anche per le imprese individuali (Avv. Lucia Marra)

  Cass. Pen., Sez. III, sent. n. 15657/2011 pag. 152
- L'elemento soggettivo nel reato di abuso d'ufficio: il perseguimento del fine pubblico ed il dolo dell'agente (Avv. Luigi Caffaro)

  Cass. Pen., sez. III, sent. n. 18895/2011 pag. 164
- Obbligo di garanzia del Sindaco e ripartizione di competenze tra questi ed il Prefetto in merito alla gestione dei servizi in caso di emergenza (Avv. Luigi Caffaro)

  Cass. Pen., Sez. IV, sent. n. 16761/2010 pag. 167
- E' reato espletare bisogni fisiologici all'aperto per strada per strada: la differenza tra atti osceni in luogo pubblico ed atti contrari alla pubblica decenza(Avv. Samantha Mendicino)

  Cass. Pen., sent. n. 40012/2011 pag. 175
- Il cane morde il postino in un'area aperta al pubblico transito? C'è responsabilità del padrone (Avv. Samantha Mendicino)

  Cassazione Penale sent. n. 26205/2011 pag. 177
- L'incuria ed il disinteresse nei confronti del proprio animale è qualificabile come abbandono (Avv. Samantha Mendicino)

  Cassazione Penale sent. n. 18892/2011 pag. 180

- Rientra nei maltrattamenti agli animali l'uso del collare elettrico (Avv. Samantha Mendicino)
  Cassazione Penale sent. n. 15061/2007 pag. 183
- Se il cane uccide viene condannato il proprietario (Avv. Samantha Mendicino)
  Cassazione Penale sent. n. 48429/2011 pag. 185
- *Stalking*: un delitto ad eventi alternativi (D.ssa Piera Iacurto)
  Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 29872/2011 pag. 186

AMMINISTRATIVO

- Tipologie e fondamento delle informative interdittive rilasciate dal Prefetto (Avv. Domenico Salvatore Alastra)
  Cons. St. , Sez. VI, sent. n. 5880/2010 pag. 191
- E' legittima una gara a procedura aperta svolta con forme peculiari di partecipazione e condizioni non omogenee a favore di organismi di diritto pubblico (D.ssa Federica Federici)
  T.A.R. Firenze Toscana sez. I, sent. n. 1042/2010 pag. 212

COSTITUZIONALE

- La Consulta interviene sul riparto di funzioni Stato-Regioni depotenziando le zone a burocrazia zero (Dott. Andrea Schlitzer)
  Corte Cost., sent. n. 232/2011 pag. 217

Normativa

- Pubblicata la L. 218/2011 sui termini di costituzione e comparizione. Dal 20 uno stop all'*overruling*: l'opponente ha dieci giorni e non cinque per costituirsi in giudizio. Modifica all'art. 645 cod. proc. civ. dopo il *revirement* della Cassazione (D.ssa Federica Federici) pag. 222

Il Caso

- La tragedia di Novi Ligure, dieci anni dopo. Considerazioni e riflessioni sul sistema penitenziario minorile (Avv. Di Mattea Aurora Antonella)

pag. 224

Criminologia del Nuovo Millennio

- Come si diventa criminologo (D.ssa Rosalia Manuela Longobardi)

pag. 228

Oltre il mio nome

- Intervista al Prof. Barresi (D.ssa Rosalia Manuela Longobardi)

pag. 230

Le frontiere della mediazione

- L'accertamento della responsabilità medica nel nuovo sistema conciliativo (Carlo Pilia – Ernesto D'Aloja) pag. 233
- La responsabilità medica e le controversie interessate dalla mediazione civile

pag. 239

Voci dall'università e S.S.P.L.

- Nuove possibilita' per gli specializzandi in professioni legali (Dott. Franco Trubiani) pag. 240

Il brocardo del mese

- *Deorum iniuriae deis curae* (Avv. Marianna Sabino) pag. 242

Spigolature

- Caso fortuito (Avv. Samantha Mendicino) pag. 244

Recensioni e novità editoriali pag. 248

Rassegna stampa pag. 252

Eventi e Convegni pag. 254

LICEO A LUCI ROSSE - Il feilleuton di Paola Lena – II° Capitolo

pag. 257

Coordinamento e redazione: D.ssa Federica Federici – Davide Nalin (magistrato) – Avv. Samantha Mendicino

Comitato scientifico: Davide Nalin (magistrato) - D.ssa Federica Federici – Massimo Marasca (magistrato) - Luigi Furno (magistrato) - Dott. Roberto Pellegrini (Amministrativista - Ex Cancelliere) - Avv. Alessia Canaccini (Dottoranda di ricerca in diritto dell'arbitrato interno e internazionale) - Avv. Tommaso Migliaccio - Barbara Carfagna (giornalista) - Paola Lena (scrittrice) - Prof. Avv. Carlo Pilia – Avv. Barbara Carrara

Collaboratori: - Fabiana Rapino (magistrato) – Arianna Pisano (magistrato) - Luca Marzullo (magistrato) - D. ssa Piera Iacurto - D. ssa Rosalia Manuela Longobardi - Dott. Franco Trubiani (Dottorando di ricerca in Diritto privato generale) - Dott. Domenico Arcuri - Avv. Giancarlo Trovato - Avv. Domenico Salvatore Alastra - D.ssa Chionna Filomena Agnese - Avv. Marianna Sabino - D. ssa Alessandra Prete - Avv. Orazio Longo - Avv. Samantha Mendicino - Avv. Aurora Antonella Di Mattea - Dott. Andrea Schlitzer - D. ssa Valentina D'Aprile - Avv. Roberto Belforti (Avvocato e VPO) - Avv. Luigi Caffaro - Avv. Diana Crudo - Avv. Lucia Marra - Avv. Candeloro Rino Nania - Nicholas Leuci (Associazione Agende Rosse di Salvatore Borsellino) – Avv. Giuseppe Amoroso – D. ssa Valentina Esposito – Avv. Martino Modica – Dott. Gennaro Ilias Vigliotti (giornalista) – Dott. Francesco Alberto Caiazzo – Avv. Danila D'Alessandro – D.ssa Maria Luisa Pignatelli

Chi siamo: http://nuovefrontierediritto.forumfree.it/?t=59044103

Fondatore: Federica Federici

Coordinamento e redazione: Federica Federici e Davide Nalin

La posta

Per segnalazioni, lettere, commenti, richieste e comunicazioni scrivere a:
redazionenuovefrontierediritto@gmail.com

A lezione di… diritto civile

Diritti dei coniugi sugli immobili in caso di separazione e divorzio

a cura della D.ssa Alessandra Prete

Ratio della disciplina

La tematica relativa all'assegnazione degli immobili, e in particolare della casa familiare, in caso di separazione e divorzio dei coniugi riveste un'importanza fondamentale non solo dal punto di vista giuridico ma anche sociale.

La casa familiare infatti non è solo un bene in senso giuridico, come tale oggetto del diritto di proprietà e degli altri diritti reali da parte di uno o di entrambi i coniugi, ma anche un bene di grande rilevanza sociale, perché costituisce il fulcro materiale della comunità familiare. Tale rilevanza giustifica che, a determinate condizioni, il diritto di proprietà possa essere limitato a favore di altri diritti fondamentali ritenuti prevalenti, quale quello dei figli a mantenere le proprie abitudini di vita e a conservare quello che è definito l'habitat familiare e che è considerato il centro degli affetti, delle consuetudini e degli interessi della prole. Pertanto, la giurisprudenza ha precisato che oggetto dell'assegnazione non sia esclusivamente l'immobile in quanto tale, ma che questi si intenda comprensivo di tutti quei beni che concorrono ad assicurare la continuità dell'esistenza domestica; sono ricomprese le eventuali pertinenze, mentre sono esclusi solo i beni personali del coniuge non assegnatario. Inoltre, come ha precisato Cass. 4816/2009, l'immobile a cui si fa riferimento è esclusivamente quello in cui si svolgeva continuativamente la vita di famiglia, quello che ha costituito il centro di aggregazione durante la convivenza; la disciplina non potrà essere estensivamente applicata a nessun altro immobile, non rilevando nessun eventuale rapporto affettivo che leghi la prole ad esso. Non possono pertanto considerarsi case familiari quelle esistenti nelle località di villeggiatura, o quelle usate per soggiorni temporanei e connessi ad esigenze stagionali, pur se effettuati con periodica e costante ripetizione, e ciò per la mancanza di un rapporto di fatto permanente e corrispondente alle esigenze primarie dell'abitazione (Cass. 3934/1980).

Evoluzione normativa

La disciplina relativa a tale tematica ha conosciuto un'interessante evoluzione legislativa dal '42 ad oggi. In origine, infatti, il codice del 1942 non prevedeva alcuna norma relativa all'attribuzione della casa coniugale nel procedimento di separazione; solo con la riforma del 1975 fu espressamente previsto che la casa familiare spettava, di preferenza e ove possibile, al coniuge affidatario dei figli. La normativa, estesa poi all'ipotesi di divorzio e resa comprensiva del riferimento ai figli maggiorenni oltre che minorenni, è stata modificata dalla legge 8-2-2006 n.54

("Separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli") la quale, tra le varie modifiche apportate al codice civile, ha introdotto, tra gli altri, l'art.155 *quater*[1], rubricato "assegnazione della casa familiare e altre prescrizioni in tema di residenza".

Art. 155 quater c.c.

Tale norma, prevista dalla legge in tema di separazione fra coniugi, è da considerarsi estensibile anche alle ipotesi di divorzio, nullità del matrimonio, cessazione della convivenza tra genitori non coniugati, ed è espressione del principio del diritto dei figli alla "bi genitorialità", principio che ha informato di sè tutta la riforma operata dalla l.54/2006. Come infatti l'art. 155[2] c.c. esprime la necessità che ai figli sia consentita la prosecuzione di validi rapporti con il padre, la madre e i rispettivi gruppi parentali, così l'art.155 *quater* sancisce un principio guida che deve orientare il giudice nel momento della scelta relativa all'assegnazione della casa familiare: il prioritario interesse dei figli. Tale interesse costituisce dunque sia il principio che giustifica l'assegnazione, sia il criterio sulla base del quale tale assegnazione deve essere disposta. E' necessario infatti che siano assicurate ai figli, possibilmente conservandole, idonee condizioni di vita e di formazione, nonché una tendenziale continuità rispetto al passato.

Il prioritario interesse dei figli

Che la casa debba restare prioritariamente al servizio dei figli non vuol dire però che essa debba essere assegnata loro direttamente. Il principio infatti è attuato in via indiretta, per il tramite del

[1] Art. 155 quater c.c.: *"Il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli. Dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici tra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà. Il diritto al godimento della casa familiare viene meno nel caso che l'assegnatario non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare o conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Il provvedimento di assegnazione e quello di revoca sono trascrivibili e opponibili a terzi ai sensi dell'articolo 2643.*

Nel caso in cui uno dei coniugi cambi la residenza o il domicilio, l'altro coniuge può chiedere, se il mutamento interferisce con le modalità dell'affidamento, la ridefinizione degli accordi o dei provvedimenti adottati, ivi compresi quelli economici."

[2] Art. 155 c.c.*: "Anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale.*
Per realizzare la finalità indicata dal primo comma, il giudice che pronuncia la separazione personale dei coniugi adotta i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa. Valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati a entrambi i genitori oppure stabilisce a quale di essi i figli sono affidati, determina i tempi e le modalità della loro presenza presso ciascun genitore, fissando altresì la misura e il modo con cui ciascuno di essi deve contribuire al mantenimento, alla cura, all'istruzione e all'educazione dei figli. Prende atto, se non contrari all'interesse dei figli, degli accordi intervenuti tra i genitori. Adotta ogni altro provvedimento relativo alla prole.
La potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all'istruzione, all'educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell'inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli. In caso di disaccordo la decisione è rimessa al giudice. Limitatamente alle decisioni su questioni di ordinaria amministrazione, il giudice può stabilire che i genitori esercitino la potestà separatamente.
Salvo accordi diversi liberamente sottoscritti dalle parti, ciascuno dei genitori provvede al mantenimento dei figli in misura proporzionale al proprio reddito; il giudice stabilisce, ove necessario, la corresponsione di un assegno periodico al fine di realizzare il principio di proporzionalità, da determinare considerando:

1) le attuali esigenze del figlio;
2) il tenore di vita goduto dal figlio in costanza di convivenza con entrambi i genitori;
3) i tempi di permanenza presso ciascun genitore;
4) le risorse economiche di entrambi i genitori;
5) la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore.

L'assegno è automaticamente adeguato agli indici ISTAT in difetto di altro parametro indicato dalle parti o dal giudice.
Ove le informazioni di carattere economico fornite dai genitori non risultino sufficientemente documentate, il giudice dispone un accertamento della polizia tributaria sui redditi e sui beni oggetto della contestazione, anche se intestati a soggetti diversi."

genitore assegnatario, che non coincide però automaticamente con colui al quale i figli sono affidati in quanto, ad esempio, nel caso di affidamento condiviso i figli sono affidati ad entrambi i genitori. Interpretando la norma diversamente si darebbe vita ad una fattispecie giuridicamente incompatibile con la minore età dei figli (la disciplina dell'assegnazione in presenza di figli maggiorenni deriva da quella relativa ai figli minori) e sarebbe inoltre in contrasto con la *ratio* della riforma, in quanto realizzerebbe un affidamento alternato nettamente in contrasto con l'intento di assicurare alla prole una stabile continuità di vita.

La norma pone, come criterio guida dell'assegnazione, il prioritario interesse dei figli. Questo implica che, di regola, l'assegnazione deve essere disposta a favore del genitore con cui i figli convivono o trascorrono la maggior parte del tempo. Tale assegnazione, pur essendo privilegiata, non è però automatica, in quanto la norma parla di priorità e non di obbligo: l'abitazione potrà allora essere assegnata anche all'altro coniuge ovvero non essere assegnata affatto, ma tale opzione è possibile solo se sussistono ragioni di particolare serietà e importanza.

La norma dunque rispetto al passato esclude l'automatica corrispondenza tra genitore affidatario e assegnatario, attribuendo al giudice il potere di valutare caso per caso quale sia il prioritario interesse dei figli, sia che l'affidamento sia condiviso che esclusivo. Il godimento della casa familiare, infatti, non è più come in passato strettamente legato all'affidamento della prole, ma è finalizzato alla tutela di essa.

Nel silenzio della legge, devono intendersi ricompresi nell'ambito dei figli di cui all'art.155 *quater* c.c. non solo i minorenni ma anche i figli maggiorenni, purchè convivano con il genitore e non siano economicamente indipendenti, ovvero non si siano messi essi stessi colposamente nella condizione di essere dipendenti, perché in tal caso andrebbero equiparati ai figli indipendenti.

La *ratio* della norma è dunque la tutela dell'interesse dei figli: è da escludere pertanto che sia possibile l'assegnazione della casa familiare, in assenza di figli, al coniuge non titolare di alcun diritto di godimento sull'immobile. Come ha più volte precisato la Corte di Cassazione (si veda, ad esempio, Cass. 6192/2007), l'art.155 *quater* ha carattere eccezionale e dunque è insuscettibile di essere applicato analogicamente al coniuge non affidatario. Tale norma infatti provoca un *vulnus* al diritto di proprietà di uno dei coniugi, ma tale lesione è giustificata dal superiore interesse dei figli, che in ogni caso prima o poi diventeranno maggiorenni o economicamente indipendenti, e dunque è una lesione contingentata nel tempo. Un'assegnazione, che prescindesse invece da questi presupposti, diventerebbe un'espropriazione a tempo indeterminato e sarebbe totalmente in contrasto con il diritto di proprietà del coniuge, e dunque sarebbe suscettibile di essere considerata incostituzionale.

Pertanto, in assenza di figli, qualora la casa appartenga ad uno solo dei coniugi questi ne resta l'unico proprietario o titolare di diritto di godimento su di essa. Qualora invece la casa sia in comproprietà, la giurisprudenza (Cass.6979/2007) ritiene applicabili le norme sulla comunione e sullo scioglimento di essa. In nessun caso dunque, in assenza di figli, la casa familiare può essere assegnata al coniuge non titolare di alcun diritto su di essa, nemmeno per regolare i rapporti economici tra i coniugi, non essendo tale assegnazione neppure prevista dall'art.156 c.c. in sostituzione o quale componente dell'assegno di mantenimento; in presenza di figli

invece, come precisa lo stesso art.155 *quater* c.c., dell'assegnazione della casa dovrà tenersi conto al fine di regolare detti rapporti, in quanto l'abitazione ha un valore economico che non può considerarsi irrilevante, e di cui dunque il giudice deve tenere conto nella fissazione del valore di un eventuale mantenimento.

Si discute, nel silenzio della norma, se sia possibile assegnare la casa in modo frazionato, in quanto con la separazione il giudice attesta l'impossibilità della prosecuzione della convivenza: sarebbe dunque un non senso che fosse disposta poi una prosecuzione della convivenza attraverso la distribuzione degli spazi e il loro eventuale godimento comune o turnario. Si ritiene tuttavia possibile un'assegnazione frazionata solo ove l'abitazione sia intrinsecamente idonea ad essere divisa, sempre che ciò sia rispondente al prioritario interesse dei figli.

Limiti all'assegnazione

L'assegnazione, come detto, non può essere in perpetuo, perché altrimenti sarebbe in insanabile contrasto con il diritto di proprietà dell'altro coniuge: viene meno quando non è più funzionale al prioritario interesse dei figli, come nel caso in cui questi diventino maggiorenni o economicamente indipendenti (o non restino colposamente dipendenti). La norma prevede poi delle altre ipotesi tassative in cui il diritto del coniuge assegnatario viene meno, che si verificano quando questi non abiti o cessi di abitare stabilmente nella casa familiare, ovvero conviva more uxorio o contragga nuovo matrimonio. Nei primi due casi, venuta meno la stabile abitazione della casa, si ritiene che l'assegnazione abbia oggettivamente perduto la sua funzione; negli altri due casi, essendosi formato un nuovo nucleo familiare, è anche venuto meno l'habitat che si voleva tutelare con l'assegnazione. La cessazione del diritto non è però automatica. Come ha sottolineato la Corte Costituzionale (C. Cost. 30 luglio 2008 n.308), infatti, "l'evoluzione normativa e giurisprudenziale evidenzia come non solo la decisione sull'assegnazione della casa familiare ma anche quella sulla cessazione della stessa sono sempre state subordinate, pur nel silenzio della legge, ad una valutazione, da parte del giudice, di rispondenza all'interesse della prole".

Come ha precisato Cass.9995/2008, infatti, l'instaurazione di una relazione more uxorio da parte del coniuge non giustifica la revoca dell'assegnazione della casa familiare, trattandosi di una circostanza ininfluente sull'interesse della prole, a meno che la presenza del convivente non risulti nociva o diseducativa per i minori. L'assegnazione infatti deve essere volta a soddisfare gli interesse di questi ultimi alla conservazione dell'habitat domestico, inteso come centro degli affetti, interesse e consuetudini nei quali si esprime e si articola la vita familiare.

Spetta pertanto al giudice valutare se l'evento che determina la cessazione si è in concreto verificato, e se in ogni caso l'interesse della prole permanga o sia venuto meno: la decadenza dunque non si verifica di diritto, ma è subordinata ad un giudizio di conformità all'interesse del minore. Ed è proprio la preminenza accordata a tale interesse che giustifica l'orientamento giurisprudenziale, ormai prevalente, secondo cui, pur venuto meno in conseguenza dei fatti su esposti il diritto di godimento sull'immobile del coniuge assegnatario, non vi è alcun divieto per il giudice di giungere ad una decisione analoga alla precedente, pur nella diversità della situazione di fatto, purchè tale decisione sia quella maggiormente rispondente agli interessi della prole.

Pertanto il genitore assegnatario, pur avendo visto decadere il suo diritto a seguito di un provvedimento del giudice sulla base della nuova situazione di fatto verificatasi (convivenza more uxorio o nuovo matrimonio), potrebbe nuovamente risultare assegnatario della casa in virtù di un nuovo provvedimento del giudice che valuti in ogni caso persistente l'interesse dei figli all'abitazione della casa familiare.

Trascrizione e opponibilità ai terzi ex art. 2643 c.c. dei provvedimenti di assegnazione e revoca

La nuova disciplina prevede l'obbligo di trascrizione ex art. 2643 c.c. ai fini dell'opponibilità ai terzi dei provvedimenti di assegnazione e revoca. Questo comporta che, ad esempio, nel caso di conflitto tra il coniuge assegnatario ed un eventuale terzo acquirente del bene o cessionario di un diritto di godimento, il coniuge prevalga solo se abbia trascritto per primo il proprio titolo. Prima della riforma del 2006, invece, la trascrizione era necessaria solo per determinare l'opponibilità ai terzi trascorsi nove anni, mentre entro tale periodo i provvedimenti erano opponibili anche se non trascritti. Pertanto, venuta meno questa particolare tutela novennale, l'opponibilità è assicurata solo previa trascrizione, e i provvedimenti di assegnazione e revoca, trascritti, prevalgono su qualsiasi successivo atto di disposizione dell'immobile.

Al contrario, l'assegnazione della casa coniugale disposta solo sulla base della concorde richiesta dei coniugi in sede di giudizio di separazione, in assenza di figli minori o maggiorenni non autosufficienti, non è opponibile né ai terzi acquirenti, né al coniuge non assegnatario che voglia proporre domanda di divisione del bene immobile di cui sia comproprietario. L'opponibilità è infatti ancorata all'imprescindibile presupposto che il coniuge assegnatario della casa coniugale sia anche affidatario della prole; in caso di estensione dell'opponibilità anche all'ipotesi di assegnazione della casa coniugale come mezzo di regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra i coniugi, si determinerebbe una sostanziale espropriazione del diritto di proprietà dell'altro coniuge, in quanto la durata del vincolo coinciderebbe con la vita dell'assegnatario (Cass. 4735/2011).

Disciplina applicabile all'immobile in locazione

Nel caso in cui la casa familiare non sia di proprietà ma sia goduta in locazione, in presenza di figli minorenni, o maggiorenni ma non ancora indipendenti, anch'essa può essere oggetto di assegnazione al coniuge affidatario. L'art. 6[3] della legge 27 luglio 1978 n.392 prevede infatti che, in caso di separazione giudiziale o scioglimento del matrimonio, nel contratto di locazione al conduttore succeda l'altro coniuge a cui sia stato attribuito dal giudice il diritto ad abitare nella casa familiare.

Disciplina applicabile all'immobile goduto in comodato

In presenza di figli, anche la casa detenuta in comodato può essere oggetto di assegnazione al coniuge non comodatario. Il coniuge assegnatario subentra dunque nella posizione giuridica del

[3] Art. 6 l.392/1978*: "In caso di morte del conduttore, gli succedono nel contratto il coniuge, gli eredi ed i parenti ed affini con lui abitualmente conviventi.*
In caso di separazione giudiziale, di scioglimento del matrimonio o di cessazione degli effetti civili dello stesso, nel contratto di locazione succede al conduttore l'altro coniuge, se il diritto di abitare nella casa familiare sia stato attribuito dal giudice a quest'ultimo.
In caso di separazione consensuale o di nullità matrimoniale al conduttore succede l'altro coniuge se tra i due si sia così convenuto"

coniuge comodatario, ma non è tenuto a subire, ex art.1810[4] c.c., gli effetti del recesso ad nutum del comodante. Secondo la giurisprudenza tale ipotesi sarebbe invece soggetta alla disciplina di cui all'art. 1809[5] c.c., in base al quale il comodatario è tenuto a restituire la cosa o alla scadenza del termine o quando se ne è servito in conformità dal contratto: comodatario, infatti, sarebbe non la persona fisica del coniuge beneficiario ma la comunità familiare. Sarebbe pertanto applicabile anche il comma II di detto articolo, e pertanto il comodante potrebbe esigere la restituzione immediata del bene in presenza del sorgere di un urgente e imprevedibile bisogno.

Parte della dottrina ha però obbiettato che in realtà non esiste una comunità familiare, tanto più che essa non si considererebbe esistente in assenza dei figli. Pertanto, ai fini di giustificare l'assegnazione al coniuge assegnatario, dovrebbe invocarsi per analogia l'art. 148,I[6] c.c. La casa infatti è da considerarsi un mezzo di sostentamento infungibile e dunque, qualora comodante sia un ascendente, il diritto di concedere in godimento l'immobile al coniuge affidatario della prole rientrerebbe nel suo dovere di fornire ai genitori i mezzi di mantenimento necessari affinchè possano adempiere i loro doveri di mantenimento nei confronti dei figli.

[4] Art. 1810 c.c.: *"Se non è stato convenuto un termine né questo risulta dall'uso a cui la cosa doveva essere destinata, il comodatario è tenuto a restituirla non appena il comodante la richieda".*

[5] Art. 1809 c.c.: *"Il comodatario è obbligato a restituire la cosa alla scadenza del termine convenuto o, in mancanza di termine, quando se ne è servito in conformità del contratto.*
Se però, durante il termine convenuto o prima che il comodatario abbia cessato di servirsi della cosa, sopravviene un urgente e impreveduto bisogno al comodante, questi può esigerne la restituzione immediata."

[6] Art. 148,I c.c.: *"I coniugi devono adempiere l'obbligazione prevista nell'articolo precedente in proporzione alle rispettive sostanze e secondo la loro capacità di lavoro professionale o casalingo. Quando i genitori non hanno mezzi sufficienti, gli altri ascendenti legittimi o naturali, in ordine di prossimità, sono tenuti a fornire ai genitori stessi i mezzi necessari affinché possano adempiere i loro doveri nei confronti dei figli."*

Accordi tra coniugi in sede di separazione e divorzio

A cura dell'Avv. Alessia Canaccini

L'art. 1321 c.c. prevede che il contratto è l'accordo diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale. Il rapporto giuridico patrimoniale, che nel nostro ordinamento è costruito come essenzialmente obbligatorio, *ex* art. 1173 cc., può avere la sua fonte anche in qualsiasi atto o fatto idoneo a produrlo, dunque anche in un negozio giuridico, come il matrimonio. Del resto ciò non stupisce sul piano della disciplina delle obbligazioni, giacchè *ex* art. 1174 c.c. la prestazione dedotta in obbligazione, deve essere suscettibile di valutazione economica, ma può corrispondere anche ad un interesse non patrimoniale, facilmente individuabile nelle relazioni tra coniugi. Nell'ambito proprio della disciplina della famiglia nel Libro I, il legislatore dedica grande attenzione alle regole che riguardano i profili patrimoniali del rapporto: l'art. 143 c.c. sancisce che dal matrimonio deriva un obbligo di assistenza materiale tra i coniugi, nonché un obbligo di contribuzione ai bisogni della famiglia da parte di entrambi i coniugi, che si specifica nei confronti dei figli secondo le prescrizioni di cui agli artt. 147 e 148 c.c.; l'art.156 c.c. regola gli effetti della separazione sui rapporti patrimoniali; un intero Capo, il VI, è relativo al regime patrimoniale della famiglia, comprensivo delle convenzioni matrimoniali. Dunque la contiguità della disciplina della famiglia, anche nella crisi, con la patrimonialità e dunque la negoziabilità, è già nel codice dopo la riforma del 1975. Infatti i diritti patrimoniali sono tendenzialmente disponibili e nel nostro ordinamento lo strumento giuridico fondamentale con cui le parti dispongono di un diritto è proprio il negozio giuridico. Ma ove si riconosca un'autonomia negoziale è inevitabile verificare quali siano i limiti della stessa, alla luce di un controllo di ammissibilità-meritevolezza, fondato sull'art. 1322 c.c, che ha come strumento la causa. L'interprete dunque deve verificare che nell'ambito dei rapporti patrimoniali sia possibile raggiungere un accordo che sia meritevole di tutela per l'ordinamento e non persegua finalità contrarie a norme imperative oppure all'ordine pubblico, che sarebbero idonee a determinare la nullità dell'accordo e*x* art. 1343 c.c. Se tale accordo si inserisce nella crisi della famiglia, ed in particolare nella fase patologica del rapporto giuridico familiare, la difficoltà di indagare l'ammissibilità dell'accordo stesso si accentua, perché si diversificano gli interessi che il legislatore tutela e occorre vagliare quali disposizioni effettivamente si pongano come ostacolo all'autonomia.

Sul problema oggetto di questa analisi, la Cassazione si è più volte pronunciata, con particolare riferimento agli accordi preventivi di divorzio. La sentenza in commento ha segnato il passo ad una certa apertura del Supremo Collegio a riconoscere spazi di autonomia dei coniugi, tuttavia questa apertura può sembrare timida, anche in virtù di un ragionamento impostato dalla Corte e disatteso dalla stessa nelle conclusioni, la cui portata è stata circoscritta al caso di specie[7].

[7] Sul punto si segnala il riferimento di Angeloni, in *La Cassazione attenua il proprio orientamento negativo nei confronti degli accordi preventivi di divorzio* : *distinguishing* o *prospecitve overruling,* in Contratto e Impresa,

Nello specifico la statuizione ha ad oggetto la validità di un accordo perfezionato dai coniugi durante le trattative che hanno preceduto di un anno la separazione consensuale. Tale accordo prevedeva l'assunzione da parte del marito dell'obbligo di corrispondere una somma mensile alla moglie "vita natural durante"e il credito era qualificato come "di mantenimento". La validità di tale accordo è stata contestata, contrariamente a quanto accade normalmente, a detta del Supremo Collegio, da parte del soggetto obbligato che, nel procedimento per la cessazione degli effetti civili del matrimonio, ha domandato l'accertamento negativo del diritto della moglie non solo all'assegno determinato dall'accordo, ma anche all'assegno divorzile e agli alimenti. Dalla dichiarazione di nullità dell'accordo sarebbe derivata ovviamente l'insussistenza dell'obbligo assunto dal marito. Il Tribunale di primo grado ha qualificato l'accordo come rendita vitalizia, rigettando la domanda del marito. Anche la Corte d'appello competente ha confermato il rigetto, ma ha qualificato l'accordo come transazione, in quanto diretto a porre fine a controversie patrimoniali in corso.

La Suprema Corte, dopo avere escluso che l'accordo possa essere qualificato come costitutivo di rendita vitalizia, per mancanza di alienazione di un bene o cessione di un capitale, necessaria secondo il dettato dell'art. 1872 c.c., afferma che l'accordo è di natura transattiva. Tale transazione, la cui disciplina di validità sarebbe indicata dall'art. 1966, comma 2, c.c., rientrerebbe, quanto all'oggetto, negli accordi preventivi di divorzio, sui quali esiste un orientamento consolidato e ancora attuale della Corte, che li ritiene nulli. Questi accordi si caratterizzano per la previsione in sede di separazione del regime giuridico di un divorzio solo eventuale e si potrebbero riflettere su tutti i rapporti giuridici dipendenti dal divorzio, se non ne fosse sancita l'invalidità. La nullità sarebbe conseguente alla violazione di norme imperative come l'art.9 l.898/1970, sulla revisione dell'assegno divorzile; l'art.5 l.898/1970, sugli effetti patrimoniali indisponibili, in particolare per la natura assistenziale dell'assegno; gli artt. 3 e 4 l.898/1970, sulla libertà di azione e di difesa in sede di divorzio, che verrebbe ingiustamente compressa, in violazione dell'art. 24 Cost, da un accordo che prevede una sorta di "prezzo" per il consenso al divorzio, con conseguente e inammissibile commercio dello *status*, le cui modificazioni devono sempre avere un presupposto nella sfera strettamente personale.

La conseguenza di queste premesse tuttavia desta stupore, perché da una parte il Supremo Collegio esclude che la fattispecie in esame possa essere di accordo preventivo invalido, in quanto non contrastante con la disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali –mancherebbe nell'accordo *de quo* un riferimento diretto o indiretto alla regolamentazione degli effetti del divorzio e non sarebbe esplicitata pertanto alcuna volontà di regolare preventivamente tali

2000/3, 1152, e note 42 e 43, in cui l'autore evidenzia che il Supremo Collegio sembra apparentemente utilizzare la tecnica argomentativa del *distinguishing*- operazione con cui il giudice dichiara di non applicare al caso di specie un determinato precedente, cui sarebbe vincolato, perché non sussisterebbero i presupposti di fatto a fondamento della regola che egli dovrebbe applicare- ma in realtà applica la tecnica del *prospective overruling*- in base alla quale il giudice ritiene di superare un precedente per tutti i casi futuri, perché la regola di giudizio non è più adeguata per disciplinare quella determinata fattispecie e tuttavia, limitatamente al caso che è chiamato a decidere, applica il precedente. In questo senso la conclusione cui perviene l'autore a pagina 1155 del suo contributo è che "*la decisione viene adottata sulla base della diversa regola, che riconosce piena validità agli accordi preventivi di divorzio, lasciando ad un'analisi da condursi caso per caso l'accertamento della lesione da parte dei singoli patti, in modo diretto o indiretto, della libertà dei coniugi idi agire e difendersi nel giudizio di divorzio*".

effetti- né idonea a limitare la libertà di azione e difesa in giudizio, dall'altra afferma che l'accordo in esame era idoneo a produrre effetti sui rapporti patrimoniali tra ex coniugi, ma solo nel senso di incidere sulle voci attive che assieme a quelle passive concorrono a determinare la situazione reddituale dei coniugi e dunque l'eventuale spettanza dell'assegno *ex* art. 5, comma 6 L.898/1970. Del resto è evidente che la statuizione della Corte è contraddittoria, perché dopo avere negato che l'accordo in oggetto incida sulla concessione dell'assegno di divorzio, viene sancito che il giudice nel concedere l'assegno e soprattutto nel quantificarlo, debba tener conto del credito nascente dall'accordo, idoneo a modificare la capacità economica del coniuge "forte" e a incidere già sulla posizione del coniuge "debole". Quindi è priva di riscontro l'affermazione che l'accordo non disciplini anche le conseguenze del divorzio, poiché l'incidenza sugli effetti patrimoniali della crisi familiare era già stata valutata dai coniugi al momento della separazione, addirittura qualificando l'obbligo di mantenimento come irreversibile, in quanto riconosciuto "vita natural durante".

Inoltre sembra poco significativo l'argomento secondo cui l'orientamento consolidato di nullità degli accordi preventivi di divorzio si sarebbe formato in relazione a fattispecie nelle quali l'invalidità veniva contestata dal coniuge"debole", che avrebbe ottenuto maggior tutela dall' applicazione della disciplina legale sull'assegno divorzile, e non da parte del soggetto obbligato. La debolezza dell'argomento emerge dall'esame del dato normativo di cui all'art. 1421 c.c , secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse, e dalla mancanza di un'espressa previsione di una nullità c.d. ci protezione nello specifico settore della crisi familiare. Del resto non si capisce per quale ragione i principi enunciati dalle pronunce della Cassazione in ordine all'invalidità degli accordi preventivi dovrebbero attagliarsi solo alle ipotesi di domanda del coniuge "debole", a prescindere dalla constatazione fattuale che rispetto a tali fattispecie si sia formata l'elaborazione giurisprudenziale richiamata.

Per comprendere come nasca questa statuizione in apparenza contraddittoria o quanto meno frutto di compromesso, occorre tenere presente un dato normativo fondamentale, ovverosia la riforma del diritto di famiglia, sempre più costituzionalmente orientato. L'art. 2 Cost riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo come singolo e nelle formazioni sociali in cui l'individuo si realizza. Tra le formazioni sociali, *ex* art. 29 Cost, si pone sicuramente la famiglia, concepita come società naturale fondata sul matrimonio, in cui è riconosciuta un'eguaglianza morale e giuridica tra i coniugi. Su questi presupposti la famiglia è intesa come il "luogo" degli affetti e sempre meno come un'istituzione, sempre più spazio viene dato all'individuo e in questo senso l'eventuale crisi della formazione sociale per eccellenza, quale appunto è la famiglia, viene vista non più come una sanzione, ma come un rimedio, che consente alla persona di riaffermare la propria individualità, ricercando in altro contesto la piena realizzazione di sé. In questo ambito, venuta meno la diversità di *status* [8]dei due coniugi, si realizza, nei rapporti tra coniugi stessi il

[8] Sul concetto di *status* cfr. Cicu, *Il concetto di status*, in Studi in onore di V.Simoncelli, Na, 1917, 70 e ss., secondo cui lo "*status sta ad indicare il rapporto giuridico che nell'aggregato sociale assume l'individuo, entrando necessariamente a farne parte, diventando membro. Status è pertanto il rapporto o vincolo giuridico che lega il singolo nell'aggregato.E poiché l'aggregato è un tutto, e non una somma di rapporti o di vincoli che intercedano fra i singoli, poiché appunto i singoli vengono in considerazione come membri, e non come entità isolate indipendenti, il vincolo è unico".*Da questa premessa si comprende la ricostruizione della famiglia come istituzione incentrata sull'unità, esistente prima della riforma del 1975.

passaggio da un regime dei rapporti dettato dallo *status* ad uno fondato sulla volontà, e dunque sul contratto[9]. Questo significa che non ha fondamento la pretesa nullità degli accordi preventivi il divorzio sulla base dell'argomentazione dell'indisponibilità dello *status*. Un'obiezione di tal fatta non è fondata perché gli accordi a cui si fa riferimento riguardano gli effetti patrimoniali della crisi, non già lo *status* e il suo mutamento, né potrebbero avere ad oggetto, direttamente o indirettamente, la volontà di divorziare. Pertanto non è corretto sostenere che accordi preventivi potrebbero limitare la difesa nell'eventuale divorzio, giacchè le determinazioni del giudice sono subordinate alla domanda dei coniugi, a patto di non essere *ultra petitum*, e comunque ad una valutazione complessiva della condizione economica e patrimoniale, individuale e comune, suscettibile di mutamenti che concretano i giustificati motivi idonei ad una modifica, anche delle condizioni patrimoniali del divorzio, proprio perché la valutazione del giudice deve essere complessiva e orientata dalla funzione assistenziale dell'assegno. Inoltre se è ammessa la modifica dell'assegno dopo la statuizione specifica del giudice sul punto, in conseguenza di fatti sopravvenuti rappresentati dalle parti, non si comprende come ciascun coniuge possa ritenersi vincolato da un accordo che necessariamente non può tenere in considerazione le effettive condizioni patrimoniali dei coniugi al momento dello scioglimento del matrimonio, in contraddizione con quanto imposto al giudice dall'art. 5, comma 6 L. 898/1970.

Un'altra obiezione all'ammissibilità degli accordi preventivi si fonda sull'art. 160 cc, secondo cui "*gli sposi non possono derogare né ai diritti, né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio*". Questa disposizione sarebbe il cardine dell'indisponibilità dei diritti patrimoniali dei coniugi. Sennonchè l'art. 160 cc non utilizza il termine coniugi, ma sposi e con ciò sembra riferirsi alla fase fisiologica del matrimonio, piuttosto che a quella patologica. Sul punto si può comunque eccepire che le due parole sono sinonimi , la questione rilevante si sposta piuttosto sulla nozione di diritto e dovere previsto dalla legge per effetto del matrimonio, perché se è vero che dal *coniugio* deriva un dovere concorrente di contribuzione materiale, il diritto-dovere al mantenimento o all'assistenza è eventuale e dipende dalla sussistenza delle condizioni e dei requisiti imposti dalla legge, che possono essere apprezzati dal giudice, solo allorchè le parti lo richiedano. Dunque quantomeno, anche se si volesse riconoscere un diritto-dovere all'assegno divorzile- il che non trova riscontro nell'ordinamento giuridico attuale- si dovrebbe comunque ammettere che il diritto non è assoluto.

In ogni caso, come già anticipato, alla tesi tradizionale della nullità degli accordi preventivi per inderogabilità delle disposizioni della legge sul divorzio, relative agli effetti patrimoniali, si può opporre che la statuizione da parte del giudice, sulla spettanza e sulla quantificazione, dell'assegno divorzile, è subordinata alla domanda della parte. Questo significa che sull'assegno la parte può fare una rinuncia preventiva o successiva, oppure può dichiarare che non ha diritto all'assegno o che non è legittimata ad ottenerlo, non ricorrendone i presupposti. Infine i coniugi possono agire per la revisione dell'assegno ogni volta in cui ricorrano giustificati motivi *ex* art. 9, comma 1, L.898/1970. Tali indici sono a favore di una parziale disponibilità dei diritti patrimoniali dei coniugi nella crisi. Questa interpretazione inoltre è corroborata dal fatto che in

[9] Questa è la prospettiva di lettura dei nuovi rapporti tra coniugi post riforma del 1975 suggerita da Carbone, in *Accordi patrimoniali deflattivi della crisi coniugale*, Famiglia e Diritto, 2000/5, 433.

caso di divorzio congiunto, *ex* art. 4, comma 16, L898/1970, le parti possano raggiungere un accordo anche sul *quantum* dell'assegno divorzile, visto che la domanda congiunta può indicare "anche compiutamente le condizioni inerenti…ai rapporti economici". La determinazione delle parti viene comunque sottoposta al vaglio del giudice, limitatamente ad una verifica sui presupposti di legge.

Proprio in relazione alla determinazione del *quantum* dell'assegno, la pronuncia, che qui si analizza, ha statuito che non sussiste nullità dell'accordo preventivo, perché tale accordo, così come altri fattori, concorre a determinare, ma non esclude di per sé la spettanza dell'assegno divorzile, anche quando l'assegno attribuito "vita natural durante"abbia funzione di mantenimento.

Altra ipotesi di nullità della causa per illiceità è quella della contrarietà dell'accordo all'ordine pubblico, secondo l'art. 1343 c.c, cui si è fatto implicitamente cenno in merito all'indisponibilità dello *status* familiare[10]. L'esigenza perseguita dalle disposizioni sugli effetti patrimoniali della crisi familiare sarebbe anche quella di evitare che si realizzi uno scambio tra la conservazione o perdita dello *status* e il riconoscimento e quantificazione dell'assegno con funzione assistenziale, anche perché tale assegno, nell'ordine familiare e alla luce della solidarietà tra coniugi durante la crisi, esprime non solo un valore economico, ma anche un valore riferito alla persona nella formazione sociale. Oltre al vincolo dell'ordine pubblico familiare, l'accordo preventivo di divorzio deve rispettare l'ordine pubblico privatistico: la determinazione dell'assegno divorzile è affidata al giudice, perché la piena autonomia delle parti potrebbe avere effetti negativi per soggetti deboli, anche contrattualmente, non in grado di prevedere le conseguenze giuridiche del loro atto di disposizione. L'istanza solidaristica sembra allora prevalere rispetto all'autonomia dei coniugi. In questo senso un indice normativo significativo sarebbe anche costituito dalla previsione dell'art. 8 L898/1970, che indica peculiarità in ordine all'esecuzione del credito dell'ex coniuge.

Altro riferimento normativo che sembrerebbe avvalorare la tesi della nullità dell'accordo per contrarietà all'ordine pubblico, sarebbe costituita dalla previsione di cui all'art. 5, comma 1, L. 898/1970 dell'intervento necessario del P.M. nel processo di divorzio. Sul punto occorre verificare quali siano gli effettivi poteri riconosciuti al P.M. nel procedimento, in quanto l'intervento di chi rappresenta interessi pubblici è indicativo della sussistenza in quel procedimento di alcuni interessi di questa natura, ma non esclude che concorrano interessi tipicamente privatistici. In tal senso infatti l'art. 5, comma 5 L. stabilisce che "*il pubblico ministero, può, ai sensi dell'art. 72 del cp.c, proporre impugnazione limitatamente agli interessi patrimoniali dei figli minori o legalmente incapaci*". Anche l'art. 9, comma 1, L. 898/1970, individua nel P.M. la parte chiamata a presidiare e tutelare l'interesse dei figli, disponendo che solo nel procedimento per la modificazione dei provvedimenti relativi ai figli l'intervento del P.M. sia necessario.

[10] Sul punto si ribadisce che le statuizioni e le determinazioni inerenti lo *status* devono essere distinte da quelle inerenti i diritti e obblighi patrimoniali da esso derivanti .Del resto lo stesso art. 4 L.898/1970 prevede che i provvedimenti del giudice siano distinti in merito allo *status* e alle situazioni giuridiche soggettive ad esso connesse. Se dunque non si può disporre dello *status* non si comprende perché non si possa disporre dei diritti da esso derivanti.

Resta tuttavia un dato incontrovertibile: anche se si ritenesse insormontabile per l'autonomia dei coniugi nella crisi l'ordine pubblico familiare e l'ordine pubblico privatistico, il giudice non potrà esercitare alcun controllo né disporre il riconoscimento e la quantificazione del credito di mantenimento se le parti non presentino domanda specifica e comunque, nel caso in cui l'accordo preparatorio sia stato raggiunto, non potrà ignorarlo nel valutare le poste attive e passive dei patrimoni dei singoli coniugi, la mancanza di mezzi adeguati del potenziale beneficiario e la persistenza di una situazione economica analoga a quella avuta in costanza di matrimonio .

Da ultimo si segnala che gli accordi preventivi di divorzio con i quali le parti dispongono sugli effetti di diritti non ancora venuti ad esistenza potrebbero comunque essere considerati atipici, dunque non riconducibili al contratto di transazione, e il limite di ammissibilità nonché il giudizio di validità potrebbe essere condotto, nel rispetto dell'autonomia delle parti-coniugi, alla luce del vaglio di meritevolezza di cui all'art. 1322, comma 2, c.c., considerando la causa concretamente perseguita.

BENI E PATRIMONIO

a cura del Dott. Massimo Marasca[11]

PARTE I: COSE E BENI GIURIDICI

1. NOZIONE DI BENE GIURIDICO.

I beni sono le cose che possono formare oggetto di diritto (art. 810 c.c.).

Pertanto, il bene giuridico è la cosa materiale o immateriale, su cui cade l'interesse umano coinvolto nel rapporto o nella relazione giuridica e costituente l'elemento di riferimento della tutela accordata dall'ordinamento giuridico.

Il bene giuridico coincide, quindi, con:

1. l'oggetto del rapporto giuridico (nesso tra soggetti del diritto)
2. oggetto della relazione giuridica (nesso tra soggetto e cosa).

Dall'art.810 cc si ricavano le seguenti distinzioni:

- differenza dal soggetto: tuttavia, nei diritti personalissimi vi è una vicinanza;
- Dall'oggetto del rapporto e della relazione va distinto il**"contenuto"**di essi:
  - Il contenuto del rapporto giuridico è la condotta,che nel rapporto è destinata alla soddisfazione dell'interesse del soggetto sull'oggetto (es prestazione nelle obbligazioni). In questo caso il contenuto è chiamato anche oggetto immediato, mentre il bene è denominato oggetto mediato.
  - Il contenuto **della relazione** giuridica consiste invece nelle facoltà in cui si può sostanziare la condotta del titolare destinata al soddisfacimento dell'interesse sottostante al diritto sull'oggetto (es facoltà di coltivare il fondo).

La diversa nozione dell'oggetto e del contenuto del rapporto e della relazione giuridica evidenzia che:

a) mentre l'oggetto può essere il medesimo per rapporti o relazioni diverse, invece il "contenuto" è necessariamente **diverso**.

b) Il contenuto della relazione può essere attuato immediatamente, mentre quello del rapporto necessita della collaborazione altrui.

- I concetti di bene e cosa sono diversi:
  (a) la cosa è una porzione della materia (solida, liquida, gassosa);
  (b) il bene può essere anche immateriale (es Know how);

Ne discende che non tutti i beni sono cose (materiali) e che non tutte le cose materiali possono essere beni in senso giuridico, poiché prive di utilità o perché non possono essere acquistate in modo esclusivo (es aria, acqua del mare).

[11] La terza parte verrà pubblicata nel numero di marzo e tratterà le cose composte: universalità e pertinenze.

2. Classificazione dei beni:

Beni immobili il suolo e tutto quello che è naturalmente o artificialmente incorporato al suolo [art. 812 codice civile]. Ne fanno parte muli bagni ed edifici galleggianti E' richiesto l'atto scritto per la cessione o la Costituzione di qualsiasi diritto reale su un bene immobile [art. 1350 codice civile].	Beni mobili categoria che comprende tutti i beni non immobili e le energie naturali[art. 812 codice civile]. Gli atti relativi alla circolazione dei beni mobili non sono di norma soggetti a forma vincolata. Solo determinati beni mobili (mobili registrati) sono soggetti ad un regime di pubblicità; gli atti riguardanti beni mobili registrati necessitano degli stessi requisiti di quelli riguardanti beni immobili. Sono considerati beni immateriali poesie, romanzi, films i beni che diventano oggetto d'interesse.
Beni fungibili beni che possono essere indifferentemente sostituiti con altri dello stesso genere - interessa la quantità di beni di tale genere. La fungibilità di un bene dipende dalla sua natura o dalla volontà delle parti. La separazione o specificazione consiste nella pesatura, numerazione o misura del bene.	Beni infungibili beni che non possono essere sostituiti con altri dello stesso genere - interessa il preciso bene fisicamente individuato.
Beni consumabili beni il cui utilizzo comporta la loro distruzione o alienazione. I beni consumabili non possono essere oggetto di rapporti in cui si concede ad altri il godimento del bene con l'obbligo di restituirlo (es comodato).	Beni inconsumabili suscettibili di utilizzazione continuata. L'usufrutto viene concesso solo su questo tipo di beni. Nell'ambito di questi beni si parla anche di beni deteriorabili, poiché con l'uso possono perdere le loro qualità inziali. Vedi 996 cc secondo cui l'usufruttuario è tenuto a restituirli nello stato in cui si trovano.

Beni Commerciabili. Sono quelli che possono costituire oggetto di contrattazione.	Beni incommerciabili. Fuori commercio sono quei beni dei quali non si può disporre a titolo alcuno. Le res communes omnium (mare, aria); i beni demaniali sono tali. Si pensi anche agli atti di disposizione del proprio corpo vietati ai sensi dell'art. 5cod.civ.: gli organi del corpo umano non sono oggetto di libera contrattazione. Esistono inoltre specifici divieti che riguardano sostanze e beni particolari: si pensi alle sostanze stupefacenti, alle armi da guerra. Non può considerarsi oggetto di cessione il provvedimento amministrativo di natura autorizzatoria o concessoria in forza del quale viene gestita un'attività di natura imprenditoriale (Cass. Civ. Sez. II,1918/93).
Beni divisibili suscettibili ad essere ridotti in parti omogenee senza che se ne alteri la destinazione economica. La divisibilità di un bene può dipendere anche dalla volontà delle parti.	Beni indivisibili tutti i beni che non sono divisibili. Per sciogliere la comunione su questi beni bisogna per forza ricorrere alla vendita.
Beni presenti beni già esistenti in natura; sono i soli a poter formare oggetto di proprietà o di diritti reali.	Beni futuri beni tuttora non esistenti in natura; possono formare oggetto dei soli rapporti obbligatori quando non sia diversamente disposto dalla legge. Possono far parte di contratti reali ma nulla è dovuto se non vengono ad essere; possono essere oggetto di contratti aleatori. Beni futuri sono i frutti, i quali si connotano per il rapporto di derivazione con altro bene. Se ne discernono due specie: - frutti naturali quei beni che provengono direttamente dalla cosa, con il concorso o meno dell'opera umana; - frutti civili, che costituiscono il corrispettivo del godimento di un bene, essi si acquistano giorno per giorno, in ragione

	della durata del diritto (art. 821, n. 3, cod.civ.). La distinzione tra frutti civili e naturali rileva anche con riferimento alla natura dell'obbligazione restitutoria: per quanto attiene ai primi essa possiede natura di debito di valuta, per la seconda di valore (Cass. Civ. Sez. II,1784/93).
Beni in patrimonio. Sono quelli che appartengono ad un soggetto del diritto.	Beni fuori dal patrimonio. Sono le cose che non appartengono ad alcuno: cd res nullius. NB in base a quanto previsto dagli artt. 586 e 827 cc solo i beni mobili non rientranti in un'eredità possono essere res nullius (Cass. Civ. Sez. II, 256/76). Neanche le cose smarrite possono considerarsi res nullius, poiché l'invenzione è assoggettata a una procedura specifica (929 cc).
Beni privati sono quelli che appartengono a persone fisiche o a persone giuridiche private	Beni pubblici si dividono in: • beni appartenenti ad enti pubblici; • beni soggetti ad un regime diverso dalla proprietà privata (beni demaniali: demanio marittimo, militare, idrico stradale); questi sono inalienabili e non possono formare oggetto di possesso; sono regolati dal diritto pubblico. • Ci sono poi i beni non demaniali appartenenti ad ente pubblico che si chiamano patrimoniali; ne abbiamo di due tipi: disponibili che non sono destinati direttamente a pubblici servizi e che sono soggetti alle norme del codice civile , e indisponibili miniere, foreste o pubblici uffici che non possono essere alienati.
Beni non culturali.	Beni culturali. Rientrano tra quei beni, che un noto studioso di diritto amministrativo (Giannini), qualificava come beni d'interesse pubbl
Beni Materiali. sono cose tangibili dotate di una corporeità.	Beni Immateriali. Sono cose prive di corporeità e sono: 1. segni distintivi 2. c.d. opere dell'ingegno. 3. i diritti personalissimi. i beni immateriali (patrimoniali ed impersonali- cfr Barbero- vale a dire 1 e 2) possono essere oggetto di proprietà e di altri diritti, in base alle regole dello Stato di utilizzazione (art. 54 della L. 218/95) . Solo per i beni immateriali si pone il conflitto tra il titolare

	del cosa che veicola il bene immateriale e il titolare del bene immateriale (es diritto d'autore)

RINVIO:

1. Contratti su beni futuri e limiti alla commerciabilità (rInvio contratto).
2. Regime beni pubblici (rinvio diritto amministrativo).
3. La proprietà dei beni immateriali (rinvio proprietà)

PARTE II: RELAZIONI TRA BENI: PATRIMONIO E AZIENDA

3. PATRIMONIO: concetto; conseguenze violazione 2740 cc;Patrimonio autonomo, patrimonio separato, autonomia patrimoniale,patrimonio segregato, patrimonio destinato; Requisiti per la creazione di un patrimonio separato; Oggetto e contenuto della separazionecasistica: fondo patrimoniale e relative questioni;casistica. Beneficio d'inventario.casistica: separazione dei beni del de cuius da quelli dell'erede.casistica:patrimonio destinato ad uno specifico affare.casistica: atti di autonomia privata (negozio fiduciario e trust).

3.1. **Concetto di Patrimonio**.

Il patrimonio è il complesso degli elementi (diritti, rapporti) attivi e passivi suscettibili di valutazione economica che si riferiscono ad un soggetto del diritto. La nozione di patrimonio prescinde:

- dalla consistenza,
- dalla sua composizione attiva o passiva: in questo senso ogni soggetto, in quanto tale, ha un patrimonio anche quando non possedesse nessun elemento attivo, ma soltanto debiti.

Principio generale dell'ordinamento è che a ciascun soggetto corrisponda un solo patrimonio, con il quale risponde dei propri debiti (art.2740 cod. civ.). Ne discende che sono principi fondamentali:

1. unicità del patrimonio;
2. illimitatezza della responsabilità con il proprio patrimonio.
3. A ciò segue che non risulterebbe possibile ad alcuno distaccare dei beni o dei rapporti giuridici dal proprio patrimonio per riservarli ad alcuni creditori con l'esclusione di altri se non nei casi previsti dalla legge (c.d. patrimonio autonomo, patrimonio separato).

3.2.Conseguenze violazione art.2740 comma 2 cc.

Vi è dibattito circa la violazione del 2740 comma 2:

I. Secondo una prima tesi si avrebbe nullità dell'atto per violazione di norma imperativa;
II. Secondo altri la prima tesi è eccessiva poiché limita circolazione dei beni e i traffici giuridici, cosicché la conseguenza idonea andrebbe individuata nell'inefficacia relativa dell'atto e cioè nella sua non opponibilità ai creditori che hanno esercitato l'azione revocatoria.
III. Una terza tesi propugna l'azione risarcitoria per lesione del diritto di credito.

3.3. **Patrimonio autonomo, patrimonio separato, autonomia patrimoniale,patrimonio segregato, patrimonio destinato**.

(a) Si parla di **patrimonio autonomo** per evidenziare l'attribuzione di cespiti e rapporti che fanno capo ad un nuovo soggetto (associazioni non riconosciute, comitati, società), indipendentemente dall'esistenza di personalità giuridica di questo (Santoro Passarelli) in modo che lo stesso avesse un fondo dal quale attingere per realizzare gli scopi sociali. In sostanza se un soggetto conferisce beni o attività in una società o in un'associazione, questi elementi cessano di appartenergli in quanto trasferiti nel patrimonio di un soggetto ulteriore e distinto rispetto al conferente. La giurisprudenza sull'argomento appare concorde. Cfr. Cass. Civ. Sez. II,3011/92 .

(b) Il termine **patrimonio separato** evoca, invece, rapporti giuridici facenti capo ad un solo soggetto, comunque tenuti distinti dal patrimonio di costui in funzione di garanzia o di responsabilità, in connessione ad una determinata destinazione impressa al medesimo. Due sono gli elementi che occorrono:
   1. scopo;
   2. disciplina del patrimonio separato diversa da quello residuo facente capo al medesimo soggetto, il che implica una questione di compatibilità con la responsabilità patrimoniale illimitata.

(c) **Patrimonio segregato**. Presenta due connotati:
   1. è un patrimonio separato;
   2. quid pluris: insensibilità del patrimonio alle azioni o ad alcune delle azioni risarcitorie-recuperatorie di tutti o alcuni dei creditori.

(d) **Patrimonio destinato**.
   1. Secondo alcuni questa figura sarebbe priva di una reale rilevanza giuridica, poiché la destinazione, ovvero il vincolo del patrimonio ad uno scopo è l'effetto tipico dell'autonomia, della separazione o della segregazione.
   2. Per altri, invece, il vincolo di scopo potrebbe rilevare non come figura autonoma, ma come effetto di altri istituti e non solo nella creazione di patrimoni distinti:si pensi al meccanismo dell'imputazione dei debiti.
   3. Infine, una terza tesi ne propugna l'autonomia in base alla riforma del diritto societario del 2003, la quale ha introdotto i cd patrimoni destinati ad uno specifico affare.

(e) Diversa ancora è l'**autonomia patrimoniale** con la quale il patrimonio dell'ente viene distinto da quello sei suoi associati e dei suoi organi, i creditori dei soci non possono rivalersi sul patrimonio associativo e viceversa.

L'autonomia patrimoniale si distingue in perfetta e imperfetta:

- ***perfetta***: si ha quando tale separazione dei patrimoni è netta e l'ente ottiene la personalità giuridica; in tal caso per le obbligazioni assunte in nome dell'ente risponde esclusivamente il patrimonio dell'ente, non attaccabile dai creditori personali dei componenti dell'ente stesso;
- enti con autonomia patrimoniale ***imperfetta*** (separazione relativa dei patrimoni, mancanza del riconoscimento → c.d. enti non riconosciuti). In tal caso è prevista una responsabilità dei componenti dell'ente anche per le obbligazioni assunte dall'ente stesso.

Si discute della natura giuridica di questa responsabilità dei membri, ovvero se la stessa abbia natura di obbligazione solidale o di obbligazione sussidiaria.

Elementi comuni a tutte le citate ipotesi sono:

1. funzionalizzazione dei beni a uno scopo;
2. creazione di un vincolo di indisponibilità sui beni, con creazione di una specializzazione della responsabilità (Galli) rispetto alla regola generale ex art.2740 comma 1, cosicché per ognuna di esse occorre l'espressa previsione legislativa ai sensi dell'art. 2740 comma 2.

3.3.1. **Requisiti per la creazione di un patrimonio separato**.

Secondo autorevole dottrina (Galli), per dare luogo ad una separazione -segregazione dei beni e/o dei rapporti occorre:

(a) norma di legge che attribuisce potere di separazione del patrimonio;
(b) interesse meritevole di tutela alla separazione;
(c) un atto negoziale di destinazione dei beni a uno scopo, ma anche un provvedimento o una sentenza,;
(d) trasferimento o affidamento dei beni o dei rapporti a un soggetto che li amministri secondo le prescrizione date dal disponente in modo da raggiungere lo scopo;
(e) costituzione di un centro di imputazione degli effetti giuridici diverso dal disponente;
(f) opponibilità della separazione ai creditori mediante forme certe e strumenti di pubblicità;
(g) separazione bilaterale dei patrimoni: quello del disponente e quello destinato, in modo che i creditori dell'uno non si possano soddisfare sull'altro e viceversa, creando un regime privilegiato/specializzato di responsabilità;

3.3.2. **Oggetto e contenuto della separazione**.

Si deve distinguere (Galli) tra oggetto immediato e oggetto mediato (contenuto) della separazione.

- Oggetto immediato sono i beni o i rapporti che andranno a costituire il patrimonio separato. Salve le limitazioni di legge (beni incommerciabili), qualsiasi bene o rapporto può essere destinato al patrimonio separato;
- oggetto mediato. È l'assetto di interessi che si dà mediante l'atto di separazione-segregazione.

Questo assetto di interessi può essere realizzato:

I. mediante un collegamento di più negozi:
   - uno di attribuzione dei beni al patrimonio;
   - un secondo negozio di destinazione dei beni allo scopo;
II. un unico atto a causa complessa che dia luogo ai due effetti precedenti.

Il problema che si pone è che questo atto ha una causa traslativa, il che evoca l'ammissibilità o meno di un negozio unilaterale traslativo (rinvio adempimento traslativo- negozio giuridico unilaterale).

3.4. **casistica: fondo patrimoniale e relative questioni**.

3.4.1. Nozione.

Il fondo patrimoniale è previsto dall'art.167 cod.civ e consiste in un vincolo di indisponibilità, costituito da uno o da entrambi i coniugi con atto pubblico, ovvero da un terzo, anche per testamento, e gravante ai cespiti specificamente identificati, in relazione ai quali viene impresso un peculiare vincolo: la finalizzazione al soddisfacimento delle esigenze familiari(cfr. Cass.Civ. Sez.I,18065/04).

L'atto con il quale i coniugi costituiscono un fondo patrimoniale dà luogo ad una convenzione matrimoniale, la quale ai sensi degli artt.162 e 210 cc deve:

- avere la forma dell'atto pubblico;
- rispettare le regole di amministrazione dei beni e la parità di quote;

3.4.2. **Funzione**.

Destinare beni ai bisogni della famiglia e consentire ai terzi di effettuare delle attribuzioni in favore della stessa.

34.3. Effetti.

In esito alla costituzione del fondo si verifica una divaricazione **tra titolarità dei beni**, **spettanza dei frutti** che i medesimi sono idonei a produrre,**regime di amministrazione** e **poteri di disposizione** dei cespiti investiti dal vincolo. A mente dell'art.168 cod.civ.:

1. **la proprietà dei beni** costituenti il fondo patrimoniale spetta ad entrambi i coniugi, salvo che sia diversamente stabilito nell'atto di costituzione mentre, con conseguente indisponibilità dei beni senza il consenso di entrambi o senza l'autorizzazione del giudice (tutelare) quando vi siano figli minori
2. ai sensi del II comma, **i frutti dei beni** costituenti il fondo patrimoniale sono impiegati per i bisogni della famiglia,
3. i beni e frutti non possono essere aggrediti se il creditore conosceva che i debiti erano stati contratti per scopi estranei alla famiglia (NB anche costituzione di vincoli, come pegni e ipoteche, seguono questa sorte- v.;Cass. Civ., Sez. I, n. 13622 del 4 giugno 2010, secondo cui il terzo creditore può iscrivere ipoteca sui beni del fondo patrimoniale solo qualora sia inadempiuta un'obbligazione assunta per esigenze familiari).
4. ai sensi III comma, **l'amministrazione è regolata dalle norme relative all'amministrazione della comunione legale.**
5. Il fondo patrimoniale è caratterizzato dalla temporaneità e presuppone il vincolo matrimoniale.

3.4.4. **Opponibilità**.

Nel 2009 le SS.UU con sentenza 21658 hanno composto un contrasto della giurisprudenza di merito concernente la necessità della trascrizione in aggiunta all'annotazione a margine dell'atto di matrimonio ai fini l'opponibilità ai terzi del fondo patrimoniale.

Le tesi che si contendevano il campo erano due:

- T**esi della necessità della trascrizione**. Secondo questa tesi la necessità della trascrizione si desumeva dai seguenti argomenti:
  - sia per il trasferimento dei diritti reali sia per il trasferimento dei titoli di credito è previsto un onere pubblicitario aggiuntivo all'annotazione;
  - diversamente opinando si hanno due rischi:
    a) imporre un onere aggiuntivo ai creditori, i quali devono verificare due registri;
    b) la trascrizione sarebbe degradata da pubblicità dichiarativa a pubblicità notizia;
    c) si introdurrebbe una discrasia irrazionale con i titoli di credito per i quali è richiesta un'ulteriore pubblicità (annotazione registro emittente);
- T**esi della trascrizione=pubblicità notizia, sufficienza dell'annotazione per l'opponibilità**.

Secondo questa tesi, sposata dalle ss.uu, ai fini dell'opponibilità del fondo sarebbe sufficiente l'annotazione a margine dell'atto di matrimonio e la trascrizione avrebbe in questo caso l'eccezionale funzione di pubblicità notizia. Questi gli argomenti:

- La legge 151/75 art.206 ha abrogato il quarto comma dell'art. 2647 cc, il quale prevedeva la trascrizione per l'opponibilità del fondo;
- la trascrizione in funzione di pubblicità notizia si ha in altri casi numerosi: legge fallimentare per beni fallito al curatore; per il vincolo di indisponibilità sui beni culturali; vincoli su edilizia abitativa convenzionata.
- Anche la Corte cost nell'ordinanza 111/95 sembra aderire a questo orientamento laddove ritiene che il fondo patrimoniale sia una species di convenzione matrimoniale, con la conseguenza che l'unica forma di pubblicità dichiarativa è quella sub 4 comma dell'art.162 cc;
- nessuna discrasia si ha con i titoli di credito, i quali sono beni mobili assoggettati a regole di circolazione specifiche.

3.4.5. **Aggredibilità del fondo mediante azione revocatoria ordinaria e fallimentare**.

I. Revocatoria ordinaria.

La natura familiare del negozio costitutivo del fondo patrimoniale non è ostativa alla sua capacità di ledere la garanzia patrimoniale generica ex art.2740. Il problema è stabilire la sua natura gratuita od onerosa, poiché aderendo all'una o all'altra tesi cambia l'onere della prova. La Cass a partire dal 1999 è per la natura gratuita (rinvio azione revocatoria); NB la costituzione del fondo non è adempimento di obbligo giuridico, poiché l'insorgenza dei debiti è solo eventuale. Secondo Cass. 4457/03 la costituzione del fondo potrebbe essere l'unico meccanismo di adempimento al dovere morale di assistenza familiare, cosicché in questo caso non sarebbe aggredibile.

II. Revocatoria fallimentare.

L'Art.46 della legge fallim prevedeva l'intangibilità del patrimonio familiare, istituto che è stato abrogato dalla riforma del diritto di famiglia del 1975. Ci si chiede se tale articolo possa essere applicato estensivamente al fondo patrimoniale. Per Cass.1112/2010 la risposta è negativa poiché si legittimerebbe il curatore a gestire un patrimonio segregato solo nell'interesse dei creditori della famiglia, danneggiando la massa fallimentare.

3.5. **casistica. Beneficio d'inventario**.

L'accettazione con beneficio d'inventario è un'accettazione espressa dell'eredità che implica effetti differenti da quella pura e semplice, in particolare:

a) evita la confusione tra il patrimonio dell'erede e quello del de cuius;
b) limita la responsabilità al valore dell'eredità (intra vires) e solo con i beni pervenuti (cum viribus).

Questa limitazione costituisce una deroga al regime ex art.2740 cc.

3.6.casistica: separazione dei beni del de cuius da quelli dell'erede.

E' uno strumento a tutela dei creditori che consente di evitare la confusione tra i due patrimoni.
La *ratio* dell'istituto è stata variamente spiegata:

(a) Tesi del patrimonio separato: Si è fatto riferimento al concetto di **patrimonio separato**. Questa tesi è contraddetta dal III comma dell'art. 512 cod.civ. , "la separazione non impedisce ai creditori e ai legatari che l'hanno esercitata, di soddisfarsi **anche sui beni propri dell'erede". L'impermeabilità tra i due compendi patrimoniali opera pertanto a senso unico**: essa impedisce soltanto che i creditori ereditari possano subire il concorso di quelli dell'erede, ma non preclude l'eventualità contraria, che cioè i creditori dell'erede possano subire sui beni di costui il concorso dei creditori del *de cuius*

(b) Tesi del diritto potestativo. Appare più rispondente al dato normativo la teorica che giustifica la separazione in chiave **di diritto potestativo concesso ai creditori dell'eredità di poter fruire di una causa legittima di prelazione in considerazione della causa del proprio credito.** All'interno di questo orientamento vi sono diverse opinioni:

1. Secondo un'opinione (Azzariti) si tratterebbe di un diritto di garanzia **simile all'ipoteca ed al pegno** (ovviamente in dipendenza della natura del bene: immobile o mobile). E' stato tuttavia correttamente osservato che la separazione non impedisce, ai sensi del II comma dell'art. 514 cod.civ. , **che i creditori non separatisti concorrano con i separatisti**. In particolare, quando i separatisti hanno esercitato la separazione su tutti i beni ereditari, essi non ruiscono di nessun particolare vantaggio rispetto ai non separatisti (come invece dovrebbe essere se la separazione funzionasse come il pegno o l'ipoteca)
2. Secondo altri (Messineo-Cicu) si tratta, quindi, di **un privilegio speciale, la cui operatività sia tuttavia da porre in relazione all'esercizio volontario di un diritto potestativo.** A differenza del privilegio, che assiste il credito automaticamente, in considerazione della causa del medesimo, l'efficacia della prelazione deriverebbe dall'esercizio del diritto di separazione. Che tuttavia la preferenza sia accordata in considerazione della valutazione legislativa della causa del credito (la natura ereditaria di esso) è provato proprio dal riferito modo di disporre del II comma dell'art. 514 cod.civ.: **quando, come detto, la separazione è stata esercitata su tutti i beni, tutti i creditori ereditari sono posti nella stessa situazione, proprio perchè la causa del credito di ciascuno è omogenea**.

3.7.casistica:patrimonio destinato ad uno specifico affare.

Ai sensi dell'art. 2447 *bis* cod. civ., introdotto dalla riforma del diritto societario, la legge permette che una società per azioni possa, alternativamente:

a) costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;

b) convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al rimborso totale o parziale del finanziamento medesimo siano destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi.

3.8. **casistica: atti di autonomia privata**.

Vengono in rilievo:

1. il negozio fiduciario;
2. il Trust.

3.9. **Il negozio fiduciario**.

3.9.1. Nozione.

Il negozio fiduciario è il negozio mediante il quale un soggetto fiduciante aliena un diritto ad altro soggetto fiduciario, che si obbliga a disporne secondo lo scopo fiduciario, che di solito è quello di ritrasferlo al fiduciante stesso o ad un terzo (Bianca, Capozzi). E' evidente la natura contrattuale di questo negozio. Il nomen iuris di questo negozio giuridico deriva dalla circostanza che l'alienante ripone il proprio affidamento sul comportamento del fiduciario. Di fatti, il fiduciario, divenuto titolare del diritto, potrebbe validamente disporre di esso in violazione dell'obbligo assunto, che non è opponibile ai terzi acquirenti. In questa ipotesi al fiduciante residuerebbero solo l'azione risarcitoria e/o il 2932 cc. NB si ha interposizione reale di persona.

3.9.2. **Caratteri**.

Il negozio fiduciario si caratterizza per:

- - l'eccedenza del mezzo (il negozio traslativo del diritto) sullo scopo pratico perseguito dalle parti, e la sproporzione tra la causa del negozio e gli effetti prodotti: nella fiducia viene prescelto dalle parti, per il conseguimento di un dato risultato, un negozio giuridico i cui effetti vanno oltre quello scopo;
- la possibilità di abuso da parte del fiduciario, consistente nell'esercizio del diritto in modo difforme da quanto concordato con il fiduciante (ad esempio, trasferimento del diritto a un terzo, invece del previsto ritrasferimento al fiduciante), in quanto il potere attribuito fiduciario è più ampio del dovere che gli deriva dal pactum fiduciae.

3.9.3. **Ammissibilità**.

Si discuteva circa l'ammissibilità di un contratto di tal fatta. Il quesito fondamentale che si pone a proposito del negozio fiduciario è se sia possibile parlare di una *causa fiduciae* intesa come causa tipica di trasferimento immobiliare.

1. Tesi positiva del fenomeno metagiuridico. Secondo cui il contratto fiduciario andrebbe valutato alla luce della realtà sociale e, in definitiva, non potrebbe essere inquadrato in un unico schema giuridico. Il fenomeno fiduciario rileverebbe giuridicamente solo in fase patologica e cioè quando lo scopo perseguito dalla volontà delle parti non sia stato conseguito
   - CRITICA:
     - è una tesi che pecca di astrattezza ;
     - che lega il contratto ad elementi naturalistici o filosofici.
     - Inoltre, è contraddittoria nella parte in cui sostiene che da un lato è un fenomeno privo di disciplina, quindi irrilevante nella sua fisiologia, e dall'altro, invece, ne sostiene la rilevanza in fase patologica.
2. Tesi positiva dell'ammissibilità di una causa fiduciaria autonoma- negozio indiretto. Questa tesi ritiene che il negozio fiduciario sia ammissibile la causa fiduciaria, poiché persegue interessi meritevoli di tutela ulteriori rispetto al tipo legale, consistenti nella creazione di una titolarità del diritto reale con un fine e con facoltà più ristrette, assumendo il fiduciario degli obblighi nei confronti del fiduciante. In sostanza l'effetto obbligatorio sarebbe la causa giustificatrice dell'effetto reale (Capozzi). A sostegno si richiamano le fattispecie legali di negozio fiduciario: artt.627 e 628 fiducia testamentaria; sostituzione fidecommissoria ex art. 692 cc; contratto estimatorio; patto di retrovendita; mandato indiretto all'acquisto di diritti reali ex art. 1705 cc comma 2; società fiduciaria ex art. 1 L1966/39; società gestione fondi comuni (TU 58/98); girata fiduciaria dei titoli di credito.

3. Tesi dell'inammissibilità di una causa fiduciaria autonoma. Questa tesi nega che il negozio fiduciario abbia ingresso nel nostro ordinamento per i seguenti motivi:
   - il trasferimento della proprietà *causae fiduciae* contrasta con il carattere di perpetuità della proprietà e di libera disponibilità della stessa.
   - In secondo luogo perché in tal modo si ha un negozio astratto, trattandosi di causa diversa da quella di vendita e di donazione.
   - Altri autori, invece, hanno detto che ammettendosi il negozio fiduciario si viene anche ad ammettere un tipo di proprietà (la proprietà fiduciaria, appunto) che avrebbe caratteristiche diverse da quelle previste dall'articolo 832; si tratterebbe infatti di una proprietà solo formale, svuotata del tutto da ogni contenuto, e quindi di un diritto reale atipico, contrastante con il principio del numero chiuso dei diritti reali.
   - altri hanno detto che si avrebbe una dissociazione tra titolarità ed esercizio del diritto.
   - La fiducia è solo un motivo che dà luogo ad un eccedenza del mezzo (es vendita) rispetto allo scopo (ritrasferimento- gestione nell'interesse del fiduciante- v.Capozzi).
   - Le fattispecie legali rammentate sono diversamente spiegabili.
4. Tesi dei contratti collegati, altri meccanismi di rilevanza. Stanti le considerazioni di cui alla tesi n. 3, si sostiene che la fiducia potrebbe rilevare attraverso collegamento negoziale, condizione, modus, ecc.

3.9.4. Struttura e requisiti del negozio fiduciario**.**

A seconda che si aderisca alla tesi della causa autonoma o a quella dei contratti collegati, il negozio fiduciario può presentare una struttura di negozio unico oppure di collegamento negoziale

- tesi negozio unico. Una prima teoria concepisce il negozio fiduciario come un unico negozio con causa atipica (non dunque costituito da un negozio con efficacia reale e da uno con efficacia obbligatoria, limitativo del primo), caratterizzato dalla causa fiduciae, che unifica l'elemento traslativo (efficacia reale, esterna) con quello obbligatorio (efficacia obbligatoria, interna) e viene ritenuta idonea ad operare il trasferimento del diritto. La causa fiduciae si concretizzerebbe nella funzione di utilizzazione della titolarità di un diritto reale ad un fine più ristretto di ciò che la titolarità medesima comporterebbe, e quindi nel circoscrivere con effetti obbligatori un'attribuzione effettuata sena limiti sul piano reale.
- Tesi negozio collegato. Una seconda opinione individua nel negozio fiduciario due distinti negozi connessi o collegati: un negozio traslativo tipico (ad es. vendita, donazione) cui si collega funzionalmente un accordo fiduciario; il primo di carattere esterno, con efficacia reale verso i terzi, l'altro interno e obbligatorio, volto a modificare il risultato finale del negozio traslativo (v. Cass. 1.4.2003 n. 4886). In base a questa ricostruzione, il diritto viene trasferito con un negozio distinto dal contratto causale obbligatorio: si verifica, pertanto, l'astrazione (parziale) della causa del negozio tipico (posto che una vendita non può essere contemporaneamente un mandato) laddove il negozio traslativo produce l'effetto reale senza una propria sottostante causa.

3.9.5. Classificazioni.

a) **Fiducia cum creditore e cum amico** ->

- **La fiducia cum creditore**presuppone che il fiduciario sia creditore del fiduciante (**ha**, infatti, **funzione di garanzia**). Il trasferimento del bene avviene con la pattuizione che il bene

ritornerà al fiduciante nel momento in cui costui adempierà**. La dottrina l'ammette sempre meno, essendo, sovente, in contrasto col divieto di cui all'art. 2744 c.c.** (patto commissorio).

- **La fiducia cum amico può assolvere alle finalità più svariate**. Serve, tuttavia, generalmente, ad agevolare il potere di amministrazione conferito al fiduciario.

b) **Fiducia romanistica e fiducia germanica**->

- **La prima si caratterizza per il fatto che il factum fiduciae ha efficacia meramente obbligatoria**non essendo opponibile ai terzi (agli occhi dei quali unico e legittimo proprietario è solo il fiduciario).il pactum fiduciae ha effetti obbligatori.
- **La seconda si caratterizza per** il fatto che al fiduciario è attribuito il diritto di esercitare in nome proprio un diritto di cui resta titolare il fiduciante. Si assiste ad **una scissione tra titolarità (del fiduciante) e legittimazione (del fiduciario)**. Ha effetti reali. Il nostro ordinamento conosce esclusivamente la fiducia romanistica; non potrebbe ritenersi ammissibile quella germanica vigendo il principio della tipicità dei diritti reali.

c) Fiducia dinamica e fiducia statica ->

- **La prima presuppone il trasferimento della titolarità del bene, che manca nella seconda**(essendo il fiduciario già proprietario del bene sul quale si innesca la fiducia).

3.9.6. Tutela del fiduciante contro il fiduciario.

- Se il fiduciario compie atti di trasferimento a terzi in violazione del pactum fiduciae, il fiduciante può agire in giudizio soltanto verso il fiduciario per ottenere la restituzione del tantundem ed il risarcimento dei danni (tutela obbligatoria); ma se il terzo acquirente è in malafede, può essere tenuto al risarcimento a norma dell'art. 2043 c.c. per induzione all'inadempimento.
- Se il fiduciario resta inerte senza dare esecuzione al pactum fiduciae, il fiduciante ed il beneficiario possono agire in giudizio per l'adempimento in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. per ottenere la pronuncia di una sentenza che tiene luogo del contratto non concluso. Infatti, dal pactum fiduciae deriva un obbligo di ritrasferimento analogo a quello derivante dal contratto preliminare, con conseguente applicabilità delle norme in materia di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre (v. art. 2932 c.c., disciplina richiamata anche dall'art. 1706, 2° comma, c.c. per il mandato ad acquistare immobili, nel caso di inadempimento del mandatario). Il diritto del fiduciante alla restituzione dei beni intestati al fiduciario si prescrive con il decorso dell'ordinario termine decennale, che decorre, in difetto di una diversa previsione nel pactum fiduciae, dal giorno in cui il fiduciario, avutane richiesta, abbia rifiutato il trasferimento del bene (v. Cass. 16.11.2001 n. 14375)

3.9.7. **Tutela contro i terzi**.

- Trascrizione domanda 2932. Se il fiduciante trascrive la domanda giudiziale proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c. (art. 2652 n. 2 c.c.), la trascrizione della sentenza che accoglie la domanda prevale sugli acquisti trascritti e sulle iscrizioni eseguite contro il fiduciario successivamente alla trascrizione della domanda.
- Exceptio doli. Per paralizzare l'azione dei creditori del fiduciario sul bene entrato nel patrimonio di questi, il fiduciante potrebbe sollevare l'exceptio doli, quando il terzo creditore

abbia agito intenzionalmente a danno del fiduciante (cfr. anche art. 1707 c.c., che dichiara opponibile ai creditori il mandato risultante da scrittura avente data certa anteriore al pignoramento e la trascrizione della domanda diretta a conseguire il ritrasferimento). Tra gli atti dovuti, eseguiti in adempimento di un debito scaduto, non soggetti a revocatoria ai sensi dell'art. 2901, 3° comma, c.c., vi è il consenso contrattuale al ritrasferimento, prestato in esecuzione di negozio fiduciario (v. Cass. 18.10.1991 n. 11025).

- Revocatoria. Il beneficiario il cui diritto di credito venga pregiudicato da un atto di disposizione posto in essere dal fiduciario, potrà esercitare l'azione revocatoria nei confronti del fiduciario e del terzo, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 2901 c.c..
- 2645 bis. Si può prospettare, infine, l'applicabilità analogica al pactum fiduciae della disciplina sulla trascrivibilità del contratto preliminare (art. 2645 bis c.c.), con conseguente opponibilità del patto ai terzi che acquistano dal fiduciario.

3.9.8. **Forma del pactum fiduciae e conseguenze sull'onere della prova**.

Sul punto due tesi:

- tesi della libertà delle forme. Una prima teoria ritiene che, trattandosi di fattispecie non espressamente disciplinata dalla legge, nella quale l'effetto obbligatorio non è coessenziale all'effetto reale, il pactum fiduciae dovrebbe sottostare al principio generale della libertà della forma, in mancanza di un disposizione espressa in senso contrario. Solo il negozio che produce l'effetto traslativo sarebbe soggetto al 1350 cc.
- Tesi della forma ad substantiam.- L'opinione più accreditata richiede, per il negozio fiduciario inerente al trasferimento di beni immobili, la forma scritta ad substantiam quale elemento essenziale di validità ex art. 1350 c.c. (v. Cass. 13.4.2001 n. 5565): si fa riferimento alla forma richiesta per il tipo di negozio cui il pactum fiduciae si ricollega (forma per relationem), come per il contratto preliminare (art. 1351 c.c.: "è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo") e per la procura (art. 1392 c.c.: "con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere"). La giurisprudenza, per individuare la disciplina della forma, equipara l'obbligo di ritrasferimento derivante dal pactum fiduciae a quello derivante dal contratto preliminare (v. Cass. 13.10.2004 n. 20198 e Cass. 19.7.2000 n. 9489: "il pactum fiduciae con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad substantiam, atteso che essa è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare, per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo"; cfr. Cass. 29.5.1993 n. 6024). La designazione, da parte del fiduciante, della persona a favore della quale deve essere ritrasferito il bene immobile, in virtù dell'obbligo assunto dal fiduciario di modificare la situazione giuridica a lui facente capo, deve rivestire ad substantiam la forma scritta (v. Cass. 30.1.1995 n. 1086). Anche per il secondo trasferimento (o ritrasferimento) immobiliare da parte del fiduciario, in esecuzione del pactum fiduciae (così come nell'esecuzione del mandato ad acquistare immobili e nel patto di retrovendita), è richiesta la forma solenne. Da ultimo Cass. Civ., Sez. II, n. 8001 del 7 aprile 2011.

CONSEGUENZE ONERE PROVA. Dal requisito della forma scritta derivano limiti probatori in ordine al pactum fiduciae: non sono ammesse la prova per testimoni e per presunzioni semplici, il

giuramento e la confessione (artt. 2725, 2729, 2735 e 2739 c.c.); in particolare, per la validità del negozio fiduciario la forma scritta ad substantiam non può essere sostituita dalla dichiarazione confessoria di una delle parti, non potendo detta dichiarazione essere utilizzata né come elemento integrante il contratto, né come prova dello stesso il quale, peraltro, non è dimostrabile tramite testimonianze, all'infuori dell'ipotesi eccezionale di perdita incolpevole del documento (art. 2725, 2° comma, c.c., in relazione all'art 2724 n. 3 c.c.: v. CasS.13.4.2001 n. 5565). Onere dell'attore è quindi quello di dimostrare l'esistenza dell'accordo scritto fiduciario che aveva preceduto o accompagnato la stipula del contratto di acquisto, con l'assunzione, da parte del fiduciario, dell'obbligo di retrocessione al fiduciante del bene immobile (NB PROVA CHE Può ESSERE SOLO DOCUMENTALE- VEDI LIMITI PATTO AGGIUNTO O CONTRARIO). Da ultimo Cass. Civ., Sez. II, n. 8001 del 7 aprile 2011.

3.9.9. **figure affini**.

Figure affini sono:

- negozio indiretto: secondo alcuni il negozio fiduciario è una species del negozio indiretto, ma si è visto che non può configurarsi un'unica causa (concreta) intesa a realizzare una funzione economico individuale di tipo fiduciario.
- negozio simulato: qui l'interposizione è fittizia, mentre nel negozio fiduciario vi è un'interposizione reale.

3.10. **Il Trust. Nozione,origine e ratio**.

A) Nozione. Il *trust* implica che un soggetto (disponente o settlor) trasferisca (con atto tra vivi o "mortis causa") ad altro soggetto (detto "*trustee*") la proprietà di uno o più beni, conferendogli l'incarico di usare i medesimi per un certo scopo o a beneficio di un altro soggetto (beneficiary). L'ampiezza dello scopo e l'eterongeneità dell'oggetto e di poteri del trustee ne fanno un istituto molto flessibile.

B) Origine. E' una figura che nasce nel diritto anglosassone. In particolare, ha origine nell'Inghilterra del medioevo per fronteggiare periodi di lunga assenza del titolare di un determinato patrimonio, il quale ne affidava la gestione al trustee fino al suo ritorno. L'istituto è modulato dalle fonti dell'ordinamento anglossassone: ha fondamento nel common law, ma è stato adeguato dall'equity. Il Common law prevedeva solo la facoltà del disponente di essere risarcito per il caso di inadempimento, mentre l'azione restitutoria è stata intodotta proprio in virtù dell'intervento delle corti dell'equity.

C) Ratio. Nell'ordinamento anglosassone il trust comporta una sorta di "sdoppiamento della proprietà " in quanto la costituzione di trust provoca la divisione della proprietà sui beni oggetto del trust, si parla infatti di "proprietà divisa" (split ownership). Da un lato vi è la property law, ovvero al proprietà del settlor, mentre da altro profilo vi è la property equity del beneficiario. Tuttavia, questa soluzione non è stata condivisa in una nota sentenza della CGE, la quale ha sostenuto l'inammissibilità della riferita scissione, evidenziando che non fosse concepibile una proprietà priva del requisito di pienezza, cosicché il vincolo di scopo sui beni in trust non può che avere natura obbligatoria. NB evoca una distinzione del tardo diritto romano- tra dominium e dominum utilis

3.1.4.5.3. Trust in italia.

il trust è diventato operante anche nel nostro paese a partire dal 1992, anno in cui l'Italia ha ratificato la convenzione dell'Aja del 1985 sul riconoscimento di questo istituto e sulla legge applicabile ad esso. In base alla convenzione il trust ricorre quando un soggetto (detto *settlor*) sottopone dei beni, con atto *mortis causa*

o *inter vivos*, sotto il controllo di un altro soggetto (detto trustee) nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico (art. 2).

La norma precisa altresì:

a) che i beni del trust costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del trustee (sia nel caso in cui siano a lui intestati, sia nel caso in cui siano intestati ad altra persona);

b) che il trustee ha il potere-dovere di amministrare o disporre dei beni secondo quanto previsto dall'atto costitutivo o dalla legge;

c) che non è incompatibile con l'esistenza del trust il fatto che il costituente si riservi alcune prerogative o che al trustee siano riconosciuti alcuni diritti come beneficiario.

3.1.4.5.2.4. Soggetti e oggetto.

– trustee può essere un terzo o addirittura lo stesso settlor che vincola alcuni suoi beni in trust;

– oltre al trustee può essere nominato un altro soggetto, detto *protector*, che svolge funzioni di controllo e supplenza del trustee;

– oggetto del trust possono essere beni immobili, mobili registrati, mobili non registrati e crediti;

– non necessariamente il trust deve avere un beneficiario.

Si possono avere trust cosiddetti di destinazione, in cui i beni sono destinati a uno scopo ritenuto meritevole

di tutela per l'ordinamento di quel paese. In tal caso il trust si avvicina al nostro negozio di fondazione;

– i trust possono essere a beneficiario determinato o indeterminato (determinato successivamente dal *settlor*);

si distinguono poi i beneficiari immediati (cioè quelli che traggono immediata utilità dai beni del trust, godendone i frutti) da quelli mediati o finali (che possono coincidere o meno con i destinatari immediati);

- la durata del trust è determinata dal settlor ma in linea di massima non può essere perpetua (fatta eccezione per i trust di scopo, negli ordinamenti che li ammettono). Ad esempio nell'ordinamento inglese la durata massima è ottanta anni. Il trust è inoltre di regola irrevocabile da parte del settlor, se non è diversamente stabilito nell'atto costitutivo.

3.1.4.5.2.5. Caratteri

Le caratteristiche del trust, che lo differenziano rispetto a tutti gli altri istituti presenti nel nostro ordinamento, sono le seguenti:

– i beni del trust costituiscono un patrimonio separato, e non possono essere aggrediti né dai creditori del trustee né dai creditori del *settlor*; in pratica la spiccata peculiarità di questo istituto sta nel fatto che i beni del trust non sono né di proprietà del trustee, né del *settlor*, né, addirittura del beneficiario; infatti, i beni del trust non possono essere aggrediti neanche dai creditori del beneficiario, nel caso in cui il beneficiario sia indeterminato, in quanto rispondono unicamente delle obbligazioni contratte dal trustee nell'interesse del trust;

- il trustee non è obbligato nei confronti del disponente, come avviene nel negozio fiduciario, ma solo verso il beneficiario. Ciò avvicina la figura in esame al contratto a favore di terzo, da cui tuttavia si discosta per il fatto che il trust non si costituisce per contratto ma anche per atto unilaterale, e nessun rilievo ha la dichiarazione del beneficiario di voler profittare della stipulazione.

3.1.4.5.2.6. **Il problema: trust interno**.

Il trust è regolato anzitutto dalla legge scelta dal costituente (art. 6), o, in mancanza di essa, dalla legge con cui il negozio istitutivo del trust ha più stretti legami (luogo di amministrazione, situazione del beni, residenza del trustee, e altro ancora).

È consentito inoltre prevedere che alcuni aspetti del trust siano disciplinati in parte dalla legge di un paese e in parte da quella di un paese diverso. È fuori di ogni dubbio che, in base alla Convenzione, possa essere riconosciuto in Italia un trust costituito all'estero, o possa costituirsi in Italia un trust per beni situati all'estero, o che cittadini stranieri possano costituire in Italia un trust su beni situati in Italia (cd trust esterno o diritto internazionale privato).

Ci si domanda se possano costituirsi in Italia, da cittadini italiani, dei trust per beni situati in Italia (trust interno).

Sul punto vi sono due tesi:

1. Teoria che nega il trust interno. La teoria negativa, secondo cui il trust italiano allo stato puro è inammissibile, si basa su diversi argomenti:
    - In primo luogo, ovviamente, l'argomento che potremmo definire testuale. È un istituto sconosciuto al nostro ordinamento;
    - si porrebbe in conflitto con i seguenti principi:
        - il principio dell'**unicità della proprietà**, perché il proprietario di un bene deve essere unico, e non è pensabile che ci siano due titolari, di cui uno formale e uno sostanziale;
        - il principio della **tipicità dei diritti reali** (perché si verrebbe a creare in definitiva un diritto reale atipico);
        - **l'assolutezza della proprietà**; (si verrebbe infatti a creare una proprietà temporanea) in contrasto con il principio secondo cui la proprietà può essere solo perpetua;
        - l'esclusività, poiché vi sarebbero due diritti di proprietà sullo stesso bene;

- il principio della ***par condicio creditorum***, per cui alcuni beni del debitore verrebbero ad essere sottratti all'azione esecutiva, in deroga così al fondamentale principio posto dall'art. 2740.

- non supera la meritevolezza ex artt. 1322 e 1324 cc.

2. Teoria che ammette il trust interno.

In senso contrario si è detto:

- l'argomento della non meritevolezza dell'interesse, poiché, alla pari di altri negozi giuridici, ha ragiunto la cosiddetta "tipicità sociale";
- l'impossibilità di dissociazione tra titolarità formale e sostanziale è una mera petizione di principio, che è invece contraddetta da altri istituti, come il negozio fiduciario o il mandato senza rappresentanza;
- –quanto alla proprietà temporanea, si tratta di un istituto la cui ammissibilità già è stata messa in evidenza da BARBERO, e che ricorre in alcune figure del nostro ordinamento (la sostituzione fedecommissaria, nei limitati casi in cui è ammessa, la vendita con patto di riscatto, ecc);
- la deroga al 2740 cc è ammessa nei casi previsti dalla legge e uno di questi casi è quello del trust;
- infine, anche il dogma dell'atipicità dei diritti reali viene meno di fronte ad un'espressa previsione direbbe l legge.
- Uno specifico addentellato normativo dell'istituto sarebbe l'art. 2645-ter cc.

3.1.4.5.2.7. **Questioni scaturenti dall'ammissibilità del trust**.

A) **trust successorio**. Il primo problema posto dal trust è quello relativo alla possibilità di eludere con esso il divieto della sostituzione fedecommissaria (art. 692). Ma in realtà non pare che ci siano ostacoli di tipo concettuale. Una nota sentenza del Tribunale di Lucca in materia, infatti, ha stabilito che mentre nella sostituzione fedecommissariaB si ha una doppia vocazione, ciò che fa acquistare automaticamente i beni al secondo istituito, nel trust occorre un successivo trasferimento al beneficiario. Senza contare che i beneficiari finali non sempre sono determinati. Inoltre l'istituito nella sostituzione fedecommissaria può godere dei beni, a differenza del trustee che ha solo l'amministrazione di essi. Nessun problema pone anche il divieto dei patti successori (art. 458); infatti il patto successorio è un contratto tra il futuro *de cuius* e l'erede, o il futuro erede e un beneficiario. Nel trust invece difetta l'elemento dell'accordo tra settlor e beneficiario.

B) Trascrivibilità. Un secondo ordine di problemi è quello della pubblicità.

1. <u>tesi che ne nega la trascrivibilità</u>: si basa sul presupposto che mancherebbe una norma in base alla quale potrebbe effettuarsi la trascrizione; l'art. 2643 sarebbe infatti tassativo al riguardo. Inoltre si è detto che il nostro sistema immobiliare non conosce la trascrizione di una doppia titolarità.
2. <u>Tesi che ammette la trascrizione</u>:In contrario si è detto innanzitutto che la trascrizione del trust ben può passare per l'art. 2645, il quale dice che sono trascrivibili negozi che hanno ad oggetto gli effetti degli atti indicati nell'articolo precedente. In secondo luogo la tipizzazione dell'art. 2643 non è affatto insuperabile perché comunque una legge di riferimento c'è, ed è

appunto la legge del '92 con cui è stata ratificata la convenzione sul trust. Né risulta sconosciuta al nostro ordinamento la trascrizione di un patrimonio separato, perché esiste già il fondo patrimoniale che ha caratteristiche analoghe . Di recente, il giudice tavolare di Trieste, con decreto emesso in data 25 settembre 2005, si è pronunciato a favore dell'ammissibilità del trust nel nostro ordinamento, sulla scia di altre pronunzie giudiziarie di merito succedutesi in materia, quasi tutte favorevoli all'applicazione del negozio anglosassone (ad es. Tribunale di Bologna, sentenza 1 ottobre 2003).

C) Trust liquidatorio. Strumento da adoperare nelle procedure concorsuali (per me solo accordo di ristrutturazione e ammissione concordato) o nella nuova procedura d'insolvenza.

3.1.4.5.2.8. figure affini al trust.

Fondazione; usufrutto; disposizioni fiduciarie; fedecommesso assistenziale; negozio fiduciario; mandato.

4. **AZIENDA: nozione, teni unitaria e tesi atomistica, elementi azienda, differenza con impresa, cessione, usufrutto, affitto d'azienda, tutela dell'avviamento**.

4.1. **Nozione di azienda e differenza con l'impresa**.

L'art. 2555 cod.civ definisce l'azienda come il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa.

Importante è la distinzione tra impresa ed azienda: tra l'aspetto dinamico (impresa, intesa come attività espletata dal soggetto imprenditore) e quello statico (azienda, intesa come insieme dei mezzi di cui si avvale l'imprenditore). Nel codice civile non v'è un'esplicita definizione dell'impresa, essendo invece descritto nell'art. 2082 cod.civ. l'imprenditore come il soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi (es.: agricoltore, industriale produttore, vettore, etc.).Secondo l'opinione preferibile l'azienda è appunto il mezzo per il cui tramite l'imprenditore svolge la propria attività. L'impresa, dunque, è l'attività economica svolta dall'imprenditore; l'azienda è, invece, il complesso dei beni di cui l'imprenditore si avvale per svolgere l'attività stessa.

4.2. **Natura giuridica dell'azienda**.

La natura giuridica dell'azienda ha dato luogo a divergenti opinioni.

A) Tesi materialistiche.

1. Tesi dell'universitas facti. Secondo la dottrina tradizionale l'azienda consisterebbe in un' universitas facti. Questa definizione non può tuttavia essere accolta:
   - il concetto di universalità richiede l'appartenenza delle cose che la compongono allo stesso proprietario. Ciò non è richiesto nell'azienda: spesso i locali ove l'attività viene esercitata sono condotti in locazione dall'imprenditore, i macchinari sono concessi in leasing, le merci sono di proprietà di altri soggetti.
   - Inoltre è titolare dell'azienda anche colui che, pur non essendo proprietario del complesso aziendale, diriga a un determinato fine produttivo o di scambio l'attività economica dell'azienda assumendone il rischio.
2. Tesi dell'universitas iuris. Altri in dottrina fanno riferimento ad una figura di universalità

giuridica (universitas juris) diversa da quella prevista dal codice nell'art.816 cod.civ.

3. Tesi della cosa composta funzionale. Secondo altri l'azienda sarebbe una cosa composta funzionale: i singoli cespiti ed i rapporti non sono collegati materialmente (come appunto avviene nella cosa composta, nella quale danno vita ad una forma fisica nuova), ma funzionalmente, vale a dire in ragione dalla loro destinazione, del loro impiego diretto ad uno scopo comune.

B) T**eorie antimaterialiste**.

Alle teorie materialistiche, che ricorrono alle figure tradizionali del bene composto o dell'universalità si oppongono le teorie immaterialistiche, secondo le quali l'azienda dovrebbe essere considerata come un bene immateriale, come un fattore di organizzazione di vari beni e rapporti.

C) **Tesi eclettica o della figura sui generis**.

Si sostiene che l'azienda non costituisce un bene unitario suscettibile di diritti reali, ma può formare oggetto unitario di atti di disposizione, di rapporti di carattere obbligatorio o di provvedimenti amministrativi. L'azienda è dunque costituita da un insieme di beni di carattere disomogeneo: possono far parte di essa tanto beni materiali quanto immateriali. Non si dubita infatti che il marchio e la ditta (sicuramente beni immateriali) ne rappresentino elementi costitutivi.

4.3. **Elementi costitutivi**.

Sorgono invece divergenze relativamente all'individuazione di ulteriori elementi costitutivi: se cioè debiti, crediti, avviamento possano ricomprendersi nell'ambito dei beni che danno vita all'azienda.

- Tesi unità- tesi atomistica. A fronte dell'opinione fondata sull'unità di tipo funzionale dell'azienda, unità che varrebbe a ricomprendere ciascuno di questi elementi assimilati funzionalmente ai mobili, immobili ed a quant'altro, si è fatto osservare che il termine "beni" di cui all'art. 2555 cod.civ. dovrebbe possedere la medesima portata di quello adoperato nell'art. 810 cod.civ. per designare le "cose che possono essere oggetto di diritti". In aggiunta a ciò, il trasferimento di debiti e crediti nel caso di cessione dell'azienda si configura come semplice effetto naturale, potendo le parti diversamente accordarsi.
- Tesi eclettica- figura sui generis. In definitiva le teoriche basate su una visione unitaria dell'azienda qualificano la stessa come universalità o come cosa composta funzionale, le c.d. teorie atomistiche esaltano i dati normativi che evidenziano la possibilità che i singoli elementi possano formare oggetto di separati rapporti giuridici.

4.3.1. **L'avviamento. Definizione**.

Si discute circa la riconducibilità dell'avviamento alla nozione di bene aziendale. Il legislatore, pur considerandolo normativamente art.2424 n. 6 quale componente del bilancio e agli artt. 34-36 della l.392 del 78 quale somma da liquidare nel caso di cessazione del rapporto di locazione commerciale, non ne dà una nozione. L'avviamento è, quindi, un concetto che è mutuato dalle discipline economiche e che consiste nell'idoneità dell'attrarre clientela, generando profitto per l'impresa. Si distingue (Campobasso) tra:

- L'***avviamento oggettivo*** è l'avviamento che dipende da fattori oggettivi, ed è quello ricollegabile a fattori indipendenti dalla persona dell'imprenditore, in quanto insiti nel coordinamento funzionale esistente fra i diversi beni.
- L'***avviamento soggettivo*** è l'avviamento che dipende da fattori soggettivi, ed è quello ricollegabile all'abilità operativa dell'imprenditore sul mercato ed in particolare alla sua abilità nel formare, conservare e accrescere la clientela.

La tesi prevalente esclude che l'avviamento sia un bene aziendale per due motivi:

- non è un bene nel senso tecnico del termine, ma è una qualità dell'azienda;
- non è suscettibile di autonomo trasferimento, ancorché sia economicamente valutabile.

4.4. **La disciplina giuridica dell'azienda**.

Il codice civile regola la circolazione giuridica dell'azienda. L'azienda può formare, così come i singoli beni aziendali, oggetto di atti di disposizione di diversa natura. Può essere venduta, conferita in società, donata oppure su di essa possono essere costituiti diritti reali (usufrutto) o personali (affitto) di godimento a favore di terzi.

Le questioni da affrontare sono essenzialmente (Campobasso):

- distinzione tra un atto dispositivo dell'azienda e un atto dispositivo di uno o più beni aziendali che non riguardino l'azienda nel suo complesso;
- Forma dell'atto traslativo;
- effetti giuridici si producono nella vicenda traslativa dell'azienda.

4.4.1. **Differenza tra atto dispositivo dell'azienda e atto dispositivo del bene aziendale**.

È principio consolidato in giurisprudenza che la qualificazione di una data vicenda circolatoria come trasferimento di azienda o come trasferimento di singoli beni aziendali deve essere operata secondo *criteri oggettivi*, cioè guardando al risultato perseguito e realizzato e non al *nomen* dato al contratto dalle parti o alla loro intenzione soggettiva. E ciò perché il trasferimento di azienda produce effetti che incidono nei confronti dei terzi.

- Quindi, <u>per aversi trasferimento di azienda non è necessario che l'atto di disposizione comprenda l'intero complesso aziendale</u>. Nell'ambito della disciplina del trasferimento di azienda si resta anche quando l'imprenditore trasferisca un ramo particolare della sua azienda, purché dotato di organicità operativa.ù
- <u>Necessario e sufficiente è che sia trasferito un insieme di beni di per sé potenzialmente idoneo ad essere utilizzato per l'esercizio di una determinata attività di impresa</u>, e ciò anche quando il nuovo titolare debba integrare il complesso con ulteriori fattori produttivi per farlo funzionare. È però necessario che i beni esclusi dal trasferimento non alterino l'unità economica e funzionale dell'azienda.

L'atto di disposizione del trasferimento di azienda comprenderà tutti i beni presenti in quel momento nell'azienda, anche se non specificatamente menzionati nel contratto. I vari beni aziendali passeranno

all'acquirente nella medesima situazione giuridica in cui si trovavano presso il trasferente, (proprietà, diritto reale o personale di godimento), se nulla è espressamente pattuito al riguardo.

4.4.2. **Forma dell'atto dispositivo dell'azienda**.

La vicenda traslativa dell'azienda può essere mortis causa e inter vivos.

- Mortis causa è regolata dal libro sulle successioni- peraltro su questo punto si veda la nuova disciplina dei patti di famiglia ex art. 768 cc;
- inter vivos opera la disciplina dettata dal codice per l'alienazione dell'azienda.

Le forme da osservare nel trasferimento inter vivos dell'azienda sono fissate dall'art. 2556, modificato dalla legge 310/1993.

Bisogna distinguere (Campobasso) fra forma necessaria per la validità del trasferimento e forma richiesta ai fini probatori e per l'opponibilità ai terzi.

- Al fine della **validità del trasferimento** è dettata una disciplina per ogni tipo di azienda, agricola o commerciale. I contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o la concessione di godimento dell'azienda sono validi solo se stipulati *con l'osservanza delle forme stabilite dalla legge per il trasferimento dei singoli beni che compongono l'azienda o per la particolare natura del contratto*. Manca quindi un'autonoma ed unitaria legge di circolazione dell'azienda e il trasferimento di ciascun bene aziendale segue il regime dettato in via generale. Cosi, per il trasferimento in proprietà all'acquirente degli immobili aziendali di proprietà dell'alienante sarà necessaria la forma scritta a pena di nullità, art. 1350. Inoltre, dovranno essere rispettate le regole di forma previste per il particolare tipo di negozio traslativo posto in essere. (per atto pubblico o scrittura privata autenticata). Solo per le imprese soggette a registrazione, secondo il sistema originario del codice civile (non per le piccole imprese e le imprese agricole individuali o in forma di ss), è previsto che ogni atto di disposizione dell'azienda deve essere provato per iscritto, art. 2556, 1° comma. La scrittura è richiesta solo *ad probationem* e la sua mancanza comporterà come unico effetto che, in un'eventuale controversia giudiziaria, le parti (ma non i terzi) non potranno avvalersi della prova per testimoni per dimostrare l'esistenza del contratto art. 2725, 1° comma. Per le imprese soggette a registrazione, il secondo comma dell'art. 2556, stabilisce che i relativi contratti sono soggetti ad iscrizione nel registro delle imprese. E, nel nuovo testo introdotto dalla legge 310/1993, la norma prescrive che, a tal fine, il contratto di trasferimento deve essere sempre redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata e deve essere depositato a cura del notaio (e non più dalle parti) per l'iscrizione, entro trenta giorni.
- Riguardo al **profilo probatorio** è da dire che quando il negozio non è stato stipulato nelle forme di legge, solo i terzi possono accedere alla prova testimoniale, che è invece inibita alle parti.

4.4.3. **Effetti dell'alienazione d'azienda**.

L'alienazione d'azienda produce:

a) agli effetti dedotti in contratto,
b) *ex lege* ulteriori effetti che riguardano:

1. il divieto di concorrenza dell'alienante, art. 2557 ;
2. la successione nei contratti, art. 2558;
3. la successione nei crediti, art. 2559;
4. la successione nei debiti aziendali, art. 2560.

4.4.3.1. Divieto di concorrenza.

Secondo l'art. 2557, *chi vende un'azienda commerciale deve astenersi, per un periodo massimo di 5 anni dal trasferimento, dall'iniziare una nuova impresa che possa comunque, per l'oggetto, l'ubicazione o altre circostanze, sviare la clientela dall'azienda ceduta.*

Se l'azienda è agricola, il divieto opera solo per le attività ad essa connesse e sempre che rispetto a tali attività sia possibile sviamento della clientela.

La norma contempera due esigenze opposte:

- quella dell'acquirente dell'azienda, di trattenere la clientela dell'impresa e quindi di godere dell'avviamento soggettivo, del quale si è tenuto conto nel prezzo di vendita;
- quella dell'alienante, a non vedere compressa la propria libertà di iniziativa economica oltre un certo periodo, ritenuto sufficiente per consentire all' acquirente di consolidare la propria clientela.

Il divieto di concorrenza è derogabile ed ha carattere relativo: sussiste nei limiti in cui la nuova attività di impresa dell'alienante sia potenzialmente idonea a sottrarre clientela all'azienda ceduta. Le parti possono anche ampliare la portata dell'obbligo di astensione, purché non sia impedita ogni attività professionale dell'alienante. In ogni caso è vietato prolungare oltre i cinque anni la durata del divieto.

Il divieto si applica, oltre in caso di vendita volontaria, anche nel caso di **vendita coattiva**. Il divieto graverà in testa all'imprenditore fallito nel caso di vendita in blocco dell'azienda da parte degli organi fallimentari, dato che la vendita ha sempre per oggetto l'azienda del fallito.

L'applicazione del divieto di concorrenza è, invece, controverso:

- nella divisione ereditaria con assegnazione dell'azienda caduta in successione a uno degli eredi;
- nello scioglimento di una società con assegnazione dell'azienda sociale ad uno dei soci quale quota di liquidazione;
- vendita dell'intera partecipazione sociale o di una partecipazione sociale di controllo in una società di persone o di capitali.

Nei primi due casi non si può affermare che vi è stato trasferimento di azienda da un erede all'altro o da un socio ad un altro, sicché gli altri erede o gli altri soci non sono tenuti a rispettare il divieto di concorrenza. Vi è però chi applica il divieto di concorrenza a favore dell'erede o del socio che subentra nell'azienda ed a carico degli altri eredi o degli altri soci.

Nel terzo caso il negozio traslativo c'è, ma ha per oggetto le quote e non l'azienda. Quindi, non ricorre il presupposto della vendita dell'azienda per l'applicazione dell' art. 2557. Ma, vi è chi assoggetta al divieto di concorrenza il socio alienante, purché ricorrano in concreto i presupposti dell'art. 2557 ed in particolare l'attitudine dell' alienante a sviare la clientela per la posizione rivestita nell'impresa sociale.

Il divieto di concorrenza ha per oggetto l'inizio di una nuova impresa commerciale. Ma esso, spesso, non è rispettato. Ad esempio (Campobasso), si vende l'azienda e se ne apre un' altra concorrente avvalendosi di un prestanome o costituendo una società di comodo. Oppure, si vende l'azienda e si entra come dirigente in un'impresa concorrente o si diventa amministratore unico di una società concorrente.

In questi casi, è discutibile se vi sia inizio di una nuova impresa da parte dell' alienante e violazione del relativo obbligo di non fare.

Il divieto dovrà ritenersi violato ogni qualvolta si sia avuto sviamento di clientela dall'azienda ceduta, per fatto concorrenziale direttamente o indirettamente imputabile all'alienante.

Visto che questo non è facile da provare, è opportuno che l'atto di alienazione contenga specifiche clausole a riguardo, possibili grazie all'estensione patrizia del divieto di concorrenza, art. 2557.

4.4.3.2. LA SUCCESSIONE NEI CONTRATTI AZIENDALI.

La disciplina del trasferimento dell'azienda si preoccupa di favorire il mantenimento dell'unità economica della stessa. A tal fine è agevolato il subingresso dell' acquirente nei rapporti contrattuali *in corso di esecuzione* che l'alienante ha stipulato con fornitori, finanziatori, lavoratori e clienti.

Infatti, l'art. 2558 prevede che *se non è pattuito diversamente, l'acquirente dell'azienda subentra nei contratti stipulati per l'esercizio dell'azienda stessa che non abbiano carattere personale. Il terzo contraente può tuttavia recedere dal contratto entro tre mesi dalla notizia del trasferimento, se sussiste una giusta causa, salvo in questo caso la responsabilità dell'alienante.*

Il subingresso dell'acquirente nei contratti in corso di esecuzione si produce anche se le parti nulla hanno previsto a riguardo. Quindi, è un effetto ex lege della vendita, sicché un'espressa pattuizione fra le parti è necessaria solo se si vuole escludere la successione in uno o più contratti in corso di esecuzione.

La deroga ai principi di diritto comune è vistosa per quanto concerne la posizione del terzo contraente:

- Infatti, mentre per diritto comune la cessione del contratto non può avvenire senza il consenso del contraente ceduto, art. 1406, nel trasferimento di contratti, inerenti l'esercizio di impresa, il consenso del terzo contraente non è necessario e l'effetto successorio si produce dal momento stesso in cui diventa efficace il trasferimento dell'azienda. Da questo momento il terzo contraente dovrà eseguire le proprie prestazioni nei confronti del nuovo titolare dell'azienda.
- Il terzo contraente non resta senza tutela, anche se limitata. Infatti, **il diritto di recesso del terzo**, entro tre mesi, potrà essere esercitato solo se sussiste una giusta causa e spetterà al terzo contraente provare che l'acquirente dell'azienda si trova in una situazione oggettiva tale da non dare affidamento sulla regolare esecuzione del contratto. Inoltre, il recesso dal contratto non determina il ritorno del contratto in testa all' alienante bensì la sua definitiva estinzione. Resta al terzo contraente solo la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni all'alienante dando la prova che questi non ha osservato la normale cautela nella scelta dell'acquirente dell'azienda.

È evidente il *favor legislativo* per il mantenimento dell'unità funzionale dell'azienda, che ispira anche altre norme che regolano taluni rapporti contrattuali inerenti all' azienda.

Naturalmente non vi è successione dei contratti che abbiano **carattere personale**.

Per il trasferimento di tali contratti sarà necessaria un'espressa pattuizione contrattuale fra le parti ed il consenso del terzo contraente ceduto. Cioè secondo la disciplina di diritto comune.

Contratti personali, ai fini dell'art. 2558, sono quei contratti nei quali l'identità e le qualità personali dell'imprenditore sono state in concreto determinanti del consenso del terzo contraente.

4.4.3.3. I CREDITI E I DEBITI AZIENDALI.

L'art. 2558 si applica ai contratti a prestazioni corrispettive non integralmente eseguiti da entrambe le parti al momento del trasferimento dell'azienda.

Se invece, l'imprenditore ha già adempiuto le obbligazioni a suo carico, residuerà un credito a suo favore nei confronti del terzo. Viceversa, residuerà un debito dell' imprenditore qualora il terzo contraente abbia integralmente eseguito le proprie prestazioni. In tali casi, in sede di vendita dell'azienda troverà applicazione la disciplina dettata dall'art. 2559 e dall'art. 2560 per i crediti e i debiti aziendali e non quella prevista dall'art. 2558.

(a) Rapporti esterni.

1. **CESSIONE DEI CREDITI.** Per le imprese soggette a registrazione nella sezione ordinaria, per rendere opponibile la **cessione dei crediti** ai terzi, la notifica al debitore ceduto o l'accettazione da parte di questi è sostituita dall'iscrizione del trasferimento dell'azienda nel registro delle imprese. Da tale momento, la cessione dei crediti relativi all'azienda ceduta ha effetto nei confronti dei terzi, anche in mancanza di notifica al debitore o di sua accettazione. Tuttavia, il debitore ceduto è liberato se paga in buona fede all'alienante. Per le altre imprese, si applica la disciplina generale della cessione dei crediti.
2. **CESSIONE DEI DEBITI.** Per quanto riguarda la cessione dei debiti si cerca di evitare che la modificazione del patrimonio dell'alienante pregiudichi le aspettative di soddisfacimento dei creditori aziendali. Pertanto è mantenuto il principio generale per cui non è ammesso il mutamento del debitore senza il consenso del creditore. Infatti, secondo l'art. 2560, 1° comma, *l'alienante non è liberato dai debiti, inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, se non risulta che i creditori vi hanno consentito*. Consenso che deve riguardare specificatamente la liberazione dell'alienante e non genericamente il trasferimento dell'azienda (NB non per tutti: altra dottrina osserva, infatti, che se così fosse non vi sarebbe alcuna differenza con il normale accollo liberatorio e non vi sarebbe stata la necessità di disciplinarlo espressamente).

Per le aziende commerciali, invece, è derogato l'altro principio secondo cui ciascuno risponde solo delle obbligazioni da lui assunte. Infatti, secondo l'art. 2560, 2° comma, *nel trasferimento di un'azienda commerciale risponde dei debiti suddetti anche l'acquirente dell'azienda, se essi risultano dai libri contabili obbligatori.* Perciò, l'acquirente di un'azienda commerciale risponde in solido con l'alienante nei confronti dei creditori che non abbiano consentito alla liberazione dell'alienante. La responsabilità ex lege dell'acquirente sussiste solo per i debiti aziendali che risultano dai libri contabili

obbligatori, (tranne che per i debiti di lavoro, per cui l'acquirente ne risponde anche se questi non risultano dalle scritture contabili obbligatorie).

(b) Rapporti interni.

L'art. 2559 e l'art. 2560 disciplinano le conseguenze del trasferimento dell'azienda per i creditori e i debitori aziendali, ma nulla dispongono circa la sorte dei crediti e debiti nel rapporto tra alienante e acquirente.

La soluzione è tuttora controversa poiché i dati normativi non offrono alcun argomento per risolvere il problema.

Comunque, prevale la tesi che i crediti e i debiti non passino automaticamente in testa all'acquirente, ma a tal fine è necessaria un'espressa pattuizione. In mancanza, l'acquirente riceverà il pagamento dei crediti anteriori come semplice legittimato a riscuotere per conto dell'alienante e sarà tenuto a trasferirgli quanto riscosso, nonché pagherà i debiti anteriori al trasferimento dell'azienda quale garante ex lege dell'alienante stesso e avrà diritto di rivalsa per l'intero nei confronti di questi.

Ma le intenzioni del legislatore erano diverse, dato che sia il Progetto di codice di commercio del 1940 e il Progetto del libro dell'impresa e del lavoro del codice civile espressamente prevedevano la successione automatica dell'acquirente nei crediti e nei debiti. Comunque, non è accettabile l'idea che, nel silenzio delle parti, passino all'acquirente i crediti ma non i debiti.

3.2.3.6. USUFRUTTO E AFFITTO DELL'AZIENDA.

L'azienda può formare oggetto di un diritto reale o personale di godimento. Può essere costituito in usufrutto o può essere concessa in affitto.

A) **USUFRUTTO.** La costituzione in usufrutto di un complesso di beni destinati allo svolgimento di attività di impresa modifica la disciplina generale dell'usufrutto. Infatti, l'art. 2561 prevede particolari *poteri-doveri* in testa all'usufruttuario per consentire all'usufruttuario la libertà operativa necessaria per gestire proficuamente l'impresa e per tutelare l'interesse del concedente a che non sia diminuita l'efficienza del complesso aziendale. L'art. 2561 dispone che *l'usufruttuario dell'azienda deve esercitarla sotto la ditta che la contraddistingue. Egli deve gestire l'azienda senza modificarne la destinazione e in modo da conservare l'efficienza dell'organizzazione e degli impianti e le normali dotazioni di scorte. Se non adempie a tale obbligo o cessa arbitrariamente dalla gestione dell'azienda, si applica l'art. 1015,* cioè la cessazione dell'usufrutto per abuso dell'usufruttuario. Il potere-dovere di gestione dell'usufruttuario comporta che lo stesso ha il diritto di godere dei beni aziendali ed il potere di disporne nei limiti segnati dalle esigenze della gestione. Tale potere sussiste sia rispetto alle scorte, e più in generale al capitale circolante, ma anche rispetto al capitale fisso, purché tali atti di disposizione non alterino l'identità e l'efficienza dell'azienda. L'usufruttuario potrà acquistare ed immettere nell'azienda nuovi beni; beni che diventeranno di proprietà del nudo proprietario e sui quali l'usufruttuario avrà diritto di godimento e potere di disposizione. Siccome, al termine dell'usufrutto l'azienda potrebbe risultare composta da beni diversi da quelli originari, l'art. 2561, 4° comma, prevede che venga redatto un **inventario** all'inizio e alla fine dell'usufrutto e che la differenza fra le sue consistenze sia regolata in danaro.

B) **AFFITTO**. La disciplina dell'usufrutto si applica anche all'affitto di azienda, art. 2562.

Usufrutto e affitto di azienda sono parzialmente regolati dalle stesse norme previste per la vendita. Ad entrambe le fattispecie si applicano gli artt. 2557 (divieto di concorrenza) e 2558 (successione nei contratti aziendali). Il nudo proprietario e il locatore, per la durata dell'affitto e dell'usufrutto, non potranno iniziare una nuova impresa che possa sviare clientela e subentreranno automaticamente nei contratti aziendali. All'usufrutto, ma non all'affitto, si applica l'art. 2559 (cessione dei crediti aziendali).L'art. 2560 non si applica a nessuna delle due fattispecie. Perciò dei debiti aziendali anteriori alla costituzione dell'usufrutto o dell'affitto risponderanno esclusivamente il nudo proprietario o il locatore, salvo per i debiti di lavoro espressamente accollati anche all'usufruttuario, art. 2112, 4° comma.

RAPPORTO TRA UOMO ED ANIMALE

Avv. Samantha Mendicino

INTRODUZIONE

HOMO, QUOQUE TU AMICO MEO!

Chi lo ha detto che un articolo, benché di diritto o scientifico, per esser all'altezza del proprio scopo debba esser scritto in modo freddo e distaccato?! Eppure, se mai così fosse, non volendo disattendere al dovere di analisi giuridica lucida e chiara, chiedo al lettore di perdonare questa breve introduzione di coscienza. Perché? Innanzitutto, per motivi prettamente giuridici: se esiste una legislazione che tutela l'animale se ne presume che esso ha per l'ordinamento un valore giuridico. Successivamente, per i già dichiarati motivi di coscienza i quali, pur non facendo parte del diritto in senso stretto, di esso, nella maggior parte dei casi, ne rappresentano il motore propulsore. Infine, perché sebbene ci si trovi a vivere nel 2012, ancora ad oggi, alla luce di tutti i fatti di cronaca, non é possibile precisare chi sia la vera "bestia" tra l'uomo e l'animale: per primi sono proprio gli studi scientifici (condotti da uomini...) che hanno dimostrato che se un animale uccide lo fa esclusivamente perchè segue una legge naturale: garantirsi la sopravvivenza. Non così per l'uomo. E', altresì, comprovato che il leone, animale selvaggio, dominante ed aggressivo per antonomasia, non tortura le proprie vittime sebbene ponga fine ai loro giorni. E' al pari comprovato perfettamente l'opposto per l'essere umano. Infine, un animale non distrugge l'ambiente in cui vive e da cui trae sostentamento. Al contrario: ad esso ben si adatta, armonizzandosi con ciò che 'lo contiene'. Potrebbe mai dirsi lo stesso dell'uomo? Ecco, qui sta il punto: questa è, di fatto, la principale differenza tra uomo e animale.

IL POSSESSO RESPONSABILE

Possedere un animale è come aver a che fare con un minore che rimane bambino a vita[12]. Sia perché, come i minori, i portatori di handicap e gli anziani, l'animale è un essere indifeso dinanzi all'uomo sia in quanto, al pari dei bambini, è una vita innocente. Chi vuole accettare nella propria vita un animale (e perché no: anche chi degli animali ne ha fatto uno strumento di sostentamento e di *business*) deve tener conto di questo: un bambino cresce ed impara a rendersi indipendente ed a sapersi tutelare. Un animale dipenderà sempre dal suo proprietario e non comprenderà mai il senso dell'abbandono. Esistono sconvolgenti prove, scritte ed audiovisive, che dimostrano come i cani, sottoposti a vivisezione e/o a torture da parte del proprio padrone, nel rivedere "l'essere" che pur li sottopone al dolore scodinzolano e continuano a guaire in una disperata (irragionevole?!?) richiesta di aiuto. Di tutto questo si deve tener conto sia quando si acquista un cucciolo, sia quando lo si regala e, persino, quando si decide di far fare al proprio beniamino una cucciolata. E non basta: il proprietario di un animale deve

[12] Cassazione Penale, III Sez., sent. del 5 giugno 2007. La Suprema Corte ha condannato un uomo che, in stato di ubriachezza, non si era accorto che il proprio cane era sceso dall'abitacolo della propria autovettura ma col guinzaglio incastrato nello sportello e che, pertanto, nel ripartire con l'automezzo, trascinava l'animale per sull'asfalto per un Km prima di rendersene conto. Importante l'espressione che la Corte usa nella sentenza e secondo cui "*...l'animale, condotto al seguito o trasportato in autovettura richiede la stessa attenzione e diligenza che normalmente si usa verso un minore*".

conoscere la natura ed il carattere del proprio amico a 4 zampe (o strisciante), le sue esigenze nonchè la normativa che regola la convivenza tra uomini ed animali[13].

ANIMALE COME SOGGETTO DI DIRITTO

E' stata accolta con generale consenso la pronuncia del 07.12.2011 emessa da un giudice tutelare del Tribunale di Varese il quale, durante un procedimento di amministrazione di sostegno, ha acconsentito che potesse far visita ad una anziana signora (costretta a trasferirsi in un centro per anziani) il suo cane, affidato, per il resto del tempo, ad una amica della donna. Si legge nell'ordinanza "*...nell'attuale ordinamento, il sentimento per gli animali ha protezione costituzionale e riconoscimento europeo[14] cosicché deve essere riconosciuto un vero e proprio diritto soggettivo all'animale da compagnia; diritto che, quindi, va riconosciuto anche in capo all'anziano soggetto vulnerabile dove, ad esempio, nel caso di specie, tale soggetto esprima, fortemente, la voglia e il desiderio di continuare a poter frequentare il proprio cane*". Il sentimento per gli animali viene qualificato interesse a copertura costituzionale: esso è anche tutelato penalmente.

ANIMALI E DIRITTO EUROPEO

CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DEGLI ANIMALI[15]

E' stato grazie alla promulgazione[16] della Convenzione dell'U.E. sui diritti degli animali da compagnia, avvenuta da noi nel 2010, che sono stati introdotti una serie di importantissime forme di tutela degli aniamali. Ad esempio, è stato formalizzato il reato di traffico illecito di animali da compagnia[17], con inasprimento

[13] **L. n. 201/2010** quale ratifica ed esecuzione della Convenzione Europea per la protezione degli animali da compagnia - **L. n. 120/2010** che ha introdotto alcune modifiche al Codice della Strada, tra cui le sanzioni per chi non si ferma per prestare soccorso ad un animale domestico investito - **L. 189/2004**: a cui si deve l'introduzione degli artt. da 544 *bis* a 544 *sexies* c.p. ed altre modifiche legislative in materia di tutela degli animali - **Codice Penale**, *ex multis*: art. 328 c.p. Omissione o rifiuto di atti d' ufficio (ipotesi tipica: in caso di ritrovamento di randagio in difficoltà pur chiedendo l'intervento dei Vigili Urbani e/o dell'ASL veterinaria ciascuno declina la propria "competenza" sul fatto. Si tratta di vera e propria omissione/rifiuto di atti di ufficio); art. 500 c.p. Diffusione di malattia di animali; art. 554 *bis* c.p. Uccisione di animali; art. 544 *ter* c.p. Maltrattamento di animali; art. 544 *quater* c.p. Spettacoli o manifestazioni vietati; art. 544 *quinquies* divieto di combattimenti tra animali; art. 638 c.p. Uccisione o danneggiamento di animali altrui (la differenza con l'art. 727 c.p. è data dal fatto che qui si tratta di un reato contro il patrimonio, non perseguibile d'ufficio; mentre il reato ex art. 727 c.p. è perseguibile d'ufficio sebbene estinguibile mediante oblazione); art. 659 c.p. disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone; art. 672 c.p. Omessa custodia e malgoverno di animali; art. 727 c.p. Abbandono di animali, ecc. - **Codice di procedura penale**: art. 55 c.p.p.; art. 57 c.p.p. **Ordinanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali emanata il 3 marzo 2009** in materia di tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani: responsabilità civile e penale dei proprietari ed eliminazione della lista delle razze pericolose - **L. n. 281/1991** Legge Quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo il cui art. 1 così esordisce "... *Lo Stato promuove e disciplina la tutela degli animali d'affezione, condanna gli atti di crudeltà contro di essi e favorisce la corretta convivenza tra uomo ed animale*" - **Codice Civile**: art. 2052 c.c. Danno cagionato da animali - **Regolamento CE n. 1/2005** in materia di protezione degli animali durante il trasporto e le operazioni correlate - ecc.

[14] Si legge nella Convenzione Europea per la protezione degli animali da compagnia (stipulata a Strasburgo il 13 novembre 1987 e ratificata in Italia con la L. n. 201/2010): "*...l'uomo ha l'obbligo morale di rispettare tutte le creature viventi*" ed ancora in essa è affermata *"l'importanza degli animali da compagnia a causa del contributo che essi forniscono alla qualità della vita e dunque il loro valore per la società*".

[15] **Convenzione Europea di Strasburgo del 13 novembre 1987** sulla protezione degli animali da compagnia ratificata in Italia con la L. n. 201/2010 (a distanza di ben 23 anni)

[16] appunto, con la rinomata L. n. 201/2010

[17] Queste le pene: l'uccisione di un animale da compagnia è punita con la reclusione da 4 mesi a 2 anni; mentre il maltrattamento con la reclusione da 3 a 15 mesi oppure con una multa da € 3.000 a € 15.000.

della sanzione penale nel caso in cui l'animale ucciso o maltrattato abbia meno di 3 mesi di vita. Ma vi è di più: sono state sanzionate anche la lesione, il maltrattamento, le sevizie degli animali; ed ancora è considerato reato: il sottoporre un animale a fatiche e/o lavori non sopportabili per le sue caratteristiche; l'arrecare danni alla sua salute sottoponendolo a trattamenti veterinari inadatti o drogandolo; il tagliare la coda o le orecchie (prassi molto utilizzata in precedenza, soprattutto con riferimento ai cani che doveva "far paura": dobermann, rottweiller, boxer ecc.); il recidere e/o l'asportazione delle corde vocali, delle unghie o dei denti o la sottoposizione dell'animale ad altri interventi chirurgici che non siano finalizzati a scopi terapeutici. Nel caso in cui tutti questi interventi abbiano determinato, poi, la morte dell'animale, le relative sanzioni vengono aumentate della metà. Ma degna di nota è anche l'iniziativa del 2011 del Ministero della salute che in collaborazione con la federazione veterinari, con la LAV (Lega Anti Vivisezione) e con il Ministero degli affari esteri e quello del turismo ha realizzato il primo manuale sulla "procedure per l'esecuzione dei controlli nella movimentazione comunitaria di cani e gatti" al fine di aiutare sia i veterinari che le Forze dell'Ordine, da un lato, a contrastare il reato di traffico di animali (realizzato soprattutto dall'Est Europa verso l'Italia) e, dall'altro, al fine di rendere più operativa l'applicazione della L. n. 201/2010.

PASSAPORTO EUROPEO PER CANI E GATTI

Si tratta di un documento identificativo (obbligatorio dal 1° ottobre 2004 per cani, gatti e furetti) rilasciato dalle Asl veterinarie per coloro che, lasciando i confini del proprio Stato, decidono di portar con sè il proprio animale all'interno della U.E. Esso contiene i dati anagrafici dell'animale e del proprietario e deve certificare le vaccinazioni effettuate sul cucciolo, con obbligatoria vaccinazione antirabbica. Presupposto indefettibile per il relativo rilascio è la presenza del cd. microchip identificativo dell'animale (si tratta di un codice alfanumerico contenuto in un microchip introdotto nell'animale sulla spalla o sul collo con l'aiuto di una speciale siringa. Un tempo, invece, il codice identificativo veniva tatuato, generalmente, all'intero coscia). Casi speciali rappresentano i Paesi della Gran Bretagna, Irlanda e Svezia: in ipotesi di viaggio in questi luoghi, infatti, è necessario effettuare anche, 24 H prima della partenza, un test immunologico che verifichi l'esistenza degli anticorpi della rabbia, con precisa indicazione del successo del test da parte del veterinario sul passaporto.

DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DEGLI ANIMALI

Ebbene sì: esiste anche per loro una Carta dei diritti Universale.

Approvata dall'UNESCO nel 1978 esordisce, nelle sue prime righe, così: "*...considerato che genocidi sono perpetrati dall'uomo e altri ancora se ne minacciano; considerato che il rispetto degli animali da parte degli uomini è legato al rispetto degli uomini tra loro... l'educazione deve insegnare sin dall'infanzia a osservare, comprendere, rispettare e amare gli animali*".

ANIMALI E DIRITTO AMMINISTRATIVO

L'ANAGRAFE CANINA

La Legge Quadro n. 281/1991 in materia di animali d'affezione e prevenzione del

randagismo ha reso obbligatoria l'iscrizione in anagrafe di cani, gatti e furetti. L'iscrizione del proprio cane presso il Servizio Veterinario ASL del luogo ove si risiede (N.B.: anagrafi territoriali comunale e/o regionale) deve avvenire entro il termine di 3 mesi dalla sua nascita o dalla data di acquisto e comporta, oltre alla immissione nell'elenco regionale dei dati del proprietario dell'animale, l'apposizione sull'animale di un microchip contenente un codice alfanumerico che lo "identifica" collegandolo al proprio padrone. Al pari, all'Anagrafe andrà comunicato lo smarrimento e/o la morte dell'animale entro 15 giorni dalla verificazone dell'evento. L'identificazione del proprio animale, con tale metodo, è il modo scelto dal nostro legislatore per controllare il terribile fenomeno del randagismo. Ecco perchè la mancata iscrizione all'anagrafe canina viene punita con il pagamento di una sanzione amministrativa che va da € 77,46 ad € 154,93. La normativa nulla dice in ordine all'anagrafe felina: è possibile solo la registrazione delle colonie. Infine, non si può non menzionare anche il registro nazionale dei cani, dei gatti e dei furetti: in esso debbono affluire tutti i dati locali, risolvendo così l'originario problema dell'anagrafe territoriale. Difatti prima, in caso di ritrovamento[18] di animale al di fuori dei confini della singola regione, apoditticamente non ne era possibile la sua identificazione: le varie anagrafi territoriali, nel progetto iniziale, non erano comunicanti tra loro (!).

LE COLONIE FELINE

Sempre grazie alla L. n. 281/1991 (Legge quadro in materia di animali da affezione e prevenzione de randagismo) i gatti che vivono liberi e che per abitudine frequentano un luogo rappresentano la cd. "colonia felina" che, in quanto tale, viene considerata patrimonio indisponibile dello Stato. Anche solo due gatti che vivono stabilmente in uno stesso *habitat* costituiscono una colonia. Poi, indipendentemente dal fatto che esista o meno chi si prenda cura di esse, e ci si intende riferire alle famose gattare e/o alle associazioni animaliste, si riconosce alle colonie feline massima tutela (anche all'interno dei condomìni): nessuno può spostare i gatti dal luogo dove hanno stabilito "la propria dimora" ed essi hanno diritto ad essere accuditi, nell'evidente rispetto delle norme igieniche del luogo ove vivono[19]. La normativa, inoltre, prevedeva l'integrazione da parte delle singole Regioni cosa che, ovviamente, determina una disparità di trattamento tra colonie con un'unica ancora di salvezza: nessuna legge regionale può determinare disposizioni normative *in peius* rispetto alla legge statale. Inoltre, è di pertinenza delle ASL competenti per territorio l'effettuazione delle sterilizzazioni sempre che la colonia felina sia stata censita.

ACCESSO DEGLI ANIMALI: LUOGHI PUBBLICI, LOCALI E MEZZI PUBBLICI, LUOGHI APERTI AL PUBBLICO

Si deve partire dal presupposto principale che competente a stabilire le modalità di accesso degli animali nei luoghi pubblici è il Comune, attesa la propria autonomia regolamentare in materia. Ecco perchè la prima cosa da

[18] E cosa fare se si trova un animale smarrito? Si deve valutare *in primis* se si tratta di un animale randagio o di proprietà: presso i servizi veterinari delle ASL e/o i veterinari privati e/o la polizia municipale (laddove siano muniti dell'apposito lettore) si può verificare l'esistenza dell'eventuale microchip (o del vecchio tatuaggio). In questo modo, in caso di riscontro positivo, si otterrà il codice identificativo dell'animale che permetterà di risalire al relativo proprietario

[19] Le gattare hanno anche la possibilità, ottenendone previa autorizzazione da parte del Comune di riferimento, di ricevere dalle mense comunali (scuole, uffici ecc.) gli avanzi alimentari per destinarli alle colonie di gatti. Il tutto, nel rispetto delle norme d'igiene del suolo pubblico.

conoscere è l'eventuale esistenza di regolamenti comunali: come il regolamento per la tutela degli animali oppure, laddove questo non vi sia, il regolamento di igiene urbana veterinaria, oppure, in ultimo, il regolamento di polizia urbana. Laddove, poi, non esista nessun tipo di regolamento comunale oppure, sebbene esistendo, se in esso non fosse contenuta alcuna disposizione in merito all'argomento in parola, si deve scavare tra le leggi regionali: *in primis,* la legge in materia di tutela degli animali e prevenzione del randagismo. Elemento certo è che sia le leggi regionali che i regolamenti comunali debbono far riferimento, a loro volta, alla L. n. 281/1991, legge quadro su animali di affezione e prevenzione del randagismo. Inoltre, si rammenta che esiste anche il regolamento nazionale di Polizia Veterinaria nel quale viene stabilito che è fatto divieto di accesso agli animali all'interno dei luoghi cd. sensibili (es. cucine, ospedali, asili e scuole, ecc.). Mentre l'accesso è a discrezione del privato esercente[20] per ciò che concerne i locali di proprietà privata, eccezion fatta in caso di eventuale esistenza di specifica ordinanza del Sindaco che lo regoli. Si deve ricordare, infine, che nella generalità dei casi la legge così stabilisce: "... *nei luoghi pubblici o aperti al pubblico i cani devono essere tenuti al guinzaglio, nel caso ne siano privi devono avere la museruola... i cani nei locali pubblici e nei pubblici mezzi di trasporto devono essere tenuti con la museruola ed al guinzaglio che, qualora vi sia contatto molto ravvicinato con altre persone, non sia più lungo di 1,5-2 metri; i gatti e gli altri animali d'affezione devono essere trasportati in idonei contenitori*". Unica eccezione: l'impossibilità per chiunque di vietare l'ingresso ai cani guida per ciechi negli esercizi pubblici e sui mezzi di traposto pubblici[21]. La violazione di tale norma comporta l'applicazione della multa da € 500,00 ad € 2.500.

RAPPORTI COL DIRITTO CIVILE

TUTELA DALL' AGGRESSIONE DEI CANI

In materia la bussola viene fornita dalla Ordinanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali emanata il 3 marzo 2009 e concernente proprio la tutela dell'incolumità pubblica dall'aggressione dei cani: responsabilità civile e penale dei proprietari ed eliminazione della lista delle razze pericolose[22].

RESPONSABILITÀ CIVILE

Il proprietario di un animale e/o chi ne possiede la

[20] Ovviamente, se il privato esercente volesse vietare agli animali l'accesso nel proprio locale avrà l'onere di apporre un cartello all'ingresso: se omettesse ciò, in assenza di uno specifico divieto da parte di un regolamento comunale e/o di una legge regionale, l'animale ha diritto di entrare

[21] Legge n. 60 dell' 8 febbraio 2006 in materia di Accesso dei cani guida dei ciechi sui mezzi di trasporto pubblico e negli esercizi aperti al pubblico

[22] Il vecchio elenco delle razze canine "pericolose" oggi è stata ABOLITA per manifesta infondatezza della *ratio* dell'elenco a livello pratico, scientifico/veterinario: -American Bulldog; -Cane da pastore di Charplanina; -Cane da pastore dell'Anatolia; -Cane da pastore dell'Asia centrale; -Cane da pastore del Caucaso; -Cane da Serra da Estreilla; -Dogo Argentino; -Fila brazileiro; -Perro da canapo majoero; -Perro da presa canario; -Perro da presa Mallorquin; -Pit bull; -Pit bull mastiff; -Pit bull terrier; -Rafeiro do alentejo; -Rottweiler; -Tosa inu

custodia è responsabile civilmente per i danni causati da questi. La norma cardine in materia è l'art. 2052 c.c. secondo cui "*Il proprietario di un animale o chi se ne serve per il tempo che l'ha in uso, risponde dei danni cagionati dall'animale, anche se fuggito o smarrito, salvo che provi il caso fortuito*". In primo luogo si deve ricordare che questa norma si applica non solo ai proprietari di cani e/o gatti ma a tutte le ipotesi di danni cagionati da qualsivoglia animale (gregge, cavalli, api...). Inoltre, in merito ai soggetti chiamati a rispondere dei danni la norma fa riferimento sia al proprietario che a chi si serve dell'animale: in prima battuta sembrerebbe che solo chi "si serve dell'animale" e non anche chi semplicemente lo custodisce senza servirsene sarebbe chiamato a rispondere dei danni. Tuttavia, la più recente giurisprudenza pare essere orientata nel considerare responsabile dei danni[23] cagionati qualunque soggetto che abbia la custodia dell'animale (al pari del custode dei beni!) e che, dunque, possa esercitare un potere di fatto[24] sull'animale, sebbene si tratti di un soggetto che abbia solo un rapporto di fatto, non qualificato giuridicamente, con lo stesso. Inoltre, in merito alla natura della responsabilità, secondo l'opinione maggioritaria tale disposizione prevede una ipotesi di responsabilità oggettiva, al pari della norma che sancisce la responsabilità relativa ai danni da cose in custodia (art. 2051 c.c.[25]). Tuttavia, mentre in generale la responsabilità oggettiva non ammette scusanti (nè caso fortuito nè forza maggiore) eccezion fatta per il fatto esclusivo del danneggiato e/o il fatto di terzi indipendente dall'attività per la quale è stabilità la responsabilità oggettiva (ipotesi tipiche di elisione del nesso di causalità), il proprietario e/o detentore di un animale può andare esente da responsabilità anche in ipotesi di caso fortuito[26].

ANIMALI E CONDOMINIO

Communio est mater omnium rixarum... Se poi a questo ci aggiungiamo la presenza di un animale, per piccino che possa essere, la bomba esplosiva si trasforma in vera e propria mina

[23] Quali sono i danni risarcibili? Di certo, ove provato, il danno patrimoniale: quale danno emergente (perdita economica subìta) e/o lucro cessante (mancato guadagno). Ma, in alcune ipotesi, anche il danno non patrimoniale (in caso di reato e/o di danno a un bene costituzonalmente protetto), tra cui quello morale. E proprio con particolare riferimento al danno morale c'è unanimità di vedute nell'affermare che il suo risarcimento non sia possibile quando il danneggiante, pur non riuscendo a dimostrare l'esistenza del caso fortuito, dimostra, però, di aver posto in essere tutti gli accorgimenti possibili ed immaginabili per evitare l'evento dannoso (*rectius:* assenza di colpa). In questa evenienza, egli non sarà tenuto a risarcire i danni morali ma solo quelli patrimoniali.

[24] Si ricordi che in queste ipotesi, la responsabilità civile non è alternativa ma concorrente con la responsabilità penale e/o amministrativa: dunque, se nel comportamento del proprietario e/o possessore dell'animale sia possibile ravvisare gli estremi dell'omessa custodia ex art. 672 c.p. (reato depenalizzato e punito con ammenda), egli, oltre a dover risarcire i danni ex art. 2052 c.c., sarà anche tenuto a pagare la suddetta ammenda

[25] Attenzione: se un cavallo fugge e correndo arreca un danno ad un passante, in assenza di caso fortuito, il proprietario del cavallo risponderà per responsabilità ex art. 2052 c.c. Ma nella diversa ipotesi di cavallo morto per strada che causa danni alla salute di chi vive nei pressi di deposito della carcassa, il proprietario risponderà per responsabilità ex art. 2051 c.c.

[26] Dunque, il possessore di un animale che abbia causato un danno può evitare il risarcimento: 1) se il fatto è dipeso esclusivamente dal comportamento colposo del danneggiato: es. un allevatore di cavalli non risponderà dei danni causati dall'animale laddove questi, scalciando, ferisca un soggetto che, avendo fatto cadere in terra un mazzo di chiavi vicino all'animale e nella vicinanza delle zampe posteriori, si chini per recuperarle senza adottare alcuna forma di prevenzione; 2) se il fatto è dipeso integralmente dall'azione di terzi soggetti totalmente estranei alla attività del possessore dell'animale: es. un allevatore di pitt bull non risponderà dei danni causati dal cane laddove questi sia stato rubato da un evaso per difendersi mentre fugge; 3) se il fatto è dipeso dal caso fortuito (eccezione prevista solo per possessori di animali e per chi custodisce delle cose)

antiuomo! Riordinando in maniera chiara e sintetica il problema della legittimità del divieto di un animale nel condominio, si può dire che: **1)** l'unica ipotesi condominiale in cui si può vietare il possesso di animali è rappresentata dai soggetti affittuari (i conduttori di immobili) ma solo allorquando il contratto di locazione sottoscritto preveda espressamente il divieto di detenzione di animali; **2)** nessun regolamento condominiale ordinario[27] (dunque, non contrattuale) può stabilire un limite al possesso di animali**; 3)** solo il regolamento contrattuale (ed è tale quello prestabilito dal costruttore dell'edificio e che deve essere allegato ad ogni singolo atto di compravendita) può impedire il possesso nel condominio di un animale ma, in questo caso, la *ratio* è chiara: se si acquista nella consapevolezza e prestando il consenso ad una limitazione del proprio diritto di proprietà (perchè il divieto di possesso di un animale[28] è, normativamente, un limite al diritto della proprietà esclusiva[29] del condòmino) si è obbligati a quanto contrattualmente stabilito secondo il principio *pacta sunt (ob)servanda*. Quindi, in tutti gli altri casi (ad es. anche in ipotesi di delibera assembleare all'unanimità o a maggioranza qualificata) il divieto del possesso di un animale nel proprio appartamento equivale alla lesione del diritto di proprietà del condòmino. Ecco perchè, in tali ipotesi (divieto di possedere animali, divieto di dar da mangiare ai randagi, divieto di far entrare il cane nell'ascensore[30] ecc.), è possibile far annullare la relativa delibera assembleare impugnandone il verbale entro il termine di 30 gg. dalla data del verbale stesso o dalla data in cui si è avuto conoscenza del suo contenuto (in caso di assenza del condòmino alla riunione). E cosa accade se nel regolamento contrattuale è fatto divieto della detenzione di animali nell'ipotesi di turbamento della quiete e/o dell'igiene del condominio?!? In questo caso chi si lamenta dovrà dimostrare, secondo le ordinarie regole prabatorie, l'esistenza dei suddetti pregiudizi sotto il profilo del turbamento della quiete e/o della violazione dell'igiene.

TRASPORTO DI ANIMALI DI AFFEZIONE

Il Codice della Strada, D. Lgs. n. 285/1992 e successive modifiche, in linea generale e nel rispetto della *ratio* della normativa (la tutela della sicurezza degli utenti della strada, occupanti o meno il veicolo) stabilisce che in tutti i veicoli "*il conducente deve avere la più ampia libertà di movimento per effettuare le manovre necessarie per la guida*" e che sugli

---

[27] Cass. Civ., sent. n. 120228/1993: "*in tema di condominio di edifici il divieto di tenere animali negli appartamenti i comuni animali domestici non può essere contenuto negli ordinari regolamenti condominiale, approvati dalla maggioranza dei partecipanti, non potendo detti regolamenti importare limitazioni delle facoltà comprese nel diritto di proprietà dei condomini sulle pporzioni di fabbricato appartenenti ad essi in maniera esclusiva*"

[28] Rischia la condanna all'allontanamento di un animale dal proprio appartamento solamente il proprietario contro cui viene dimostrato, mediante prove rigorose, che l'animale reca disturbo alle occupazioni e/o al riposo ex art. 659 c.p. oppure che lo stesso produca immissioni superiori alla normale tollerabilità ex art. 844 c.c. **Ma attenzione**: Cass. Pen., sent. n. 1349/2000, secondo cui non può essere considerato un disturbo alla quiete pubblica ex art. 659 c.p. l'abbaiare del cane fino a quando le lamentele non vengono fatte da un gruppo indeterminato di persone.". *Idem,* Cass. Pen. sent. n. 1394/2000. Ed ancora, Cass. Pen., sent. n. 1109/1999: " *è necessario, per la configurabilità della contravvenzione di ci all'art. 659, I comma del Codice Penale che i lamenti ed i rumori abbiano attitudine a propogarsi ed a costituire quindi un disturbo per una pluralità di persone... è necessario che i rumor siano obbiettivamente idonei ad incidere negativamente sulla tranquillità di un numero indeterminato di persone".*

[29] Cassazione Civ., sent. n. 899/1972 "*È inesistente il divieto giuridico di tenere cani in condominio. Il regolamento condominiale che contenga una norma contraria è limitativo del diritto di proprietà, quindi giuridicamente nullo. L'assemblea condominiale non può deliberarlo*"

[30] Si rammenti l'art. 1117 c.c. e segg.: le parti comuni, proprio in quanto tali, sono utilizzabili da ogni condomino seppur sempre nel rispetto della normativa igienico-sanitaria e del decoro

ordinari veicoli (al contrario di quanto può farsi con i carri bestiame ecc.) è sempre possibile trasportare nell'abitacolo un animale domestico, purchè in condizioni tali da non costituire alcun impedimento e/o pericolo per la guida. Nelle medesime autovetture è consentito trasportare anche più di un animale domestico, purché custoditi in apposita gabbia o contenitore o nel vano posteriore al posto di guida appositamente diviso da rete o da altro analogo mezzo idoneo (per intenderci, non risultano a regola le pettorine ma è necessario che sia stata creata una vera e propria separazione tra conducente e animali). La rete, tuttavia, deve essere mobile perchè per essere installata in via permanente deve essere autorizzata dal competente ufficio del Dipartimento per i trasporti terrestri. Inutile dire che la violazione di queste norme comporta l'applicazione di sanzioni amministrative.

ANIMALI E DIRITTO PENALE

ABBANDONO DI ANIMALI E RANDAGISMO

E' sempre la L. 281/1991, Legge Quadro in materia di animali da affezione e prevenzione del randagismo, a sancire il divieto degli atti di crudeltà contro gli animali oltre al loro abbandono. Ma è con la L. n. 189/2004 che diventa reato punito con l'arresto fino ad 1 anno o con ammenda da € 1.000 ad € 10.000 l'abbandono di un cane. Ma cosa comporta l'abbandono di un cane? Nulla di più che decretarne la morte per stenti (nel migliore dei casi) o per violento incidente stradale. L'agonia di un cane investito da una autovettura può durare anche giorni, senza che alcuno presti soccorso.La piaga del randagismo può essere combattuta solo con un intervento incrociato che, da un lato, attualizzi un cambiamento di cultura grazie alle campagne di sensibilizzazione (anche e soprattutto nelle scuole) e che, dall'altro, porti effetivamente i comuni ad utilizzare i fondi per la sterilizzazione delle femmine randagie solo ed esclusivamente per questo fine.

CODICE DELLA STRADA: INVESTIMENTO DI ANIMALE[31] E OMISSIONE DI SOCCORSO

Quando sulla strada si ferisce o si vede ferito un animale (indipendentemente dal fatto che si tratti di animale di affezione o selvatico) il conducente dell'autovettura è tenuto a soccorrerlo e, comunque, ad avvisare immediatamente gli organi preposti, anche al fine di far rimuovere il corpo dell'animale se deceduto. E' molto importante ricordare, dunque, che ormai per la legge il soccorrere gli animali feriti è un diritto ed un dovere, con l'obbligo[32] di fermarsi e di assicurare un pronto

[31] In caso di sinistro stradale con animale, chi è il responsabile dei danni? In ipotesi di animale di proprietà, sarà tenuto al pagamento dei danni il legittimo proprietario a meno che questi non riesca a dimostrare il caso fortuito (art. 2052 c.c.). In caso di animale randagio, ad es. se il cane fosse senza microchip ecc., sarà il comune a doverne pagare i danni, in quanto risulterà non essersi debitamente occupato dei propri randagi. In ipotesi di animale selvatico, la Cassazione ha stabilito che la responsabilità degli Enti preposti alla cura della fauna selvatica (Stato, Regione, Provincia, Comune o società Autostrade) esiste se essi non hanno adottato misure idonee ad evitare danni: ad esempio, se non hanno collocato i cartelli segnaletici di pericolo attraversamento fauna selvatica. Difatti, si deve ricordare che esistono la L. n. 968/1977 e la L. n. 152/1992 in base alle quali la fauna selvatica viene identificata come patrimonio indisponibile dello Stato (e, quindi, sarebbe sua la responsabilità per i dei danni causati da questo tipo di animali). Tuttavia, al contempo, da un lato, la "tutela fauna selvatica e questione caccia" è attualmente di competenza delle Regioni (le quali risponderebbero dei danni ex art. 2043 c.c.); dall'altro, la Regione può, a sua volta, delegare l'incombenza alla provincia

[32] Colui che, responsabile di un incidente, non si ferma o non si adopera per assicurare un tempestivo soccorso all'animale coinvolto rischia una sanzione

intervento in caso di incidente. Quando il conducente di una autovettura trasporta un animale ferito, si concretizza lo stato di necessità: pertanto, non potrà essere sanzionato se, ad esempio, per raggiungere l'ambulatorio veterinario si troverà a violare il codice della strada.

OMISSIONE DI CUSTODIA

Il codice penale prevede all'art. 672 c.p. la contravvenzione di Omessa custodia e mal governo di animali che punisce chi, esercitando un potere di fatto[33] sull'animale, viene meno all'obbligo di custodia. La norma, inoltre, richiede o che l'animale sia pericoloso (eccezion fatta per gli animali notoriamente pericolosi, la pericolosità a accertata in concreto) o che le modalità dell'abbandono possano costituire un pericolo per l'incolumità pubblica oppure che l'animale venga affidato a persona non esperta o, ancora, che l'animale sia aizzato o spaventato in modo tale da metere in pericolo l'incolumità delle persone. Si ricorda, tuttavia, che questa ipotesi di reato oggi è depenalizzata ed è punita con l'ammenda da € 25,00 ad € 258,00.

MALTRATTAMENTI[34]

Ma, di preciso, come possono manifestarsi i maltrattamenti sugli animali?! Dunque, a titolo esemplificativo, si può ricordare che commette reato di maltrattamento chi cagiona all'animale una lesione, un danno alla salute, o lo sottopone a sevizie, fatiche, lavori insopportabili per le caratteristiche etologiche. In tutte queste ipotesi non è permessa l'estinzione del reato con la oblazione e la relativa prescrizione del reato è stata elevata da 2 (3 se prorogata) a 5 anni (7 e 1/2 se prorogata). E le pene per questi reati sono aumentate a carico del reo se, a seguito di tali forme di maltrattamento, deriva la morte dell'animale. Un'altra forma di maltrattamento che viene punita dalla legge catalogandola sotto diverso titolo è il già menzionato abbandono di animali (arresto fino ad un anno o ammenda da € 1.000 ad € 10.000). Ed ancora: l'esecuzione di spettacoli o manifestazioni (e sono tante nei vari paesini dell'Italia) che si svolgono con sevizie o strazio dell'animale (il quale quasi sempre muore). L'uccisione per crudeltà, l'allevamento, l'addestramento e/o la fornitura di animali per i combattimenti nonchè

amministrativa che va da € 389,00 ad € 1.559,00. Se, invece, si è coinvolti in un incidente e non si chiama il soccorso per gli animali coinvolti la sanzione amministrativa va da € 78,00 ad € 311,00

[33] Ma attenzione: il concetto di "possesso" per gli illeciti penali ed amministrativi è molto più ampio rispetto al corrispondente concetto in diritto civile. L'ipotesi in studio non è una forma di responsabilità oggettiva (d'altro canto, in penale ed in amministrativo la responsabilità viene imputata in linea di principio sulla base della colpa o del dolo) come nell'ipotesi civilistica ex art. 2052 c.c.

[34] Ma cosa si può fare se trovando un animale maltrattato o seviziato o abbandonato o in generica difficoltà si chiama la Polizia Municipale oppure la Polizia Giudiziaria o, ancora, Carabinieri e Polizia e questi declinano ogni propria competenza nella vicenda?!? Ebbene si può (e si deve) denunciare per violazione dell'art. 328 c.p., rubricato Omissione o rifiuto di atti d'ufficio, i pubblici ufficiali, gli impiegati o incaricati di un ufficio pubblico che rifiutino di espletare i propri doveri. Si rammenta la norma art. 328 c.p. "*Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa*".

i combattimenti stessi. La commercializzazione, la produzione e l'importazione delle pelli di cani o gatti (provenienti sopratutto dall'Est).

DISTURBO ALLA QUIETE PUBBLICA[35]

Sono da rimproverare i proprietari che lasciano ululare o abbaiare i propri cani di continuo, ininterrottamente, giorno e/o notte. Oltre al disturbo[36] che si arreca alla quiete pubblica vi è il fatto che se un cane abbaia o ulula in maniera ossessa c'è qualche problema che l'animale stesso denuncia (solitudine, malessere ecc.). Non intervenire vuol dire disinteressarsi anche del bene del proprio animale. Oppure, il non correggere l'abbaio "inutile" (es. l'abbaio per una farfalla!) è sintomatico di un disinteresse di fondo del proprietario per il proprio beniamino. Ciò doverosamente premesso, si deve ricordare, invece, che l'abbaio occasionale non può considerarsi causa di alcun disturbo: es. in caso di visite di estranei, quando arriva il postino, in caso di disturbatori ecc. l'abbaio dell'animale non è causa di alcuna violazione della quiete, ex art. 659 c.p. e/o ex art. 844 c.c. Inoltre, le regole e gli orari "sensibili" ai rumori molesti sono simili tanto per l'abbaiare del cane quanto per le urla dei bambini e/o l'utilizzo di stereo ad alto volume ecc. Non c'è, secondo giurisprudenza consolidata della Cassazione, alcun disturbo alla quiete pubblica se a lamentarsi è solo il vicino. Ma attenzione, però: chi non riesce a dormire per l'abbaiare ininterrotto dell'animale durante le ore notturne ha diritto al risarcimento anche se il disturbo riguarda una singola persona.

MINACCIA NEI CONFRONTI DELL'ANIMALE

Quando si riceve minaccia nei confronti del proprio animale domestico, da ignoti o da persone ben identificate, conviene sempre esporre denuncia. La minaccia di morte dell'animale, ad esempio, è violazione dell'art. 612 c.p. ("*chiunque minaccia ad altri un ingiusto danno è punito...*") in relazione all'art. 544 *bis* c.p. (uccisione di animali). Se, poi, alla minaccia *tout court* segue o in essa è inclusa la menzione di utilizzo di veleno, si configura anche la violazione sia dell'Ordinanza Ministeriale del 24 dicembre 2008 in materia di Divieto di utilizzo e/o di detenzione di esche o bocconi avvelenati sia del Testo Unico delle Leggi Sanitarie nella parte in cui impone il divieto di distribuzione di sostanze velenose (è ragionevole pensare che quel veleno possa essere ingerito anche dai bambini)

RAPPORTI COL DIRITTO TRIBUTARIO

DETRAZIONE DEL 19% DELLE SPESE VETERINARIE E NOVITÀ DEL DECRETO SALVA ITALIA

I contribuenti possono detrarre dall'IRPEF, ex art. 15, I co., TUIR, DPR /1987, il 19% delle spese veterinarie fino all'importo di € 387,34 e limitatamente alla somma che eccede gli € 129,11, che rappresenta la franchigia. Detta in termini pratici: ammettendo una spesa annua complessiva di € 516,45 per spese veterinarie sarà possibile praticare una detrazione massima di imposta pari ad € 49,06. Ma attenzione: anche qui diviene importante l'iscrizione all'anagrafe canina atteso che potranno essere detratte le somme spese per

[35] Cassazione, sent. n. 715/2011: punibile l'abbaiare continuo dei propri cani soprattutto se in ore notturne; Cassazione, sent. n. 4706/2011: se il cane disturba di notte, previsto anche arresto per i proprietari

[36] Si deve ricordare che l'asserito "disturbo", anche se denunciato da più persone, deve essere sempre dimostrato da una perizia dei vigili, dell'ASL ma anche di tecnici privati con la quale si deve comprovare la continuità e l'eccedenza oltre la normale tollerabilità dell'abbaiare del cane

oneri veterinari per la cura di animali legalmente detenuti a scopo i compagnia e/o per la pratica sportiva. In merito a tale voce, però, è intervenuto di recente il decreto cd. "Salva Italia" contenente una disposizione che riduce detta detrazione la quale sarà diminuita del 5% a partire dal 2012 e del 20% dall'anno 2013 a meno che, entro il 30 settembre 2012, vengano "... *adottati provvedimenti legislativi in materia fiscale ed assistenziale tali da determinare effetti di riduzione del debito pubblico*" (ai fini dell'indebitamento netto) non inferiori a 4.000 milioni di euro per l'anno 2012, nonché a 16.000 milioni di euro per l'anno 2013 ed a 20.000 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2014. Come dire: preparatevi alla prossima riduzione della detrazione di imposta in studio.

ANIMALI ESOTICI

Sono considerati animali esotici gli animali facenti parte della fauna selvatica esotica che vivono liberi nei Paesi di origine ma di cui non ne esistono specie libere nel territorio italiano. Nel nostro ordinamento esistono tre normative in materia di detenzione di fauna esotica: 1) la Convenzione di Berna (ratificata con la L. n. 503/1981) che ha lo scopo di assicurare la conservazione della flora e della fauna selvatica nei propri *habitats* naturali e che, pertanto, vieta qualsiasi forma di cattura e/o di detenzione e/o raccolta, deterioramento, distruzione di uova e/o la detenzione ed il commercio delle specie animali e di flora specificate negli elenchi allegati alla Convenzione stessa. 2) la Convenzione di Washington (cd. C.I.T.E.S., *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*) ratificata in Italia con la L. n. 874/1975 e con la L. n.150/1992 e succ. modifiche e che contiene l'elenco degli esemplari di cui è sancito il blocco totale del commercio; ed altri due elenchi degli esemplari di cui è stato limitato il traffico. 3) Decreto Ministeriale dell'ambiente del 19 aprile 1996 che contiene l'elenco delle specie animali di cui è assolutamente proibita[37] la detenzione ed il commercio, in quanto reputati pericolosi per la salute e l'incolumità pubblica.

[37] Ecco alcuni degli animali proibiti: leoni, tigri, leopardi, alcuni tipi di tartarughe, alcuni serpenti, scimmie, lupi, iene, coccodrilli elefanti ed alcune specie di pappagalli. Anche i procioni non pericolosi in sé né in via di estinzione ma capaci di essere facile veicolo per la rabbia. Per l'elenco completo (che comprende anche i vegetali) si rinvia al testo legislativo D.M. dell'ambiente del 19 aprile 1996: le specie vietate sono contenute negli allegati A e B

A lezione di… diritto processuale civile

I LIMITI TEMPORALI DEL GIUDICATO CIVILE

a cura della D.ssa Valentina Esposito

Il giudicato civile è da sempre conosciuto come lo strumento "principe" che assicura la certezza delle relazioni giuridiche, idoneo ad eliminare uno stato di incertezza obiettiva derivante da una crisi di cooperazione tra le parti in un determinato rapporto giuridico. La necessità di garantire la salvaguardia del bene giuridico protetto dall'ordinamento, attinge ad un fondamento non solo di matrice storica, ma anche di equità e di giustizia sociale che da secoli or sono il giudicato si impegna a salvaguardare. Il valore di questo istituto non solo lo si coglie da un punto di vista processuale, ma soprattutto dagli effetti che si riflettono nel mondo delle relazioni materiali, anche se, questo dato fattuale, appare, almeno a prima vista, di difficile percezione. Parlare di incontestabilità o incontrovertibilità della sentenza emessa dal giudice dà l'idea astratta convergente nella semplice regola di non poter mutare l'assetto sostanziale statuito dal giudice, ovvero il divieto modificare la preesistente realtà materiale esistita in un determinato momento storico. Quest'ultimo assunto è certamente corretto, ma non è sufficiente a delineare la complessità dell'istituto in esame. Le difficoltà insite in quest'ambito si possono cogliere non appena si dà uno sguardo alla disciplina codicistica: nessuna norma, fatta eccezione dell'art. 2909 c.c., contiene una prescrizione che indichi in modo puntuale l'ambito di operatività dell'istituto del giudicato; ciò implica, in assenza dell'intervento del legislatore, uno sforzo ermeneutico da parte della dottrina, la quale ha creato ed analizzato numerose ipotesi interpretative che hanno aperto nuove prospettive di analisi giuridica dell'istituto in esame. In tal senso, la ricostruzione dogmatica ha permesso di individuare la sfera entro la quale possono individuarsi gli effetti del giudicato, in particolare, entro quali limiti gli effetti dell'incontestabilità della sentenza si possono riverberare nel mondo delle relazioni private. Nonostante ciò, si ha sempre la sensazione che permangano dei lievi margini di incertezza e di opinabilità attorno all'effettivo operare della cosa giudicata; anche se questo assunto può sembrare del tutto paradossale, specialmente in relazione alla ragione giustificatrice di questo istituto, è un dato purtroppo ineludibile, che il giurista deve accettare.

A parte questi rilievi che meriterebbero un analisi assai più approfondita, possiamo entrare nel merito di questa breve trattazione che ha ad oggetto lo studio di una particolare categoria di limiti afferenti al giudicato, denominati tradizionalmente limiti temporali o cronologici del giudicato. Quest'ultima tipologia, affiancata ai ben più noti limiti oggettivi e soggettivi della cosa giudicata, costituiscono i c.d. "vasi contenitori" degli effetti giuridici derivanti dalla sentenza non appena essa diviene definitiva ed immutabile. Mentre l'ambito oggettivo e soggettivo, tradizionalmente più noti in dottrina e applicati dalla giurisprudenza, consentono di individuare su chi e su quale oggetto gli effetti del giudicato ricadono, i limiti temporali, meno visibili, ma non per questo meno importanti, pongono l'interprete l'obiettivo di osservare l'evoluzione fattuale della fattispecie sostanziale dedotta nell'ambito di un processo civile di cognizione. In altre parole, il diritto accertato in giudizio in maniera incontrovertibile può essere nuovamente oggetto di controversia tra le medesime parti, qualora esso, nel corso del tempo, muti, ovvero si modifichi nel suo assetto principale. Tuttavia, affermare la possibilità di avere una seconda *chance* di tutela giurisdizionale per colui che vi ha interesse, appare, a prima vista, contradditorio e, forse, altrettanto provocatorio, dal momento che, il giudice nuovamente adito giudicherebbe su una fattispecie già coperta dal giudicato. Sembrerebbe, dunque, che l'area di ciò che era deducibile al tempo del primo processo, possa essere palesemente confusa con l'ambito degli accadimenti fattuali che nel futuro possono concretizzarsi nel mondo dei rapporti giuridici, specie in relazione alla *res* litigiosa divenuta immutabile. In realtà, quanto appena opinato, non è assolutamente corretto. Si parla infatti di "limiti" in relazione al tempo, proprio perché il primo risultato da ottenere è la salvaguardia e il rispetto delle regole principali che governano l'istituto della *res iudicata*. Le situazioni giuridiche, nonostante siano state oggetto di un processo, non sono statiche, bensì dinamiche,

suscettibili di essere in continuo cambiamento, per volontà delle parti o per fattori accidentali che esulano dalla determinazione dei loro rapporti giuridici. Parimenti, anche il giudicato, per quanto precluda ad altro giudice il riesame della medesima fattispecie, non può valere per sempre se il rapporto giuridico in questione non resta immutato. Ciò detto, la possibilità di ottenere un nuovo giudizio sulla medesima fattispecie già decisa in passato avviene solo se essa, successivamente al giudicato, abbia dei connotati di novità rispetto a quella pregressa dedotta nel giudizio precedente. Tale impostazione consente, da un lato, di salvaguardare l'essenza del giudicato, nonché il principio cardine secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, dall'altro lato, permette alla parte di adire nuovamente il giudice per ottenere una nuova e diversa tutela giurisdizionale in virtù dei nuovi fatti sostanziali che hanno modificato l'assetto materiale precedente, in conformità del dettato costituzionale sancito dall'art. 24 Cost. Gettate queste premesse, è necessario capire quale può essere l'oggetto di questo cambiamento in seno alla fattispecie giuridica sorta nel passato e accertata definitivamente. A tal proposito, la dottrina precisa che il mutamento può derivare da nuovi fatti sostanziali che possono essere modificativi, estintivi, impeditivi, ovvero altri fatti incidenti sul fattispecie generatrice oggetto del processo passato. In quest'ambito, inoltre, le modificazioni possono essere provocate da nuove leggi che entrano in vigore successivamente ai rapporti giuridici coperti dal giudicato e che sono nel loro contenuto idonee ad apportare direttamente dei cambiamenti fattuali del precedente assetto giuridico disposto dal giudice. Ma di questo si parlerà nella parte finale del presente lavoro.

Soffermandoci sul piano dei mutamenti sostanziali, preliminarmente è necessario capire quali fatti possono concretamente apportare nuove realtà sostanziali. Infatti, non tutti i cambiamenti futuri sono in grado di incidere sul contenuto della sentenza passata in giudicato. A questo proposito, si afferma che i fatti sostanziali devono essere non solo successivi al precedente giudizio, ma altresì rilevanti, ovverosia capaci di produrre effetti giuridici che possano incidere sulla pregressa statuizione giudiziale e, quindi, che siano, quantomeno in astratto, idonei a condurre il giudice ad una decisione diversa rispetto alla prima.

Si rileva in tal senso, che l'eterogeneità delle novità sostanziali non consente di individuare delle categorie predeterminate: tuttavia, per rendere meglio l'idea di quanto esposto, è utile una distinzione strutturale delle situazione giuridiche che possono essere oggetto della suddetta modificazione sul piano dei rapporti giuridici. Di distinguono infatti, rapporti giuridici istantanei e durevoli nel tempo. L'istantaneità o la durevolezza non si evincono sulla base delle modalità attraverso cui la fattispecie si perfeziona; al contrario, ciò che deve essere considerato è l'interesse sotteso alla norma che disciplina la fattispecie sostanziale: l'obbligazione pecuniaria ad esempio, una volta adempiuta, si estingue; ecco che l'adempimento, qualificato come fatto estintivo della fattispecie costitutiva che genera il rapporto tra le parti, fa si che il creditore sia soddisfatto; tale soddisfacimento si verifica in un momento storico puntuale. Il contratto di locazione invece, non solo richiede che al conduttore sia garantita la disponibilità del bene, ma anche che il godimento del suddetto bene si protragga per un certo lasso di tempo; solo in questo modo, il bisogno del conduttore verrà pienamente soddisfatto. I rapporti giuridici istantanei, essendo racchiusi in un lasso temporale piuttosto ristretto, difficilmente determinano particolari fenomeni di rilevanza sul piano sostanziale, dal momento che tutti gli effetti che essi producono di norma si racchiudono entro il referente temporale in cui opera il giudicato ([38]). Riprendendo l'esempio dell'obbligazione, se in creditore deduce nel processo l'inadempimento da parte del debitore e quest'ultimo ne subisce la condanna, il pagamento spontaneo a seguito della chiusura del processo estingue il rapporto: il fatto estintivo, nonostante sia collocato temporalmente dopo il passaggio in giudicato della sentenza di condanna, rientra tra gli effetti della situazione sostanziale precedente determinata. Dato che la rilevanza in ordine a queste tipologie di rapporto non potrà mai manifestarsi, sarà dunque unicamente possibile che le parti concludano tra loro nuovi e diversi rapporti sostanziali. In merito a questa tipologia di casi però, va segnalata una sentenza della

([38]) Si parla di referente temporale in cui opera il giudicato poiché, in quest'ambito, vi è la necessita di stabilire un limite preciso al di là del quale il giudicato stesso non produce più i suoi effetti: tale regola è concepita per valorizzare il fenomeno della rilevanza, per comprendere quando un fatto successivo può essere determinante rispetto alla fattispecie pregressa; la dottrina ravvisa il limite degli effetti del giudicato al momento delle precisazioni delle conclusioni ai sensi dell'art. 189 c.p.c., quale ultimo momento utile in cui le parti possono far valere tutti i fatti a loro conoscenza, concretizzatesi prima o durante lo svolgimento del suddetto processo. Per un'ampia analisi sul punto, v. CAPONI, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Firenze, 1991, p. 120 e ss.

Corte di cassazione ([39]), che nonostante sia piuttosto risalente, rende bene l'idea di cosa può accedere nella dinamica processuale e sostanziale in questi casi. La fattispecie era la seguente: una lavoratrice invalida promosse un giudizio nei confronti del convenuto (datore di lavoro) mediante cui chiedeva di essere risarcita a causa della mancata assunzione obbligatoria ai sensi della l. n. 482/1968 per il collocamento dei lavoratori invalidi civili; la domanda consisteva nella richiesta di risarcimento danni corrispondente al totale delle retribuzioni che nel frattempo erano maturate e che essa avrebbe potuto percepire se fosse stata assunta regolarmente ma, *quid pluris*, la stessa chiese anche una condanna in futuro, pretendendo un ristoro per il futuro inadempimento (consistente nella mancata assunzione in violazione delle disposizioni che disciplinano la materia) da parte dell'azienda, che doveva essere pari alle retribuzioni che sarebbero maturate in un momento successivo al giudizio instaurato; il giudice di merito accolse la prima richiesta risarcitoria ma non la seconda, asserendo la totale mancanza dell'attualità dell'interessa ad agire per quest'ultima domanda. Questa sentenza del giudice di merito non venne impugnata e passò in giudicato; successivamente, la parte attrice promosse un altro giudizio nuovamente volto ad ottenere il ristoro dallo stesso convenuto, pari alle retribuzioni che, a seguito della prima sentenza di condanna, erano nel frattempo maturate, in quanto continuava a persistere la violazione dell'obbligo di assunzione; il giudice tuttavia, respinse la domanda, poiché ritenne che tale richiesta risultava essere assorbita dalla precedente pronuncia oramai passata in giudicato e dunque, non poteva essere più riproposta. Il Supremo collegio dal canto suo, non fece altro che confermare questa decisione da parte del giudice di merito.

Questa pronuncia viene in rilievo proprio perché dimostra quanto può essere sottile il confine tra i limiti oggettivi e temporali del giudicato. La prima decisione infatti, non presenta alcuna anomalia; l'organo giudicante tenne conto della realtà sostanziale radicata (retribuzioni maturate) nel momento in cui il processo si stava svolgendo, escludendo ciò che invece non avrebbe potuto esser tempestivamente dedotto (retribuzioni maturande); di conseguenza, l'efficacia del giudicato riflette solo sul rapporto sostanziale accertato il quella frazione temporale e non può, pertanto, esplicare efficacia preclusiva verso una fattispecie che ancora non esisteva in quel momento ([40]). La pronuncia del Supremo collegio, invece, rigetta la nuova richiesta di risarcimento su retribuzioni che successivamente sono maturate, nell'erronea convinzione che si trattasse del medesimo diritto, affermando che ci fosse identità di *petitum* e *causa petendi*. La <<maturità>> del salario rappresenta di fatto l'elemento necessario per fondare validamente l'azione successiva, che comporta altresì l'attualità dell'interesse ad agire. Nel caso di specie, tale perfezionamento della fattispecie comporta un mutamento dell'originario rapporto, consistente in una variazione del *quantum* da risarcire, derivante dalla permanenza, anche oltre al precedente giudicato, dell'inadempimento della controparte. La maturità, quindi, si configura come fatto modificativo della preesistente situazione sostanziale, i cui effetti si sono verificati posteriormente al precedente giudizio che ha liquidato un risarcimento pari alle retribuzioni in quel momento esistenti. In questo senso, non è possibile parlare né di convergenza delle due azioni né di violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto la seconda azione richiede la tutela per un diritto che, nonostante l'identità strutturale rispetto al primo, è riferito ad un arco temporale diverso, che il giudice successivamente adito non può ignorare ([41]); la variazione del *quantum* del ristoro deriva dal continuo sviluppo della situazione originaria, ovvero dalla condotta del convenuto che altrettanto si propaga per un apprezzabile lasso temporale; data questa modificazione giuridica, pertanto, il secondo giudice di merito, per converso, avrebbe dovuto accogliere la domanda proposta dall'attore, tenendo in considerazione tutte le retribuzioni maturate dall'introduzione del processo fino alla sua chiusura ([42])([43]),

([39]) Cass. 22 ottobre 1985 n. 5192, in *Foro it*., 1986, p. 1383 e ss.

([40]) SASSANI, *In tema di pronuncia su danno futuro*, in *Giust civ*., 1986, p. 1087 e ss.; ATTARDI, *Frazionamento della domanda*, in *Giur. It.*, I, 1, p. 537 e ss.

([41]) Diversamente accadrebbe se la fattispecie originaria fosse rimasta immutata nel tempo, nel caso in cui l'inadempimento fosse venuto meno a seguito della prima condanna. Se il ricorrente non avesse infatti richiesto il risarcimento per tutte le retribuzioni fino ad allora maturate, queste ultime non avrebbero potuto esser fatte valere in un secondo successivo giudizio, perché in tal caso, si rientra nell'area di ciò che era deducibile e, quindi, il giudice del secondo giudizio, necessariamente deve rigettare la domanda, stante identità dell'oggetto dei rispettivi giudizi;

([42]) fermo restando il momento della precisazione delle conclusioni come termine finale per l'allegazione dei fatti successivamente sorti nel corso del processo;

([43])Così espressamente, Cass. 29 luglio 1983 n. 5227: <<*il giudicato copre il dedotto e il deducibile con esclusivo riguardo alla situazione che esisteva e fu tenuta presente dal giudice al momento della decisione, ma non preclude la rilevabilità dei fatti che sopravvengono alla sua formazione; pertanto, il*

escluse quindi quelle già coperte dal giudicato pregresso. Inoltre, va precisato che l'assunzione in di per sé non rappresenta un interesse che si soddisfa in un arco di tempo giuridicamente apprezzabile, anzi, basterebbe solo il semplice atto di avviamento da parte del titolare dell'impresa.

I rapporti giuridici che permangono nel corso del tempo al di là dell'area degli effetti giuridici del giudicato, sono da un punto di vista quantitativo maggiormente esposti al fenomeno della rilevanza. Ciò si spiega poiché la fattispecie, in tal caso, nonostante è stata decisa da una sentenza definitiva, continua ad esistere tra le parti anche nel periodo seguente alla formazione del giudicato. Di particolare rilievo sono le sentenze aventi clausola *rebus sic stantibus*, spesso affrontate anche dalla Giurisprudenza nell'ambito di alcuni rapporti tipici, quali i contratti di locazione, l'obbligazione alimentare, il risarcimento del danno permanente e i rapporti previdenziali. Tra queste fattispecie di durata, tuttavia, vi rientrano alcune ipotesi di condanna c.d. in futuro. Quest'ultima tipologia di sentenza, ha avuto un grande successo nell'ambito dei limiti temporali del giudicato, dal momento che, a differenza di qualsiasi altra pronuncia, affievolisce notevolmente il fenomeno della rilevanza sostanziale. La ragione di questa impostazione deriva dalla particolare struttura del provvedimento in questione: il giudice, pronunciando sulla domanda di condanna relativa all'obbligazione alimentare, dovrà tenere conto non solo degli accadimenti fattuali già intervenuti al momento dell'instaurazione del processo, ma anche tutti quei dati sostanziali prevedibili che nel futuro potrebbero esplicarsi, effettuando in tal modo una valutazione prognostica per l'avvenire; sicché, in questo modo, un'eventuale seconda azione fondata su fatti sostanziali nuovi (impeditivi, modificativi o costitutivi in caso di rigetto del rapporto alimentare) potrà avvenire solo se essi risultano, alla luce della valutazione fatta dal giudice precedente, imprevedibili e non altrettanto conosciuti prima di allora dalle parti. Per esempio, nell'obbligazione alimentare, se il giudice condanna colui che per legge vi è obbligato, il fatto che egli, dopo alcuni mesi perde improvvisamente il lavoro, costituisce un fatto nuovo, rilevante e non prevedibile al tempo del primo processo; pertanto, l'obbligato potrà, in questo caso, fondare una nuova azione allegando il nuovo fatto sopravvenuto, potendo in via del tutto legittima, chiedere la revoca dell'obbligo di versare gli alimenti al somministrato. Siccome l'obbligazione alimentare è l'unica ipotesi in cui vi è una norma che stabilisce espressamente la possibilità di revisione dell'assegno (art. 440 c.c.), la giurisprudenza dal canto suo, ne ha tenuto conto al fine di applicarla in via analogica ad altre fattispecie affini. Un caso è dato dal risarcimento del danno permanente, derivante da sinistro stradale o infortunio sul lavoro. In realtà, l'art. 2057 c.c. prevede la liquidazione del danno nei casi appena menzionati sotto forma di rendita vitalizia, tuttavia, tale norma non ha mai ricevuto applicazione. Nella prassi infatti, il danno viene normalmente liquidato in un'unica soluzione, in cui si tiene conto non solo delle lesioni accertate in quel preciso momento storico, ma anche gli effetti prevedibili che potrebbero derivarne, in relazione alla patologia manifestata dal soggetto leso. Anche in questo caso però, non si esclude che la malattia possa improvvisamente peggiorare, essendo un'ipotesi di situazione permanente che si manifesta anche a seguito del passaggio in giudicato della prima sentenza di condanna (il danno che provoca la lesione rappresenta il fatto costitutivo accertato positivamente dal giudice). La sopravvenienza in ordine alla fattispecie costitutiva accertata, legittimerà l'interessato ad agire nuovamente in giudizio per far valere la situazione giuridica nel frattempo maturata ([44]).

Fino a questo momento ci siamo soffermati sulle pronunce che accolgono la domanda proposta dall'attore. Invero, si è parlato di fatti impeditivi, modificativi o estintivi idonei ad incidere sul preesistente fatto costitutivo accertato definitivamente dalla sentenza passaggio in giudicato. Il discorso è capovolto invece in riferimento alle pronunce di rigetto, le quali statuiscono in ordine all'inesistenza, intesa in senso lato, alla fattispecie affermata dall'attore.

giudicato di rigetto di una domanda di risoluzione per inadempimento contrattuale non impedisce la proposizione di una nuova domanda di risoluzione fondata su ulteriori successivi inadempimenti >> Trib Padova 23 ottobre 1996, in *Giur. Merito* 1997, p. 965 e ss, la quale si riferisce ad una fattispecie analoga; Infine, Cass. 24 agosto 1998 n. 8358, relativa al risarcimento danni pari all'ammontare dei canoni nel frattempo maturati, legittima la parte che patisce il danno a promuovere una successiva domanda concernente la medesima richiesta risarcitoria, ma in riferimento a periodi diversi, qualora l'inadempimento persistesse (nella specie: illegittima occupazione dell'immobile a seguito della scadenza de contratto di locazione);

([44]) Alcuni autori hanno dimostrato scetticismo in ordine all'applicazione in via analogia dell'art. 440 c.c., per il solo fatto che il giudice liquida il danno patito dall'interessato in un'unica soluzione. Tuttavia, si potrebbe obiettare asserendo che in tal caso la scelta di liquidazione unica dipende da una mera scelta processuale che obbedisce al criterio di economia processuale; v. CAPONI, *L'efficacia*, cit., p. 19-21; LUISO, *Gli effetti della sentenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ*., 1995, p. 1189 e ss.

Preliminarmente, va detto che tali ipotesi, da un punto di vita dell'oggetto del giudicato, sono molto più ristrette rispetto alle statuizioni favorevoli all'accoglimento delle istanze della parte attrice. Il contratto ad esempio, può essere dichiarato nullo dal giudice, tuttavia, sappiamo che le norme generali sul contratto prevedono che esso può essere anche annullato, rescisso oppure sottoposto a condizione. La nullità statuita nella sentenza, nel caso concreto rappresenterà l'unico motivo preso in considerazione dal giudice, pertanto rappresenterà l'unica base sulla quale si formerà il giudicato. Da queste considerazioni si può concludere che, ai fini della rilevanza nell'ambito dei limiti cronologici della *res iudicata*, il parametro di riferimento per verificare quali fatti possono incidere sulla precedente pronuncia, sarà quello inerente alla coincidenza con le ragioni del diniego alla domanda dell'attore. In altre parole, per qualificare un fatto nuovo e rilevante nelle pronunce di rigetto, quest'ultimo non solo dovrà manifestarsi successivamente alla sentenza passata in giudicato, ma dovrà anche coincidere con il motivo che ha fondato il diniego nel precedente giudizio. Nel caso del contratto dichiarato nullo tuttavia, dato che la nullità produce effetti *ex tunc*, non sono ravvisabili ulteriori fatti rilevanti che potrebbero inficiare, e quindi far rivivere il precedente negozio. L'unica possibilità in tali casi si riscontra nell'ipotesi in cui il contratto è sottoposto a condizione sospensiva e il giudice nega l'esecuzione dello stesso proprio per questo motivo. La verificazione della sospensione si configurerebbe come fatto modificativo della pregressa situazione, e legittimerebbe quindi l'interessato ad agire nuovamente in giudizio per rendere esecutivo il contratto ([45]).

Accanto alle novità sostanziali che producono fattispecie diverse rispetto a quelle in passato accertate in giudizio, vi è anche la problematica dello *jus superveniens*. Dal punto di vista "temporale" del giudicato civile, ciò che viene maggiormente in rilievo, è il problema connesso ai rapporti tra la nuova legge (sostanziale o processuale) retroattiva e la precedente sentenza che accerta in via definitiva una determinata fattispecie giuridica. L'opinione tradizionale ritiene che il giudicato appartiene al novero delle c.d. *res finitae* che, in quanto complete, non sono più passibili di alcuna modificazione. Allo stesso modo, si afferma che la legge retroattiva per sua natura ripercuote gli effetti giuridici nel passato e quindi incide su fattispecie radicate e perfezionatesi prima della sua entrata in vigore. Dunque, che cosa accade se interviene una norma retroattiva che disciplina la stessa materia di una sentenza definitiva? Astrattamente la legge retroattiva ricomprenderebbe anche quei rapporti giuridici coperti dal giudicato. Tuttavia, è assolutamente pacifico ritenere che la novella legislativa non può avere la "pretesa" di scalfire i predetti rapporti. Se ciò è vero, allora bisogna individuare il fondamento giuridico sul piano del diritto positivo che giustifichi l'affermazione appena citata. La dottrina, oramai consolidata sul punto, ritiene che a fondamento della "prevalenza" del giudicato rispetto alle normative nuove (e rilevanti per il caso di specie) deriva dal fatto che la cosa giudicata, nel momento in cui si forma, funge da *lex specialis* per il caso concreto sul quale il giudice ha statuito, divenendo così la fonte regolatrice della fattispecie presa in esame. In altre parole, il rapporto giuridico oggetto della sentenza incontestabile, si sgancia dalla disciplina generale ed astratta, rinvenendo come unica fonte di regolamentazione la pronuncia passata in giudicato. Vi è però una precisazione per le fattispecie a carattere durevole: poiché esse hanno il fatto costitutivo che si perpetua anche dopo il giudicato, la *tranche* del rapporto che si manifesta in questo lasso temporale successivo torna ad essere disciplinato dalla legge generale ed astratta. Di conseguenza, potrebbe accadere che intervenga una nuova legge che prenda in esame la suddetta fattispecie durevole. In tal caso, avremo una parte del rapporto giuridico stabilito definitivamente dalla sentenza del giudice, mentre l'altro segmento della fattispecie che prosegue dopo il giudicato, potrà essere incisa e modificata da un'eventuale nuova legge ad effetti retroattivi. Riprendendo l'esempio dell'obbligo alimentare, se questo viene accertato come esistente, può di certo subire una riqualificazione giuridica da parte della nuova normativa, con l'aggiunta di ulteriori componenti di fatto che contribuiscono alla formazione del fatto costitutivo dell'obbligo (ad esempio, l'allargamento del grado di parentela

([45]) Numerose pronunce in questo senso si individuano nell'ambito del licenziamento per carenza sostanziale afferente al giusto motivo o alla giusta causa del licenziamento. A proposito si rinvia a MENCHINI, *Sui limiti oggettivi del giudicato in relazione alla legittimità del licenziamento del lavoratore*, in *Giust. civ*., I, 1985, p. 2825 e ss.; PASETTO, *Appunti sulla rilevanza del fatto costitutivo sopravvenuto e limiti cronologici del giudicato di rigetto*, in *Corriere Giuridico*, 2000, n. 2, p. 217 e ss.; SASSANI, *L'impugnativa dell'atto e la disciplina del rapporto*, Padova, 1989, p. 151 e ss.; LUISO, *Rinnovazione dell'atto di licenziamento e limiti cronologici della cosa giudicata*, in *Giust. civ*., 1985, p. 555 e ss. Per qualche applicazione in giurisprudenza, v. Pret. di Nocera Inferiore 29 aprile 1985, in *Giust. civ*., 1986, I, p. 282 e ss.; Pret. Milano 4 gennaio 1997, in *Orientamenti giur. lav*., 1997, p. 497 e ss

che amplia la sfera dei soggetti che possono beneficiare del diritto): dato che quest'ultimo perdura anche dopo il giudicato, i nuovi effetti (aggiuntivi) potranno essere dedotti nel nuovo giudizio dalla parte interessata (ovvero il soggetto qualificato come nuovo beneficiario dalla nuova legge). Nel caso di procedimento di convalida di sfratto il cui diritto alla cessazione del rapporto locatizio è accertato a favore della parte locatrice, qualora dovesse subentrare, nel il periodo intercorrente tra la data in cui passa in giudicato il provvedimento e la futura scadenza ivi prevista, una nuova legge che disciplini termini diversi di proroga legale, la condanna in futuro dovrà subire (sempre con riguardo al periodo posteriore al suo passaggio in giudicato) gli effetti innovativi delle sopravvenute disposizioni legislative, sicché il locatore non potrà eccepire la previgente normativa nel processo dell'esecuzione forzata consacrante l'obbligo al rilascio dell'immobile locato.

E' stato riconosciuto in quest'ambito, che lo sbarramento posto dalle fattispecie può provocare, a seconda dei casi, qualche vuoto di tutela rispetto ai casi ricompresi dalla nuova normativa, che magari può offrire qualche strumento diverso e spesso maggiore di tutela giurisdizionale rispetto alla situazione normativa preesistente, che fu applicata nelle precedenti statuizioni giudiziali. Tuttavia, ciò non scalfisce l'esigenza di certezza che da sempre si mira a raggiungere; anche se i rapporti tra legge retroattiva e giudicata appaiono come unico caso di ipotetico "conflitto", in relazione alla prevalenza di uno dei due, in realtà, questo accade in via meramente astratta e, quindi, ogni cambiamento, sia fattuale che legislativo, si porrà sempre in rapporto di sussunzione temporale, cronologicamente differito rispetto a qualsiasi sentenza passata in giudicato.

La messa alla prova[46].

Profili generali.

a cura dell'Avv. Aurora Antonella Di Mattea

La messa alla prova è uno degli istituti più innovativi del processo minorile e che meglio rappresenta l'identità del modello procedurale introdotto con il dpr. Ai sensi dell'art. 448/88 il giudice minorile, valutata la personalità del minore, in sede di udienza preliminare o in giudizio può adottare un percorso alternativo a quello tradizionale, e sottraendo il giovane imputato al circuito giudiziario, lo "mette alla prova", inserendolo in un progetto di rieducazione e sostegno che da un lato lo aiuti a comprendere la natura illecita della condotta e dall'altra lo conduca verso un recupero di modelli di vita alternativi a quelli illeciti. In senso tecnico la messa alla prova comporta una sospensione del processo penale, per un durata minima di un anno e massima di tre anni in relazione al tipo di reato commesso, durante la quale il giudice monitora il comportamento del minore, la partecipazione dello stesso al progetto di intervento valutando le reazioni dello stesso agli stimoli educativi proposti. Il progetto di recupero è predisposto dai servizi minorili che coadiuvano il giudice nel corso del procedimento e che aggiornano l'organo giudicante degli sviluppi positivi o negativi del minore. Trascorso il termine di sospensione, sulla scorta delle relazioni formulate dai servizi minorili, il giudice, riconosciuto l'esito positivo della messa alla prova dichiara estinto il reato, ovvero se il giovane imputato non ha mostrato dei segnali di ravvedimento e resipiscenza sulle scelte in passato fatte e che lo hanno condotto dinanzi al giudice, procede nei confronti dell'imputato instaurando il giudizio in relazione alla fase di rito in cui si trova. Si offre così al minore la possibilità di uscire indenne dal giudizio, senza che si instauri a suo carico alcun procedimento, garantendo nel rispetto del principio della minima offensività una fuoriuscita immediata del minore dalle dinamiche del rito. L'estinzione del reato conseguente all'esito positivo della prova sottolinea la messa alla prova come misura ibrida con riflessi sostanziali, e quindi ne evidenzia la natura di misura penale. L'art. 28 è espressione nel nostro ordinamento giuridico di un modello processuale di origine anglosassone, solitamente definito "Probation"[47], che, riconosciuto il riverbero negativo che può assumere l'esperienza giudiziaria del minore sul comportamento futuro, introduce dei modelli di definizione del procedimento alternativi, basati maggiormente sulla rieducazione e sostegno ad un minore che delinque rispetto ad una sanzione più severa, ma che nella maggior parte dei casi non incentiva l'imputato a cambiare il proprio modello di vita. Autorevole dottrina ha invece qualificato l'istituto in esame come uno strumento di diversion, che porta all'archiviazione del procedimento penale, se il minore rispetta le prescrizioni del programma di riabilitazione a cui viene sottoposto[48]. Uno dei primi interventi legislativi introdotti nel Regno Unito ispirati alla probation risale al 1847, poi seguito da ulteriori sviluppi. Il riconoscimento sul piano internazionale della rilevanza educativa e positiva, che rilascia il modello processuale fondato sulla probation nei comportamenti dei giovani imputati, trova accoglimento nelle Regole di Pechino del 1985, che insieme

[46] Questa trattazione verrà articolata e sviluppata su più numeri della rivista, data la complessità e vastità del tema.

[47] *Bassiouni, Diritto penale degli Stati Uniti d'America,* Giuffrè, Milano, 1985, p.134.

[48] *Mantovani, Il problema della criminalità,* Padova, 1984, p. 503.

alla Convenzione di New York del 1989 rappresenta un corpus normativo internazionale una sorta di acquis communitaire di respiro internazionale, che pone i principi basilari di tutela e di rispetto del minore. All'interno del corpus delle regole di Pechino viene inquadrata nel più ampio principio di degiurisdizionalizzazione, quale forma di arretramento del giudizio rispetto a strumenti compositivi che presuppongono un consenso dell'imputato. La legge delega del dpr, non contiene una disciplina analitica ma si limita a statuire in seno all'art. 3 il potere del giudice di sospendere il processo, senza specificare lo spazio di intervento. Nel cogliere l'esigenze di rinnovamento del rito minorile il legislatore delegato si è orientato verso un modello alternativo, che pur rimesso ad uno spazio discrezionale decisamente ampio, ha introdotto uno strumento processuale che si colloca a metà tra il proscioglimento per irrilevanza del fatto e la concessione del perdono giudiziale. Invero la norma come prevista non esclude la messa alla prova per i reati più gravi, ma contempla un intermezzo temporale più ampio in relazione al tipo di reato commesso, consentendone l'applicazione anche per le ipotesi di omicidio o di associazione di stampo mafioso. La latitudine applicativa dell'istituto de quo ha costituito da un lato una risorsa importante del processo minorile, garantendo al minore la possibilità di abbracciare un modello di vita socialmente accettato e con esso di abbandonare uno status comportamentale di devianza e criminalità, dall'altra rappresenta un tallone di achille, perché consente una diversificazione del trattamento processuale e per certi versi disparitaria tra fatti simili, ma giudicati da tribunali diversi. È l'approccio del singolo organo giudicante a cambiare la prospettiva di intervento, indirizzando la prosecuzione del rito verso una fase di sospensione o meno. Questo aspetto della previsione ha sostenuto la posizione dottrinaria che ha ravvisato nella norma una illegittimità costituzionale per eccesso di delega ai sensi dell'art. 76 Cost[49]. La questione è stata facilmente superata sulla scorta di un'interpretazione estensiva della legge delega.

Un punto di partenza importante e che mette al riparo la norma da questioni di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost. è la valutazione della personalità del minore, e di seguito il giudizio prognostico sull'esito positivo della messa alla prova che il giudice deve compiere prima di sospendere il processo. La valutazione della personalità è un aspetto essenziale nella definizione del progetto di sostegno che completa il piano di intervento e la direzione da intraprendere. Se la gravità del reato non è ostativa all'ammissione del minore in un progetto di messa alla prova, di uguale tenore è la esistenza di un precedente penale a carico dello stesso. La pendenza di altro procedimento penale a carico del minore non è sintomo di un sistema di vita. Il giudice deve accertare che l'episodio delittuoso non sia radicato all'interno di un modello comportamentale deviante, ma che sia espressione di una condotta occasionale e non abituale. Questo elemento fondamentale garantisce nella maggioranza dei casi l'esito positivo della messa alla prova ed il raggiungimento del fine ultimo che il legislatore ha inteso con tale strumento normativo realizzare: la fuoriuscita dal processo penale come fuoriuscita del minore dal circuito criminale.

[49] Corte Cost. 12.04.1994, in *Riv. Pen.* 1995, p.977.

A lezione di… diritto penale

La responsabilità degli enti – reati colposi di evento

A cura dell'Avv. Lucia Marra

Il sempre più frequente ricorso alla struttura societaria quale strumento per poter operare in maniera competitiva all'interno del mercato e, soprattutto, l'abuso sempre più massiccio da parte di tali strutture di pratiche illegali che spesso costituivano reato ma lasciavano impuniti gli artefici hanno reso indispensabile considerare l'ente quale vero e proprio soggetto attivo del diritto penale

L'esigenza di un sistema repressivo anche a carico di soggetti giuridici collettivi, si impone con maggior forza, in primo luogo, nel contesto Europeo, in quanto esso assume qui, anche, e soprattutto, il significato di condizione essenziale per un corretto sviluppo della concorrenza tra imprese e società appartenenti ai diversi Stati membri.

Il contesto comunitario, in effetti, ha offerto l'*humus* ideale per lo sviluppo di una disciplina repressiva diretta agli enti che ha spinto gli Stati membri ad assicurare forme efficienti di tutela, senza vincolarli a prevedere un nuova disciplina sanzionatoria degli enti che garantisse una certa uniformità in ambito comunitario.

Tale esigenza, ha da sempre incontrato non pochi contrasti nell'ordinamento nazionale italiano, ispirato al consolidato principio individualistico di origine romana *societas delinquere non potest* implicitamente costituzionalizzato dall'art. 27 Cost. che vieta qualunque forma di responsabilità per fatto altrui.

In relazione alla controversa questione circa l'ammissibilità o meno di una responsabilità penale delle persone giuridiche, diversi orientamenti, prevalentemente due, si contendevano il campo prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 231/2001, molteplici gli argomenti che animavano il dibattito.

Per molto tempo si è sostenuta l'inammissibilità della responsabilità penale degli enti, sul rilievo della non ravvisabilità, in capo all'ente, dell'atteggiamento psichico colpevole che, ai sensi dell'art. 27 Cost., è presupposto di addebitabilità di una responsabilità penale e per gli stessi motivi non potrebbe nutrire alcuna forma di pentimento e, quindi mostrare segno alcuno di resipiscenza dal crimine nell'ottica del finalismo rieducativo della pena, senza considerare l'inapplicabilità di qualsiasi sanzione di tipo detentivo.

A sostegno del superamento della tradizione rappresentata dal brocardo latino *societas delinquere non potest* non sono mancati rilievi critici mossi da quegli autori che invece ritenevano configurabile una responsabilità penale dell'ente ma nel dibattito annoso e mai sopito ha fatto irruzione il D.lgs n. 231/2001 che, mutuando esperienze da tempo sviluppate altrove, non solo nei sistemi anglosassoni, ma anche nel sistema francese, ha introdotto la responsabilità dell'ente, prevedendo con il d.lgs. 231/2001, un sistema di responsabilità dell'ente, collegata alla commissione del reato, dipendente da reato, come cita il d.lgs. 231/2001.

Dunque, con l'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001, il centro del dibattito si sposta, dal problema dell'ammissibilità in capo al *soggetto giuridico-non persona fisica* di una forma di responsabilità, l'attenzione si sposta sulla natura della responsabilità.

In particolare si discute, in dottrina come in giurisprudenza, se la responsabilità che il legislatore del 2001 ha natura amministrativa o penale, ma v'è anche chi assume l'inutilità dell'esatta individuazione della natura giuridica di questa responsabilità

Il dato certo è che il d.lgs. 231/2001 qualifica questa responsabilità dell'ente come responsabilità amministrativa, ma soprattutto come *responsabilità dipendente da reato;* è responsabilità dipendente da reato, perché la responsabilità dell'ente, come introdotta e disciplinata dal d.lgs. 231/2001, presuppone la commissione di talune tipologie di reato (i c.d. **reato presupposto**).

Questa responsabilità dell'ente, è legata al reato, non solo su un versante sostanziale, ma anche sul piano processuale, perché ad accertare la responsabilità dell'ente, che ha per presupposto la commissione del reato, è lo stesso giudice penale che deve accertare la responsabilità penale della persona fisica che ha commesso il reato presupposto.

Dunque, la responsabilità dell'ente, non è accertata dal prefetto, dall'autorità amministrativa, ma il d.lgs. 231/2001, nelle norme processuali, demanda il compito di accertare la responsabilità dell'ente, al giudice penale, nel processo penale, con il riconoscimento a favore dell'ente delle stesse garanzie, in quanto compatibili, che il codice di procedura penale prevede per l'imputato persona fisica; quindi non solo sul piano sostanziale, questa responsabilità dell'ente, dipende dalla commissione di un reato, la cui commissione è presupposto perché si possa procedere nei confronti della persona fisica (come nell'ipotesi di cui all'art. 640 bis), ma anche nei confronti dell'ente quale autore, dell'illecito ex d.lgs. 231/2001.

Oltre al profilo sostanziale, v'è, altresì, un legame di tipo processuale, perché normalmente nello stesso processo, in cui il magistrato del pubblico ministero contesta il reato presupposto alla persona fisica, come ad esempio la truffa aggravata di cui all'art. 640 bis, alla persona giuridica si contesta la responsabilità ex d.lgs. 231/2001, tanto è vero che il pubblico ministero, avuta la notizia del reato presupposto, il reato di truffa aggravata, nel nostro esempio, ha due registri diversi: quello in cui iscrivere la *notitia criminis*, del reato a carico della persona fisica, art. 335 codice di procedura penale, e poi un registro distinto, in cui ha l'obbligo di procedere ad una parallela e aggiuntiva annotazione dell'illecito potenziale commesso dalla persona giuridica, dall'ente, sempre che ne ricorrano le condizioni, e che il pm si dovrà dar carico di verificare, nella fase delle indagini mentre il giudice, se del caso, di acclarare, nella fase processuale.

È quindi una responsabilità di tipo aggiuntivo, che presuppone la commissione del reato e che si accerta nello stesso processo penale, luogo di normale verifica della responsabilità penale della persona fisica.

La disciplina

Nell'affrontare il tema della natura giuridica della responsabilità, le varie posizioni dottrinali e giurisprudenziali, valorizzano elementi tratti dalla disciplina, valorizzano i dati normativi tratti dal d.lgs. 231/2001, sicchè, per una compiuta disamina delle teorie emerse sulla questione della natura giuridica della responsabilità dell'ente, appare necessario effettuare una breve analisi dei principi e contenuti della normativa dettata dal D.Lgs. 231/2001

a) Principi

Il d.lgs. 231/2001, agli artt. 2 e 3 ripropongono anche per la responsabilità dell'ente i principi cardini dell'intero sistema del diritto penale italiano. Ovvero il principio di legalità e i suoi corollari.

L'art. 2 del d.lgs. 231/2001, stabilisce che la persona giuridica, l'ente, non può essere ritenuta responsabile se non per un fatto costituente reato ai sensi della legge penale e, ancora, prima della commissione del fatto, la legge deve espressamente prevedere la responsabilità amministrativa dell'ente in relazione a quel reato.

L'art. 2 pone quindi una doppia riserva di legge, perché è necessario innanzitutto che sussista una legge, al momento del fatto commesso dalla persona fisica che, operando all'interno dell'ente, agisca nell'interesse o a vantaggio dello stesso, è necessario che a quel momento già esista una legge che preveda come reato il fatto commesso dalla persona fisica; è necessario quindi che il fatto costituisca reato in base ad una legge vigente al momento della commissione del fatto realizzato dalla persona fisica (amministratore, rappresentante, sottoposto ecc.).

È necessario però anche, che in quel momento esista una legge ulteriore (donde la doppia riserva di legge), rispetto a quella che prevede il fatto come reato, che prevede, o meglio attribuisca la responsabilità, per *quella* tipologia di reato, oltre che alla persona fisica che lo ha commesso, anche all'ente giuridico, sempre che ne ricorrano le condizioni ai sensi del d.lgs. 231/2001.

Ma il d.lgs. 231/2001, non pone solo un principio di riserva di legge doppio, ma anche un **principio di irretroattività**, anche in questo caso doppia, in quanto non solo è necessario che la legge abbia già previsto il fatto come reato al momento della sua commissione, ma è anche necessario che già in quel momento, ci sia la legge che, per quella tipologia di reato, preveda la contestabilità all'ente, della separata, autonoma e parallela responsabilità, sicchè all'ente non può contestarsi la responsabilità ex d.lgs. 231/2001, se l'amministratore commette un fatto che in quel momento è previsto dalla legge come reato, ma in quel momento non sussista già la legge che per quel reato preveda la responsabilità dell'ente. Non può essere contestata all'ente la responsabilità, in specie, nell'ipotesi in cui, sussistendo al momento del fatto una norma che lo preveda come reato, intervenga solo successivamente, una norma di legge che per quel reato preveda la responsabilità dell'ente, perché l'art. 2 pone un principio di doppia irretroattività, stabilendo che prima della commissione del fatto di reato della persona fisica, la legge deve espressamente prevedere la responsabilità dell'ente, in relazione a quel reato; quindi c'è una doppia irretroattività, applicata dall'art. 2 alla responsabilità dell'ente.

Dunque, l'art. 2 estende alla responsabilità dell'ente, i principii propri della responsabilità penale: il principio della riserva di legge, il principio di irretroattività e anche il principio di tassatività, perché la norma prevede che al momento del fatto,deve sussistere una legge che *espressamente* (utilizzando quindi la stessa terminologia dell'art. 1 e dell'art. 199 c.p.), in relazione a quel reato colleghi una responsabilità contestabile all'ente.

Proprio l'estensione dei principi penalistici della riserva di legge, dell'irretroattività e tassatività alla responsabilità dell'ente rappresenta per alcuni operatori del diritto un argomento per sostenere la natura penale della responsabilità dell'ente. Sicchè non è mancato, chi ha sostenuto la natura penale della responsabilità dell'ente, non solo perché se ne occupa il giudice

penale nel processo penale, ma anche perché la responsabilità dell'ente è assoggettata agli stessi principi della responsabilità penale, cioè di riserva di legge, tassatività e irretroattività.

Tuttavia, è risultato poco solida la base che fonda la natura penale della responsabilità dell'ente sull'estensione dei corollari del principio di legalità a chi ha potuto facilmente ribattere che questi principi della riserva di legge, tassatività e irretroattività, non sono più principi solo penalistici, ma conformano l'intero diritto sanzionatorio; ne è riprova il fatto che nella l. 689/81, nella legge di depenalizzazione, che regolamenta l'illecito amministrativo, i principi di riserva di legge, di tassatività e irretroattività, sono enunciati come volti a conformare *quella* responsabilità, cioè la responsabilità da illecito amministrativo; sicchè si è ribattuto che l'estensione alla responsabilità dell'ente, di questi principi è un dato neutro, ai fini della ricostruzione della natura giuridica della responsabilità, atteso che si tratta di principi che ormai da tempo conformano anche l'illecito amministrativo.

b) ambito di applicazione soggettiva.

E' necessario chiarire chi siano i soggetti cui è consentito contestare la responsabilità ex d.lgs. 231/2001. L'art. 1 prevede che si applica la disciplina della responsabilità degli enti, alle persone giuridiche, alle società, alle associazioni anche prive di personalità giuridica. Invece non si applica, stabilisce il co. 3 dell'art. 1, allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli enti pubblici non economici, e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Chiarito il quadro normativo, veniamo ai problemi interpretativi posti in giurisprudenza, che sono almeno tre: il primo è l'applicabilità del d.lgs. 231/2001, all'**imprenditore individuale**. Il secondo è l'applicabilità alla **società capogruppo**, la holding, nell'ipotesi in cui il reato presupposto sia stato commesso da soggetto operante (amministratore, responsabile, ecc.), non all'interno della capogruppo, ma all'interno della controllata. Il terzo problema, di più recente disamina in giurisprudenza, esaminato dalle **Sezioni Unite in sent. 28699/2010** è quello dell'applicabilità del d.lgs. 231/2001, alle società miste che in particolare gestiscano servizi pubblici locali, e che soprattutto, gestiscano attività volte ad incidere, soddisfacendoli o meno, interessi delicatissimi, di rilievo costituzionale, quale quello alla salute.

b1) Questioni problematiche: applicabilità all'imprenditore individuale.

La giurisprudenza ha categoricamente risposto in termini negativi, escludendo dall'ambito di operatività del decreto le imprese individuali, in base a più argomenti: innanzitutto l'argomento di tipo testuale, tratto dalla formulazione dell'art. 1 co. 2, con cui si stabilisce che la responsabilità dell'ente è contestabile alle società, alle persone giuridiche e alle associazioni, anche prive di personalità; si è utilizzato, quindi, per escludere le imprese individuali, un argomento di tipo letterale, osservandosi che le imprese individuali, in quel catalogo di soggetti indicati dall'art. 1 co. 2, sicché vanno escluse dall'ambito soggettivo di operatività del decreto.

A questo argomento, si affianca quello sostanziale e sistematico, con cui si è evidenziato che l'intera disciplina, di cui ci occuperemo, della responsabilità dell'ente, dettata dal d.lgs. 231/2001, presuppone che ci sia una distinguibilità tra la persona fisica, che commette il reato, e il soggetto collettivo cui si intende contestare la responsabilità ex d.lgs. 231/2001. Questa distinguibilità è proprio ciò che manca nell'impresa individuale, in cui c'è una coincidenza, una identificazione dell'organizzazione imprenditoriale, con la persona fisica dell'imprenditore, che

renderebbe complicata, se non impossibile, l'applicazione del d.lgs. 231/2001, cioè dei criteri di addebito indicati dagli artt. 5 e ss., dell'interesse e del vantaggio.

Questo perché è difficile nell'impresa individuale, in cui c'è coincidenza tra imprenditore e persona fisica e impresa individuale, capire quando l'imprenditore ha commesso il reato nell'interesse proprio, quando l'ha commesso nell'interesse dell'impresa, che con lui coincide e quando l'ha commesso in parte nel suo interesse e in parte nell'interesse dell'impresa.

b2) la responsabilità della società capogruppo

Il secondo problema, riguarda le holding. Può succedere che gruppi di imprese si organizzino in forma di holding, in cui c'è una società capogruppo che detiene, in tutto o in parte, il capitale azionario di una o più società satelliti.

Può accadere che il reato di cui al catalogo degli artt. 25 e ss., sia commesso non dalla persona fisica amministratore, rappresentante, incardinata nella società capogruppo, ma incardinata nella società satellite; ci si chiede se in queste ipotesi, a fronte di un reato commesso dall'amministratore della società controllata, si possa contestare, ferma la responsabilità penale di quell'amministratore, la responsabilità ex d.lgs. 231/2001, alla società controllante, alla capogruppo.

Il problema lo si coglie bene se si considera che l'art. 5 d.lgs. 231/2001 prevede che, affinchè la responsabilità sia contestata all'ente, è necessario che qualcuno, avendo un certo ruolo nell'ente, abbia commesso taluni reati *nell'interesse o a vantaggio* dell'ente (primo presupposto); la peculiarità, nel nostro caso è data dal fatto che il reato è commesso, ma non dall'amministratore della controllante, cui si vuole contestare la responsabilità, ma dall'amministratore della società controllata, della società satellite

La Cassazione su questo problema è intervenuta con **Sent. 18941/2004**, fornendo una risposta articolata, dovendo distinguere due diverse ipotesi di holding.

La prima: la controllante detiene il capitale azionario come forma di investimento finanziario, solo perché in questo modo, realizza una forma di finanziamento. Lasciando l'attività imprenditoriale alla controllata, e disinteressandosi di questa attività.

La seconda: la controllante, detiene il pacchetto azionario perché quelle controllate sono strumnenti operativi di una politica di impresa unitaria, che fa capo alla controllante, che attraverso il controllo azionario di fatto gestisce le attività imprenditoriali, governando e dirigendo l'attività delle controllate.

La Cassazione sostiene che a fronte di un reato commesso dall'amministratore della controllata, la responsabilità può essere contestata alla controllata, solo quando ricorra la seconda ipotesi di holding, solo quando la controllante non investe solo nella controllata, ma esercita la propria attività di impresa attraverso la controllata, perché qui l'amministratore della controllata commette reato nell'interesse della controllante, nell'interesse della politica di impresa come fa capo alla controllante.

b) la responsabilità delle società a capitale misto

Per risolvere tale problema è importante tener conto delle quattro categorie soggettive che il co. 3 esclude dall'ambito di operatività del d.lgs. 231/2001. È l'esame che ha condotto la Cassazione a Sezioni Unite nel 2010.

Le Sezioni Unite partono dall'ente pubblico non economico. Le società miste, sono ente pubblico non economico? Le Sezioni Unite rispondono negativamente, per due ragioni.

Primo perché sono un ente economico, quanto desumibile dalla stessa forma societaria, posto che la nozione di società del c.c., 2247, è quella di soggetto che svolge attività economica al fine di ripartirne gli utili; la veste societaria induce ad escludere che le società miste locali siano enti non economici, perché sono enti economici.

Se questo argomento è insufficiente, se ne utilizza un altro: le società miste non sono enti pubblici, perchè hanno detto le Sezioni Unite nel 1995 con tre diverse sentenze 4999/4990/4991 (caso siena parcheggi spa), le società miste sono sempre soggetti privati, non perché incompatibile la veste societaria con la natura pubblica, ma perché quelle società non presentano anomalie di disciplina e funzionamento, in cui si riconosce la natura pubblica del soggetto societario.

Le Sezioni Unite si chiedono se queste società miste locali, preposte alla gestione di servizi locali in settori delicati, non siano da sottrarre dall'ambito del d.lgs. 231/2001, in quanto riconducibili nell'altra tipologia (enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale).

Quest'ultima espressione (enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale), come i primi commentatori del decreto misero in evidenza, fu inserita dal legislatore del 2001, con lo scopo di escludere dall'ambito di operatività di questa disciplina, i partiti politici e i sindacati, cioè soggetti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (ex artt. 39 e 40 Cost.) e che il legislatore ha voluto sottrarre al rischio di interferenza giudiziaria, al rischio di interferenza del pm, o del giudice penale, che si sarebbe manifestato se si fosse esteso a questi soggetti la disciplina della responsabilità ex d.lgs. 231/2001.

Le Sezioni Unite, in linea con quanto detto dai primi osservatori, optano per una interpretazione restrittiva della nozione di ente che svolge funzione di rilievo costituzionale: il legislatore del 2001 ha voluto sottrarre all'operatività di questa disciplina solo i soggetti le cui funzioni non possono essere sospese senza alterare gli equilibri costituzionali, rectius soggetti che svolgono funzioni la cui sospensione altererebbe l'equilibrio costituzionale, come per i partiti politici. Si deve trattare, peraltro, di soggetti che sono almeno menzionati dalla costituzione.

Ed ancora non tutti i soggetti che soddisfano esigenze costituzionalmente rilevanti, automaticamente svolgono anche funzioni di rilievo costituzionale; la nozione di funzioni costituzionalmente rilevanti non coincide con la nozione di soddisfacimento di interessi collettivi.

Natura giuridica

Sulla scorta delle riflessioni sin qui svolte, può essere più agevolmente affrontato il controverso tema della natura giuridica della responsabilità dell'ente: si tratta di responsabilità amministrativa o penale?

È questo il primo interrogativo da affrontare, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. 231/2001, per le numerose conseguenze di ordine sostanziale e processuale che possono derivarne.

Il legislatore del 2001mparla di responsabilità amministrativa, di illecito amministrativo e di sanzioni amministrative, specificando poi che si tratta di illeciti amministrativi dipendenti da reato.

La relazione di accompagnamento sembra spingersi più avanti, laddove si esprime in termini di illecito amministrativo a struttura complessa che integra un *tertium genus*rispetto all'illecito amministrativo tradizionale e all'illecito penale vero e proprio.

Trattasi di un sistema punitivo che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo nel tentativo di contemperare le ragioni dell'efficacia preventiva con quelle, ancor più ineludibili, della massima garanzia.

Ma tali argomentazioni non sono sufficienti a dirimere tutti i dubbi e i dibattiti in merito alla natura giuridica.

Tant'è che sono emerse due tesi principali, la teoria della natura amministrativa e la teoria della natura penale, nonché una terza tesi, legata a quella che propende per la natura penalistica della responsabilità, perché ciò che si addebita all'ente è concorrere omissivamente ex art. 110 cp nel reato presupposto della persona fisica.

Per alcuni il dibattito e sterile ed inutile, e v'è addirittura chi sostiene che il legislatore qualificando espressamente la responsabilità come amministrataiva ma dipendente da reato abbia voluto proprio dirimere i contrasti con con il tradizionale ostacolo addotto *in subiecta materia* da autorevole dottrina: l'art 27 comma 1 Cost, che sancisce il principio della personalità della responsabilità penale.

Tuttavia, il problema della natura giuridica ha forti ripercussioni sulla ricostruzione della disciplina in tema di responsabilità degli enti, per le numerose conseguenze di ordine sostanziale e processuale che possono derivarne, di talchè, lungi dall'essere sterile, privo di ricadute applicative, il dibattito circa la natura amministrativa o penale della responsabilità dell'ente può incidere sulla tenuta costituzionale della disciplina dettata dal d.lgs. 231/2001.

Qualificando come penale la responsabilità del d.lgs. 231/2001, viene in rilievo il problema della coerenza del decreto con i principii di personalità della responsabilità penale, di presunzione di non colpevolezza, che governano la responsabilità penale e che nulla hanno a che fare con la responsabilità amministrativa. Sicchè occorre verificare la coerenza del decreto con i principi, e può emergere che non lo sia.

Qualificando la responsabilità degli enti come amministrativa il problema è risolto, perché del d.lgs. 231/2001, non si potrà verificare la coerenza con i principi costituzionali che governano la materia penale.

Sicchè il dibattito non è affatto inutile o sterile, invero l'esigenza del corretto inquadramento della responsabilità disciplinata dal decreto Lgs. 231/2001 si profila con evidenza ove si consideri la presenza , nel *corpus* normativo in esame, di lacune e vuoti, di alcuni profili sostanziali e processuali, nel comare i quali l'interprete può essere talvolta tenuto ad utilizzare, quale parametro interpretativo, quello che per l'appunto fa perno sulla natura giuridica della responsabilità dell'ente. È quanto accaduto con riferimento al tema della costituzione di parte civile nei confronti dell'ente, non disciplinata dal d.lgs. 231/2001, occorre allora, nel verificare l'ammissiiblità, svolgere l'operazione interpretativa. Il giudice penale è condizionato dall'adesione alla tesi della natura penale o amministrativa, sicchè il dibattito non è esente da ricadute applicative.

a) Tesi della natura amministrativa.

La tesi di chi sostiene la natura "amministrativa" della responsabilità dell'ente poggia le sue basi su due argomenti:

1. il dettato normativo di cui al decreto legislativo in materia qualifica espressamente la responsabilità come "amministrativa"; dunque tale tesi poggia, in primo luogo, ed essenzialmente sulla inequivocaformulazione legislativa nell'ambito della quale sono espressamente qualificati come amministrativi, oltre alla responsabilità, anche gli illeciti e le sanzioni;

2. altro argomento che orienta il dibattito verso la natura amministrativa della responsabilità è il rischio di contrasto con i principi costituzionali che esporrebbe un'opzione verso la natura penale della responsabilità delle'ente.

In altri termini, siccome la natura penale esporrebbe la disciplina al rischio di contrasto coi principi costituzionali sulla responsabilità penale, l'interprete deve preferire l'altra interpretazione, della natura amministrativa che pone al riparo la disciplina del d.lgs. 231/2001, dal rischio di contrasto.

I rischi di incostituzionalità sono almeno due: art. 6 e art. 58. il primo prevede che l'ente chiamato in giudizio può ottenere l'esonero da responsabilità, dimostrando l'assenza di colpa. Questo, con la natura penale, non entra in contrasto con l'art. 27 co. 1. cost., che prevede che la responsabilità penale è personale; perché la responsabilità dell'ente, di cui al d.lgs. 231/2001 non è oggettiva, ma presuppone la colpa di organizzazione, quindi è responsabilità colpevole; di talchè l'art. 6 non pare porsi contrasto con il co1, ma col co.2, che sempre con riferimento alla materia penale prevede la presunzione di non colpevolezza.

Questo principio ha rilievo non solo sostanziale ma anche processuale, perché impone un inversione dell'onere prova del fatto costitutivo della responsabilità che confligge con il principio di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost.

Optando per la natura penale il rischio è la questione di legittimità costituzionale dell'art. 6, in omaggio all'interpretazione costituzionalmente orientata, il giudice fronteggia questo rischio optando per la natura amministrativa della responsabilità dell'ente, per la quale non viene in rilievo l'art. 27 co. 2 cost.

Il rischio di incostituzionalità della disciplina del d.lgs. 231/2001 si porrebbe anche in relazione all'art. 58 d.lgs. 231/2001, sempre muovendo dall'assunto della natura penale, perché la norma disciplina l'archiviazione, che è disciplina dal codice di procedura penale nel processo a carico della persona fisica, ex art. 405 e ss.., si connota quella disciplina per un controllo giudiziale del gip, il magistrato del pubblicvo ministero può chiedere l'archiviazione ma non può disporla. Dunque, tale norma è ritenuta configgente e non coerente con il principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.

Quindi il criterio dell'interpretazione costituzionalmente orientata, suggerisce di optare per la natura amministrativa della responsabilità dell'ente.

b) Tesi penale della natura giuridica.

Alla natura penale della responsabilità degli enti si perviene in dottrina e anche in giurisprudenza, bansandosi su di una serie di argomenti.

Si sostiene, che il d.lgs. 231/2001 estende all'ente i principi classici della responsabilità penale. Si tratta, invero, di un argomento piuttosto debole, perché sono principi dell'intero diritto sanzionatorio, che trovano espressione e codificazione anche nella l. 689/81. Sotto altro aspetto si

ritiene che è vero che la legge qualifica come amministrativa questa responsabilità ma è vero che tale qualificazione è atecnica ed irrilevante.

Con altro argomento si osserva che questa responsabilità è legata a filo doppio al sistema penale: non solo perché dipendente da reato, ma sul piano processuale è accertata dal giudice penale in un processo penale, con le stesse norme del codice di procedura penale.

A questo argomento si ribatte innanzitutto (Marinucci) se non c'è pena che non sia applicata dal giudice penale, è vero anche che spesso il giudice penale applica anche le sanzioni amministrative (si veda la applicazione della confisca); quindi l'accertamento del giudice penale non dimostra la natura penale dell'illecito da accertare e della misura da erogare. Inoltre si osserva che è vero che il giudice penale deve applicare le regole del codice di procedura penale ma l'art. 34 le richiama in quanto compatibili, quindi non c'è assoluta utilizzazione delle norme processuali penali nel processo a carico dell'ente. Il d.lgs. 231/2001 detta regole autonome, proprie del processo a carico dell'ente.

Alla natura penale, parte della dottrina, perviene seguendo un percorso diverso, che assume la natura concorsuale della responsabilità dell'ente: la responsabilità addebitabile all'ente è quella del 110 cp, concorso di persone nel reato. L'ente concorrerebbe nella commissione del reato presupposto dalla persona fisica, non adottando il modello di organizzazione di tipo preventivo, diventando concorrente nel reato, ipotesi di concorso omissivo.

Tesi citata dalla Cassazione con sent. 288/2009, in cui si afferma che vi è responsabilità cumulativa dell'individuo persona fisica, e dell'ente, trovando ciò riscontro sul piano dogmatico, nello schema concorsuale.

La Cassazione però poi precisa: il nesso fra queste due responsabilità, pur non identificandosi con la figura tecnica del concorso è ad essa equiparabile, perché da un'unica azione criminosa, scaturiscono più responsabilità, (penale della persona fisica e responsabilità dell'ente). La Cassazione, quindi, non aderisce alla tesi della natura concorsuale della responsabilità dell'ente, ma ritiene ci sia una fattispecie equiparabile. Invero la dottrina ha criticato la teoria del concorso, sulla base di due argomenti.

Sotto un aspetto perché ci sia concorso di persone, è necessario che il singolo concorrente abbia fornito alla realizzazione del soggetto, un contributo causale, nel senso che quel contributo costituisca condicio sine qua non, o contributo agevolativo. Il d.lgs. 231/2001 non subordina la responsabilità dell'ente e il riscontro della responsabilità alla verifica causale; sicchè qualificarla come concorsuale significa o non tenere conto della disciplina, oppure pretendere un elemento costitutivo che il d.lgs. 231/2001 non richiede ai fini del riconsocimento della responsabilità dell'ente.

Sotto altro aspetto ammettendo che l'ente concorre alla realizzazione del reato presupposto, si aprirebbe un problema: reato doloso commesso dalla persona fisica, concorrente che agisce con dolo e l'altro soggetto, l'ente che agirebbe con colpa che dal punto di vista penale ha una sua peculiarità; quindi ci sarebbe concorso di persone in cui i concorrenti partecipano con apporti psicologici differenti (concorso colposo nel reato doloso).

I criteri soggettivi ed oggettivi di addebito della responsabilità all'ente.

È necessario chiarire quali sono elementi costitutivi o criteri di addebito, perché il giudice penale possa applicare le sanzioni previste dal d.lgs. 231/2001. Dei criteri di addebito della

responsabilità all'ente se ne occupano gli artt. 5 e 6 D.lgs. 231/01. La dottrina, e prima ancora, la relazione governativa al disegno di decreto legislativo, li ha divisi in presupposti oggettivi e soggettivi.

L'art. 5 indica, in primis, quelli che la dottrina definisce criteri oggettivi di addebito della responsabilità all'ente, che consta di tre elementi.

È necessario sia stato commesso un reato qualificato, cioè uno dei reati per cui l'art. 25 prevede la responsabilità dell'ente, il cd. reato presupposto.

È necessario sia commesso da un soggetto qualificato che operi all'interno dell'ente, ricoprendo determinati ruoli o svolgendo determinate mansioni (art. 5 co. 1).

È necessario che questo soggetto abbia commesso il reato nell'interesse o a vantaggio dell'ente dell'ente.

L'art. 5, co. 1 statuisce, inoltre, il criterio soggettivo di quali sono i soggetti da parte di cui devono essere compiuti i reati affinchè l'ente ne risponda. Sono: A. i vertici statutari, dell'organizzazione, soggetti con funzioni di rappresentanza, amministrazione o direzione dell'ente, che abbiano autonomia finanziaria o funzionale. B. soggetti che anche di fatto, esercitano il controllo e la gestione; C. persone sottoposte all'altrui direzione, o vigilanza di soggetti riconducibili nelle due precedenti tipologie soggettive.

Sul punto sono necessari due chiarimenti.

In primis il legislatore opta per l'identificazione non di tipo formale ma di tipo funzionale e pragmatico: pretende che il reato sia commesso non da colui che riveste la qualifica di amministratore o rappresentante ma si accontenta che sia commesso dal soggetto che svolge quelle funzioni, anche di fatto (abbia controllo e gestione). Il legislatore applica tale criterio per evitare manovre elusive delle società, che possono far commettere reati che pur esercitando di fatto l'amministrazione non ne abbiano formalmente la carica.

In secundis è rilevante la previsione della categoria di soggetti che anche di fatto esercitano controllo e gestione. Questa previsione ha dato adito a dubbi interpretativi per lo più dottrinali: ci si chiede se sussista questo elemento quando il reato è commesso dal componente del collegio sindacale. A questo dubbio si osserva che il sindaco, non svolge funzioni di amministrazione e vigilanza, non è soggetto sottoposto, perché deve avere sua autonomia e non rientra nella categoria intermedia (non esercita neanche di fatto controllo e gestione). Peraltro l'art. 5 richiede che il reato sia commesso dal soggetto che anche di fatto abbia *controllo e gestione,* quindi il legislatore ha voluto prevedere che il soggetto deve avere potere di controllo non come verifica di corrispondenza atto-legge, ma come pilotaggio dell'ente; sono soggetti che esprimono la volontà dell'ente, tanto che il soggetto deve avere controllo *e* gestione, quindi il controllo è controllo di chi ha il governo dell'ente, tale non è il componente del collegio sindacale, che verifica l'osservanza a legge degli atti degli amministratori.

Ci si chiede poi se sia idoneo a far scattare responsabilità dell'ente, il reato del componente del consiglio di sorveglianza. Emergono due tesi.

La prevalente sostiene che il consiglio di sorveglianza non gestisce ma controlla l'ente, quasi al pari del collegio sindacale, sicchè sarebbero ripetibili le osservazioni poc'anzi svolte sul reato del componente del collegio sindacale.

Per altra tesi il consiglio di sorveglianza partecipa alla gestione, attraverso la nomina dei componenti dell'ente di gestione, degli amministratori, deve implicitamente riconoscersi il potere di dettare ai nominati amministratori le linee programmatiche alle quali attenersi nella gestione, sicchè il consiglio di sorveglianza partecipa della gestione, controllando che quei criteri siano osservati, quindi non è soggetto che solo controlla, ma controlla e gestisce, sicchè i reati potrebbero far scattare la responsabilità parallela dell'ente.

Altro dubbio relativo alla terza categoria soggettiva: chi sono le persone sottoposte? Si fa riferimento alle persone legate all'ente da rapporto di lavoro solo subordinato? Oppure l'utilizzo dell'espressione più lata, sottoposte, è significativo dell'intenzione del legislatore di estendere la platea di soggetti? La questione è esaminata incidentalmente dalla giurisprudenza, nel caso Siemens, in cui si contestava all'ente la responsabilità per reati di corruzione. Si tratta di soggetti che consenta loro di svolgere attività volta ad impegnare all'esterno l'ente (reato di corruzione commesso da consulente), quindi con l'espressione persone sottoposte si devono reputare anche i soggetti che legati all'ente da forme contrattuali diverse, possono svolgere attività che impegnano l'ente.

Relativamente al criterio dell'interesse o vantaggio ci si chiede se con questa espressione, il legislatore ha voluto esprimere un unico criterio di addebito anche se ha indicato due termini diversi, o ha voluto indicare criteri distinti ontologicamente, e alternativi tra loro, affichè all'ente si contesti responsabilità.

Nella giurisprudenza della Cassazione emerge ripetutamente la tesi, per cui l'art. 5 dove prevede che il reato sia commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente, con tale espressione indica due criteri differenti e alternativi, il che è sufficiente per contestare all'ente la responsabilità. Sono ontologicamente diversi perché, il criterio dell'interesse va riscontrato con una prognosi ex ante, accertamento rapportato al momento della commissione del reato, dovendo verificare se in quel momento l'autore del reato ha voluto realizzare quel reato.

Criterio del vantaggio va valutato con prognosi postuma, il giudice deve riscontrare che per effetto di quel reato, l'ente abbia tratto un effettivo utile, conseguenza sul piano causale della commissione del reato. Si tratta di criteri anche alternativi in ipotesi, perché può succedere che la persona fisica abbia commesso il reato nell'interesse dell'ente, ma questo non abbia tratto alcun vantaggio; ciò è sufficiente per contestare la responsabilità all'ente.

Questi tre segmenti, integrano elemento oggettivo della fattispecie di responsabilità; sono elementi che il pm deve contestare nel processo penale, perché possa ottenere la condanna dell'ente; tuttavia provata in giudizio, ad opera del pm la sussistenza dei tre criteri di addebito, la responsabilità non è ancora scontata, perché l'ente può andare esente da responsabilità, allorchè provi, ex l'art. 6, che il reato il suo dipendente l'ha commesso, ma nessuna colpa è addebitabile all'ente, avendo fatto tutto quello che era possiible fare per evitare il reato.

L'ente può provare di aver adottato ed attuato idonei modelli di organizzazione, modelli a finalità preventiva, volti a prevenire la commissione di reati del tipo di quello effettivamente commesso. Quando c'è questa prova, l'ente va esente da responsabilità. Questo art. 6 dimostra, secondo dottrina prevalente, che la responsabilità introdotta dal d.lgs. 231/2001, non è oggettiva; in particolare dimostra che il legislatore del 2001, scegliendo tra vari modelli stranieri, opta non per il sistema francese, che prevede una responsabilità di riflesso, ma per modelli di stampo

anglosassoni, che subordinano la responsabilità degli enti alla verifica di una colpa collettiva di organizzazione dell'ente. È una responsabilità che presuppone una colpa dell'ente, tanto da poter ottenere l'esonero della responsabilità, provando di non essere in colpa, avendo adottato i modelli di organizzazione attuati e aggiornati. Sicchè è responsabilità non oggettiva, quella del d.lgs. 231/2001; ciò che di peculiare prevede e introduce è il meccanismo processuale di distribuzione tra le parti della sussistenza della colpa.

Il problema della responsabilità degli enti per i reati colposi

La responsabilità dell'ente si fonda sulla commissione di un reato da parte di un soggetto operante per l'ente stesso a condizione che quel reato rientri tra quelli in relazione ai quali tale forma di responsabilità risulta espressamente prevista dalla legge, cioè dallo stesso d.lgs. n. 231/01 o da altri posteriori provvedimenti legislativi.

Il governo uniformandosi, inizialmente solo in parte, alle direttive contenute nella legge-delega, ha previsto in prima battuta la responsabilità degli enti soltanto in relazione ai reati di cui agli artt. 640, co.1 n. 1; 640-bis; 640-ter; 316-bis; 316-ter; 317; 318; 319; 319-ter; 322 c.p.

Tale elencazione è stata successivamente ampliata nel corso degli anni per effetto di una serie di interventi legislativi tra i quali, nel 2007, sono intervenute due importanti integrazioni del catalogo dei reati-presupposto.

La legge n. 123 del 2007, mediante l'inserimento dell'art. 25-septies, ha esteso la responsabilità dell'ente ai delitti di omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime commessi in violazione della normativa contro gli infortuni sul lavoro.

La fattispecie, che, in diversi ordinamenti stranieri, ha fatto da apripista nella disciplina della responsabilità delle persone giuridiche, in Italia invece si innesta in un sistema plasmato su figure di reato prettamente dolose, senza prevedere alcuna regola di adattamento o di deroga rispetto a questo sistema.

I principali problemi interpretativi, prima ancora che applicativi, si sono posti nel declinare il paradigma dell'illecito colposo, secondo i meccanismi di imputazione oggettiva e soggettiva della disciplina sanzionatoria delle persone giuridiche.

In particolare vanno focalizzati due nodi interpretativi di difficile soluzione: il primo relativo alla compatibilità del criterio oggettivo di ascrizione del reato presupposto all'ente con la natura colposa dei reati di recente introduzione; il secondo afferente l'operatività delle clausole di esclusione della responsabilità nell'ambito degli illeciti colposi, precisamente l'impossibilità di configurare una condotta colposa che realizzi un fraudolento raggiro dei modelli di organizzazione.

Per un primo orientamento l'interesse sarebbe strutturalmente incompatibile con le condotte criminose connotate da colpa cd. incosciente, essendo viceversa ravvisabile nelle sole condotte sorrette da colpa c.d. cosciente o con previsione dell'evento.

In presenza di una condotta di colpa incosciente, invero, non sarebbe consentito sostenere la finalizzazione del comportamento delittuoso alla realizzazione dell'interesse della persona giuridica, il singolo ignorando di tenere una condotta illecita, violativa della disciplina cautelare: non si potrebbe quindi sostenere che abbia intenzionalmente agito al fine di avvantaggiare la persona giuridica (cfr. Santoriello, violazioni delle norme antinfortunistiche e reati commessi nell'interesse o a vantaggio della società, in riv. Resp. Amm. Soc. enti, 1/2008, 161 ss.)

Nella diversa ipotesi di colpa cosciente, invece, se certo il soggetto agente non si propone il verificarsi del danno a carico di terzi quale conseguenza della sua condotta imprudente, lo stesso è tuttavia consapevole di tenere un comportamento pericoloso in spregio alla normativa cautelare, omettendo di adottare le precauzioni prescritte dal legislatore onde evitare che dalle sue azioni derivino conseguenze dannose.

In tali ipotesi, avendo la persona fisica volutamente non osservato le prescrizioni cautelari, si dovrà verificare le ragioni per le quali è posta in essere la consapevole violazione della normativa prudenziale: se infatti la condotta imprudente e negligente è stata posta in essere per l'esclusivo perseguimento di un interesse del soggetto agente o di soggetti terzi diversi dalla persona giuridica, quest'ultima, giusta il disposto del comma 2 dell'art. 5, dovrà andare esente da qualsiasi responsabilità.

Una seconda tesi, invece, valorizza il tenore letterale dell'art. 5, D.Lgs. 231/01, ed in particolare i commi 1 e 2.

Dal coordinamento tra tali disposizioni, per i fautori di tale tesi, risulta evidente che il legislatore ha inteso escludere la responsabilità dell'ente quando il soggetto che ha commesso il reato presupposto dell'illecito, pur rivestendo una posizione qualificata nell'ente, abbia agito a titolo personale, intendendo per personale l'interesse esclusivo della persona fisica autore del reato o di terzi.

È allora ravvisabile l'interesse dell'ente ogni qualvolta possa ritenersi che il soggetto in posizione qualificata nell'ente sia destinatario della norma violata, proprio in virtù della posizione ricoperta all'interno dell'ente medesimo.

Nel caso dunque di reati colposi caratterizzati dalla violazione di una norma cautelare diretta all'attività d'impresa e riconducibili quindi ad attività svolte in veste qualificata all'interno dell'ente, l'agente non viola la norma cautelare a titolo personale, ma nella sua veste qualificata: in questi casi risulta dunque configurabile l'interesse dell'ente, secondo la concezione sopra esposta, e il reato intero, non la sola condotta, può ritenersi commesso nell'interesse dell'ente (cfr. Epidendio-Piffer, criteri d'imputazione del reato dell'ente: nuove prospettive interpretative, in riv. Resp. Amm. Soc. enti 3/2008, 7 ss.).

Per un'ultima opzione interpretativa, di recente sostenuta nella vicenda della ThyssenKrupp, e che ad oggi può ritenersi maggioritaria, il criterio di imputazione va riferito direttamente alla condotta colposa.

In tale ottica può valorizzarsi il dato letterale offerto dall'art. 5, co. 2: *"l'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi".* L'espressione "hanno agito" dimostrerebbe, la volontà del legislatore di ricollegare il criterio dell'interesse o del vantaggio a quell'elemento costitutivo del reato presupposto rappresentato dalla condotta dell'autore del fatto.

In base a tale tesi, quindi, si scompone l'unitarietà della nozione di interesse a seconda che il reato presupposto sia doloso o colposo: nella prima ipotesi l'interesse viene posto in relazione al reato; nell'altra l'interesse non sarebbe più colto in relazione al reato, bensì all'attività di impresa nell'ambito della quale è commesso il reato.

In particolare come già anticipato con la sentenza del 15 aprile 2011, la seconda Corte di Assise di Torino ha riconosciuto la responsabilità da reato della Thyssen Krupp Acciai Speciali Terni

s.p.a. per il reato di cui all'art. 25-*septies* del D.lgs. n. 231/2001 (omicidio colposo e lesioni gravi o gravissime in violazione delle norme sulla tutela della salute e sicurezza sul lavoro).

In tale sentenza la Corte evidenziando che "*le gravissime violazioni della normativa antinfortunistica ed antincendio, le colpevoli omissioni, sono caratterizzate da un contenuto economico rispetto al quale l'****azienda non solo aveva interesse, ma se ne è anche sicuramente avvantaggiata****, sotto il profilo del* ***considerevole risparmio economico*** *che ha tratto omettendo qualsiasi intervento nello stabilimento di Torino [..]"*.

Come risulta dal passaggio sopra riportato, la Corte accoglie l'interpretazione che ritiene di dover ricollegare, nel caso di reati presupposto colposi, all'interesse o vantaggio dell'ente, non il reato nel suo insieme di condotta ed evento, ma solo la condotta penalmente rilevante. Questo orientamento giurisprudenziale si fonda sulla semplice constatazione che, nel caso di omicidio colposo o lesioni personali colpose in violazione delle norme sulla sicurezza dei lavoratori, l'evento lesivo (ovvero la morte o la lesione) non potrebbe mai rispondere ad un interesse o vantaggio dell'ente, e pertanto l'art. 25-septies non potrebbe mai trovare applicazione.

Per evitare la sostanziale abrogazione dell'articolo appena citato non può farsi altro che interpretare riduttivamente l'art. 5 nella parte in cui stabilisce che "*L'ente è responsabile* ***per i reati commessi*** *nel suo interesse o a suo vantaggio*".

Sul punto la sentenza non indugia chiarendo espressamente che "*quanto appena esposto, consistente nel* ***collegare il requisito dell'interesse o del vantaggio dell'ente non all'evento bensì alla condotta penalmente rilevante*** *della persona fisica corrisponda ad una corretta applicazione della norma ai reati colposi, in particolare a quello di cui all'art. 589 2° comma c.p.; ricordando qui come la responsabilità dell'ente anche per questo reato - logicamente collegato proprio all'organizzazione aziendale - fosse stata, sin dall'origine considerata dalla legge delega*".

Ed ancora il G.U.P. Tribunale di Cagliari, sent. 4 luglio 2011, Giud. Altieri, In linea di continuità con i primi orientamenti giurisprudenziali in materia (Trib. Trani, sez. Molfetta, 11 gennaio 2010; G.i.p. Trib. Novara, 26 ottobre 2010; G.i.p. Tribunale di Pinerolo, 23 settembre 2010), il Giudice rileva come la disposizione di cui all'art. 5, comma 1, D.Lgs. 231/2001, se riferita all'evento, sia incompatibile con la natura della responsabilità colposa in quanto ***"se la morte o le lesioni subite dal lavoratore potessero corrispondere all'interesse della società o provocare alla medesima un vantaggio la finalizzazione della condotta in tale direzione escluderebbe la natura colposa del reato".***

Alla luce di tali considerazioni e nell'ottica di un'interpretazione conservativa della norma, il Giudice esclude la riferibilità dei criteri in questione all'evento del reato e, pertanto, rigetta le doglianze difensive secondo le quali, così operando, si determinerebbe un'applicazione in *malam partem* della norma poiché il parametro di riferimento consisterebbe in un elemento del reato - la condotta - invece che nel reato presupposto (considerato in tutti i suoi elementi costitutivi). "*Appare invece corrispondente alla ratio e alla lettera della norma" - argomenta il Giudice - un'interpretazione che riferisca l'interesse perseguito dal reo alla* ***condotta*** *in violazione delle norme sulla tutela della salute e della sicurezza sul lavoro sottese ai delitti di cui agli artt. 589 e 590 c.p*.".

Ritenuto dunque che la responsabilità dell'ente possa essere integrata allorché, nei reati colposi d'evento, la condotta del reo sia finalisticamente orientata al perseguimento dell'interesse

dell'ente, il Giudice limita notevolmente, tuttavia, l'ambito delle condotte colpose rilevanti, precisando che "*perché la condotta colposa possa essere nell'interesse della persona giuridica si deve trattare anzitutto di un'**azione o omissione consapevole e volontaria**; ciò che esclude, ad esempio, tutte le ipotesi di imperizia, ma può - a seconda del caso concreto - comprendere diverse ipotesi di negligenza, di imprudenza e anche di colpa specifica. In secondo luogo, la volontarietà della condotta **non deve derivare da una semplice sottovalutazione dei rischi o da una cattiva considerazione delle misure di prevenzione necessarie**, ma deve - oggettivamente - rivelare anche una **tensione finalistica verso un obiettivo di risparmio di costi aziendali che può o meno essere effettivamente conseguito***".

La sentenza in commento è di particolare interesse anche perché, una volta accertata la compatibilità tra i reati colposi di evento con il criterio di imputazione oggettivo della responsabilità all'ente, si sofferma ad esaminare le ricadute applicative sistematiche derivanti da siffatta interpretazione. Il Tribunale evidenzia infatti come alcune disposizioni del D.lgs. n. 231/2001, sicuramente coerenti se rapportate a reati-presupposto dolosi, pongono viceversa delicati problemi di coordinamento allorché debbano essere applicate in relazione a fattispecie colpose come quelle previste all'art. 25-*septies*.

In particolare il Giudice fa riferimento:

1. alla **clausola di esonero da responsabilità dell'ente** prevista quando il reo abbia agito *"nell'interesse esclusivo proprio o di terzi"* ***(art. 5, comma 2)***.

In tale ipotesi se è facilmente ipotizzabile che il reo agisca per un interesse dell'ente identificabile in un risparmio di costi, è altrettanto improbabile che la condotta colposa, e in particolare l'evento morte e lesioni, possano costituire un interesse personale dell'agente o di terzi. Ne consegue che la norma sarebbe inapplicabile, se interpretata alla lettera, ai reati colposi di cui all'art. 25-*septies*. Vengono denunciate anche le pesanti conseguenze derivanti dall'apprezzare il dettato normativo in modo simmetrico rispetto alla previsione contenuta al comma 1 del medesimo articolo. Si rischierebbe, infatti, di incorrere in una grave semplificazione probatoria in forza della quale *"non essendo configurabile in radice l'interesse personale dell'agente (...) ogni delitto di omicidio o lesioni colpose con violazione delle norme sulla sicurezza sul lavoro sarebbe imputabile all'ente".* Una tale stortura, ad avviso del Giudice, potrebbe essere evitata adattando in via interpretativa il concetto di interesse, limitatamente ai reati colposi, affinché la clausola debba intendersi nel senso che ***"non è imputabile la condotta che, pur non essendo diretta a soddisfare un interesse personale del reo, non sia neppure volontaria e finalisticamente orientata dall'interesse dell'ente."***

2. all'onere probatorio che grava sull'ente il quale, per andare esente da responsabilità, deve dimostrare di aver adottato efficaci modelli di organizzazione e gestione e che l'agente abbia commesso il reato *"eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e gestione"* **(art. 6, lett. c)***;*

Fortemente problematica, in relazione ai reati colposi, è anche l'interpretazione del termine *"fraudolentemente".* Detto avverbio è impiegato dal Legislatore per definire l'*animus* che deve sorreggere l'agire dei soggetti apicali al momento dell'elusione del Modello perché l'ente possa andare esente da responsabilità. Tale locuzione, tuttavia, sembra implicare una volontà di inganno e una modalità di condotta incompatibile con la responsabilità di tipo colposo. Si pone il problema,

pertanto, di valutare se tale esimente debba essere considerata inapplicabile o se, al contrario - nella prospettiva di un'interpretazione conservativa - la si possa riempire di contenuto ritenendo sufficiente, in relazione ai reati colposi ed ai fini dell'integrazione dell'esimente, l'elusione ***"volontaria"*** dei protocolli di controllo previsti dal modello.

3. alla possibilità di beneficiare di una diminuzione della sanzione pecuniaria nel caso in cui l'ente dimostri che il reo abbia *"commesso il fatto nel prevalente interesse proprio o di terzi e l'ente non ne ha ricavato un vantaggio o ne ha ricavato un vantaggio minimo"* **(art. 12, lett. a)**.

Per quanto attiene, infine, l'applicabilità dell'attenuante prevista dall'**art. 12, lett. a)**, si prospettano due opposte interpretazioni: ritenerla totalmente inapplicabile ai reati colposi ovvero interpretarla eludendo (*arbitrariamente*) il riferimento all'interesse: la sussistenza della circostanza verrebbe riconosciuta ogniqualvolta l'ente non abbia ricavato dal reato alcun vantaggio, o ne abbia ricavato un vantaggio minimo, pur non potendosi sostenere che la condotta stessa sia stata posta in essere nell'interesse prevalente dell'agente o di terzi.

SPECIALE STALKING

STALKING: COMMENTO ALL'ART. 612 BIS C.P. (ATTI PERSECUTORI)

A cura dell'Avv. Orazio Longo

1. Introduzione.

Il delitto di atti persecutori, previsto all'art. 612 bis c.p., è stato introdotto nel nostro ordinamento ad opera del decreto legge 23 febbraio 2009 n. 11 (convertito con modificazioni nella legge 23 aprile 2009 n. 38), recante "Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori", nell'ambito di un intervento legislativo volto a rafforzare la tutela penale nei confronti di condotte considerate di particolare allarme sociale.

La nuova disposizione punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni, salvo che il fatto non costituisca reato più grave, chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita: si tratta del c.d. *stalking*, fenomeno che ha costituito oggetto di attenzione solo in tempi relativamente recenti.

I primi casi risalgono, infatti, agli anni '80 e si verificarono negli U.S.A. che furono i primi a predisporre un'apposita fattispecie criminosa per reprimere tali categorie di condotte: dapprima con la legislazione Californiana del 1990 e, in seguito, con specifiche norme adottate dai singoli Stati, sino a giungere allo *Interstate Stalking Act* del 1996, grazie al quale lo *stalking* diviene un crimine federale.

A livello europeo è stato istituito, nel 2003, il *Modena Group on Stalking* (MGS), che raccoglie un gruppo multidisciplinare di studiosi impegnati in progetti di ricerca finalizzati alla prevenzione della violenza nei confronti dei bambini, degli adolescenti e delle donne, il cui rapporto rileva che al 2007 i paesi membri provvisti di una specifica normativa sullo *stalking* erano 8 (mentre già in 10 erano quelli che avevano istituito delle forme di supporto sociale e psicologico per le vittime dello *stalking*).

2. Nozione.

La stessa dottrina criminologica incontra difficoltà nel definire il predetto fenomeno: ciò, è stato sostenuto[50], deriva dal suo "status paradossale", costituendo un modello comportamentale comprensivo di conformità e criminalità, anzi si afferma che lo stalking costituisce «una indebita "amplificazione e accentuazione" della stessa conformità normativa (ad esempio, la dilatazione

[50] A. M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, p. 10.

esasperata e morbosa del rituale del corteggiamento)»

Da questo punto di vista lo *stalking* viene, pertanto, definito come "un insieme di comportamenti ripetuti, a carattere intrusivo o minaccioso o violento, che una persona compie ai danni della vittima fatta oggetto di una attenzione ossessivamente imposta e, perciò, produttiva di serio disagio, preoccupazione e alterazione del complessivo equilibro psicologico" (FIANDACA-MUSCO) ovvero come "consistente in comportamenti intrusivi ed ossessivi, che si traducono in un autentico tormento per le vittime, con conseguenze anche gravi sotto il profilo psico-fisico" (MANTOVANI).

La letteratura scientifica ha elaborato diverse classificazioni delle condotte moleste e dei relativi soggetti attivi senza trascurare l'importanza dell'analisi vittimologia: si ritiene infatti che, nelle condotte del molestatore, la linea di confine tra ciò che è disdicevole e ciò che configura un vero e proprio reato è influenzata da elementi quali il carattere, la tolleranza e la reattività della vittima (GALEAZZI-CURCI).

3. Cenni di politica criminale e problematiche di costruzione legislativa.

A parte le spinte provenienti dalle citate esperienze legislative straniere e dai progetti elaborati in ambito europeo, le ragioni politico criminali che hanno indotto il nostro legislatore ad introdurre un'apposita fattispecie incriminatrice sono di natura diversa. Esse risiedono, essenzialmente, nella constatata insufficienza delle fattispecie di violenza privata (art. 610 c.p.p) e di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), nelle quali in precedenza venivano inquadrate le condotte persecutorie, a reprimere il fenomeno criminoso *de quo*. Da un lato, infatti, la condotta vincolata richiesta per la configurabilità del delitto di violenza privata lasciava ampi vuoti di tutela penale e, dall'altro, la natura contravvenzionale della fattispecie di molestia rendeva la tutela penale inefficace rispetto al disvalore sociale della condotta criminosa persecutoria.

La prima problematica in cui si è imbattuto il legislatore italiano nella costruzione del delitto *de quo* è stata quella di prevedere una fattispecie che ricomprendesse tutte le possibili condotte persecutorie ma che, al contempo, non violasse i principi di tassatività e determinatezza delle fattispecie penali: sotto questo profilo la dottrina ha sottolineato che il legislatore avrebbe potuto fare di meglio e di più, anche se le difficoltà di tipizzazione legislativa derivano proprio dalle complesse caratteristiche criminologiche del fenomeno.

L'art. 612 bis c.p. descrive, peraltro, delle condotte che, singolarmente considerate, avrebbero potuto acquisire rilevanza penale già prima della novella legislativa: dalla circostanza che la rilevanza penale delle singole condotte costituisce solo di una possibilità (e non una certezza) discende la

qualificazione della fattispecie *de quo* come reato abituale proprio[51].

4. Bene giuridico protetto e soggetto attivo (rinvio).

Il bene giuridico protetto dalla fattispecie di cui all'art. 612 bis c.p. è la libertà morale del soggetto passivo, sotto il profilo della libertà da intrusioni e molestie assillanti: ma non è mancato, in dottrina, chi ha ravvisato l'oggettività giuridica del reato nella serenità psicologica della vittima o quantomeno, sulla scorta dell'insegnamento della dottrina tedesca, nella pace giuridica individuale concepita come libertà da ansie e timori eccessivi.

La norma prevede che soggetto attivo del reato può essere chiunque, configurandosi così un'ipotesi di reato comune, sebbene, in concreto, gli studi criminologici rilevino che lo *stalker* sia spesso un soggetto di sesso maschile legato da precedenti rapporti con la vittima[52].

5. Modello di reato e condotta.

La condotta descritta dalla norma lega le condotte tipiche ai susseguenti effetti utilizzando l'espressione "in modo da": ciò fa sorgere il problema di stabilire se si tratti di un reato di evento oppure se sia sufficiente l'oggettiva idoneità della molestia o della minaccia a provocare ansia, paura o timore.

La dottrina dominante depone a favore della prima soluzione, richiamando anche quanto emerso nel corso dei lavori preparatori: è stata, infatti, respinta la proposta, avanzata dalla Commissione Giustizia della Camera, volta a far leva sull'idoneità lesiva della condotta piuttosto che sull'effettiva lesione della psiche della vittima. Non è mancato, tuttavia, chi ha sostenuto che l'aver previsto lo *stalking* come reato d'evento comporterà dei problemi di accertamento processuale degli eventi tipizzati dalla norma.

Venendo adesso all'esame della condotta, secondo la dottrina, la sua illiceità deriva dalla reiterazione delle molestie o delle minacce, che richiede la ripetizione dei comportamenti un numero significativo di volte: gli studi criminologici rilevano che occorre che la condotta sia posta in essere per almeno due mesi con la cadenza di due volte a settimana.

[51] Il **reato abituale** è una figura di creazione dottrinale che ricorre quando la legge richiede, per la realizzazione dell'illecito, la reiterazione di più condotte identiche ed omogenee. E' difficile individuare la *ratio* di tale figura in quanto la legge ricorre alla stessa o perché si ritiene che la singola condotta non presenti un sufficiente disvalore per essere punita ovvero allo scopo di evitare, per quegli atti per i quali la reiterazione costituisce la normalità, gli eccessi del cumulo delle pene. Occorre distinguere, innanzitutto, il reato abituale rispetto alla categoria del reato permanente: mentre quest'ultimo, infatti, si caratterizza per la protrazione ininterrotta, nel tempo, della situazione antigiuridica, il primo si connota per la presenza, tra una condotta e l'altra, di un intervallo di tempo, più o meno esteso. Tali condotte, fra l'altro, devono essere uguali o comunque omogenee. Qualora le anzidette condotte costituiscano, già di per sé, illecito penale il reato abituale si dirà improprio; mentre se le condotte non sono (o non potrebbero essere) in sé punibili, ma lo divengono solo a seguito della ripetizione, ricorrerà, invece, la figura del reato abituale proprio. Classico esempio di reato abituale improprio è il delitto di relazione incestuosa, in quanto il singolo fatto integra già il reato di incesto. Mentre, reati abituali propri sono lo sfruttamento della prostituzione e i maltrattamenti in famiglia, nonché appunto il delitto di atti persecutori (non è possibile aderire a 00quell'orientamento che qualifica il delitto di atti persecutori reato abituale improprio in quanto è sufficiente che le condotte possano non essere autonomamente punibili perché ricorra la figura del reato abituale proprio).

[52] Sull'argomento si veda: O. Longo, *Aspetti psicologici stalking: lo stalker*, in *Le Nuove Frontiere del Diritto*, fasc. n. 2/2012.

Le nozioni di molestia e minaccia, da tempo presenti nel linguaggio del legislatore penale, vanno ricostruite alla stregua di quanto elaborato da dottrina e giurisprudenza in sede di interpretazione di previgenti fattispecie criminose: la minaccia consiste nella prospettazione di un male futuro, il cui verificarsi dipende dalla volontà del minacciante; la molestia è qualunque comportamento che rechi turbativa a terzi[53].

L'interpretazione della molestia o della minaccia dovrà, comunque, tener conto della loro attitudine a fungere da fattori condizionanti rispetto ai tre tipi di evento alternativamente previsti dalla norma. Con riferimento al "perdurante stato di ansia e di paura" occorre che la vittima subisca uno stress psicologico seriamente apprezzabile. Al riguardo mentre una parte della dottrina ritiene che bisogna accertare l'esistenza di vere e proprie patologie medico-legali, un secondo orientamento sostiene invece che si tratti di una valutazione rimessa all'apprezzamento del giudice che giudicherà secondo il senso comune. Un terzo orientamento, infine, afferma che il giudice nella sua valutazione dovrà utilizzare parametri comunque vicini a quelli medico-legali e psicologici.

A questo proposito autorevole dottrina (MANTOVANI) ha precisato che: a) poiché l'ansia consiste in una tensione angosciosa, in un senso di apprensione, di oppressione dello spirito, derivante anche e innanzitutto da paura, al fine di distinguere i due suddetti eventi per ansia deve intendersi la suddetta situazione psicologica, derivante da molestie non minacciose, e per paura lo stato emotivo di apprensione per un pericolo di un male, generato da minacce; b) per evitare una dilatazione eccessiva dell'applicazione della fattispecie e del relativo consistente trattamento sanzionatorio, deve trattarsi di situazioni di ansia o di paura non momentanee o di lieve entità, ma di uno stato perdurante nel tempo (anche se non definitivo) e grave.

Circa il concetto di "fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva" va rilevato che in esso si annida la contraddizione scaturente dal fatto che, da un lato, il timore richiede un accertamento *ex post* mentre, dall'altro, la verifica della fondatezza dello stesso necessita una valutazione *ex ante* dell'idoneità della condotta.

A questo proposito autorevole dottrina ha evidenziato che: 1) il timore deve essere fondato, ossia generato da minacce idonee allo scopo rispetto al caso concreto; 2) la nozione di prossimi congiunti è data dall'art. 307 comma 4; 3) l'espressione "persona legata al soggetto passivo da relazione affettiva" è alquanto generica e quindi di non facile determinazione. Infine, riguardo al "costringere la vittima ad alterare le proprie

[53] Sulla nozione di molestia, con specifico riferimento alla figura delittuosa in esame, è intervenuta ***Cass. pen. 12 gennaio 2010 n. 11945*** che con riferimento a delle condotte persecutorie poste in essere nei confronti di una minore ha considerato "atti molesti", cioè forieri di alterazione della serenità e dell'equilibrio della minore, quelle condotte, succedutesi per un ampio arco di tempo, con carenza anche quotidiana, dirette a rafforzare la sua attenzione e a stringere con lei un rapporto, percepito evidentemente come anomalo e pericoloso dalla destinataria.

abitudini di vita" si ritiene che per determinare la soglia della punibilità deve farsi riferimento alle abitudini più importanti e significative della vita di un soggetto.

Per la sussistenza dell'evento da ultimo menzionato, si rileva che occorre la costrizione non ad un semplice fare od omettere qualcosa, bensì a modificare, seppur parzialmente o solo per un tempo prolungato, alcuni precedenti modi abituali di vivere (ad es. cambiare la strada per andare al lavoro).

I predetti eventi, invero non facilmente verificabili per la loro particolare consistenza, non sempre sono agevolmente accertabili (in particolare quelli psicologici).

Si ritengono riconducibili alla presente fattispecie, in quanto produttivi dei suddetti eventi, anche: a) la reiterazione delle molestie sessuali, non integranti gli estremi degli atti sessuali di cui agli artt. 609 bis e segg. e consistenti in quei comportamenti indesiderati a connotazione sessuale, espressi o meno in forma verbale, aventi lo scopo o l'effetto di violare la dignità della persona; b) il mobbing, che si ha allorchè siano posti in essere in danno di un lavoratore, con sistematicità o, comunque, con reiterazione perdurante nel tempo, atti vessatori o persecutori, tali da dare corpo ad una strategia di emarginazione, posti in essere dal datore di lavoro o dai superiori gerarchici (mobbing verticale) o dai colleghi di lavoro (mobbing orizzontale).

Le minacce, le molestie e i suddetti eventi vanno valutati, sostiene autorevole dottrina, non secondo un criterio esclusivamente oggettivo, in genere invocato per le molestie dell'art. 660, della persona media, cioè del modo di sentire e di vivere comune e non di quello, eventualmente anormale, della persona che si pretende soggetto passivo; e, per la minaccia, della idoneità ad impressionare una persona sensata, di cui all'art. 1435 c.c. Bensì secondo un criterio misto, oggettivo e soggettivo, cioè con riferimento alle circostanze del caso concreto, alle particolari condizioni psicologiche del soggetto passivo ed alla conoscenza di esse da parte del soggetto passivo.

Si è messo in luce, da parte della medesima dottrina, che stante l'ambigua formula legislativa «in modo da cagionare ... o da ingenerare», secondo il criterio di distinzione sostanziale-funzionale, imposto dai principi di offensività e della responsabilità penale personale, tali eventi debbono considerarsi non elementi costitutivi del reato, perché non accentrano in sé l'offesa del reato, ma condizioni obiettive di punibilità, in quanto arricchiscono soltanto la sfera di offesa del reato, costituita già dalla lesione dei beni giuridici operata dalle molestie o dalle minacce e perché, dovendo gli eventi elementi costitutivi rientrare necessariamente nel dolo, a differenza degli eventi condizioni di punibilità, il richiedere nell'agente la rappresentazione e volontà del perdurante e grave stato di ansia o di paura, del fondato timore per l'incolumità della vittima o delle altre persone, indicate dall'art. 612 bis, o dell'alterazione delle abitudini di vita della vittima medesima, con la

conseguente scusabilità dell'ignoranza o dell'errore in materia, comporterebbe nella pressoché totalità dei casi l'insussistenza del reato per difetto di dolo e condurrebbe, quindi, ad un'*interpretatio abrogans* dell'art. 612 bis.

6. Elemento soggettivo (rinvio), tentativo e circostanze aggravanti.

Sotto il profilo dell'elemento psicologico è richiesto il dolo generico tipico del reato abituale[54]: coscienza e volontà dello *stalker* di porre in essere le condotte moleste o minacciose con la consapevolezza della loro rilevanza causale rispetto ad uno dei tre eventi previsti[55]. A questo proposito occorre rilevare come la dottrina dominante respinge la tesi secondo cui, nel reato abituale, occorra un dolo unitario, costituito dalla previa rappresentazione delle condotte da realizzare: è da ritenersi sufficiente, invece, la coscienza e volontà delle singole condotte accompagnate dalla consapevolezza che la nuova condotta si aggiunga alle precedenti dando vita ad un insieme sistematico di comportamenti offensivi.

E' da escludere, infine, il dolo eventuale mentre risulta configurabile il tentativo, allorquando il soggetto ponga in essere atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere quei fatti che avrebbero integrato il delitto *de quo*, a condizione che si raggiunga la prova della ripetuta commissione di atti sufficienti ad integrare un numero di comportamenti idoneo a soddisfare il requisito della serialità richiesto dalla norma in commento[56].

Sono previste due circostanze aggravanti. La prima, ad effetto comune, che si fonda sull'esistenza di un precedente rapporto di coniugio, seguito da separazione legale o divorzio, o di relazione affettiva con la vittima: si è rilevato in dottrina che rimane illogicamente sprovvisto di questa maggiore tutela il coniuge separato di fatto. La seconda circostanza aggravante, ad effetto speciale, presuppone che il fatto sia commesso con l'uso di armi o da persona travisata o, ancora, a danno di un minore di una donna gravida o di un disabile.

7. Concorso di reati e successione di leggi penali nel tempo.

Circa il possibile concorso con altri reati occorre evidenziare la presenza della clausola di riserva "salvo che il fatto non costituisca più grave reato", la quale, peraltro, nel corso dei lavori preparatori, fu in un primo momento espunta ma poi reintrodotta. Una parte della dottrina, invero, ha dubitato della sua reale utilità rispetto alla soluzione di un possibile conflitto apparente di norme. Si è detto, in particolare, che quando l'autore commetta un reato istantaneo più grave, come l'omicidio della vittima o la violenza sessuale, non vi sarebbe alcun dubbio sulla configurabilità di entrambi i reati. Un'ipotesi di assorbimento

[54] Sul punto si veda: O. Longo, *Aspetti psicologici stalking: lo stalker*, in *Le Nuove Frontiere del Diritto*, fasc. n. 2/2012.

[55] Invero v'è chi, in dottrina (Mantovani), considerando i tre eventi alternativi mere condizioni obiettive di punibilità, come innanzi rilevato, ritiene che il dolo non li debba necessariamente ricoprire.

[56] Bicchetti – Pistorelli, *Guida al diritto*, n . 10 del 7 marzo 2009.

potrebbe, invece, verificarsi rispetto al reato, anch'esso più gravemente sanzionato, di maltrattamenti in famiglia di cui all'art. 572 c.p.: si tratta, come rilevato, di un reato abituale proprio che si configura in presenza di un comportamento di durata, attivo od omissivo, che instauri un sistema di vita vessatorio. Rispetto alla fattispecie di atti persecutori bisogna rilevare come il reato di maltrattamenti in famiglia si differenzi, innanzitutto, per la maggiore genericità della condotta tipizzata dal legislatore, descritta attraverso l'espressione "maltratta". D'altro canto, la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. presuppone che la condotta si riversi nei confronti di una persona della famiglia: tra il soggetto attivo e il soggetto passivo dev'esserci necessariamente, salvo il caso di maltrattamenti verso fanciulli, un rapporto di parentela. Nel delitto di atti persecutori, invece, dato che la disposizione afferma, genericamente, che la condotta criminosa può riversarsi nei confronti di "taluno", il rapporto di parentela è irrilevante, fatto salvo il rapporto di coniugio che, come abbiamo visto, rileva come circostanza aggravante. La dottrina ritiene, peraltro, che il reato di maltrattamenti sarebbe destinato a prevalere su quello di atti persecutori anche in assenza dell'espressa clausola di riserva.

Circa, invece, i rapporti tra il reato di atti persecutori e quello di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p. abbiamo già evidenziato come tra le ragioni politico criminali che stanno alla base dell'introduzione della fattispecie di cui all'art. 612-bis c.p. si rinvenga l'insufficienza della molestia a sanzionare penalmente e in maniera adeguata (dato il lieve trattamento sanzionatorio) quelle condotte rientranti nel fenomeno criminale denominato *stalking*. Peraltro, occorre rilevare che il delitto di atti persecutori si caratterizza, rispetto alla fattispecie contravvenzionale di molestia, per due ragioni. Da un lato non è necessario che la condotta sia compiuta in luogo pubblico, aperto al pubblico o col mezzo del telefono. Dall'altro, la descrizione degli elementi della nuova fattispecie è connotata da maggiore specificità. Sotto quest'ultimo profilo occorre, peraltro, evidenziare che l'art. 612 bis prevede la molestia come uno degli elementi che, in alternativa alla minaccia, può condurre, se reiterata, alla realizzazione di uno dei tre tipi di evento necessari perché si integri il delitto di atti persecutori: da qui la considerazione per cui il reato di molestia di cui all'art. 660 c.p. deve considerarsi assorbito in quello di atti persecutori.

Sotto il profilo della successioni di leggi nel tempo, secondo quanto espresso da un orientamento giurisprudenziale emerso nell'ambito dei Tribunali di merito[57], posta la natura di reato abituale della fattispecie di atti persecutori (vedi *supra* §3) questa potrà ritenersi integrata dopo l'entrata in vigore del decreto legge n. 11 del 2009 (cioè dopo il 25 febbraio 2009) qualora anche un solo atto di minaccia o molestia sia compiuto dopo tale momento. Ciò in quanto, nel reato abituale, la consumazione (o, meglio, la perfezione) del

[57] Trib. Milano 17 aprile 2009; Trib. Mantova 18 agosto 2009.

reato deve farsi coincidere con il momento in cui è stata realizzata l'ultima delle condotte reiterate di molestia o minaccia. Pertanto, il nuovo reato potrà applicarsi, senza alcuna violazione del principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 2 c.p., anche in relazione a condotte poste in essere reiteratamente, in parte prima e in parte dopo la sua introduzione, sempre che vi siano, ovviamente, tutti gli elementi costitutivi previsti, anche grazie ad atti precedenti all'ultimo e ad esso legati da un vincolo di abitualità.

Invero, un altro indirizzo di pensiero[58] è nel senso di ritenere che, in caso di incriminazione che pone un reato abituale, rileveranno penalmente soltanto le condotte poste in essere dopo l'entrata in vigore della legge penale, a condizione che esse presentino un autonomo disvalore giuridico, senza possibilità di cumularle con le condotte anteriori, pena un'applicazione retroattiva della nuova incriminazione. Tale ultimo orientamento è stato avallato da alcune pronunce di merito che, in tema di *stalking*, hanno statuito l'irretroattività della norma incriminatrice agli episodi commessi prima della sua entrata in vigore, ferma restando la rilevanza dei comportamenti ove sussumibili nelle fattispecie di molestia, minaccia o violenza privata.

8. Note procedurali.

Sotto il profilo procedurale, peraltro, occorre rilevare che il reato è procedibile a querela della persona offesa, proponibile entro il termine di sei mesi (come per i reati di violenza sessuale).

Vi è anche chi ha ritenuto che la previsione di procedibilità a querela del reato suscita perplessità laddove non si disciplina una ipotesi di irrevocabilità della stessa per una fattispecie che consente l'adozione di misure coercitive a carico del querelato. Si potrebbe verificare una situazione processuale nella quale il giudice, pur dopo che l'indagato abbia sofferto un periodo di custodia cautelare, non possa ulteriormente procedere per intervenuta remissione di querela, con ciò attribuendosi alla parte lesa del reato un potere che non trova riscontro nell'ordinamento penale, salvo il caso delle violazione dell'art. 570 c.p. rapportata alla possibilità di applicare la misura coercitiva dell'allontanamento dalla casa familiare ai sensi dell'art. 282 bis c.p.

Peraltro, si è messo in rilievo[59] che proprio la particolarità della fattispecie, che tende a tutelare una vittima sempre più debole a fronte di una sorta di progressione criminosa realizzata dall'agente persecutore, evidenzia come sarebbe inopportuno lasciare esposta la parte lesa a possibili pressioni o ritorsioni finalizzate alla remissione della querela e quindi alla sostanziale impunità processuale del reo. L'esperienza giudiziaria – maturata nella trattazione di reati procedibili d'ufficio quali i maltrattamenti in famiglia o a querela

[58] Trib. Nola 28 gennaio 2010; Trib. Grosseto, GIP, 23 aprile 2009.

[59] C. Calabrese, *Stalking: tutela della vittima di comportamenti assillanti*, in *Ventiquattrore Avvocato*, fasc. 5/2010, pagg. 60 ss.

irrevocabile come la violenza sessuale – insegna proprio come la donna, normalmente vittima di tali situazioni, sia spesso soggetta a tentativi, più o meno diretti, finalizzati alla ritrattazione della denuncia pur sussistendo la protezione della procedibilità irreversibile. È facile prevedere che, in assenza di tale protezione processuale, la vittima di *stalking* possa essere oggetto di attività ancora più invasive aventi come fine ultimo la rinuncia all'istanza punitiva (CSM, Delibera 2 aprile 2009, in www.csm.it).

Tuttavia si procede d'ufficio quando il fatto sia commesso nei confronti di un minore o di un disabile, o sia connesso con altro delitto procedibile d'ufficio ovvero nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso da soggetto ammonito ai sensi dell'art. 8 l. n. 38/2009.

Va nondimeno rilevato che il legislatore del 2009 è intervenuto altresì sulla disciplina delle misure cautelari con l'introduzione della nuova misura del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa e prolungando fino ad un anno, a fronte dei precedenti sei mesi, la durata massima dell'ordine di protezione del giudice civile. Peraltro l'aver previsto un massimo edittale pari a quattro anni di reclusione comporterà la possibile applicazione della misura della custodia cautelare in carcere.

9. L'ammonimento.

L'istituto dell'ammonimento, previsto dal citato art. 8, conferisce alla persona offesa la possibilità, fin quando non è proposta la querela per il reato di cui all'art. 612-bis c.p., di esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando al questore richiesta di ammonimento dell'autore della condotta: nel caso di perduranza della condotta criminosa, nonostante l'ammonimento, il reato, come detto, diviene perseguibile d'ufficio e la pena è aumentata.

Lo *stalker* viene quindi avvertito che il suo comportamento è antigiuridico e che se persisterà sarà arrestato in flagranza. Vi è chi ha obiettato che l'ammonimento rappresenti una sfida per lo *stalker* e che quindi possa peggiorare la sua condotta; altri invece ritengono che sia uno strumento importante e sia vantaggioso ammonirlo, fornendogli così la possibilità di evitare il processo penale laddove cessi il comportamento antigiuridico. Avverso l'ammonimento, è ammesso il ricorso in via gerarchica, nonché il ricorso al TAR. Il ricorso gerarchico non produce alcun effetto sospensivo, mentre in sede di giustizia amministrativa è possibile chiedere la sospensione del provvedimento; è di tutta evidenza che, ove fosse concessa la sospensiva, le ulteriori condotte moleste non sarebbero più perseguibili d'ufficio e l'eventuale arresto non potrebbe essere convalidato.

Non è stabilito un termine entro il quale l'ammonimento conserva efficacia, il Legislatore non ha precisato fino a quando lo *stalker* deve considerarsi ammonito.

10. Conclusioni.

Va, infine, rilevato che il legislatore del 2009 non si è limitato ad introdurre il reato di atti persecutori, ma ha previsto, con l'intento di intervenire in maniera più incisiva per contrastare il fenomeno, una serie di altre misure: oltre al già citato istituto dell'ammonimento da parte del questore vanno ricordati l'introduzione della misura cautelare del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 9), l'aumento di durata degli ordini di protezione disposti dal giudice civile (art. 10), nonché, quali strumenti a sostegno delle vittime degli atti persecutori, le informazioni relative ai centri antiviolenza presenti nella zona di residenza della vittima e il numero verde istituito presso il Dipartimento per le pari opportunità – Presidenza del Consiglio dei ministri per offrire assistenza psicologica e giuridica e per comunicare, nei casi d'urgenza, alle forze dell'ordine gli atti persecutori subiti dalla vittima.

Su questo versante la dottrina ha segnalato che un limite della normativa adottata sta nell'aver pretermesso il ricorso a misure di tipo terapeutico o più in generale di sostegno psicologico, cui si sarebbe potuto sottoporre lo *stalker* al fine di ottenere benefici di vario genere, quali ad esempio la sospensione del processo e la messa alla prova, la sospensione condizionale della pena o altri benefici di carattere penitenziario: l'accoglimento di soluzioni di questo genere, proposte peraltro anche nel corso dei lavori preparatori, avrebbe avuto il pregio di offrire allo *stalker* un aiuto a liberarsi dalla sua ossessione, con l'obiettivo di interrompere a tempo debito quella escalation di violenza in cui lo *stalker* talvolta incappa e che costituisce l'aspetto più pericoloso di questo fenomeno.

Nonostante i rilievi critici, tuttavia, la dottrina considera la nuova legge, complessivamente, ben congegnata, sottolineando che essa realizza un importante passo avanti nella nostra legislazione penale, che sempre più deve mirare a tutelare i soggetti più deboli.

La normativa, peraltro, sembra già dare i suoi frutti viste le numerose applicazioni che vi sono state, soprattutto in ordine agli ammonimenti del questore e alle misure cautelari processuali.

ASPETTI PSICOLOGICI *STALKING*: LO *STALKER*

a cura dell'Avv. Orazio Longo

1. Premessa.

L'introduzione del delitto di atti persecutori (il c.d. *stalking*), nel nostro ordinamento giuridico, è stata accompagnata da un continuo "dialogo" tra la dottrina penalistica e la letteratura scientifico-criminologica, volto ad enucleare una fattispecie che riuscisse a "tipizzare" una serie di condotte che, per le loro caratteristiche precipue, risultano difficilmente riconducibili ad unità in virtù del fatto che la loro rilevanza criminale si apprezza non solo in presenza di una certa ripetizione nel tempo delle stesse ma anche in considerazione del rapporto tra l'autore e la vittima del reato e delle caratteristiche psicologiche di costoro.

Sotto questo profilo si è cercato di costruire una figura di reato che, senza violare quei principi di tassatività e determinatezza che devono guidare il legislatore nella descrizione della condotta penalmente rilevante, fosse in grado al contempo di esprimere le peculiari note caratteriologiche dei soggetti coinvolti nella vicenda persecutoria: da un lato lo *stalker*, soggetto – se non ammalato, quantomeno – sofferente dal punto di vista psichico o psicologico, ossessionato dall'oggetto del suo desiderio (ad es. l'ex fidanzata, l'ex moglie, o una star del cinema), il quale, almeno inizialmente, non vuole fare del male ma realizza una vera e propria "escalation" persecutoria (appostamenti, telefonate, sms, e-mail e minacce che nei casi più gravi possono condurre a lesioni o addirittura all'uccisione della vittima); dall'altro la vittima, che diviene tale – secondo l'attuale formulazione dell'art. 612 bis c.p. – solo laddove il comportamento del persecutore "cagioni" alla stessa un perdurante e grave stato di ansia o di paura o "ingeneri" nei suoi confronti un fondato timore per l'incolumità propria, di un prossimo congiunto o di altra persona legata da relazione affettiva ovvero "costringa" la stessa ad alterare le proprie abitudini di vita, così prevedendosi un reato, oltre che abituale, d'evento e non di mera condotta[60].

Va segnalato, peraltro, che la dottrina non è rimasta pienamente soddisfatta della formulazione del nuovo reato segnalando che la fattispecie si presenta, da un lato, piuttosto carente dal punto di vista della determinatezza dei presupposti del reato – prestando così il fianco al rischio di applicazioni discordanti, se non addirittura in contrasto tra loro – e, dall'altro, attribuisce eccessiva discrezionalità al giudice nella determinazione della sanzione, la cui

[60] G. Marinucci – E. Dolcini, *Commentario al codice penale*, 2011, pag. 5939. Sul punto va evidenziato che sebbene una parte della dottrina ritiene preferibile interpretare la fattispecie come reato di pericolo concreto, in quanto ciò assicurerebbe un maggior rispetto dei principi di determinatezza e tassatività oltre che una maggior tutela della vittima, la prassi giurisprudenziale è unanimemente orientata nel senso di esigere la realizzazione di uno dei tre eventi indicati dalla norma.

meritevolezza si appunta su di un dato del tutto spiritualizzato, necessariamente destinato ad acquisire sfumature diverse finanche in ragione del peculiare livello di suggestionabilità del soggetto passivo e, quindi, spesso in sé incapace di riflettere note di autentica serietà penalistica[61].

Rinviando al successivo contributo[62] per quanto attiene agli aspetti psicologici della vittima del delitto in questione si evidenzieranno di seguito le principali caratteristiche psico-criminologiche del persecutore (c.d. *stalker*) e il correlato problema dell'elemento psicologico del reato.

2. Classificazioni criminologiche dello *stalker*.

Sotto il profilo criminologico, come innanzi rilevato, lo *stalker* pone in essere un complesso di comportamenti che diventano persecutori solo quando siano consapevoli, intenzionali, reiterati, insistenti e duraturi, tra i quali: sorvegliare, aspettare inseguire o raccogliere informazioni sulla vittima e sui suoi movimenti; appostarsi sotto casa o nei luoghi di lavoro; pedinare; inviare ripetutamente lettere, sms, e- mail o messaggi su social networks; telefonare o lasciare messaggi in segreteria; inviare fiori e regali; fare visite a sorpresa e simulare incontri a sorpresa nei luoghi abitualmente frequentati dalla vittima; appropriarsi e leggere la corrispondenza della vittima o ordinare merci e servizi a nome della stessa; diffondere dichiarazioni diffamatorie o oltraggiose; minacciare l'uso della violenza contro la vittima, i suoi familiari o contro i suoi animali; introdursi nei luoghi di privata dimora della vittima, eventualmente danneggiando o distruggendo beni di sua proprietà.

In particolare, si ritiene[63] che lo *stalking* si evolva in quattro fasi: relazione conflittuale, azioni persecutorie e continuative, conseguenze psico-fisiche per la vittima e scontro finale. La prima fase, all'origine dell'attività criminale, è quella in cui si sviluppa una relazione emotiva conflittuale derivante da un legame precedente interrotto o terminato, oppure a causa di un rapporto intensamente desiderato dallo *stalker* ma non accettato dalla vittima. La seconda fase è quella in cui il rifiuto della vittima, la sua inaccessibilità o l'impossibilità di colpirla efficacemente rendono frustrato l'agente che percepisce una sconfitta personale da cui deve riscattarsi. La terza fase è quella delle conseguenze psico-fisiche per la vittima in relazione alla quale la dottrina ha elaborato la nozione di «sindrome da trauma da *stalking* (*Stalking trauma sindrome*, STS) che per certi aspetti richiama il fenomeno da maltrattamento e la sindrome da trauma da rapimento, ma che di fatto rappresenta una condizione a sé stante»[64]. L'ultima fase è

[61] R. Garofoli, *Manuale di diritto penale*, 2009, pagg. 318 ss.
[62] F. Federici, *L'elemento psicologico della vittima nel reato di stalking*, in *Le Nuove Frontiere del Diritto*, fasc. n. 2/2012.
[63] A. M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, 2010, p. 15.
[64] G. BENEDETTO-M. ZAMPI-M. RICCI MESSORI-M. CINGOLANI, *Stalking*, p. 152 ss.

quella definita dagli studiosi "scontro finale", la quale si può realizzare attraverso una conclusione tragica, determinata sia da uno *stalker* che intensifica il contenuto e le modalità di aggressione, sia da una reazione della vittima esasperata: in proposito si rileva che, per fortuna, però, l'epilogo distruttivo resta spesso a livello ideativo e l'ultima fase dello *stalking* è costituita in concreto da una denuncia penale o da uno scontro legale.

Peraltro, esistono vari tipi di *stalkers*, anche se spesso si tratta dell'ex coniuge o dell'ex fidanzato, il quale non riuscendo ad accettare la fine della relazione, cerca, con condotte ossessive, di riconquistare l'ex partner; ovvero di un estraneo o conoscente che vorrebbe instaurare una relazione sentimentale con la vittima contro la sua volontà. Esiste anche lo *stalking* ad opera di estranei nei confronti di personaggi famosi che è quello più interessante dal punto di vista mediatico, ma che invero coinvolge un numero limitato di persone. Si è rilevato[65] in proposito che, in realtà, gli studi in materia rivelano che l'elaborazione della categoria dello *stalking* deriverebbe dalla fusione di due ampie aree di comportamenti umani: da un lato quella delle molestie sessuali, degli atteggiamenti minacciosi, delle intrusioni nella sfera privata, già penalmente rilevanti, e dall'altro quella dei comportamenti, più o meno tollerati nel passato, con i quali gli uomini hanno tradizionalmente imposto la loro volontà alle donne. In questa seconda categoria rientrerebbero, peraltro, gli approcci insistenti per iniziare un rapporto o per costringere le donne a riprendere una relazione matrimoniale interrotta; si tratta di strategie coercitive incoraggiate nelle società occidentali del passato, non più accettate con il declino della nozione del matrimonio come unione indissolubile e con il cambiamento del ruolo delle donne nella società.

In dottrina[66], alla luce di quanto sopra evidenziato, sono stati individuati cinque tipi fondamentali di *stalker*:

- il risentito, che di solito è un ex partner che vuole vendicarsi di un torto, presunto o realmente subito, o che non accetta la fine della relazione verificatasi, a suo avviso, per motivi ingiusti;
- il bisognoso d'affetto, il quale agisce per attirare su di sé delle attenzioni, specie nell'ambito di rapporti professionali particolarmente stretti, come ad es. quello tra paziente e psicoterapeuta;
- il corteggiatore incompetente, il quale, incapace di avere una vita di relazione, diventa opprimente e, quando si rende conto di non riuscire

[65] A. M. Maugeri, *Lo stalking tra necessità politico-criminale e promozione mediatica*, cit., p. 10.

[66] C. Calabrese, *Stalking: tutela della vittima di comportamenti assillanti*, in *Ventiquattrore Avvocato*, fasc. 5/2010, pagg. 60 ss.

a raggiungere i risultati sperati, anche aggressivo e villano;

- il respinto, che è colui che non accetta la fine di una relazione, reagendo all'abbandono con un atteggiamento ambivalente, intendendo, da una parte, ristabilire la pregressa relazione, dall'altra, soltanto vendicarsi per l'abbandono subito;

- il predatore, il quale vuole avere rapporti sessuali con una vittima che pedina, insegue e spaventa, eccitandosi per questo disagio e paura provocata nella vittima.

3. L'elemento psicologico del reato.

Per quanto attiene all'elemento psicologico del reato la dottrina ha messo in rilevo che si tratta di un reato a dolo generico, il quale dovrà coprire tutti gli elementi della fattispecie. In proposito seguendo quell'orientamento dottrinale che considera gli eventi tipizzati dall'art. 612 bis c.p. delle mere condizioni obiettive di punibilità sarà sufficiente la coscienza e volontà delle reiterate molestie o minacce mentre se si opta per l'opposta tesi, peraltro maggioritaria, che li qualifica come elementi tipici della fattispecie anch'essi dovranno rientrare nella rappresentazione dell'agente.

La giurisprudenza ha, in proposito, affermato la necessaria tensione finalistica della condotta alla molestia e, di conseguenza, all'effetto del grave turbamento psichico della vittima e la imprescindibile inclusione nel dolo della rappresentazione dell'evento quale conseguenza della reiterata condotta abituale voluta dal suo autore.[67]

Stante l'indiscussa natura di reato abituale della fattispecie di atti persecutori ci si è chiesti se sia sufficiente che l'agente si rappresenti e voglia la realizzazione dei singoli atti persecutori ovvero se egli debba altresì rappresentarsi la realizzazione dello specifico disegno criminoso, in cui le condotte minacciose o moleste sono tra loro collegate per la realizzazione di uno degli eventi descritti dalla norma[68].

In proposito si è ritenuto opportuno richiamare l'orientamento della Suprema Corte riguardo ad un altro reato abituale, i maltrattamenti in famiglia, in relazione al quale la Cassazione ha, in più occasioni, precisato che il dolo del delitto di maltrattamenti è un dolo unitario, esprimendo un'intenzione criminosa che travalica i singoli atti che compongono la condotta tipica; ma ciò non significa affatto che l'agente debba rappresentarsi e volere fin dal principio la realizzazione della serie degli episodi, ben potendo il dolo del delitto di maltrattamenti realizzarsi in modo graduale

[67] Cass. pen., sez. V. 26 marzo 2010, n. 11945.
[68] A. Valsecchi, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. Stalking)*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2009, 03, 1377.

ed aver ad oggetto la continuità nel complesso delle singole parti della condotta[69].

La dottrina[70] ha altresì messo in rilievo che il dolo assume un'importante funzione selettiva e ricognitiva delle condotte rilevanti ai fini dello stalking: argomentando dalla predetta natura di reato abituale del delitto *de quo* si sostiene che l'elemento soggettivo debba ricomprendere non soltanto i singoli atti persecutori, ma anche la loro idoneità, nel più ampio e complesso quadro d'insieme, a realizzare l'evento tipizzato dalla norma, in cui rileva, con portata dirimente, il collegamento tra i singoli atti e la loro strumentalità rispetto alla realizzazione del risultato lesivo.

In tal modo è possibile valorizzare l'innanzi rilevata funzione selettiva: la rappresentazione nell'agente dell'idoneità dei singoli atti persecutori a realizzare l'evento, in uno con quelli già compiuti o da compiere, vale a restringere l'area della rilevanza penale alle condotte connotate da un reale intento persecutorio, evitando eccessi di criminalizzazione e interventi repressivi verso condotte che difettano di un dolo diretto. Tuttavia, si precisa, che non si richiede che l'agente si rappresenti fin dall'inizio la realizzazione della serialità degli episodi criminosi, ben potendo il dolo dello *stalking* assumere quella gradualità già affermata in giurisprudenza riguardo al dolo del delitto di maltrattamenti in famiglia ed avere, pertanto, ad oggetto la continuità nel complesso delle singole parti della condotta.

Va, infine, rilevato come sin dai primi commenti[71] è stata evidenziata la possibilità che nel processo si pongano problemi in ordine al raggiungimento della prova che il dolo dell'agente abbia coperto anche l'evento, intermedio (molestia) e finale (uno dei tre eventi tipizzati). Infatti se, da un lato, non si porranno problemi nel caso in cui il persecutore agisca al precipuo fine di rendere la vita impossibile alla sua vittima, come accade nel caso in cui lo *stalker* sia un risentito o un respinto, dall'altro, maggiormente problematico sarà raggiungere la prova nel caso del corteggiatore incompetente: in tali casi la difesa potrà non solo sostenere l'assenza di un dolo intenzionale o diretto, in virtù dell'interesse contrario dell'agente a che l'oggetto delle sue ripetute attenzioni si spaventi o cambi abitudini, ma anche insinuare un ragionevole dubbio circa la sussistenza di un dolo eventuale, posto che l'agente spinto dalla carica passionale ed emotiva possa non mettere in conto di sortire, col suo comportamento, l'effetto contrario.

[69] Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Fiorillo, in Cass. pen. , 1996, p. 511; Cass., sez. VI, 12 aprile 2006, in Guida al dir., 2006, 38, p. 77.

[70] R. Garofoli, *Guida alla giurisprudenza penale, parte speciale*, 2011, p. 634.

[71] A. Valsecchi, *Il delitto di atti persecutori (il c.d. Stalking)*, cit.

L'elemento psicologico della vittima nel reato di *stalking*

a cura della D.ssa Federica Federici

Queste brevi note mirano ad evidenziare quelli che sono gli aspetti psicologici della vittima nel reato di atti persecutori, reato analizzato sotto il profilo giuridico in vari contributi pubblicati nel presente numero di Nuove Frontiere del Diritto. Proprio per questa ragione si procederà dando per scontata la conoscenza o l'approfondimento della norma e degli aspetti giuridici da parte di chi legge.[72]

L'art. 7, comma 1, del decreto legge (convertito senza modificazioni dalla legge n. 38 del 2009) ha introdotto nel codice penale, all'art. 612-bis, la fattispecie di "Atti persecutori", formula con la quale è stato interpretato il termine di estrazione anglosassone *stalking* (da to *stalk*, letteralmente "fare la posta alla preda"), utilizzato anche dalla dottrina italiana per definire le condotte di insistita interferenza nella sfera privata altrui.

La norma recita:

1. *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, e' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un **perdurante e grave stato di ansia o di paura** ovvero da ingenerare un **fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva** ovvero da costringere lo stesso ad **alterare le proprie abitudini di vita**.*
2. *La pena e' aumentata se il fatto e' commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa.*
3. *La pena e' aumentata fino alla metà se il fatto e' commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.*
4. *Il delitto e' punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela e' di sei mesi. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto e' commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio.*

Il bene oggetto di tutela sembra essere la libertà morale, vista sotto diversi punti di vista, o la "tranquillità psichica" a seconda dell'evento che si realizza, configurandosi così,

[72] Sarebbe altrettanto interessante l'analisi degli aspetti psicologici anche dal punto di vista dello *stalker*.

in realtà, più di un reato plurioffensivo. Parte della dottrina lo ritiene tale solo quando crea un "grave stato di ansia o di paura" poiché lederebbe l'"integrità funzionale psichica" oltre che la più ampia libertà morale.

L'ordinamento penale tutela non il sentimento, cioè "ogni moto dell'animo umano" in sé, ma una sua obiettivizzazione esteriore che trascende la percezione del soggetto che quel sentimento prova. A distanza di tempo dall'entrata in vigore della norma, ma in parte da subito evidenziato dalla dottrina è la debolezza della norma quanto all'indeterminatezza dell'evento psichico costituito dal grave stato di turbamento psichico, indeterminatezza che rende alquanto complicato ed incerto l'accertamento della condotta causalmente rilevante. il problema dell'accertamento del collegamento tra la condotta ed un risultato psichico si può porre infatti anche a prescindere dalla previsione di un evento psichico che concorra a determinare lo specifico contenuto di disvalore del fatto tipico, in tutti i casi in cui il collegamento tra condotta ed evento tipico è mediato da un determinato risultato psichico intermedio.

Pertanto la **qualificazione del timore** ad essere rilevante: il timore deve essere fondato, e tale dovrà valutarsi secondo una persona normale, che non sia caduta in oscure paranoie, debolezze o, appunto, timori. Oltre a doversi individuare un evento di danno, per eliminare dubbi sulla configurabilità del reato di *stalking*, anche per quanto attiene allo stato di ansia e paura, tale timore e lo stato d'ansia conseguente-susseguente dovrà essere inquadrato in un protocollo medico-scientifico, seppure non rigidamente vincolante il giudice.

Per quanto riguarda **l'alterazione delle abitudini** di vita, invece, va da sé che la nozione è ampia, forse troppo. Un profilo comparativo della vita - prima e dopo - lo *stalking* potrebbe non essere sufficiente: occorre probabilmente verificare se l'alterazione della vita della vittima è conseguenza inevitabile o naturale dello *stalking*, tanto da ipotizzare che il mutamento di abitudini frivole o insignificanti potrebbe non equivalere a o identificare una "alterazione" ex art. 612-bis.

E' evidente come gli eventi che il legislatore ha tipizzato siano eterogenei nella loro natura: uno di natura solo psicologica ("**stato di ansia e paura**" e "**fondato timore**"), uno di natura fisico-psicologica (**l'alterazione delle abitudini di vita**).

Nella vittima la condotta dello *stalker* produce profondi e laceranti turbamenti tali da ledere, molte volte in maniera irreversibile, l'equilibrio fisico e psichico di quest'ultima perché in seguito all'evento la vittima sperimenta un deterioramento mentale che arriva ad intaccare il suo benessere psicofisico. La vittima entra in una fase

disorganizzativa, nella quale è riscontrabile uno stato di negazione, meccanismo di difesa che serve ad allontanare il pensiero di quei traumatici momenti, e al contempo la vittima sarà assalita da senso di colpa.

E' verosimile che il soggetto "stalkizzato" sia portato a ripercorrere mentalmente più volte la scena del crimine ponendosi domande, cercando di capire cosa poteva dire o fare per prevenire ciò che invece si è verificato e tale tentativo gli impedirà di poter ritornare alla **normalità**[73].

Quel che si è ad oggi evidenziato dagli studi di settore è il verificarsi di una sensazione di distacco, diminuzione degli interessi, una ridotta capacità di provare sentimenti di amore, una diminuzione delle prospettive future, difficoltà di addormentarsi o mantenere il sonno, ansia, irritabilità, scoppi incontrollati di pianto, scoppi d'ira, difficoltà di concentrazione e iper-vigilanza; ma anche stati d'ansia acuti, disturbi depressivi dell'umore, condotte di evitamento incidenti sul funzionamento sociale, lavorativo, affettivo e relazionale, comparsa di sintomi fobici e di attacchi di panico. La vittima di stalking subisce, in sintesi, un grave danno psichico.

Se da un lato il quadro psicologico della vittima ha trovato e sta trovando un inquadramento piuttosto definito per le neuroscienze e le scienze sociali, pronto a sviluppi che in ogni caso si ricondurrebbero a fenomeni noti o qualificabili, giuridicamente si rileva un'intrinseca fragilità relativa al reato nel suo aspetto strutturale, nello specifico quanto al nesso di causalità.

Volendo utilizzare infatti lo schema c.d. bifasico fissato dall'ormai celebre sentenza Franzese delle Sezioni Unite, per stabilire se tra condotta ed evento psichico vi è un legame eziologico occorrerebbe, in una prima fase, formulare una ipotesi causale, individuando e ipotizzando come esistenti una serie di fattori causali, tra i quali la condotta e l'evento psichico e, sulla base di leggi scientifiche universali o statistiche, individuare poi un rapporto di regolarità tra la condotta e l'evento psichico. In una seconda fase, e in una prospettiva *ex post,* si dovrà sottoporre a verifica processuale l'ipotesi causale formulata in astratto, verificando prima di tutto l'esistenza storica della condotta e dell'evento psichico, e secondariamente la loro relazione causale.

[73] A seconda degli atti subiti e delle emozioni sperimentate, nella vittima, si potranno riscontrare **vari quadri sintomatologici** (**stati d'ansia** acuti, problemi di **insonnia** fino a dei veri e propri quadri di **Disturbo Post Traumatico da Stress)**. Secondo i criteri del protocollo DSM IV-TR, la caratteristica principale del **Disturbo Post Traumatico da Stress (DPTS)** è da ricercarsi nello sviluppo di sintomi tipici che seguono l'esposizione ad un fattore traumatico il quale causa o può comportare **morte o lesioni personali**. Tale disturbo comporta inoltre da parte della **vittima di stalking** un ripercorrere l'evento traumatico attraverso **sogni spiacevoli**, ricordi ricorrenti ed intrusivi come se il fatto si stesse ripresentando, determinando quindi nel soggetto un intenso e logorante **disagio psicologico**.

Per quanto riguarda la prova della esistenza storica della condotta e dell'evento psichico essa è essenzialmente positiva e va fornita, al di là di ogni ragionevole dubbio (BARD), mediante prove rappresentative o critico-indizianti non potendo essere desunta, *sic et simpliciter*, dall'ipotesi causale formulata in astratto. Di contro, la prova del legame tra gli anelli della catena causale cambia a seconda che esso sia espresso da una legge scientifica universale, oppure da una legge scientifica statistica. Pertanto, nel caso in cui l'ipotesi causale si basi su una legge scientifica di tipo universale che esprime una regolarità di successione tra fenomeni non smentita da eccezioni, la prova della relazione tra gli anelli si dedurrà dalla stessa prova dell'esistenza degli anelli causali. Nel caso in cui alla base dell'ipotesi causale vi sia una legge scientifica di tipo statistico, che esprime la regolarità di successione tra i fenomeni in termini meramente statistici, e quindi non fornisce la spiegazione certa ed esaustiva del fenomeno, dalla prova positiva degli anelli non si potrà desumere anche la prova della loro relazione, ma occorrerà la prova negativa volta ad escludere la sussistenza dei decorsi causali alternativi. In questo nodo e nella conseguente debolezza in sede probatoria del relativo nesso di causalità risiede tutta la problematicità nell'applicare la norma dell'art. 612 bis c.p., in parte già sperimentata nelle condotte relative ad esempio al fenomeno del mobbing.

Bibliografia sullo stalking:

- Losappio, *Vincoli di realtà e vizi del tipo nel nuovo delitto di "atti persecutori*".
- "*Stalking* the *stalking* ", in *Rivista*, 2010, 869 ss-
- F. Macrì, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di atti persecutori*, *ivi*, 2009, 815 ss.; V. Maffeo, *Il nuovo delitto di atti persecutori* (*stalking*): *un primo commento al d.l. n. 11 del 2009 (conv. con modif. dalla l. n. 28 del 2009)*, in *Cass. pen.,* 2009, 2719 ss.
- A. Peccioli, *stalking*: *bilancio di un anno dall'entrata in vigore*, in questa *Rivista*, 2010, 399 ss.; L. Pistorelli, *Nuovo delitto di atti persecutori (cd stalking)*, in S. Corbetta-A. Della Bella-G.L. Gatta (a cura di), *Sistema penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009*, Milano 2009, 153 ss.
- P. Pittaro, *Introdotta la disciplina penale dello stalking dalle misure urgenti in tema di sicurezza pubblica*, in *Fam. dir.*, 2009, 659 ss.
- A. Valsecchi, *Il delitto di atti persecutori (*il cd. *stalking)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, 1377 ss.
- Marino, Violenza sessuale, pedofilia, stalking, 2009, Esselibri.
- Garofoli, Manuale di diritto penale, Parte Speciale, t. II, 2009, Nel diritto editore.
- Agnese-De Gioia-De Simone-Puliatti-Rotunno, Violenza sessuale e stalking, 2009, Lex.
- Terzi, Il nuovo reato di Stalking: prime considerazioni, in Riv. Penale, 7-8/09, 780.
- Neppi Modona-Petrini-Scomparin, Giustizia penale e servizi sociali, 2009, LaTerza.
- Mantovani, Diritto penale, Parte speciale, vol. I, 2005, Cedam.
- Fiandaca-Musco, Diritto penale, Parte speciale, vol. II, t. I, 2008 (rist. agg.) Zanichelli.
- Orfino, Il nuovo art. 612-Bis c.p.: lo stalking entra nel codice Rocco, in Il diritto per i concorsi, 3/2009, 140 ss.
- Squillaci, Gli atti persecutori di cui al nuovo art. 612-Bis, in La rivista nel diritto, 6/2009, 876
- Donini, Danno e offesa nella c.d. tutela dei sentimenti, RIDPP, 4/08.
- Parodi, Stalking e tutela penale, 2009, Giuffrè.
- Marandola, I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking, in Diritto penale e processo, 8/09, 947 ss.
- Cadoppi, Atti persecutori: una normativa necessaria, in Guida al diritto 10/09.
- Barbozza-Gazzetta, Il nuovo reato di "atti persecutori", in www.altalex.it.
- Bricchetti-Pistorelli, Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate, in Guida al Diritto, n. 10 del 7 marzo 2009.
- Valsecchi, Il delitto di "Atti persecutori" (il cd Stalking), in RIDPP, 3/09, 1370.
- Zaza, Atti osceni e contrari alla pubblica decenza, in Enc. Giur., III, Treccani.

A lezione di… diritto amministrativo

La teoria dei poteri impliciti

a cura della D.ssa Arianna Pisano

Sommario: 1. Nozione e applicazioni 2. Rapporto con il principio di legalità 3. Conclusioni

1. Nozione e applicazioni

In base alla teoria dei poteri impliciti ogni organo (sia esso internazionale, comunitario o interno) dispone, oltre che dei poteri espressamente attribuitigli da una norma istitutiva e regolatrice, anche di tutti i poteri necessari per l'esercizio di quelli espliciti e per la realizzazione degli obiettivi prefissati dalla fonte regolatrice.

Le prime applicazioni dell'elaborazione teorica in esame si riscontrano nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti[74] e in alcuni pareri resi all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dalla Corte Internazionale di Giustizia. Le decisioni di quest'ultimo organo, nell'affrontare questioni legate all'interpretazione della Carta delle NU, miravano e mirano tutt'ora ad estendere la competenza dell'Organizzazione, muovendo dalla rilevanza dei fini avuti di mira dall'ONU: si è in tal modo sviluppata l'idea che sta alla base della teoria in esame secondo cui ogni organo dispone non solo dei poteri espressamente attribuiti dalle norme fondanti l'Organizzazione ma anche di tutti i poteri non esplicitati ma indispensabili per l'esercizio dei poteri espressi[75].

Anche in ambito comunitario la teoria in oggetto è stata utilizzata per estendere le competenze della Comunità Europea prima, e dell'Unione Europea poi, a scapito di quelle degli Stati membri, avendo di mira l'ottimale realizzazione del mercato comune e dei fini istituzionali europei. Qui, tuttavia, il discorso va articolato diversamente attesa l'esistenza di alcune norme specifiche, in particolare l'art. 352 TFUE (ex 308 TCE) e l'art. 5 TUE (ex art. 5 TCE).

Quest'ultima disposizione racchiude il cd. principio di attribuzione che regola in linea generale la distribuzione delle competenze tra Unione Europea e Stati Membri, prevedendo che "l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli

[74] Si tratta di decisioni volte ad estendere le competenze federali a scapito di quelle degli Stati federati. Cfr. B. CONFORTI, Diritto internazionale, VIII ed., editoriale scientifica, 108.

[75] Peraltro l'indeterminatezza dei fini dell'ONU così come previsti dall'art. 1 della Carta ha alimentato le perplessità in ordine all'applicazione della teoria in esame all'ambito internazionale. Ulteriori critiche sono sorte sulla considerazione del discutibile accostamento tra gli organi interni e quelli delle organizzazioni internazionali dal momento che nei secondi difetta la particolare ed effettiva capacità di imporsi ai consociati propria dei primi. Pertanto, parte della dottrina ritiene che l'elaborazione teorica dei poteri impliciti possa essere utilizzata finché resta nei limiti dell'interpretazione estensiva o tutt'al più analogica dei Trattati istitutivi dell'Organizzazione internazionale. Cfr. ancora B. CONFORTI, op. cit. nota precedente.

Stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri". La rigidità del principio in esame è stata mitigata, ancor prima che dall'espressa indicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nell'esercizio delle competenze UE, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, le cui decisioni hanno "legittimato" un'estensione dei poteri delle istituzioni europee pur in difetto di una specifica norma al riguardo[76].

L'art. 352 TFUE, nella sua versione originaria, attribuiva in via generale alla Comunità i poteri di azione necessari per la realizzazione dei fini comunitari in assenza di specifiche norme dei trattati istitutivi e avrebbe dovuto rappresentare una disposizione di carattere eccezionale, come tale applicabile a casi estremamente limitati, per lo più funzionali al corretto funzionamento del mercato comune. Di fatto, tuttavia, l'emergere di nuovi settori non regolati dai trattati e la necessità impellente di supplire all'assenza di poteri di azione attribuiti hanno fatto sì che la disposizione in esame sia stata ampiamente utilizzata, anche in seguito alle precisazioni introdotte ad opera del trattato di Lisbona. Le modifiche hanno riguardato l'oggetto della clausola di flessibilità, individuato nelle politiche definite dai trattati anziché nell'ambito del funzionamento del mercato comune, con esclusione delle politiche che perseguono la promozione della pace e il benessere dei popoli, quelle economiche e monetarie, nonché quella estera e di sicurezza comune. Ulteriori novità sono riscontrabili in ordine a profili procedurali (richiedendosi la previa approvazione del Parlamento europeo in luogo della semplice consultazione e il maggior coinvolgimento dei Parlamenti nazionali).

Per il resto l'attuale formulazione rappresenta ancor oggi la base per la costruzione della teoria dei poteri impliciti, ribadendo che "se un'azione dell'Unione appare necessaria, nel quadro delle politiche definite dai Trattati, per realizzare uno degli obiettivi di cui ai Trattati, senza che questi ultimi abbiano previsto i poteri di azione richiesti a tal fine, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, adotta le disposizioni appropriate".

Venendo all'applicazione concreta della disposizione in oggetto, appare utile distinguere il ricorso alla norma in due casi, a seconda che si tratti di ipotesi in cui il Trattato nulla ha previsto in materia, o di situazioni in cui esiste una previsione specifica ma non risulta più applicabile o non appare più atta a garantire il risultato voluto o infine non è sufficiente a legittimare tutte le azioni che l'UE intende intraprendere; nel primo caso, le applicazioni più frequenti hanno riguardato l'avvio di politiche in settori non contemplati dai Trattati e hanno suscitato maggiori perplessità in chi vi ha ravvisato la legittimazione di poteri inesistenti; nel secondo caso, invece, il ricorso alla disposizione in esame ha svolto una funzione complementare rispetto alla base giuridica già presente nei testi istitutivi della Comunità,

[76] Tra gli altri casi, la Corte ha utilizzato questa norma per fondare la competenza a stipulare accordi internazionali miranti al raggiungimento degli obiettivi propri dell'UE.

con reazioni non univoche della giurisprudenza comunitaria[77]. Risulta, comunque, del tutto precluso il ricorso all'art. 352 TFUE al fine di giustificare vere e proprie deroghe alle disposizioni del Trattato o al fine di apportarvi modifiche sostanziali senza far ricorso alla procedura all'uopo prevista.

Nella medesima direzione, volta all'ottimale realizzazione dei fini europei, si è mossa la Corte di Giustizia CE in talune decisioni in cui ha dedotto l'esistenza di poteri impliciti facendo applicazione diretta di altre norme dei testi istitutivi, legittimando così l'attribuzione di poteri di azione in materie non esplicitamente previste e provocando - anche in questa ipotesi - reazioni critiche ad opera della dottrina che vi ha individuato un tentativo di ricavare poteri inesistenti.

Restano, in ogni caso, almeno due limiti di carattere generale in grado di ostacolare la piena applicazione della teoria in esame: da un lato l'esistenza delle disposizioni dei Trattati che individuano i compiti e definiscono le azioni dell'UE e dall'altro la cd. teoria dei controlimiti, elaborata all'interno degli ordinamenti nazionali al fine di salvaguardare i diritti inviolabili della persona e i precetti costituzionali fondamentali che potrebbero subire violazione a causa di un'eccessiva espansione dell'azione europea.

Spostando, quindi, l'analisi sul piano interno, il dibattito circa l'ammissibilità dell'elaborazione teorica in oggetto ha radici profonde e si caratterizza per la presenza di tre opposti orientamenti. In base alla corrente tradizionale, agli organi pubblici non sono consentite forzature interpretative delle fonti regolatrici volte ad auto-attribuirsi poteri di azione, cui conseguirebbe l'emanazione di provvedimenti a-titolati, in cui risulta forte il rischio di commistione tra l'interesse generale e quello di apparato. L'opinione muove dalla considerazione del principio di legalità quale limite ma anche quale fondamento inderogabile del potere amministrativo, con la conseguenza che l'esistenza e la portata della norma attributiva del potere rappresentano un limite invalicabile in grado di precludere qualsiasi tipo di interpretazione estensiva e-o analogica.

Un ulteriore orientamento, oggi prevalente, lungi dal legittimare la prassi di ricavare poteri impliciti senza alcun limite, ritiene ammissibili solo poteri concomitanti o consequenziali a quelli espressamente attribuiti e in ogni caso ad essi collegati. Il fondamento dell'opinione in esame va individuato nella considerazione della portata rigida del principio di legalità, ancora una volta visto quale limite e base del potere amministrativo ma in grado di legittimare interpretazioni estensive delle fattispecie legali attributive.

Stando, infine, al terzo orientamento, sviluppatosi in tempi più recenti, la teoria dei poteri impliciti trova piena cittadinanza nel nostro sistema amministrativo, caratterizzato da una progressiva crisi del principio di legalità; in particolare, secondo l'opinione in esame, questo

[77] Nella sentenza 8/73, Hauptzollamt Bremerhaven c. Massey Ferguson, ad esempio, la Corte di Giustizia CE ha ritenuto legittima l'adozione di un regolamento in luogo di una direttiva seppure in presenza di specifica disposizione indicante l'utilizzo dell'atto meno vincolante, giustificando tale sua decisione in virtù del principio di certezza del diritto e in funzione della migliore realizzazione dell'armonizzazione legislativa.

principio sta subendo una lenta evoluzione discendente, passando da cardine indiscusso del diritto pubblico a postulato ancora presente ma assoluto solo nella sua valenza negativa, ovvero quale limite del potere amministrativo. L'altra valenza, quella che identifica la norma come fondamento del potere, risulta derogabile, venendo in rilievo l'attività integrativa del giudice che completa la disciplina legale in segmenti non direttamente considerati dalla norma ma con essa non in contrasto, sempre al fine di garantire il miglior soddisfacimento del fine pubblico.

Venendo alle applicazioni della teoria sul piano del diritto interno, è possibile distinguere due settori in cui si sono registrati i maggiori dibattiti: si tratta, da un lato, dei poteri delle Autorità indipendenti e, dall'altro, della legittimazione dell'autotutela decisoria ed esecutoria prima dell'intervento chiarificatore ad opera della l. 15/2005.

In relazione al primo aspetto, in dottrina e giurisprudenza sono ravvisabili orientamenti diversificati, che possono essere ricondotti alle tre correnti sopra menzionate: così, a fronte di un atteggiamento di netta chiusura fondato sulla prevalenza del principio di legalità nella sua componente sia formale che sostanziale e dunque sulla funzione garantistica del principio specialmente dinnanzi a situazioni in grado di incidere direttamente su posizioni giuridiche soggettive, si riscontrano decisioni volte a legittimare un utilizzo - seppur limitato e condizionato – dei poteri impliciti in capo alle Authorities.

E' quanto è avvenuto con riferimento all'Autorità per i lavori pubblici, i cui poteri nell'attività di vigilanza e controllo sulle operazioni delle società organismo di attestazione (SOA) sono stati ampliati fino a ricomprendere la revoca dell'attestazione viziata; per comprendere la portata delle decisioni in esame, giova ricordare che le SOA, nel provvedere all'identificazione e alla qualificazione delle imprese idonee a svolgere lavori pubblici, possono rilasciare attestazioni viziate; se poi, a seguito di segnalazione ad opera dell'Autorità, la SOA non elimina il vizio riscontrato, l'organo indipendente ha il potere di revocare alla società l'autorizzazione a svolgere l'attività di selezione e attestazione; in tale potere, tuttavia, non rientra per espressa disposizione legislativa anche quello di revocare l'attestazione viziata; ed è qui che, al fine di colmare un vuoto normativo e in applicazione della teoria dei poteri impliciti, le decisioni dei giudici amministrativi hanno riconosciuto in capo all'Autorità per i lavori pubblici il potere – implicito - di revocare l'attestazione viziata quale potere consequenziale a quello espresso di revoca dell'autorizzazione.

In altre pronunce il Consiglio di Stato si è spinto oltre, ricostruendo il sistema antitrust nazionale alla luce dei principi comunitari e attribuendo all'Autorità garante per la concorrenza e il mercato il potere di plasmare il contenuto della diffida oltre gli angusti ambiti legislativi previsti[78]. In particolare, secondo i Giudici di Palazzo Spada, la diffida ad eliminare le infrazioni accertate, disciplinata dall'art. 15 della l.287/1990, ha la funzione di

[78] Cons. Stato, sez. VI, n. 5368/2004

correggere le distorsioni del mercato e a tal fine si caratterizza per avere un contenuto necessariamente atipico, in quanto tale idoneo ad indicare alle imprese le condotte specifiche che dovranno tenere. Muovendo, dunque, dalla matrice comunitaria delle Autorità indipendenti, si fa applicazione del principio dell'effetto utile in base al quale nell'elaborazione del contenuto della diffida non si può prescindere dalla finalità cui mira l'intervento del Garante, ovvero la rimozione dell'effetto anticoncorrenziale.

Nella stessa ottica si è mosso il Consiglio di Stato in una pronuncia successiva, nella quale ha riconosciuto come legittime diffide del Garante aventi ad oggetto la prescrizione di comportamenti positivi per il futuro nei confronti di imprese petrolifere responsabili di intese illecite[79]; viene, quindi, riconosciuto che il contenuto della diffida, pur ancorato al dettato normativo, va interpretato in funzione dello scopo cui mira l'attività dell'AGCM, rappresentato in primis dall'eliminazione di condotte anticoncorrenziali anche per il futuro.

In altre decisioni è stato maggiormente sviluppato il profilo relativo all'ampliamento dei poteri di regolazione attribuiti alle Authorities[80]: così si è sostenuto che al necessario arretramento della legge dal mercato segue quale conseguenza la massima estensione del potere di regolamentazione delle Autorità, le quali - in forza delle competenze altamente qualificate che le connotano e a fronte di necessità impellenti e difficilmente prevedibili del mercato – devono poter integrare il precetto legislativo in vista della migliore realizzazione dei compiti loro assegnati. Se, dunque, un margine di elasticità nell'azione delle Autorità si rivela indispensabile, tuttavia, l'esercizio di poteri non espressamente attribuiti deve trovare un limite nel rispetto delle garanzie procedimentali, le quali, anzi, necessitano di un rafforzamento proprio dinnanzi all'indebolimento della legalità sotto il profilo sostanziale.

Venendo all'ulteriore campo di applicazione della teoria dei poteri impliciti, la funzione di autotutela decisoria è oggi disciplinata dagli artt. 21 quinquies e nonies della l.241/1990 e si connota per la possibilità attribuita alla P.A. di ritirare in autotutela i propri provvedimenti rispettivamente in caso di mutamento della situazione di fatto, nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, sopravvenuti motivi di pubblico interesse (art. 21 quinquies) o illegittimità del provvedimento adottato (art. 21 nonies).

La funzione di riesame, in quanto funzione di secondo grado, si sottrae a una rigorosa adozione del principio di stretta legalità formale dal momento che il relativo potere di azione risulta implicito nella norma che conferisce all'amministrazione la potestà di emanare gli atti di primo grado (ovvero i provvedimenti oggetto di ritiro).

Poiché fino all'intervento della l.15/2005 difettava una norma espressa di carattere generale attributiva alla P.A. del potere di riesaminare le proprie decisioni, la dottrina ha cercato di sopperire in vario modo a tale assenza, tentando di incanalare il suddetto potere nell'ambito di funzioni espressamente previste e cercando così di rispettare maggiormente il

[79] Cons. Stato, sez. VI, n. 424/2008

[80] Cons. Stato, sez. VI, n.7972/2006 relativa ai poteri dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

principio di legalità quantomeno nella sua accezione formale. Al riguardo, dunque, sono state elaborate diverse teorie, la più risalente delle quali riconduceva la funzione di riesame al potere di controllo, presto superata da un orientamento misto che individuava il fondamento del potere di revoca e annullamento in una funzione di controllo e allo stesso tempo di amministrazione attiva[81].

Ulteriori interpretazioni ravvisavano il fondamento legale della potestà in esame nel potere di auto-impugnativa di atti ad opera dell'amministrazione emanante o nell'ambito delle funzioni di secondo grado e di autotutela o ancora nell'ambito dell'amministrazione attiva.

Questi due ultimi inquadramenti appaiono condivisibili in quanto maggiormente rispettosi del principio di legalità, individuando un fondamento legale al potere di riesame nella norma attributiva del potere di primo grado, cui va collegata l'applicazione del principio di continuità dell'azione amministrativa, in forza del quale il potere pubblico si espande per tutta l'esistenza della situazione concreta sulla quale è intervenuto il provvedimento originario.

Analoghe considerazioni vanno svolte con riferimento al potere di autotutela esecutoria, oggi disciplinato dall'art. 21 ter l.241/1990. Prima di tale disposizione, infatti, la dottrina cercava di individuare il fondamento della potestà di esecuzione coattiva della P.A., dividendosi in due orientamenti principali: da un lato chi qualificava l'esecutorietà quale corollario dell'imperatività del provvedimento e quindi quale potere implicito in quello di provvedere, dall'altro chi riteneva che si trattasse di un potere qualitativamente differente rispetto a quello di primo grado. Quest'ultima opinione è risultata poi confermata dal legislatore del 2005, il quale ha previsto che l'esecuzione coattiva possa avvenire solo nei casi e secondo le modalità previste dalla legge.

2. Rapporto con il principio di legalità

Nel muovere all'individuazione del rapporto esistente tra la teoria dei poteri impliciti e il principio di legalità, si rende doverosa una preliminare analisi del principio in esame e del suo legame con il potere amministrativo in generale.

Il principio di legalità rappresenta un postulato fondamentale del sistema amministrativo, che permea la costruzione dell'atto pubblico fin dall'origine, identificando la norma di legge quale base e al contempo limite dell'attività dell'amministrazione.

Più in particolare, è dato riscontrare una duplice nozione di legalità, la prima intesa nell'accezione formale, ovvero quale investitura del potere che si verifica allorché una norma attribuisce la potestà alla P.A. fissandone competenza e materia, e la seconda nel

[81] Entrambe le tesi hanno subito pesanti critiche: ai sostenitori della prima è stato fatto notare come a siffatta interpretazione osti il principio di tipicità che regge la funzione di controllo (come tale il controllo è esercitabile solo nei casi e nei modi previsti dalla legge) e la considerazione dei diversi soggetti cui spetta l'esercizio del riesame (lo stesso organo che ha emanato l'atto) e del controllo (un soggetto diverso rispetto a quello emanante). Le critiche alla seconda teoria, invece, hanno riguardato la mancata spiegazione del carattere misto della funzione di riesame al di là dell'enunciazione programmatica.

significato sostanziale, id est come regolazione del potere che si riscontra nel momento in cui una norma individua e precisa i presupposti e le modalità di esercizio dello stesso. Distinta è l'origine storica delle due nozioni, identificandosi la prima nella riserva di legge formale in materia di tributi, bilancio statale, pene e reati, poi estesa a tutti i settori di competenza dell'esecutivo, mentre l'origine della legalità sostanziale va ravvisata nella sua funzione di limite al contenuto della legge. Diverso è anche il significato che si pone alla base delle due accezioni: se da un lato, infatti, la nozione formale costituisce la base legale del potere amministrativo, dall'altro quella sostanziale rappresenta la disciplina normativa in grado di orientare e funzionalizzare l'attività della P.A. ai bisogni della società.

Il principio di legalità può essere declinato secondo altre due accezioni, avendo riguardo al rapporto intercorrente tra legge e potere amministrativo (legalità bilaterale) e a quello tra legge, potere amministrativo e privato (legalità trilaterale): nel primo caso il potere viene inquadrato come mera esecuzione della norma di legge, nel secondo esso diviene l'elemento fondamentale per la costruzione del rapporto con i cittadini.

In ordine alle fonti costituzionali sono stati elaborati diversi orientamenti, rispettivamente tendenti a ricavare il principio in esame dalle riserve di legge presenti nella prima parte della Costituzione, in particolare dagli artt. 24 e 113 Cost. o dall'art. 118 Cost. nella parte in cui, nel prevedere il conferimento ai Comuni di funzioni in materie riservate alla competenza legislativa statale o regionale, implicitamente richiede che tale passaggio avvenga tramite legge dello Stato o delle Regioni; la tesi prevalente, tuttavia, individua il fondamento del principio di legalità nell'art. 97 Cost. nella parte in cui prevede che la legge istituisca e organizzi il soggetto pubblico (legalità formale e bilaterale); la base della legalità nell'accezione sostanziale e trilaterale viene implicitamente ricavata dall'art. 97 Cost. - che a rigore riguarda l'organizzazione amministrativa – sulla base della considerazione per cui in tanto la legge organizza un ufficio pubblico in quanto esso è destinato a svolgere dei compiti, che a loro volta non potranno non trovare fondamento nella legge.

A livello di legislazione ordinaria, la principale fonte va identificata nell'art. 1 l.241/1990 laddove si stabilisce che "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge..". La riserva di legge in ambito amministrativo, da intendersi come tendenzialmente assoluta[82], si sovrappone al principio di legalità nell'accezione sostanziale, imponendo al legislatore di individuare i limiti contenutistici dell'azione della P.A., in tal senso potendosi distinguere la funzione amministrativa da quella politica, incidente su materie non sottoposte a riserva di legge.

Il principio ha subito nel corso degli anni una lenta evoluzione, fino a giungere alla fase attuale in cui si assiste alla moltiplicazione dei centri di produzione giuridica (accezione formale) e alla tendenza alla necessaria preventiva determinazione normativa dell'attività

[82] In quanto tale essa ammette integrazioni sub-legislative, anche ad opera di circolari (Cons. Stato, sez. IV, 2801/2006)

della P.A., la quale viene disciplinata non solo dalla norma attributiva e regolatrice del potere ma anche da clausole generali, con conseguente valorizzazione del procedimento amministrativo come luogo di costruzione dell'attività pubblica. Non a caso l'approdo più recente di tale evoluzione consiste nell'adozione di un rapporto di compatibilità tra norma e atto amministrativo, in cui a fianco della norma fondante il potere si colloca l'attività valutativa e interpretativa del giudice, idonea a completare la norma di base e a stabilire l'attitudine dell'azione amministrativa al fine indicato dalla norma.

Il principio di legalità si pone in stretta connessione rispetto alla categoria amministrativa del potere, costituendo la legge il fondamento dello stesso sia in termini di attribuzione che di regolazione: la Pubblica amministrazione, infatti, è autorizzata a esercitare il potere amministrativo per la realizzazione dei fini pubblici in forza di una norma di legge che in primo luogo le fornisce il potere tipico indispensabile a tal fine e in secondo luogo ne regolamenta l'esercizio indicandone i presupposti e le modalità. Nel conferire una specifica tipologia di potere (per esempio quello sanzionatorio o ablatorio) e non altra, nonché nel delineare le condizioni e le possibilità di esercizio dello stesso, la norma di legge finisce col circoscriverne in maniera puntuale l'ambito di esercizio, andando quindi a rappresentarne un confine oltre il quale la P.A. non può agire: da qui la qualificazione del principio di legalità quale limite – oltre che fondamento – del potere amministrativo.

Peraltro quest'ultimo andrebbe più correttamente indicato come potestà, in cui al fianco del potere si colloca il dovere dell'amministrazione di far fronte ai bisogni collettivi attraverso l'attività amministrativa.

In questo senso è agevole ravvisare un ulteriore fondamento del potere amministrativo in altri due principi cardine dell'ordinamento pubblico, quelli di necessità e continuità: il soggetto cui è stato attribuito il potere ha, infatti, il dovere di curare gli interessi ed esercitare la potestà in maniera conforme rispetto allo scopo per cui è stata conferita tutte le volte in cui si verifichi la situazione cui la legge ricollega l'azione della P.A.; allo stesso tempo l'amministrazione è tenuta ad esercitare il potere in modo costante, anche in seguito al verificarsi della situazione originaria ogniqualvolta essa si verifichi in momenti successivi.

Il potere, dunque, rappresenta una delle categorie essenziali del diritto amministrativo e può essere definito come la potestà riconosciuta alla Pubblica Amministrazione per la cura di interessi generali[83]. La caratteristica che lo connota e che vale a distinguerlo dal potere civilistico consiste nell'avere natura unilaterale e nell'essere in grado di incidere anche negativamente sulla sfera giuridica altrui: così, mentre le parti private utilizzano il loro potere consensuale e negoziale per regolare interessi individuali e la possibilità di creare volontariamente effetti giuridici che incidano su terzi si limita a casi di effetti favorevoli (con

[83] La nozione di interesse generale non va confusa con quella di interesse pubblico (espressione maggiormente ricorrente nel linguaggio legislativo) atteso che il primo tende a comprendere anche gli interessi privati e quelli pubblici esterni, oltre a quello istituzionale. In tal senso cfr. F. BELLOMO, Manuale di diritto amministrativo, vol.I, Cedam, 247.

l'accettazione o la mancata espressione di dissenso da parte del terzo), l'amministrazione, al contrario, esercita il proprio potere autoritativo per la realizzazione dell'interesse altrui ed è in grado di agire nella sfera giuridica di terzi a prescindere dalla tipologia di effetti generati; peraltro, anche nelle rare ipotesi in cui in diritto privato esistono poteri unilaterali volti alla cura di interessi altrui (si pensi ai cd. uffici privati), la distinzione tra potestà pubblica e privata resta salda atteso che nella prima il meccanismo di imputazione degli effetti è di tipo esponenziale-istituzionale (poiché l'amministrazione agisce in veste di esponente della collettività e rappresenta il titolare formale dell'interesse generale), a fronte di un meccanismo di tipo rappresentativo insito nella potestà privata, laddove l'imputazione di effetti avviene direttamente in capo al rappresentato[84].

Il potere amministrativo si qualifica, dunque, in termini di autoritatività (attitudine a incidere sulla sfera giuridica del destinatario o di terzi), unilateralità (in base alla fonte non consensuale di produzione dell'effetto), imperatività (derivante dalla posizione di supremazia speciale che connota la P.A. nell'esercizio dell'attività autoritativa[85]) e tipicità (l'amministrazione può esercitare solo la tipologia di potere prevista dalla norma attributiva); non è un caso se i predetti caratteri connotano anche i provvedimenti pubblici atteso lo stretto legame esistente tra il potere e l'atto amministrativo: infatti, la rilevanza del ruolo del potere nella realizzazione dei compiti pubblici discende dalla distanza intercorrente tra la norma attributiva del potere e il provvedimento disciplinante il caso concreto, nel senso che maggiore è la distanza tra la fattispecie legale e quella concreta, maggiore è il ruolo del potere nella costruzione dell'atto; e maggiore è il ruolo della funzione amministrativa, intesa come potere nel suo farsi atto[86].

Si tratta di una distanza che muta al variare dei momenti storici caratterizzanti il sistema amministrativo: così in una prima fase, collocabile tra la fine dell'ottocento e i primi del novecento, l'attività amministrativa viene considerata mera esecuzione della legge (la quale ultima è idonea a fornire la garanzia dei diritti individuali); in questo contesto, in cui l'atto pubblico costituisce diretta derivazione dalla legge, lo spazio per l'esercizio del potere è ridotto al minimo e l'istituto centrale del diritto amministrativo è rappresentato dal provvedimento. Nella fase successiva (anni '50 e '60), la Costituzione assume un ruolo centrale, attribuendo sempre maggiore rilevanza ai bisogni e alle esigenze sociali (i compiti della Repubblica, una cui elencazione generica è fornita dall'art. 117 Cost.), rispetto ai quali

[84] Quale diretto corollario della natura esponenziale dell'ente pubblico, si segnala l'orientamento giurisprudenziale che individua il criterio di quantificazione del danno risarcibile a seguito di illecito ambientale nel pregiudizio patito dalla comunità di riferimento.

[85] L'esercizio dell'attività autoritativa rappresenta solo una delle tre forme attraverso le quali la P.A. agisce, pur trattandosi di quella storica e ancor oggi principale, disciplinata dal diritto pubblico, retta dal principio di legalità e caratterizzata dall'esercizio del potere da parte dell'amministrazione per il perseguimento dei fini pubblici indicati dalla norma attributiva (cfr. art. 1 c.1 l.241/1990). Le altre due forme dell'azione amministrativa vanno individuate nell'attività paritetica della P.A., disciplinata dal diritto privato, in cui l'amministrazione si avvale della capacità di diritto comune (che le spetta in qualità di persona giuridica) per il raggiungimento di fini istituzionali nonché per la gestione del proprio patrimonio (v. art. 1 c. 1 bis prima parte l.241/1990), e nell'attività intermedia, che rappresenta la combinazione delle due precedenti ed è disciplinata dal diritto pubblico o privato in base alle fasi del rapporto e alla rilevanza dell'interesse pubblico nella fattispecie concreta (cfr. art. 11 l.241/1990).

[86] Secondo la celebre definizione di F. BENVENUTI

la legge si pone in termini di attuazione e mediazione e la pubblica amministrazione in termini di loro determinazione e cura concreta; in questo periodo storico il ruolo principale all'interno del sistema pubblico viene assunto dalla funzione amministrativa intesa come costruzione del rapporto con il privato e momento di garanzia delle posizioni individuali. In una terza fase si assiste all'ascesa dello Stato sociale (anni '70-'80), con la moltiplicazione dei bisogni della collettività e dei singoli, cui la Repubblica cerca di far fronte attraverso la regolamentazione legislativa e l'intervento sempre più frequente della pubblica amministrazione; da un lato si verifica, quindi, un netto incremento delle norme di legge che disciplinano la funzione amministrativa, dall'altro si assiste ad un aumento della distanza intercorrente tra fattispecie legale e concreta poiché il potere viene esercitato in spazi che la legge non è in grado di regolare (in quanto altamente tecnici).

La garanzia del cittadino in questa fase va individuata nella regolamentazione procedurale dell'attività amministrativa e non a caso il procedimento rappresenta l'istituto centrale del sistema amministrativo. Con l'avvento, poi, della cd. seconda Repubblica (da metà anni '90 ad oggi) si assiste ad una rilettura della missione pubblica, con l'affermarsi di privatizzazioni, liberalizzazioni, semplificazione e decentramento volti a ridurre i deficit strutturali e di azione del soggetto pubblico; in questo periodo, infatti, i compiti della P.A. e il carico di lavoro gravante sullo svolgimento della funzione amministrativa hanno assunto uno sviluppo non più sostenibile se ancorati allo statuto pubblicistico dell'organizzazione dell'azione amministrativa e necessitano di strumenti volti a consentire una maggiore partecipazione dei privati (sussidiarietà orizzontale) e degli altri soggetti pubblici (sussidiarietà verticale). Nella fase attuale, pertanto, la distanza intercorrente tra la legge e l'atto amministrativo è tale da attribuire non solo un ruolo centrale al potere amministrativo - indispensabile nei settori in cui è ancora forte il carattere autoritativo dell'azione amministrativa (per esempio in tema di sanzioni, espropriazioni, ecc.) - ma anche alla partecipazione di altri soggetti con commistione della fase pubblicistica e di quella privatistica (accordi procedimentali), fino a pervenire all'utilizzo esclusivo di strumenti privatistici.

L'analisi delle diverse fasi tornerà utile nel valutare l'impatto della teoria dei poteri impliciti sul sistema amministrativo, per il momento sia sufficiente notare come nell'attuale periodo storico si assiste ad una crisi della legalità, soprattutto sotto il profilo sostanziale, non essendo la legge più in grado di determinare in maniera specifica tutti i presupposti e le singole modalità di esercizio del potere a causa dell'alto livello di tecnicità, complessità e imprevedibilità che connotano l'azione amministrativa.

Se da un lato lo stretto legame intercorrente tra il potere amministrativo e la norma attributiva fa sì che non sorgano dubbi in merito alla legittimità di poteri espressi, ovvero esplicitamente previsti e disciplinati dalla fonte regolatrice, dall'altro esso desta perplessità con riferimento ai poteri impliciti, come tali sottintesi rispetto a quelli espressamente previsti, e

si pone in netto contrasto rispetto ai cd. poteri inesistenti, ovverosia non ricavabili neppure implicitamente da alcuna norma attributiva.

Esclusa, dunque, la compatibilità tra tale ultima tipologia di potere e il principio di legalità, resta la questione legata all'ammissibilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento. Al di là delle prese di posizioni dottrinarie, una corretta soluzione della questione richiede la valutazione del sistema amministrativo nel suo complesso e l'analisi del rapporto tra potere impliciti e legalità nelle sue due accezioni.

Con riferimento al primo profilo – come si accennava – torna utile il richiamo alle diverse fasi che hanno caratterizzato l'azione amministrativa nel corso degli anni.

Così, durante il periodo a cavallo tra l'ottocento e il novecento in cui la norma di legge è in grado di prevedere e disciplinare tutti gli aspetti di esercizio del potere, non vi è spazio per l'esistenza di poteri non espressamente attribuiti o regolati; le esigenze pubbliche, che tendono ad appiattirsi sulle esigenze di apparato, non hanno una quantità e un peso tale da richiedere l'intervento mediatore del potere amministrativo, essendo sufficiente l'opera di individuazione e "cura a priori" effettuata dalla legge. In questa fase il principio di legalità si rivela particolarmente forte sia sotto il profilo formale – la legge conferisce specifici poteri agli organi pubblici – sia sotto quello sostanziale – la norma è in grado di prevedere le condizioni e disciplinare tutti i modi di esercizio della potestà; ed è proprio il principio di legalità a svolgere la funzione di garanzia nei confronti dei cittadini dinnanzi all'esercizio del potere autoritativo pubblico.

Durante il periodo dello Stato democratico pluriclasse, con l'avvento degli interessi e dei bisogni sociali così come tutelati dalla Costituzione, il potere amministrativo acquisisce un ruolo di primo piano nella costruzione dell'azione amministrativa. Ma il principio di legalità è ancora in grado di reggere dinnanzi alle nuove esigenze, conferendo potestà espresse e disciplinando in maniera analitica l'esercizio delle stesse e relegando di fatto la questione dei poteri impliciti a un problema marginale se non del tutto assente. Qui la funzione garantistica non viene svolta solamente dalla predeterminazione legislativa ma anche dal corretto svolgimento – soprattutto procedurale - della funzione amministrativa.

Con l'avvento dello Stato sociale, invece, la situazione muta: da un lato l'aumento esponenziale degli interessi dell'individuo integrato nella società, dall'altro la complessità delle situazioni concrete e la loro estrema variabilità, rendono indispensabile il ricorso alla funzione amministrativa prima ancora che alla legge. Quest'ultima è tutt'ora in grado di assicurare una funzione garantistica sotto il profilo formale, cui si accosta quello procedurale, non altrettanto sotto quello sostanziale attesa l'eterogeneità di esigenze cui corrisponde un'estrema mutabilità e varietà degli interventi richiesti alla P.A.. In quest'ottica risulta più frequente il ricorso a poteri non espressamente regolati per disciplinare situazioni contingenti, impellenti o altamente tecniche, cui la legge da sola non è in grado di far fronte. La

legittimità di tale operazione va valutata attraverso la tecnica del bilanciamento di interessi, verificando se al deficit di legalità corrisponda un incremento di garanzie sotto altri profili, trattandosi pur sempre di esercizio di potere idoneo ad incidere negativamente sulla sfera giuridica dei destinatari. Non è un caso se in questo momento storico l'istituto centrale del diritto amministrativo viene ravvisato nel procedimento atteso che in esso e nelle relative garanzie procedimentali vanno individuate le contromisure atte a compensare il deficit di legalità sotto il profilo sostanziale.

La stessa questione si pone durante l'ultima fase, quella più recente, e si pone in termini ancora più consistenti considerato l'aumento esponenziale dei bisogni collettivi e l'impossibilità per la legge di coprire tutti gli aspetti dell'esercizio dell'attività amministrativa. Così vengono in gioco, oltre ai poteri espressamente conferiti, quelli non attribuiti ma impliciti nelle norme fondanti nonché i poteri conferiti ma non specificamente disciplinati in ogni loro aspetto.

Se il verificarsi di tale situazione risulta inevitabile alla luce della complessità delle situazioni concrete, sempre più caratterizzate da alti tassi di tecnicità o dalla logica del risultato, vi è da chiedersi se tale fenomeno sia legittimo o meno in un ordinamento come il nostro, improntato al principio di legalità formale e sostanziale. La soluzione deve essere fornita effettuando un'analisi fondata sulla tecnica del bilanciamento di interessi e, se positiva, deve essere idonea ad assicurare il medesimo livello di tutela del cittadino che il principio di legalità riesce a garantire, ad esempio tramite il controllo giurisdizionale. In tal senso si muove anche la giurisprudenza più recente, laddove, lungi dall'escludere a priori l'esistenza di poteri provvedimentali impliciti, ne condiziona l'ammissibilità alla presenza di situazioni considerate sufficientemente garantistiche. Così, in una delle pronunce sopra citate, il Consiglio di Stato[87] circoscrive il ricorso a poteri impliciti a casi in cui si renda effettivamente necessario e lo sottopone alla corretta adozione di stringenti regole procedurali: nel caso di specie, la partecipazione di altri organi e-o degli stessi cittadini, nonché l'obbligo motivazionale delle decisioni assunte dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas rappresentano dei limiti atti a controbilanciare il deficit di legalità sostanziale. Allo stesso modo, il Tar Puglia[88], nel pronunciarsi sull'attività di vigilanza dell'Autorità nei confronti di un ente portuale, ritiene ammissibili i poteri impliciti di revoca degli organi e di commissariamento in quanto indispensabili per il corretto funzionamento dell'ente e in presenza di idonee garanzie procedurali di partecipazione dell'organo vigilato, nell'ottica della leale cooperazione tra soggetti pubblici.

Volendo andare oltre, tale deficit di legalità potrebbe essere colmato attraverso la valorizzazione del principio del buon andamento nell'azione amministrativa, a tutela della collettività e in funzione dei relativi bisogni. Se, infatti, si accoglie la nuova concezione del

[87] V. nota 7
[88] Tar Puglia, sez.I, n.1803/2009

principio in esame - quella sostanziale, volta alla realizzazione del risultato in termini ottimali sia per l'amministrazione che per i cittadini – appare possibile ritenere ammissibili poteri impliciti funzionali al raggiungimento della missione pubblica; con la precisazione che tali poteri, per essere effettivamente compatibili con l'ordinamento interno e in particolare con il principio di legalità formale, oltre ad essere consequenziali o concomitanti rispetto a quelli espressamente attribuiti, devono essere volti alla realizzazione di obiettivi pubblici esplicitati in norme di legge, in modo tale da consentire un controllo giurisdizionale quantomeno sotto questo profilo. D'altro canto, però, tali poteri non possono subire una regolamentazione specifica – e qui si rileva il deficit sotto il profilo legale-sostanziale – poiché il miglior raggiungimento del risultato, anche nell'ottica della soddisfazione della collettività, non può subire rigide predeterminazioni legislative; in altri termini, per far fronte all'effettivo perseguimento dell'interesse generale occorre dotare l'amministrazione dei mezzi necessari, caratterizzati da estrema duttilità e variabilità dinnanzi al mutare delle situazioni concrete. La legittimità del risultato ottenuto tramite il ricorso a poteri non espressi ma legati a poteri espliciti, quindi, va valutata alla luce della legge, verificando se in concreto quanto conseguito sia coerente con il fine indicato dalla norma.

Ciò appare possibile solo attraverso la "normativizzazione" dell'obbligo di risultato, ovvero mettendo in evidenza la valenza funzionale della legge, per cui è questa che, nell'indicazione dei fini da perseguire, risulta strumentale rispetto al risultato. Per quanto estremamente interessante, si tratta, tuttavia, di una costruzione ancora lontana dalla realtà attuale del sistema amministrativo atteso che la nuova concezione economica del buon andamento trova applicazione nell'ambito di rapporti non autoritativi in quanto influenzati in misura minore dal principio di legalità. Con riferimento all'attività autoritativa, invece, la concezione formale del buon andamento, inteso quale sinonimo di correttezza e regolarità dell'azione amministrativa collocato in funzione servente rispetto alla legalità[89], stenta ancora a farsi strada.

3. Conclusioni

Dall'analisi effettuata emerge come l'ammissibilità di poteri impliciti nel nostro ordinamento amministrativo si scontra con un principio fondamentale, quello di legalità nell'accezione formale e sostanziale. Se il deficit della norma attributiva può essere agevolmente superato facendo riferimento a norme conferenti poteri espressi rispetto ai quali quelli impliciti si pongono in stretta connessione – in termini di consequenzialità e o concomitanza – e adottando interpretazioni estensive delle norme in esame, la carenza di legalità sotto il

[89] Nell'ottica della concezione formale si muove la legge 241/1990, il cui art. 1 c.1 qualifica i parametri di economicità ed efficacia come criteri reggenti l'attività amministrativa secondo "le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti". La valorizzazione della concezione sostanziale del buon andamento, invece, va colta nella formula utilizzata dal Costituente all'art. 97, in cui è stabilito che gli uffici siano organizzati secondo disposizioni legislative in grado di assicurare il buon andamento dell'azione amministrativa: qui il principio di legalità assume una funzione servente rispetto a quello prettamente "economico".

profilo contenutistico-sostanziale va affrontata tenendo conto di interessi diversi ma in grado di consentire le medesime garanzie offerte da una stretta applicazione del principio di legalità. Ci si riferisce, in particolare, a stringenti modalità procedurali idonee a neutralizzare la carenza di regolamentazione legislativa e a interessi connessi all'ottimale raggiungimento del fine pubblico.

Pertanto, ferma l'espressa individuazione legislativa del fine pubblico, un potere implicito può essere costruito nel suo contenuto facendo applicazione delle migliori regole di azione economica. In questo senso, se la legalità rappresenta un limite alla teoria dei poteri impliciti, la valorizzazione della nuova concezione del buon andamento ne può costituire il fondamento.

La scheda

LA DONAZIONE

c cura della D.ssa Filomena Agnese Chionna

LA DONAZIONE	
L'art 769 c.c.	"La donazione è il contratto col quale, per spirito di liberalità, una parte arricchisce l'altra, disponendo a favore di questa di un suo diritto i assumendo verso la stessa una obbligazione."
Elemento soggettivo: animus donandi	Nella donazione, la causa, consiste nella volontà di donare e beneficiare, si manifesta nello stesso atto di liberalità, e si identifica con l'obiettiva gratuità dell'attribuzione. (Cass. 26.01.2008 n. 651)
Elemento oggettivo: arricchimento	L'elemento oggettivo è costituito dall'incremento del patrimonio altrui inteso quale arricchimento del donatario e il depauperamento di chi ha disposto del diritto assunto l'obbligo (impoverimento del donante). (Cass. 26.05.00 n. 6994)
Forma della donazione art. 782 c.c.	La donazione deve essere fatta per atto pubblico, sotto pena di nullità. Se ha per oggetto cose mobili, essa non è valida che per quelle specificate con indicazione del loro valore nell' atto medesimo della donazione, ovvero in una nota a parte sottoscritta dal donante, dal donatario e dal notaio. L' accettazione può essere fatta nell' atto stesso o con atto pubblico posteriore. In questo caso la donazione non è perfetta se non dal momento in cui l' atto di accettazione è notificato al donante. Prima che la donazione sia perfetta, tanto il donante quanto il donatario possono revocare la loro dichiarazione.

DONAZIONE REMUNERATORIA*	
L'art. 770 c.c.	"E' donazione anche la liberalità fatta per riconoscenza o in considerazione di meriti del donatario o per speciale remunerazione. Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi"
Ipotesi disciplinate dall'art. 770 c.c.	Il 1®comma disciplina la donazione remunerato ria, il 2®comma le liberalità d'uso.
Differenza tra donazione remunerato ria e liberalità d'uso	La donazione remunerato ria si caratterizza dal desiderio di gratificare l'autore dei servizi resi. Nella liberalità d'uso l'intento rispetto a tali servizi è un elemento di corrispettività o di adeguarsi ad un costume sociale, sia pure non obbligatorio ma libero. (Cass. 14.01.1992 n. 324) In giurisprudenza la distinzione trova fondamento nel diverso movente dei deu negozi ravvisabile in uno l'intento di porre corrispettività o di adguarsi a un costume sociale, nell'altro vi è il desiderio di gratificare l'autore per i servizi resi
Riconoscenza	Si riferisce alla gratitudine riferita a fatti anteriori alla donazione trattasi di aiuti aventi almeno indirettamente riflessi economici e non di semplice assistenza morale o affettiva. La riconoscenza può essere riferita anche alla promessa di una prestazione futura a favore del donante.
Meriti del donatario	Indica un sentimento di ammirazione e gratitudine per le qualità personali del donatario. Tali meriti non devono arrecare diretto vantaggio al donante altrimenti rientrerebbe nell'ipotesi analizzata in precedenza.
Speciale remunerazione	Indica uno speciale apprezzamento per i servizi resi in precedenza dal donatario al donante. per servizi resi dal donatario, anche a titolo oneroso, e particolarmente apprezzati dal donante
Disciplina	Le donazioni remuneratoria, dal momento che generalmente sono dovute ad un comportamento particolarmente *lodevole* ed *apprezzabile* del donatario, non sono soggette a *revoca* e *non* comportano per il donatario l'*obbligo* di versare gli *alimenti* a favore del donante. Comporta inoltre una garanzia per evizione a carico del donante entro il valore della prestazione ricevuta
Relazione al Codice Civile	Non è stato apportato un emendamento suggerito in riguardo al capoverso dell' art. 770 del c.c., che esclude dal concetto di donazione «la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi». Invero la formula «a causa di servizi», che si sarebbe voluta sostituire all'altra «in occasione di servizi», avrebbe snaturato il concetto di liberalità d'uso, e avrebbe piuttosto richiamato il concetto di un atto a titolo oneroso. La distinzione ha particolare importanza agli effetti della collazione, giacché l'ultimo comma dell' art. 742 del c.c. dichiara non soggette a collazione le liberalità d'uso previste in questo capoverso. Ho invece apportato alcune modificazioni all' art. 771 del c.c. , il primo comma del quale, vietando di comprendere nella donazione beni futuri, sembrava escludere la possibilità di donare i frutti non ancora raccolti, che l' art. 820 del c.c. considera appunto beni futuri. L'esclusione sarebbe stata senza dubbio illogica, dato che, per il loro valore economico attuale, tali frutti avrebbero potuto formare oggetto di disposizione, come lo stesso art. 820 chiarisce: ho pertanto in sede di coordinamento eccettuato dal divieto di donare beni futuri i frutti pendenti. Il secondo comma dello stesso articolo nella sua precedente formulazione stabiliva che, qualora oggetto della donazione fosse un'universalità di cose, delle quali il donante avesse conservato il godimento trattenendole presso di sè, si consideravano comprese nella donazione anche le cose che vi si aggiungessero posteriormente, salvo che risultasse una volontà contraria. Ho chiarito che tale volontà deve risultare dall'atto stesso. Uguale modificazione ho apportato all' art. 773 del c.c. .

*Nei prossimi numeri proseguiranno le schede su altre tipologie di donazione.

Lo schema

IL CONIUGIO… AI TEMPI DEI ROMANI

a cura dell'Avv. Marianna Sabino

ORIGINE. Il matrimonio nell'antica Roma ebbe una genesi che si intreccia con il mito, poiché si ravvisa nell'episodio del ratto delle Sabine che si unirono ai Romani, generando la stirpe del popolo romano. La finalità principe del matrimonio, infatti, si rinveniva nella possibilità di procreare figli legittimi.

NATURA DELL'ISTITUTO. Secondo il giurista romano Modestino "*nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio", id est* "le nozze sono l'unione tra uomo e donna implicante un consorzio di tutta la vita, retta dal diritto divino e umano".
La definizione evidenzia quale fosse la natura giuridica dell'istituto, che consisteva in una *situazione di fatto* cui l'ordinamento ricollegava effetti giuridici determinati a seconda del "tipo" di matrimonio.

FONDAMENTO NORMATIVO. Già le Leggi delle XII Tavole si occupavano di taluni aspetti del matrimonio, con il tempo modificati dalle numerose *Leges* succedutesi e tramandate nel tempo grazie ai testi giurisprudenziali, tra cui è d'obbligo annoverare il Digesto, facente parte del *Corpus Iuris Civilis* giustinianeo.
Le antiche Tavole, ad esempio, si preoccuparono di vietare le nozze tra patrizi e plebei, per evitare non tanto una contaminazione "sanguigna", bensì per preservare le ricchezze della classe più agiata. Tale divieto fu abolito solo cinque anni dopo grazie alla Lex Canuleia del 445 a.C., con cui fu conquistato il diritto di contrarre matrimonio tra le diverse classi sociali.

ELEMENTI. In origine il matrimonio non veniva celebrato in base ad alcun rito, essendo sufficiente la convivenza *cum affectionis* a rendere legale l'unione.
Ben presto, però, per far fronte al crollo delle nascite, ai divorzi facili e per rimediare alle abitudini dissolute invalse soprattutto tra le classi più agiate, fu avvertita l'esigenza di distinguere le coppie legalizzate da un rito pubblico dalle "coppie di fatto", accompagnate da una certa riprovazione sociale che seguiva anche i figli "illegittimi".
Si invalse, allora, l'uso di tre diverse forme di matrimonio cosiddette *cum manus*, poiché tutte ponevano la donna sotto la potestà del marito, sottraendola a quella paterna.

La formula pronunciata dalla donna, "*Ubi tu Gaius, ego Gaia*"[90], sintetizzava la condizione della donna di sottomissione alla potestas del marito.

Il matrimonio *sine manu*, invece, comportava che la donna restasse sottoposta al tutore[91] legittimo, designato ex lege tra i suoi agnati[92]: ella, rimanendo legata alla propria famiglia di origine, non vantava alcun diritto sull'eredità della famiglia del marito.

Le *iustae nuptiae*, che conferivano al marito detto potere[93] *ab origine* praticamente illimitato[94], erano la *confarreatio*, la *coemptio* e l'*usus*. Queste erano riservate esclusivamente ai cittadini romani ed erano le uniche ad essere riconosciute dal diritto: rappresentavano l'unico modo per procreare figli legittimi.

Per poter celebrare le nozze era necessario che i due sposi, un uomo e una donna, avessero raggiunto rispettivamente l'età di 14 e 12 anni, e che fossero in possesso del reciproco *conubium*: non dovevano esserci impedimenti determinati, ad esempio, dallo status di schiavo, dall'appartenenza a diversi ordini sociali o da determinati rapporti di parentela.

I tre riti, poi, si distinguevano per avere ognuno le proprie caratteristiche.

La *confarreatio* prendeva il nome dal *panis farreus*, la torta di farro che gli sposi offrivano a Giove, alla presenza del *Pontifex Maximus* e del *Flamen Dialis*, che officiava il rito. Questa era la forma più solenne e più antica, riservata alle classi sociali più elevate.

La novella sposa veniva appellata con il termine di *matrona*.

La *coemptio*[95]*,* accessibile anche ai plebei, era una sorta di *mancipatio*[96] con cui il padre vendeva simbolicamente la propria figlia al marito, così emancipandola.

In questo caso la moglie veniva chiamata semplicemente *uxor*.

L'*usus, invece,* era una forma di matrimonio fondata sul tempo che la donna avesse trascorso nella casa dell'uomo: si trattava di una vera e propria ipotesi di usucapione[97].

In altri termini, la coabitazione ininterrotta per un anno intero era considerata matrimonio legale, per usucapione della *manus* sulla moglie.

Fatta la legge, trovato l'inganno: qualora si fosse voluto contrarre matrimonio *sine manus,* era necessario che ogni anno la donna si allontanasse per tre notti consecutive dal tetto coniugale, sì da impedire che spirasse il termine utile ad essere "usucapita"[98].

In questo modo la donna conservava il proprio patrimonio e poteva succedere nell'eredità della propria famiglia d'origine.

---

[90] "Dove tu sarai, oh Gaio, sarò anche io, Gaia".

[91] La donna fu considerata, inizialmente, irresponsabile per natura e, in quanto tale, era necessario che fosse posta sotto la tutela di un uomo. L'evoluzione, perennemente in atto, dell'emancipazione femminile portò alla revoca d'ufficio della tutela in molti casi, ad esempio quando ella fosse divenuta madre per tre volte.

[92] Discendenti di sesso maschile in linea retta.

[93] Il potere era definito, appunto, "manus".

[94] I poteri della *manus* comprendevano il diritto di uccidere la propria moglie, come stabilito da una legge attribuita a Romolo, nel caso in cui avesse commesso adulterio o avesse bevuto vino.

[95] Il termine derivava da *cum* (con) ed *emptio* (acquisto).

[96] Il negozio anticamente usato per l'acquisto dei beni di maggiore importanza.

[97] Come già evidenziato nella precedente "Lezione", le XII Tavole stabilivano che le cose mobili potessero essere usucapite dopo un anno. La donna, ahimè, era considerata una "cosa mobile".

[98] Tale "rimedio" era definito, appunto, "*trinoctis*".

La celebrazione dei riti, tuttavia, non svolgeva una funzione costitutiva delle nozze.

Essa, infatti, presupponeva la sussistenza di due elementi imprescindibili affinché si potesse parlare di *iustae nuptiae:* la *convivenza* e *l'affectio maritalis*, a riprova della natura giuridica del matrimonio quale situazione di fatto prima ancora che di diritto.

La convivenza iniziava con la *deductio* della donna nella casa del marito, accompagnata dalla *affectio maritalis*, ossia dalla volontà costante nel tempo di condurre il matrimonio.

La mancanza di questo secondo elemento valeva a definire l'unione di due persone con il termine di "concubinato".

Le tre forme celebrative ora descritte scomparvero per dare spazio al rito matrimoniale simile a quello odierno, tale sia per le sue caratteristiche esteriori che spirituali.

I cristiani, infatti, conservarono tutto il rituale pagano, escludendo solo ciò che non era incompatibile[99] con le sue credenze.

Il MATRIMONIO... OGGI

a cura dell'Avv.Angela Quatela

1. Origine

Tra le materie oggetto di dispute tra lo Stato e la Chiesa, il matrimonio occupa un ruolo di primaria importanza in merito alla competenza a dettarne la disciplina. Nell'evo moderno e nell'età contemporanea si è registrata l'alternanza tra il predominio ecclesiastico che in base alla qualificazione sacramentale del matrimonio ha affermato la propria potestà a stabilirne i requisiti di validità, ed il predominio statale che ha mirato a secolarizzare l'Istituto.

In Italia solo con l'avvento del Codice Civile del 1865,si è attuata nella materia in esame, la separazione tra Stato e Chiesa, laicizzando il matrimonio.

Nel settore del diritto di famiglia l'evento fu considerato rivoluzionario con effetto nuovo e dirompente per la società dell'epoca e conforme all'indirizzo liberale del tempo, poiché venne sancito il principio per cui l'unico matrimonio considerato giuridicamente rilevante era quello civile. Tale principio tendeva a garantire la sostanziale eguaglianza tra tutti i cittadini, senza distinzione di religione, riconoscendo la possibilità a tutti che lo volessero la possibilità di costituire una famiglia legittima a parità di situazioni giuridiche e fuori di ogni rapporto confessionale.

Con la disciplina del matrimonio civile nasceva uno dei postulati della laicità dello Stato.

2. Natura dell'istituto

Né il codice civile del 1865, né il codice civile vigente offrono la definizione del matrimonio che è stata lasciata alla speculazione della dottrina e alla interpretazione della giurisprudenza. Dalla lettura e dall'esegesi delle norme dedicate è possibile solo distinguere tra il matrimonio civile come atto e il matrimonio come rapporto giuridico. Il legislatore detta i requisiti di validità per la costituzione del vincolo (negozio) e per gli effetti da esso sorti (rapporto).

L'atto di matrimonio è, analogamente al contratto, l'incontro di due dichiarazioni di volontà dirette a costituire tra i dichiaranti un rapporto giuridico ma se ne differenzia per l'assenza del tipico rapporto

[99] Fu esclusa, infatti, l'*aruspicina*, cioè la pratica di osservare le viscere degli animali per trarne segni divini in merito all'unione tra gli sposi: la cerimonia nuziale proseguiva solo se i responsi fossero stati positivi.

giuridico patrimoniale e per la imprescindibile necessità della manifestazione di un consenso libero, effettivo ed esplicito. Parte della dottrina ha considerato il matrimonio, analogamente al contratto, un accordo o una convenzione bilaterale poiché realizza interessi convergenti delle parti con un'uguale distribuzione di beni e di oneri dei due sposi ma di per sé insufficiente a produrre effetti se il consenso non è manifestato nelle forme di rito, davanti all'ufficiale di stato civile. Altra parte della dottrina moderna è stata, talvolta, portata ad accentuare gli elementi di diversità del matrimonio rispetto al contratto elaborando una concezione para-pubblicistica poiché si attribuisce all'atto dell'ufficiale di governo l'effetto costitutivo del vincolo matrimoniale e si degrada il consenso delle parti a mero presupposto dell'atto della pubblica autorità. Nell'alternanza delle teorie si è di fatto giunti a considerare il matrimonio ed il contratto come *species* di un unico *genus;* laddove il genere comune è il negozio giuridico e cioè la dichiarazione di volontà diretta a produrre effetti giuridici, sia di natura patrimoniale che non patrimoniale, senza dimenticare, però, che detto concetto è estraneo al codice civile che invece detta separatamente norme sui contratti e norme sul matrimonio.

3. Norme o fondamento normativo

Il matrimonio come **atto** è disciplinato dagli artt.84-142 del Codice Civile.

Di questi, i primi (artt.84-90 c.c.) sono dedicati alle condizioni necessarie per contrarre matrimonio enunciate però in negativo, infatti il legislatore anziché indicare in uno o più articoli i requisiti essenziali affinché possa sorgere il vincolo ci preavverte in quali casi sicuramente non potrà sorgere.

L'art.84 c.c. sancisce che non possono contrarre matrimonio i minori d'età a meno che il tribunale, su istanza dell'interessato, accertata la sua maturità psico-fisica e la fondatezza delle ragioni addotte e osservando la procedura di cui allo stesso articolo, ammetta per gravi motivi al matrimonio chi abbia compiuto i sedici anni, con facoltà, se le circostanze lo esigono, di nominare un curatore speciale (artt.90 c.c e 38 disp.att. c.c.). Analogamente non può contrarre matrimonio chi è interdetto per infermità di mente (art.85 c.c.) e chi è vincolato da un matrimonio precedente (art.86 c.c.).

Oltre ai predetti requisiti la cui mancanza comporta impossibilità a contrarre matrimonio, la legge prevede alcune situazioni che costituiscono impedimenti a contrarlo. Esse si distinguono in impedimenti dirimenti ed impedimenti impedienti, la cui inosservanza importa effetti differenti. I dirimenti sono quelli che si evincono dagli artt.87 e 88 c.c.e la cui violazione è sanzionata con l'invalidità.

L'art.87 c.c. detta il divieto a seconda dei gradi di parentela e affinità, nonché in caso di adozione e affiliazione.

L'art.88 c.c.vieta il matrimonio tra le persone delle quali l'una è stata condannata per omicidio consumato o tentato sul coniuge dell'altra, per ragioni facilmente intuibili, il c.d. impedimentum criminis.

Sono impedimenti impedienti l'omissione della pubblicazioni del matrimonio e la inosservanza della prescrizione di cui all'art.89 c.c..Si tratta del divieto temporaneo solo per le donne di passare a nuove nozze ma per non più di trecento giorni dallo scioglimento, dall'annullamento o dalla cessazione degli effetti civili del precedente matrimonio, il c.d.lutto vedovile (art.89c.c.).

Gli impedimenti impedienti sono gravati solo da sanzioni amministrative.

Gli artt. dal 93 al 101c.c. si occupano delle formalità preliminari alla celebrazione del matrimonio e quindi della pubblicazione, comprendendo modalità di espletamento, eventuali omissioni per ragioni gravissime sino ad arrivare al matrimonio celebrato in imminente pericolo di vita. Stante la funzione della pubblicazione che è sostanzialmente il rendere pubblico nei confronti dei terzi la volontà dei nubendi di addivenire all'atto matrimoniale, è configurabile il diritto degli aventi diritto a proporre opposizioni alla celebrazione del matrimonio disciplinato dagli artt.102-104 c.c..

La celebrazione del matrimonio è propriamente disciplinata dagli artt.106 a 113 c.c., in relazione al luogo e alla forma ivi compresa quella speciale per procura e soprattutto all'espresso divieto da parte dei coniugi *in fieri* di sottoporre a termine e/o condizione la dichiarazione di assumere lo status coniugale.

Gli artt. 115 e 116 c.c. disciplinano il matrimonio del cittadino all'estero e dello straniero in Italia.

Il matrimonio contratto in violazione degli artt.84,86,87 e 88 c.c. può essere impugnato ai sensi dell'art.117 c.c. analogamente ai casi di interdizione (art.119 c.c.), di incapacità di intendere e volere (art.120 c.c.), di violenza ed errore (art.122 c.c.), di simulazione (art.123 c.c.) e vincolo di precedente matrimonio (art.124 c.c.). L'azione di nullità può essere proposta secondo le modalità di cui gli artt.125-127c.c., mentre i suoi effetti sono disciplinati dagli artt.128-129bis c.c. in materia di matrimonio putativo, diritti dei coniugi in buona fede e responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo. La parte dedicata al matrimonio come atto si conclude con la normazione sulle prove della celebrazione e sulle disposizioni in materia penale di cui agli artt.130-142 c.c.

Il matrimonio come **rapporto** è disciplinato, invece, dagli artt.143-148 c.c..per quanto riguarda gli aspetti di tipo personale e dagli artt.159-259 per gli aspetti di tipo patrimoniale.

La normativa dei rapporti personali è contenuta in pochi enunciati legislativi, che vengono generalmente intesi come attributivi di una serie di diritti-doveri reciproci (art.143c.c.), indisponibili ed inderogabili (art.160 c.c.), nei quali si sostanzia la comunione morale e materiale.

La normativa dei rapporti patrimoniali elegge quale primario modello la comunione legale (art.159 c.c.) pur ammettendo altre forme di accordo per la gestione delle risorse della famiglia quali le convenzioni matrimoniali (art.162 c.c.), i regimi convenzionali sostitutivi come la comunione convenzionale (art.210 c.c.) e la separazione dei beni (art.215 c.c.) e/o regimi integrativi come il fondo patrimoniale (art.167 c.c.). La necessità avvertita dal legislazione di normare anche questi aspetti del rapporto matrimoniale nasce dalla volontà di tutelare la personalità e le libertà individuali dei coniugi e nello stesso tempo anche l'esigenza della coppia di disporre della base patrimoniale per realizzare la convivenza coniugale.

Gli artt.149-159 c.c e la L.01/12/1970 n.898 novellata dalla L.06/03/1987 n.74 e successive si occupano dello scioglimento del matrimonio dalla fase della separazione al divorzio.

4. Elementi del matrimonio come atto

Dall'analisi della struttura di questo negozio la dottrina, almeno la più tradizionale, ha identificato tre elementi caratterizzanti del matrimonio, la cui mancanza farebbe venir meno la fattispecie stessa: la diversità di sesso tra i nubendi, lo scambio del consenso e la forma. L'identità di sesso non è ammissibile nel matrimonio, sia perché più norme di legge presuppongono la diversità di sesso (artt.89,123,147c.c.), sia perché l'unione omosessuale stabile nel nostro ordinamento non ha ancora ottenuto un riconoscimento formale.

Il consenso e la sua manifestazione costituiscono il nucleo fondamentale del negozio. Per sottolineare l'importanza di questo elemento, basta considerare l'efficacia invalidante che la legge attribuisce al consenso viziato (art.122 c.c.) e questo non perché la volontà dello Stato voglia sovrapporsi a quella dei nubendi, ma perché l'ordinamento, al fine di garantire la stabilità del vincolo, vieta elementi che ritiene incompatibili con essa.

Il consenso è però da solo insufficiente a creare il negozio matrimoniale se non sia scambiato davanti all'ufficiale di stato civile o di chi ne fa le veci.

Egli, nella qualità, su richiesta dei nubendi, cura le formalità preliminari del matrimonio, procedendo con la pubblicazione che consiste nell'affissione alla porta della casa comunale degli stessi, di un atto

contenente le generalità, la residenza, la professione, ed il luogo in cui i richiedenti intendono celebrare il matrimonio (art.93 c.c.). La sua funzione non è di mera ricognizione, tant'è che in mancanza dei requisiti essenziali può legittimamente rifiutare la pubblicazione con certificato motivato,avverso il quale è ammesso ricorso al Tribunale che provvede in camera di consiglio, udito il pubblico ministero (art.98 c.c.).

L'ufficiale di stato civile è chiamato, altresì, alla celebrazione del matrimonio, che si svolge alla sua presenza o di un suo delegato. Egli, alla presenza di almeno due testimoni, legge agli sposi gli artt.143,144 e 147 c.c e dopo aver ricevuto la dichiarazione che esse vogliono prendersi come coniugi l'uno dell'altra , le dichiara unite in matrimonio. Immediatamente dopo redige e sottoscrive unitamente agli sposi e ai testimoni l'atto di matrimonio che provvede a trascrivere nei registri dello stato civile.

In particolare sul ruolo che svolge la dichiarazione dell'ufficiale di stato civile, nel tempo, si sono delineate tre tesi interpretative.

La teoria più antica ed ormai abbandonata vedeva nella dichiarazione, il vero fulcro del matrimonio ed il consenso dei coniugi un mero presupposto, con l'effetto di attrarre il diritto matrimoniale nel diritto pubblico, retaggio della visione della centralità dello Stato.

La tesi minoritaria ha posto, invece, la dichiarazione dell'ufficiale e quelle dei coniugi in posizione di parità.

La teoria prevalente individua nella dichiarazione dell'ufficiale un mero presupposto della efficacia del consenso dei coniugi e quindi un coelemento di una fattispecie complessa.

La necessità del rispetto della forma prescritta è l' ulteriore importante requisito per il sorgere del vincolo, in mancanza del quale vi è inesistenza giuridica e ciò non perché l'organo pubblico debba aggiungere l'assenso dello Stato al consenso delle parti, ma perché nell'interesse della pubblica certezza degli *status* personali, tale organo ha interesse a controllare la valida formazione del negozio matrimoniale.

Elementi del matrimonio come rapporto

Come già anticipato nel paragrafo 3) dedicato ai riferimenti normativi, gli elementi caratterizzanti il matrimonio come rapporto sono sostanzialmente riconducibili ai diritti ed obblighi di cui all'art.143 c.c.. e quindi all'obbligo della fedeltà, dell'assistenza morale e materiale, della collaborazione nell'interesse della famiglia, della coabitazione e della contribuzione. In realtà, alcuna dottrina non ritiene corretto l'uso dell'espressione diritti e doveri, almeno in senso tecnico, poiché dal matrimonio non derivano in un coniuge pretese verso l'altro. La aspettativa di un comportamento non si attesta come nascita di un diritto soggettivo assoluto, del quale ottenere la attuazione giudiziale, in caso di violazione, così come i comportamenti dovuti non possono essere oggetto di autonoma coercizione, ad eccezione del dovere di contribuzione (art.570 comma 2 n.2 c.p.) .

E' vero, invece che il comportamento difforme o contrastante con quello, cui fanno riferimento gli enunciati legislativi, non costituisce né inosservanza del dovere, in senso giuridico, né violazione del diritto del coniuge. Ha rilevanza, se espressamente invocata, nelle ipotesi di separazione e di scioglimento del matrimonio, al fine di accertare dalla condotta complessiva dei coniugi, se il proseguimento della convivenza sia tollerabile e se i motivi addotti rivelino la cessazione della comunione materiale e spirituale. Si ricorda che la grave violazione degli stessi può essere motivo di addebito della separazione.

E' da ritenere che l'uguaglianza morale e giuridica dei coniugi sancita dall'art.29 della Costituzione esprima i valori della reciprocità e della parità quali veri elementi caratterizzanti il rapporto matrimoniale.

5. Applicazioni

Nel rispetto dei sentimenti religiosi dei cittadini, l'ordinamento ha previsto, accanto alla celebrazione del matrimonio davanti all'ufficiale di stato civile, un particolare procedimento per attribuire effetti civili al matrimonio religioso, celebrato secondo il culto professato dai nubendi.

Lo Stato italiano con la Città del Vaticano in forza della stipula dei Patti Lateranensi del 11/02/1929, in particolare dell'art.34 del Concordato così come integrato dalla L.n.847/1929 ha riconosciuto il matrimonio c.d. concordatario nell'art.82 c.c. Successivamente l'art.8 dell'Accordo di Villa Madama firmato a Roma il 18/02/1984 ed il relativo punto 4 del Protocollo addizionale (eseguiti con legge n.121/1985) hanno sostituito l'art.34 del Concordato lateranense, mentre è rimasta in vigore la legge matrimoniale n.847/29 nelle parti non abrogate dall'Accordo.

L'art.83 c.c. riconosce, altresì, il matrimonio celebrato davanti a ministri dei culti ammessi nello Stato. Il matrimonio religioso degli acattolici con effetti civili è disciplinato dalle intese stipulate tra alcune confessioni religiose e lo Stato italiano, ai sensi dell'art.8, 3° comma della Costituzione (es.valdesi,luterani,ebrei) e dalla legge n.1159/1929 ancora vigente per le confessioni prive di intesa (es.mussulmani, testimoni di Geova).

Bibliografia:

Finocchiaro Francesco, Enc.Dir.Giuffrè, 1975;

Galgano Francesco, Diritto civ e comm, Cedam 1999;

Pino Augusto, Diritto di famiglia, Cedam 1998.

Concorsi

AVVOCATURA

PARERE DI DIRITTO PENALE ABILITAZIONE 2011 - TRACCIA 1

A cura della D.ssa Luisa Pignatelli

Il 20 gennaio del 2011 Tizio riceve da Caio della merce in conto vendita. I contraenti convengono che Tizio debba esporre la merce nel proprio negozio, al fine di venderla ad un prezzo preventivamente determinato, nel termine di 4 mesi.
L'accordo negoziale prevede che, alla scadenza stabilita, tizio debba corrispondere a Caio il prezzo concordato, ovvero restituire la merce rimasta invenduta.
Nel corso dei 4 mesi Tizio e Caio continuano ad intrattenere regolarmente rapporti commerciali, nonché di personale frequentazione sicché, alla scadenza del termine pattuito per la eventuale restituzione della merce rimasta invenduta, Caio non domanda nulla in merito alla esecuzione del primitivo contratto, ne' Tizio lo rende edotto del fatto che la merce e' rimasta totalmente invenduta.
Soltanto agli inizi del mese di luglio, a seguito di una discussione per divergenze di opinione in merito ad altri affari, Caio chiede conto della avvenuta esecuzione del contratto, ricevendo da Tizio risposte evasive. Alla fine del mese di luglio i rapporti tra i due si rompono definitivamente.
Al rientro dalle vacanze estive Caio fa un ulteriore tentativo di contattare Tizio per la restituzione della merce ovvero del corrispettivo e apprende dalla segretaria di tizio che la merce e' rimasta invenduta.
Decide quindi di tutelare le proprie ragioni in sede penale.
Il candidato assunte le vesti di legale di Caio rediga motivato parere analizzando la fattispecie configurabile nel caso esposto, soffermandosi in particolare sulle problematiche correlate alla procedibilità dell'azione penale.

****

Dalla vicenda narrata emerge con chiarezza la penale responsabilità di Tizio per il delitto di appropriazione indebita ex. art 646 cp., aggravato in ragione della circostanza comune prevista dall'art. 61 n. 11 cp.

La suddetta norma incriminatrice punisce la condotta del possessore di denaro o di altra cosa mobile altrui che se ne appropria per trarne vantaggio. Trattasi all'evidenza di un reato a soggettività ristretta, in quanto configurabile soltanto nell'ipotesi di preesistenza di una situazione possessoria di fatto a vantaggio del reo. La nozione di possesso che rileva ai fini dell'incriminazione travalica il significato strettamente civilistico, includendo oltre all'ipotesi della materiale disponibilità, anche la mera disponibilità giuridica della res. Possessore ai fini penali, quindi, è colui che può esercitare un potere decisionale sulla cosa al di fuori della custodia e della vigilanza

dell'avente diritto, non risultandone necessaria la disponibilità materiale e diretta. Il possessore così qualificato commette l'illecito de qua quando arbitrariamente trasforma il possesso in una situazione di signoria sul bene altrui, servendosene e utilizzandolo uti dominus. In concreto l'appropriazione può avvenire in diverse forme, quale l'ingiustificata modificazione unilaterale della destinazione della cosa in modo da renderla incompatibile con il titolo e la causa dell'originario possesso, oppure nel rifiuto della restituzione della cosa al legittimo proprietario che ne rivendichi il diritto. Nell'una come nell'altra ipotesi si realizza l'interversione nel possesso che costituisce il proprium della condotta appropriativa penalmente sanzionata e definisce il discrimine con la fattispecie di furto, che richiede il requisito negativo dell'assenza del possesso.

La condotta deve essere sorretta da un dolo specifico, in quanto oltre alla coscienza e volontà di appropriarsi di una cosa mobile altrui, il reo deve agire altresì per lo scopo precipuo di trarre un ingiusto profitto dall'acquisizione della res. L'ingiustizia del profitto è esclusa dall'accordo con il tradens, pertanto fin quando il possesso dell'accipiens è giustificato dalla conforme volontà del titolare della res non vi è condotta penalmente sanzionabile. Il delitto si consuma infatti nel momento in cui l'agente intraprende arbitrariamente una gestione della cosa in suo possesso eccedente i limiti derivanti dalla sua posizione. Parte minoritaria della giurisprudenza ritiene però che la consumazione presupponga l'avvenuta conoscenza del mutamento della volontà del possessore da parte del legittimo titolare. I due momenti vengono a coincidere in casi come quello descritto, in cui l'interversione nel possesso si concretizza con il rifiuto della restituzione del bene al termine pattuito non per mera disattenzione, ma per palese volontà di trattenerlo a proprio vantaggio. La Suprema Corte ha chiarito in proposito che il rifiuto ingiustificato della restituzione della cosa dopo la scadenza del termine rende manifesta l'esistenza dell'elemento soggettivo del reato, in quanto testimonia il venir meno della legittimità del possesso in correlazione con la determinazione del possessore di invertirne il titolo per un profitto personale.

Ebbene nel caso di specie è evidente che l'atteggiamento evasivo di Tizio di fronte alle domande sulla condizione della merce, decorso già da alcuni mesi il termine pattuito per la riconsegna dell'eventuale

rimanenza, vale al pari di un espresso rifiuto di restituzione. La merce è infatti rimasta invenduta, come conferma la segretaria qualche mese più tardi, ma Caio non ha mostrato alcuna intenzione di restituirla a Tizio. Pertanto quest'ultimo potrà difendere i propri diritti presentando una formale denuncia per i fatti esposti alla pubblica autorità. Nell'esposizione dei fatti sarà opportuno chiarire l'antefatto della vicenda, ossia la stipulazione di un contratto di conto deposito tra le parti legate da rapporti commerciali e amicali. La questione è di non poca rilevanza, in quanto consente la contestazione dell'aggravante ex. art. 61, n. 11 cp., al ricorrere della quale il reato è procedibile di ufficio, così come precisato dal comma 3 dell'art. 643 cp.

L'aggravante in questione è così individuata dal legislatore: "l'aver commesso il fatto con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni di ufficio, di prestazione d'opera, di coabitazione o di ospitalità". Il rapporto negoziale tra Tizio e Caio è infatti inquadrabile nella "prestazione d'opera", da intendersi nel senso più ampio di ogni relazione giuridica da cui scaturisca un obbligo di facere correlato ad un rapporto di fiducia tra le parti. Non rileva l'oggetto della prestazione, sia essa materiale o intellettuale, bensì la condizione di affidamento di un contraente nella correttezza del prestatore d'opera. Il legislatore penale ha inteso quindi inasprire il trattamento sanzionatorio nei confronti del reo che abbia approfittato della fiducia riposta in lui dal tradens per appropriarsi della cosa con maggior facilità. Come ha osservato la Suprema Corte, il contratto di conto deposito crea tra le parti un "rapporto di prestazione d'opera, nell'ampio senso attribuito a tale espressione dalla legge penale", quindi "l'appropriazione commessa dall'accipiens non può non ritenersi aggravata ai sensi dell'art. 61 n. 11 cp." (Cfr. Cass. pen. n. 641/1960 e, da ultimo, Cass. pen. sez. II, 17 gennaio 2011, n. 989).

Ciò chiarito l'azione penale nei confronti di Tizio risulta procedibile di ufficio ai sensi del terzo comma dell'art. 646 cp., diversamente da quanto accade per l'appropriazione indebita comune, procedibile a querela della persona offesa, da presentare entro il termine decadenziale di tre mesi dalla conoscenza del fatto di reato. Variando il regime di procedibilità dell'azione penale il legislatore ha inteso favorire la perseguibilità del reo in casi di appropriazione indebita aggravata, in quanto a prescindere da una formale querela della

persona offesa ex art. 120 e ss. cp, il delitto sarà sempre punibile, salvi i limiti della prescrizione, se denunciato all'autorità competente.

PARERE DI DIRITTO CIVILE SVOLTO DALL'AVV. MARTINO MODICA SULLA TEMATICA TRATTATA IN QUESTO NUMERO

Tizio, famoso commercialista, è sposato con Caia, nullatenente. Nel corso degli ultimi anni il costante stress da lavoro cui è sottoposto Tizio ha comportato un deterioramento dei rapporti personali tra i due coniugi, al punto da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza.

I due coniugi, dopo diversi anni di matrimonio, decidono pertanto di separarsi. In adempimento dell'obbligo di mantenimento ex art. 156 c.c., Tizio trasferisce a Caia la proprietà di un garage del valore di euro 85.000.

Dopo circa un anno dalla separazione, Caia intraprende una stabile relazione more uxorio con un famoso calciatore della città di Milano, che le assicura un tenore di vita superiore rispetto a quello di cui già godeva.

Tizio, allora, si reca dall'avvocato perché interessato a conoscere se può, in qualche modo, riottenere l'immobile trasferito in adempimento del suddetto obbligo di mantenimento.

Premessi brevi cenni sull'obbligo di mantenimento e sulla ammissibilità del suo adempimento "una tantum", il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere sul punto.

***

Il diritto al mantenimento del coniuge separato è previsto dall'art. 156 c.c. e trova fondamento, secondo parte della dottrina, nei reciproci diritti e doveri tra coniugi a contenuto patrimoniale derivanti dal matrimonio. Una volta pronunciata la separazione, pertanto, il dovere di assistenza materiale si identificherebbe con il dovere di mantenimento previsto dall'art. 156 c.c.

A giudizio di altri, invece, è il dovere di contribuzione che, a seguito della separazione, si trasformerebbe nei confronti del coniuge economicamente più debole in quello di corrispondergli un assegno di mantenimento.

In senso contrario, si è rilevato che il dovere di mantenimento non si pone affatto in linea di continuità con i doveri a contenuto patrimoniale inerenti alla qualità di coniuge, ma costituisce, alla luce del dovere di solidarietà

economica che persiste durante il periodo di separazione, uno strumento volto a garantire al coniuge che non può automantenersi, un passaggio meno traumatico alla nuova situazione (di separazione).

Premesso tutto ciò, il quesito di cui alla traccia pone, anzitutto, il problema circa l'ammissibilità di un adempimento, in un'unica soluzione, dell'obbligo di mantenimento.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza vede nell'obbligo di mantenimento una continuazione del dovere di contribuzione ex art.143 c.c. rilevando l'indisponibilità dell'obbligo e del relativo diritto, e dunque la nullità dell'atto traslativo "una tantum".

In particolare, questo orientamento era stato intrapreso dalla giurisprudenza della Cassazione prima della riforma del diritto di famiglia con sentenza 4458/56 e 758/63; successivamente, il carattere inderogabile dell'obbligo di mantenimento è stato ripreso da Cass. Civ. 1982 n. 2481 per la quale <<I patti modificativi delle condizioni economiche previste in sede di separazione consensuale sono validi ed efficaci, anche senza la omologazione del tribunale, qualora essi non siano lesivi del diritto di mantenimento o di alimenti, riconducibile al diritto-dovere di assistenza (art. 143 c. c.), avente natura inderogabile (art. 160 c. c.), [omissis]>>, dello stesso tenore Cass. Civ. n. 2270/1993 e n.657/1994.

Questo orientamento è stato da ultimo ripreso da sent. Trib. Piacenza 6.2.2003 n. 89 che ha dichiarato <<la nullità della scrittura privata in quanto redatta in violazione delle disposizioni inderogabili che prevedono l'irrinunziabilità del diritto del coniuge più debole all'assegno di mantenimento per il periodo della separazione e dell'assegno di divorzio per il caso di scioglimento del matrimonio>>.

All'interno di questo orientamento, alcuni autori ritengono che l'atto con cui il coniuge trasferisce l'immobile sia affetto non

da nullità totale ma parziale: essa in particolare colpirebbe solo la clausola che ricollega a tale atto l'estinzione del diritto al mantenimento. A tale rilevazione si replica che, trovando l'atto dispositivo la sua causa concreta nella clausola colpita da nullità, e ritenendosi fino a prova contraria che il disponente non avrebbe concluso il contratto in assenza della clausola suddetta, l'intero contratto sarebbe travolto da nullità.

Altra parte della dottrina e della giurisprudenza riconoscono il carattere disponibile dell'obbligazione al mantenimento rilevando l'assenza di una disposizione che ne sancisca l'indisponibilità, a differenza di quanto previsto in tema di obbligazione alimentare nonché alla luce della modificabilità dei provvedimenti relativi alla separazione (art. 155 ter, 156 c.c.).

Peraltro sarebbe contraddittorio affermare, da un lato, che i coniugi possono sempre modificare l'accordo di separazione, e, dall'altro, negare agli stessi la possibilità di concordare definitivamente i loro rapporti patrimoniali.

Queste conclusioni sono state confermate da Cass. Civ. n. 3299/1972 <<È valida la pattuizione, facente parte dell'accordo di separazione consensuale, secondo cui l'obbligazione di mantenimento debba essere adempiuta dal marito, anziché a mezzo di una prestazione periodica, con l'attribuzione definitiva alla moglie della proprietà di beni mobili od immobili, o di capitali in denaro. Tale attribuzione pertanto è, a sua volta, valida ed estinguere totalmente e definitivamente la predetta obbligazione, senza che in contrario rilevino il carattere non permanente dello stato di separazione e la possibilità che successivamente sorga, a carico del marito, l'obbligo degli alimenti.>>.

Alla luce di quanto esposto e considerato, può adesso procedersi ad analizzare il caso posto nella traccia.

La fattispecie pone il problema circa la definitività o meno degli adempimenti una tantum agli obblighi di mantenimento.

È lo stesso art. 156 ult. co. C.c. a prevedere che, qualora sopravvengano «giustificati motivi», il giudice, su istanza di parte, possa disporre la revoca o la modifica dei provvedimenti assunti con la sentenza di separazione.

Tale previsione costituisce un'importante eccezione agli effetti preclusivi del giudicato; essa discende dal principio generale secondo il quale tutte le statuizioni accessorie relative alla separazione dei coniugi sono soggette alla clausola rebus sic stantibus, e sono, quindi, sempre suscettibili di modifica o revoca laddove si verifichi successivamente un mutamento delle circostanze di fatto esistenti al momento della pronuncia.

Nondimeno, la clausola rebus sic stantibus riguarda, per lo più, rapporti ad esecuzione continuata, periodica o differita: il problema che dunque pone il caso di specie riguarda la operatività della clausola anche in caso di adempimento una tantum.

In questo caso, infatti, l'esecuzione dell'obbligo è immediata e, dunque, non vi sarebbe spazio per l'operatività della clausola rebus sic stantibus.

Avendo infatti estinto l'obbligo di mantenimento, il fatto sopravvenuto - ossia il miglioramento delle condizioni di vita di Caia – non fa sorgere in capo a Tizio un diritto alla revisione, proprio perché egli non ha più alcun obbligo nei confronti dell'ex moglie, a differenza di quanto accadrebbe qualora Tizio fosse tenuto alla prestazione periodica, che può essere ridotta o eliminata proprio in quanto in itinere.

Questa conclusione appare evidentemente iniqua in quanto svantaggia quei coniugi che preferiscono liberarsi da un periodico obbligo di mantenimento privilegiando l'adempimento in un'unica soluzione.

Appare illogico, pertanto, che l'ordinamento da un lato consenta di adempiere una tantum all'obbligo di mantenimento ma, dall'altro lato, svantaggi chi decida di disporre in tal senso.

L'unica soluzione praticabile, ad avviso di questo difensore[100]*, sarebbe quella di fare leva sul principio, coniato dalla giurisprudenza nelle sentenze n. 5253/00 e 4094/98, per il quale durante la separazione personale non viene meno <<la solidarietà economica che lega i coniugi durante il matrimonio e che comporta la condivisione delle reciproche fortune nel corso della convivenza>>.*

Esso si giustifica col rilievo che, se fosse rimasto in vita lo stato di convivenza, il miglioramento delle condizioni economiche di un coniuge avrebbe spiegato i suoi riflessi anche sull'altro.

Ne consegue che il notevole incremento dei redditi di uno dei coniugi, verificatosi successivamente alla separazione, potrebbe giustificare la revoca, ovvero la risoluzione, dell'attribuzione una tantum.

Non v'è dubbio, invero, che il fine del trasferimento immobiliare posto in essere nel caso di specie sia quello di consentire a Caia di mantenere, durante il periodo di separazione, lo stesso tenore di vita fruito durante il matrimonio: ove questo interesse venisse meno, cadrebbe anche lo scopo dell'attribuzione. Tale rilevazione, in uno con il dovere di solidarietà economica che <<comporta la condivisione dei reciproci mezzi economici>> (Cass. 5053/00) renderebbe ammissibile la restituzione dell'immobile.

In conclusione, dunque, può affermarsi che in base agli orientamenti giurisprudenziali in via di consolidamento, ma opinabili alla luce delle considerazioni suesposte, è da escludersi che Tizio possa avanzare richieste restitutorie.

[100] Ma si tratta di soluzione che non trova riscontro in giurisprudenza

MAGISTRATURA

I comportamenti, anche alla luce della teoria del negozio giuridico.

Dott. Davide Nalin

Dal punto di vista semantico, con il termine comportamento si indica un particolare modo di agire di un organismo vivente (nella fattispecie: dell'uomo). Tradizionalmente, agire significa dunque tradurre in azioni determinati impulsi psicologici, i quali fuoriescono dalla sfera dell' "io" per impattare sul mondo fisico. Il fenomeno e' noto gia' nella fisica classica: ogni comportamento postula che il soggetto agente imprima energia cinetica alle proprie azioni modificando il mondo esteriore.

Ridurre la nozione di comportamento alle sole azioni in senso positivo, escludendo le omissioni, e' parziale nonché errato, prima che alla luce del diritto (si veda *infra*), alla luce della fisica più moderna, che penetra secondo differenti gradi il diritto. Infatti e' oramai acquisito nelle scienze moderne che l'omissione sia in grado di produrre modificazioni nella realtà materiale. Se ciò e' vero per la fisica (mondo dell'essere), a *fortiori* la conclusione e' corretta per il diritto (mondo del dover essere). A dimostrazione di ciò sufficiente citare la categoria penalistica del reato omissivo improprio (art. 40 cpv. c.p.), la categoria del silenzio significativo nel diritto amministrativo e, infine, tra le tante, la fattispecie del contratto unilaterale (art. 1333 cod. civ.).

Dunque, nella nozione di comportamenti rientrano sia le condotte omissive sia le condotte attive.

Fatta tale doverosa precisazione, e' necessario mettere in evidenza il quesito della traccia. Precisamente, quest' ultima non richiede una pedissequa analisi di tutte le tipologie di comportamenti rilevanti nel diritto civile, ma la elaborazione di una teoria generale del comportamento (merce' l'ausilio della teoria generale del negozio giuridico), con la successiva illustrazione delle più rilevanti fattispecie poste a fondamento della presente costruzione

Prima di fare ciò, risulta interessante riservare brevi cenni alla **nozione giuridica** di comportamento. Esso infatti assume rilevanza nel diritto amministrativo, penale e civile, seppur con differenti connotazioni.

Nel **diritto amministrativo** tre sono le tipologie di comportamenti rilevanti:

- comportamenti riconducibili *immediatamente* all'esercizio di un pubblico potere;
- comportamenti riconducibili *mediatamente* all'esercizio di un pubblico potere;
- comportamenti *non* riconducibili *nemmeno mediatamente* (e a *fortiori* nemmeno immediatamente) ad un pubblico potere.

I comportamenti di cui ai punti i) e ii) sono espressamente codificati nel Codice del Processo Amministrativo (art. 133 lett. g); i comportamenti non autoritativi (rientranti nella attività paritetica, *recte*: di secondo livello della P.A.), invece, si ricavano per esclusione.

Anche il silenzio non significativo (meglio noto come silenzio inadempimento) viene annoverato nella categoria dei comportamenti autoritativi, sebbene si identifichi con un comportamento inerte (dunque omissivo; art. 117 C.P.A.).

Nel **diritto penale**, dove la penetrazione delle scienze e' più marcata e diretta, la categoria dei comportamenti attivi ed omissivi riceve espressa consacrazione in numerose disposizioni, dove si fa

più volte riferimento sia alla azione sia alla omissione penalmente rilevanti (si veda tra tutti l'art. 40 cpv. c.p.).

In conclusione, nel diritto penale e nel diritto amministrativo la categoria dei comportamenti e' presa in considerazione dal legislatore alla stregua di categoria generale.

Nel **diritto civile**, invece, ciò non si verifica in maniera altrettanto cristallina e pura in quanto l'influenza delle scienze e' meno pregnante rispetto ad altri settori del diritto. Infatti, nell'ambito del diritto civile, le leggi di copertura sulle quali si fondano le inferenze deduttive delle disposizioni sono quasi esclusivamente mutuate dalle scienze sociali, se non addirittura da codici di valore, appartenenti alla morale, al costume, allo standard di una comunità.

Un importante ausilio nella ricostruzione di una teoria dei comportamenti proviene dalla teoria generale del negozio giuridico, sulla quale occorre brevemente soffermarsi.

Nella sua versione più classica, con il termine negozio giuridico si intende una dichiarazione di volontà diretta ad uno scopo pratico, consistente nella costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico. Elementi costitutivi della figura in esame sono:

- volontà;
- dichiarazione;
- manifestazione della dichiarazione (dunque la dichiarazione deve fuoriuscire dalla sfera interiore del suo autore);
- iv) direzione a scopo pratico.

Parte della dottrina (Betti; la indicazione dell'autore, stante il divieto di citare autori nelle sentenze ex art. 118 comma 3 disp. att., si rende necessaria data la importanza della teoria che ci si accinge ad illustrare) ha criticato la definizione da ultimo riportata, qualificando il negozio giuridico alla stregua di un atto con cui il singolo regola da se i propri interessi nei rapporti con altri: atto al quale il diritto ricollega gli effetti più conformi alla funzione economico sociale che ne caratterizza il tipo. Elementi costitutivi sono:

- forma;
- contenuto;
- causa.

Ai fini della soluzione del quesito proposto dalla traccia, occorre soffermarsi sulla nozione di forma, la quale deve essere intesa in una accezione differente rispetto a quella desumibile dall'art. 1325 del codice civile. Precisamente, la forma può essere definita come il modo, meglio, lo strumento attraverso il quale la (dichiarazione di) volontà e' manifestata.

Dunque il negozio e' un atto consistente ora in una dichiarazione ora in un semplice comportamento. Se il negozio e' un fatto sociale come lo e' l'autonomia privata, occorre concludere che anche il negozio giuridico debba soddisfare esigenze di riconoscibilità. Tale esigenza e' soddisfatta, come del resto insegna la fisica, soltanto da dichiarazioni o comportamenti, i quali sono entità socialmente riconoscibili e, quindi, tali da poter costituire oggetto di interpretazione (v. art. 1362 comma 2).

Ciò precisato su di un piano prettamente generale, e' necessario ora soffermare la attenzione sulla illustrazione della teoria generale dei comportamenti alla luce del negozio giuridico.

Procediamo con ordine.

Per quanto concerne le modalità con cui il comportamento viene portato a conoscenza dei terzi (indirizzamento, da tenersi ben distinto dal concetto di forma come più sopra inteso), va rilevato che, a differenza della dichiarazione, il comportamento puro e semplice non presuppone la collaborazione psichica del suo destinatario; non fa dunque appello alla coscienza o alla volontà delle persone nella cui sfera giuridica devono prodursi gli effetti del negozio.

Il comportamento e' riconoscibile dal fatto che esso, sia nella forma attiva che in quella omissiva (anche se in quest'ultimo caso si rilevano evidenti difficoltà di misurazione del *quantum*), esaurisce il suo risultato in una modificazione oggettiva della realtà materiale. Grazie alla possibilità di un suo riscontro diretto nel mondo fisico, il comportamento, a differenza di quanto avviene per la dichiarazione (dove la recettizieta' e' la regola, laddove si tratti di dichiarazioni *inter vivos;* arg. artt. 1334 e 1335 cod.civ.), attua il regolamento (*rectius:* l'auto regolamento) di privati interessi senza essere intrinsecamente destinato ad essere portato a conoscenza di terzi.

Volendo impostare la trattazione sulla dialettica diritto e scienza, si può comprendere come nella teoria generale dei comportamenti gli *standards* sociali sembrano cedere il passo, seppur in misura parziale, alle scienze esatte (prime tra tutte la fisica), alle quali spetta colmare alcuni elementi normativi della fattispecie.

Semplici comportamenti che rientrano nella categoria del negozio sono la occupazione (art. 923 comma 1) e la derelizione (art. 923 comma 2), che operano rispettivamente la presa di possesso o l'abbandono del bene con conseguente effetto dell'acquisto o della perdita della proprietà, senza che a questo fine sia richiesta alcuna presa di cognizione da parte di altri (estremizzando i principi illustrati, la occupazione potrebbe avvenire anche in segreto, a patto ovviamente che si realizzano tutti gli elementi costitutivi della fattispecie). Resta fermo ovviamente il principio per cui il contegno, seppur non pervenuto a conoscenza di terzi, debba possedere l'imprescindibile requisito della riconoscibilità agli altri consociati, intendendosi per riconoscibilità una qualità oggettiva dell'atto, destinato quindi ad impattare sul mondo fisico modificandolo (modificazione di cui il mondo giuridico si limita a prendere cognizione, ricollegandovi l'effetto dell'acquisto della proprietà; art. 923 codice civile).

Un altro esempio di comportamento rilevante alla stregua di negozio giuridico può essere identificato nella gestione di affari altrui.

Precisamente, recita l'articolo 2028 del codice civile: "*Chi, senza esservi obbligato, assume scientemente la gestione di un affare altrui, è tenuto a continuarla e a condurla a termine finché l'interessato non sia in grado di provvedervi da se stesso.*

L'obbligo di continuare la gestione sussiste anche se l'interessato muore prima che l'affare sia terminato, finché l'erede possa provvedere direttamente".

Dal punto di vista giuridico, dunque, l'atto di assunzione della gestione di un affare altrui ("... *assume scientemente la gestione di un affare altrui...*") rappresenta un comportamento qualificabile alla stregua di un negozio, cui la legge ricollega determinati effetti (primo tra tutti l'obbligo di continuare la gestione e di condirla a termine finche' l'interessato non sia in grado di provvedervi).

Come emerge dalla interpretazione della disposizione da ultimo citata, il gerente rimane impegnato dal fatto oggettivo della gestione a prescindere dalla conoscenza che il gerito ne abbia (la presa di

cognizione da parte di quest'ultimo e' condizione per l'adempimento di obblighi e per l'esercizio di diritti derivano dalla gestione).

Se il contegno attivo non desta particolari problematiche nell'inquadramento nella teoria generale del negozio giuridico, alle medesime conclusioni non si può pervenire per il contegno concludente (e in particolare per il contegno omissivo).

Procediamo con ordine, soffermandoci sulla elaborazione della teoria del comportamento concludente alla luce della teoria del negozio giuridico.

Precisamente, nel contegno concludente si ha una forma di manifestazione della volontà che, in contrapposizione a quella diretta o esplicita, si qualifica come indiretta o implicita (secondo alcuni anche tacita).

Il criterio distintivo tra le due forme di manifestazione ha dunque carattere prettamente oggettivo e residua nella diversa riconoscibilità su di un piano sociale; riconoscibilità che e' diretta nella manifestazione di volontà esplicita, indiretta nel contegno concludente.

E' diretta la riconoscibilità- e dunque esplicita la manifestazione- che avviene per mezzo di segni che nel costume sociale (tipicità sociale, cui spesso segue la tipicità giurisprudenziale e, in ultima battuta, quella normativa) o per convenzione delle parti (trattasi spesso di un contratto normativo) assumono un determinato significato.

Giova ribadire in tale sede che il linguaggio, pur essendo sul piano sociale il mezzo di manifestazione esplicita più diffuso, le parti, nell'esercizio della loro autonomia (art. 1321 e seguenti) possono pattuire che nei loro rapporti assumano rilievo alla stregua di dichiarazioni espresse anche atteggiamenti silenziosi e financo omissivi.

E' per contro indiretta la riconoscibilità (ed implicita la manifestazione) quando avviene per mezzo di un contegno che, di per se preso, non ha funzione di far riconoscere agli interessati il suo contenuto, ma per regola logica si qualifica concludente in applicazione del principio di autoresponsabilita' nei confronti dei consociati.

Dal punto di vista delle categorie logiche (meglio, da un punto di vista "superiore), la distinzione tra manifestazione implicita e manifestazione esplicita può essere così impostata.

Ricorrendo allo schema fatto-norma-effetto, la dichiarazione esplicita produce l'effetto prescritto dalla legge merce' un procedimento di sussunzione diretta nella norma (in tal caso il procedimento di sussunzione ha natura deduttiva). Detto altrimenti, data la dichiarazione A, e' certo che si produca l'effetto X (ad esempio la accettazione della eredita; art. 475 cod. civ.), con la conseguenza che l'interprete non dovrà indagare sul significato sociale della dichiarazione, falsificandolo.

Nel caso, invece, di dichiarazione implicita (o tacita), la questione muta radicalmente, giacche' la regola di copertura non e' costruita in termini di certezza (es. art. 476). Dunque, dato il contegno B, e' probabile che si produca l'effetto Y (continuando con l'esempio: l'accettazione dell'eredita). Spetta dunque all'interprete calare il contegno nel contesto sociale ed accertare attraverso il ricorso alle tecniche di falsificazione (corroboration e cumulative redundancy) se nel caso concreto e' probabile che il contegno B presupponga una volontà conforme all'effetto Y (dunque la accettazione della eredita; art. 476). La difficoltà di tale accertamento risiede nel fatto che la falsificazione avviene attraverso regole sociali, dunque di validità di gran lunga inferiore ad 1.

Alla luce di quanto detto appare palese come sia necessario inferire in via abduttiva dal contegno inquadrato nel complesso delle circostanze il significato oggettivo di un negozio giuridico, che non e' esplicito, ma pur sempre riconducibile in modo implicito e indiretto ad una volontà.

La manifestazione indiretta puo' a ben vedere consistere anche in un discorso, se questo non e' diretto a rendere noto quel contenuto che se ne desume, ma a proferire tutt'altra cosa, sempre che tra questa e il contenuto in questione sussista per logica coerenza un nesso positivo o negativo. Si pensi a titolo esemplificativo all'art. 254 co. 2 cod.civ., secondo cui "*La domanda di legittimazione di un figlio naturale presentata al giudice o la dichiarazione della volontà di legittimarlo espressa dal genitore in un atto pubblico o in un testamento importa riconoscimento, anche se la legittimazione non abbia luogo".*

Alla luce dei criteri riportati, occorre ora soffermarsi sulla complessa questione se ed in qual misura l'inerzia consapevole di fronte a certe circostanze e situazioni da parte di chi aveva la concreta possibilità di agire, sia sufficiente a dar corpo ad un atto di autonomia privata ed assumere il significato di negozio giuridico (contegno omissivo). La questione e' stata discussa soprattutto nei riguardi del silenzio.

Le difficoltà maggiori riscontrate in tale ambito sono dovute anzitutto alla considerazione per cui il silenzio dal punto di vista fisico risulta un *quid* di inafferrabile, un *ens* privo di un *corpus* materiale e come tale del tutto inidoneo a produrre una modificazione materiale immediatamente percepibile della realtà. A tal riguardo va osservato che se si qualifica il silenzio in termini di irrilevanza si trascura il fatto che l'ordinamento civile puo' manipolare le categorie scientifiche (a patto ovviamente di non stravolgerle radicalmente, pena la irragionevolezza della legge). Pertanto, sebbene il silenzio non produca una modificazione dello stato di fatto preesistente percepibile dai sensi umani, non puo' escludersi a priori che l'ordinamento giuridico consideri il contegno omissivo, nel concorso con determinate circostanze, in grado di produrre un evento in senso giuridico e, dunque, valere alla stregua di negozio giuridico.

Il vero punto di svolta in materia di silenzio nella teoria del negozio giuridico e' stato identificato dalla piu' autorevole dottrina nel rilievo per cui se al comportamento si ricollegano effetti giuridici in considerazione della loro conformità all'intento normale che lo determina, gli si dovrà riconoscere valore di negozio, sia che configuri una vera dichiarazione, pur silenziosa, sia che concreti un contegno concludente. Ciò accade nel caso in cui chi, avendo la concreta possibilità, l'interesse o l'onere di parlare, in particolare di contraddire, omette consapevolmente di farlo di fronte a coloro cui dovrebbe dichiarare la propria opposizione, o fa una dichiarazione silenziosa di consenso, o manifesta indirettamente il proprio assentimento alla altrui iniziativa per quel che concerne i propri interessi.

Il silenzio, tuttavia, di per se solo non puo' valere alla stregua di negozio, occorrendo il concorso anche di altre circostanze, tra le quali occorre ricordare le consuetudini, le pratiche generalizzate, nonche' eventuali accordi (anche se in quest'ultimo caso, a rigore, il silenzio può valere alla stregua di dichiarazione espressa secondo quanto più sopra rilevato).

Alla luce di quanto detto può affermarsi che il silenzio (di fronte ad una determinata comunicazione di controparte), affinché valga come accettazione, deve manifestarsi nell'ambito di rapporti tra due o più

parti avente natura contrattuale (o, quantomeno, nel corso di trattative contrattuali), di guisa che l'effetto impegnativo del silenzio trovi giustificazione in siffatti rapporti e, dunque, nelle circostanze effettuali.

I principi generali esposti in materia di congegno concludente e, più nel dettaglio, in materia di silenzio, trovano fondamento, essendo stati ricavati in via induttiva, nelle seguenti catene normative: articoli 1327 (esecuzione prima della risposta dell'accettante), 1396 (modificazione ed estinzione della procura), 2206, con particolare riferimento al secondo comma (secondo cui "in *mancanza dell'iscrizione, la rappresentanza si reputa generale e le limitazioni di essa non sono opponibili ai terzi, se non si prova che questi le conoscevano al momento della conclusione dell'affare*"), 477 (donazione, vendita e cessione; parte della dottrina parla in tal caso di accettazione presunta, in quanto dal compimento degli atti indicati dalla disposizione si ricava in via abduttiva la esistenza di una volontà tacita di accettare, senza che all'uopo sia necessario compiere alcuna indagine sulla volontà del disponente, come tale presunta), 478 (rinunzia che importa accettazione), 2648 comma 3 (secondo cui "*se il chiamato ha compiuto uno degli atti che importano accettazione tacita dell'eredità, si può richiedere la trascrizione sulla base di quell'atto, qualora esso risulti da sentenza, da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente*"), art. 1597 (rinnovazione tacita del contratto di locazione), 1823 comma 2 ("*il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita. Se non è richiesto il pagamento, il saldo si considera quale prima rimessa di un nuovo conto e il contratto s'intende rinnovato a tempo indeterminato*"), 1175, 1337, 1375 del codice civile (la buona fede, infatti, puo' imporre il dovere di *clare loqui* e, dunque, dare rilievo in determinate circostanze al contegno negoziale omissivo).

L'ESERCIZIARIO

AVVOCATURA

Parere diritto civile

Tizio ha intenzione di acquistare l'appartamento che Caio, imprenditore edile, sta ultimando. Si rivolge, dunque, alla Banca Alfetta per ottenere un mutuo fondiario.

La pratica viene approvata dalla Banca ma la somma non viene ancora erogata, tuttavia le parti provvedono a stipulare il preliminare di vendita.

Nelle more della stipulazione del definitivo, la somma viene erogata dalla Banca Alfetta ma il cantiere di Caio viene sottoposto a sequestro dalla polizia giudiziaria.

Alla luce della nuova situazione di fatto Tizio chiede, ottenendola, la risoluzione del preliminare.

Tuttavia, la posizione debitoria verso la banca è rimasta aperta e pertanto Tizio si rivolge al proprio legale di fiducia chiedendo parere circa la possibilità di recedere dal suddetto contratto di mutuo.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga motivato parere sul punto soffermandosi, in particolare, sulla la natura del mutuo di scopo.

Parere diritto penale

Tizia, famosa presentatrice, intraprende una relazione con Caio, operaio addetto alla manutenzione degli impianti di caldaia degli studi in cui si registra la trasmissione televisiva. La relazione tra i due amanti avviene sempre alla luce del sole: Caio, infatti, recapita spesso mazzi di fiori personalmente nel camerino della presentatrice, si reca sovente a portare la colazione a Tizia e le stesse riviste cc.dd. di gossip ritraggono Tizia e Caio in una vacanza alle Maldive intenti a scambiarsi effusioni sulla spiaggia.
L'avv. Sempronio, legale e procuratore di Tizia, preoccupato delle negative conseguenze che la relazione sta causando all'immagine di Tizia, suggerisce a quest'ultima di interrompere la relazione e di accordarsi con un famoso attore per fingere una love story, al fine di risollevare la immagine della presentatrice. Tizia acconsente e senza fornire spiegazioni interrompe bruscamente la relazione con Caio, comunicando la decisione a quest'ultimo con una lettera pubblicata su di un giornale. Di lì a pochi giorni Caio viene licenziato dal posto di lavoro, con una motivazione giudicata dal giudice del lavoro "apparente". Caio tuttavia non opta per la reintegrazione nel posto del lavoro.
Caio decide di ottenere da Tizia delle spiegazioni e, dunque, telefona a costei, ma scopre che il numero di cellulare risulta disattivato. Decide allora di recarsi numerose volte nell'unica dimora di

Tizia a lui noto (dimora che si scoprirà successivamente non corrispondere all'effettivo domicilio), non trovandola tuttavia. Il portiere, preoccupato dei numerosi appostamenti di caio, decide di avvertire Tizia della situazione, la quale subito dopo viene ricoverata a causa di uno svenimento repentino. All'atto della dimissione viene diagnosticata una sindrome depressiva di origine non identificata. Caio non demorde ed inizia a recarsi sul posto di lavoro di Tizia, stazionando all'ingresso principale. Tizia, avvertita della situazione, inizia ad utilizzare la uscita secondaria. Dopo un mese di appostamenti da parte di Caio, Tizia sviene in diretta tv e viene ricoverata in preda ad una forte stato ansioso in ospedale per una settimana.
Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizia, rediga parere motivato suggerendo alla propria assistita le soluzioni piu opportune per la tutela della sua persona e della sua incolumità.

MAGISTRATURA

Civile

Il negozio in danno al terzo

Penale

Illegalità e colpevolezza nelle scriminanti

Amministrativo

La novazione nel diritto amministrativo

NOTARIATO[101]

TRACCIA SOCIETARIO

a cura del Dott. Marco Filippo Giorgianni

Marco, Giovanni e Daniele sono gli unici soci della "Birra per tutti spa", con sede in Messina, via Battisti n. 35, società avente ad oggetto la produzione ed il commercio in tutto il mondo di birre di vario tipo.
La società ha un capitale sociale di euro 1.000.000 interamente versato, e patrimonio corrispondente, spettante ai soci nella misura del 40% ciascuno a Marco e Giovanni e per il restante 20% a Daniele.
In seguito a una complessa riorganizzazione aziendale, dalla suddetta società si intende procedere a creare due società di nuova costituzione, da chiamarsi rispettivamente "Birra del Boss spa", nella quale verrebbe conferito il capannone industriale di maggior valore, sito in Milazzo, via Levante 19, del valore di 500.000 euro, e della quale sarebbero soci, rispettivamente nelle misure dell' 80% e del 20% Marco e Daniele, e "Birra Trinacria sas di Giovanni ", nella quale verrebbe conferito un capannone industriale più piccolo, sito in Giardini Naxos,via Crispi 18, del valore di euro 300.000 e l'azienda sita in Messina,via Battisti 35, del valore di euro 200.000, contenente i macchinari necessari alla produzione di birra artigianale, e della quale sarebbero soci rispettivamente nelle misure dell' 80% e del 20% Giovanni, che sarà accomandatario, e Daniele, che sarà accomandante.

[101] Lo svolgimento di questa traccia e di quella del mese precedente verranno pubblicati nel numero di marzo 2012.

Pertanto, presso lo studio del Notaio Romolo Romani di Milazzo, in via Marina 619, viene convocata l'assemblea dei soci per discutere e deliberare quanto elencato.
Daniele, però, è impegnato in un lungo viaggio in barca a vela, e non può intervenire nè rilasciare alcuna delega.
L'amministratore unico, Silvia, che presiede anche ai lavori assembleari, si reca dal notaio due giorni dopo l'assemblea al fine di ottenere la verbalizzazione di quanto avvenuto in data 22 febbraio 2012, non essendo stata possibile la verbalizzazione contestuale a causa del prolungarsi dell'assemblea , nella quale, peraltro, Giovanni chiede al notaio, in un attimo di litigio con Marco, di verbalizzare che il Milan vincerà il campionato a discapito della Juve.
Il candidato, assunte le vesti del notaio Romolo Romani, rediga quanto richiesto e, dopo aver motivato le soluzioni adottate, evidenziando anche la natura ed il numero dei consensi necessari all'operazione, tratti in parti teorica della differenza tra scissione e conferimento d'azienda, della scissione asimmetrica e non proporzionale e del verbale non contestuale di società di capitali.

Per chi volesse svolgerle e ricevere le correzioni inviare svolgimento tracce alla mail: itemidisarannogiuristi@gmail.com Nel numero successivo si pubblicheranno gli elaborati migliori e/o le indicazioni schematiche e bibliografiche per svolgere le tracce.

Il Massimario

Civile

Nulla può vietare nel condominio il divieto di possesso di animale ad eccezione del regolamento contrattuale oppure con l'unanimità
Cassazione Civile Sentenza n. 3705/2011

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Già nel 1993 un'altra sentenza della Suprema Corte si occupò della materia (Cass. Civ., sent. n. 12028/1993) ed a distanza di diciotto anni le cose non sono cambiate. Il divieto di tenere animali in condominio comporta una compromissione del diritto di proprietà dei singoli condòmini ecco perchè, al fine di un legittimo divieto in tal senso, è necessario che ci sia o un regolamento contrattuale o una modifica del regolamento comune che, però, deve essere approvato all'unanimità. Infatti, l'unica fonte che può giustificare gli atti dispositivi incidenti nella sfera giuridica di ogni singolo condòmino può rinvenirsi solo nella volontà di ciascuno (e, dunque, per quanto riguarda i limiti a cui sottoporre tutti i condomini: solo nella volontà unanime). Gli Ermellini, dunque, hanno confermato che "*... il divieto di tenere negli appartamenti i comuni animali domestici non può essere contenuto negli ordinari regolamenti condominiali, approvati dalla maggioranza dei partecipanti, non potendo detti regolamenti importare limitazioni delle facoltà comprese nel diritto di proprietà dei condomini sulle porzioni del fabbricato appartenenti ad essi individualmente in esclusiva*".

Corte di Cassazione, sez. II Civile, sentenza 21 dicembre 2010 – 15 febbraio 2011, n. 3705

Svolgimento del processo

Con sentenza del 17 dicembre 2001 il Tribunale di Bari, in accoglimento della domanda proposta da Lo.Ni. e Pe. Ro. nei confronti del Condominio di via (OMESSO) di quella città, dichiarava la nullità delle Delib. condominiali 17 giugno e Delib. 15 settembre 1996 relativamente alla modifica dell'articolo 5 del regolamento condominiale laddove era previsto il divieto di tenere in casa e in qualsiasi spazio comune animali di qualsiasi genere.

Secondo il primo Giudice, in considerazione della natura contrattuale della predetta disposizione che incideva su diritti dei condomini, la stessa non poteva essere modificata a maggioranza, essendo richiesta l'unanimità dei consensi.

Con sentenza dep. il 14 maggio 2004 la Corte di Bari, in riforma della decisione impugnata dal Condominio, rigettava la domanda proposta dagli attori.

Secondo i Giudici di appello il Tribunale, dopo avere correttamente ritenuto il regolamento in oggetto di natura contrattale, aveva errato laddove aveva operato la distinzione fra clausole regolamentari modificabili a maggioranza e clausole modificabili con il consenso unanime sotto il profilo della limitazione dei diritti individuali: la sentenza di appello escludeva che quello relativo alla limitazione dei diritti individuali fosse un criterio esaustivo, posto che anche la regolamentazione dell'uso delle cose comuni, per le quali è pacifica la modificabilità a maggioranza, costituisce un limite al godimento della cosa imposta ai singoli; la diversa regola di modificabilità del regolamento va determinata in base al suo contenuto. Orbene – osservavano ancora i Giudici di appello – il divieto di tenere animali, essendo finalizzato a non arrecare disturbo alla persona, non ha carattere reale e non integra il contenuto di una servitu', dando luogo a un obbligazione personale e la stessa, avendo anche l'effetto di non consentire il passaggio degli animali attraverso le parti comuni, rientra fra quella adottabili a maggioranza.

Avverso tale decisione propongono ricorso per cassazione Lo. Ni. e Pe.Ro. sulla base di due motivi. Resiste con controricorso l'intimato.

Motivi della decisione

Con il primo motivo i ricorrenti, lamentando violazione e falsa applicazione dell'articolo 112 cod. proc. civ., censurano la decisione gravata che era incorsa in ultrapetizione laddove aveva proceduto alla interpretazione della clausola del regolamento condominiale, quando invece con i motivi di appello era stata dedotto esclusivamente che il predetto non aveva natura contrattale. Il motivo è infondato.

Occorre premettere che con l'atto introduttivo del giudizio gli attori avevano dedotto la nullità della delibera che aveva modificato il regolamento condominiale sul rilievo che lo stesso non era modificabile a maggioranza in considerazione della sua natura contrattuale: orbene il motivo di appello, con cui il Condominio aveva censurato la decisione di primo grado che ne aveva ritenuto la natura contrattuale, aveva in sostanza investito il giudice del gravame della questione in ordine al contenuto della clausola che costituiva l'accertamento posto a base della domanda, accertamento indispensabile per la decisione della presente controversia e che quindi correttamente ha formato oggetto di esame da parte dei Giudici di appello.

Con il secondo motivo i ricorrenti, lamentando violazione e falsa applicazione degli articoli 1362, 1027, 1028, 1058 e 1138 cod. civ. (articolo 360 c.p.c., n. 3) nonchè omessa,insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia (articolo 360 c.p.c., n. 5), censurano la decisione gravata che aveva ritenuto modificabile a maggioranza la disposizione del regolamento in questione, quando la previsione de qua rientrava nell'ambito delle servitu' reciproche che, ponendo vincoli di natura reale, non potevano essere modificate se non con il consenso unanime dei condomini.

Il motivo è fondato.

La sentenza impugnata, pur avendo affermato la natura contrattuale del regolamento condominiale, ha poi ritenuto modificabile a maggioranza la disposizione che prevedeva il divieto di tenere animali negli spazi privati e comuni. Orbene, occorre considerare che le clausole del regolamento condominiale che impongono limitazioni ai poteri e alle facoltà spettanti ai condomini sulle parti di loro esclusiva proprietà incidono sui diritti dei condomini, venendo a costituire su queste ultime una servitu' reciproca (Cass. 13164/2001); ne consegue che tali disposizioni hanno natura contrattuale, in quanto vanno approvate e possono essere modificate con il consenso unanime dei comproprietari, dovendo necessariamente rinvenirsi nella volontà' dei singoli la fonte giustificatrice di atti dispositivi incidenti nella loro sfera giuridica: certamente, tali disposizioni esorbitano dalle attribuzioni dell'assemblea, alla quale è conferito il potere regolamentare di gestione della cosa comune, provvedendo a disciplinarne l'uso e il godimento.

Ciò posto, il divieto di tenere negli appartamenti i comuni animali domestici non può essere contenuto negli ordinari regolamenti condominiali, approvati dalla maggioranza dei partecipanti, non potendo detti regolamenti importare limitazioni delle facoltà comprese nel diritto di proprietà dei condomini sulle porzioni del fabbricato appartenenti ad essi individualmente in esclusiva (12028/1993). La sentenza va cassata in relazione al motivo; non essendo necessari ulteriori accertamenti, la causa va decisa nel merito ai sensi dell'articolo 384 cod. proc. civ.: pertanto, va rigettato l'appello proposto dal Condominio avverso la decisione di primo grado che va confermata. Le spese del giudizio di appello e quelle della presente fase vanno poste a carico del Condominio, risultato soccombente.

P.Q.M.

Accoglie il secondo motivo del ricorso rigetta il primo cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e, decidendo nel merito, rigetta l'appello proposto dal Condominio di (OMESSO). Condanna il resistente al pagamento in favore dei ricorrenti delle spese del giudizio di appello che liquida in euro 1.880,00 di cui euro 80,00 per esborsi, euro 600,00 per diritti ed euro 1.200,00 per onorari di avvocato oltre spese generali ed accessori di legge e di quelle della presente fase che liquida in euro 1.700,00 di cui euro 200,00 per esborsi ed euro 1.500,00 per onorari di avvocato oltre spese generali ed accessori di legge.

Penale

La ripresa di immagini effettuate tra minori integra il reato di detenzione di materiale pedopornografico

Cass. penale III Sezione emessa in data 2 febbraio 2011 pubbl. 25 marzo 2011. Presidente:Teresi, rel. Mulliri

A cura della D. ssa Rosalia Manuela Longobardi

Prima di procedere all'analisi della sentenza in questione è opportuno ricordare che la normativa alla base della medesima viene introdotta con legge di ratifica del protocollo sui diritti dell'infanzia e poi successivamente arricchita in un contesto di legislazioni internazionali e comuntari, in virtù di ciò si è posto il problema di definire unanimamente il concetto di pornografia e in special modo di quella minorile.
La definizione del concetto materiale pornografico,seppure non sono mancati tentativi di definizioni anche nella giurisprudenza interna vedasi Cass. pen.10981/2010 , si è presentata in questione assai spinosa; in particolare si richiama **la decisione quadro 2004/68**, in cui si è cercato di definire meglio tale concetto in rispetto dei principi della determinatezza e offensività.
Solo in un passato assai remoto se ne era cercato l'indìviduazione (Cass. sez III 1197/1970 rel.Bianco).
Oggi è universalmente accettato la definizione di cui all'***articolo 1 del Protocollo opzionale sui diritti dell'infanzia e di contrasto alla vendita dei bambini, la prostituzione la pornografia rappresentante bambini (ratificata in Italia con l.n.46/2002).***
In tale protocollo si intende per pornografia minorile "qualsiasi rappresentazione con qualsiasi mezzo, di un bambino dedito ad attività sessuali esplicite, con concrete o simiìulate o qualsiasi rappresentazione degli organi genitali a fini sessuali.
Si segnala che il Consiglio europeo nell'ambito di una più ampia tutela del soggetto miore ha elaborato **la decisione quadro (atto non vincolante) 2004/68 GAI** ma che è ovviamente da intendersi come un obbligo conforme di interpretazione, da cià discende che il giudice italiano deve tener conto, ai fini della decisione, di tale definizione.
Perciò è pacifico che per materiale pedo-pornografico previsto nella norma in discussione debba essere inteso come quel materiale che ritrae o rappresenta minori di anni diciotto implicato o coinvolto in una condota sessuale esplicita quale può essere la semplice esibizione lasciva dei genitali o regioni pubica.
Fatta questa necessaria quanto doverosa premessa in una materia non solo "scottante" ma che spesso è sotto gli occhi della pubblica opinione non solo nazionale ma assume importanza internazionale, è quindi al centro di forti contrasti socio culturali presenti nelle varie realtà territoriali del pianeta, avendo come destinatari i varo Stati membri che hanno ratificato i protocolli internazionali e la carta internazionale dei diritti dell'infanzia.
Passiamo al analisi della sentenza.
La detenzione di materiale pedopornografico ex art 600 quater si realizza, anche se avvenuta in maniera "casalinga" o estemporanea a nulla rilevando la mancata diffusione al pubblico vasto o meno, e l'inidoneità del materiale pedopornografico "prodotto" al mercato (mediante filodiffusione di immagini su vasta scala) della pedofilia.
La terza sezione della Corte di Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sul contenuto della condotta ex art 600 quater "Detenzione di materiale pedopornografico" .
Fatto storico: L'imputato L.F era stato condannato in entrambi i gradi di giudizio di merito e proponeva ricorso in cassazione denunziando una violazione di legge da parte dei giudici di merito.
L.F era accussato di aver realizzato assieme ad altri due amici, anche loro condannati, delle riprese video in cui venivano filmate effusioni amorose, seppur in maniera castigata (non completamenti denudati), di due loro coetanei ed in particolare delle ragazza, al tempo facente parte del gruppo di ragazzi,con il proprio ragazzo.
Con un unico motivo di ricorso, L.F imputato, per mezzo dei suoi difensori, sosteneva la violazione di legge da parte dei giudici di merito che erroneamente avevano ricondotto la fattispecie in esame nell'alveo dell'art 600 quater anzichè in quella dell'articolo 600 ter, e che in virtù di un recente orientaento per giunta a SS.UU della medesima Corte vedasi in particolare la sentenza n. 13/00 "sentenza Bove" (tale sentenza ha escluso il ricorrere della fattispecie ex art 600 ter nel caso in cui la produzione delle immagini pedopornografiche che siano realizzate in una struttura che, pur rudimentale, possa essere idonea alla diffusione in vasta scala),quest'ultima norma non poteva

trovare applicazione per la mancanza della diffusione del materiale pedopornografico prodotto.
Il ricorso secondo la S.C è infondato.
Il 600 quater punisce "Chiunque, al di fuori delle ipotesi previste nell'articolo previste, consapevolmente si procura o dispone di materiale pedopornografico prodotto mediante lo sfruttamento sessuale di minori di anni diciotto è punito con la reclusione fino a 3 anni o con la multa fino euro 1549,00" ,
L'art 600 quater interviene a sanzionare in maniera residuale la condotte cosidette minime che non trovano protezione nelle altre ipotesi legislative.cosi costruita è una valvola di salvezza, un ultimo "chance" inserita in un complesso e articolato sistema normativo -sanzionatorio a "cascata".Esso mira a sanzionare cioè variegate condotte antigiuridiche, di lesività decrescente iniziata con la produzione e proseguita con la sua commercializzazione, cessione o diffusione (vedasi 238567/07).
La stessa S.C,in altra occasione (Cass.pen. sezIII n 234699/06), ebbe a precisare il principio in base al quale mentre il delitto di cui all'articolo 600 ter c1 c.p ha natura reato di pericolo concreto mentre la fattispecie del 600 quater richiede la mera consapevolezza detenzione del materiale pedopornografico, senza che ciò sia necessario il pericolo di diffusione ed in questo è confermato dal carattere sussidiario della norma (l'inciso "al di fuori delle ipotesi previste") rispetto alla più grave ipotesi delittuosa art 600 ter c.p.
La ratio dell'art. 600 quater c.p. ha come elementi costitutivi, sul piano obiettivo la detenzione di materiale a contenuto pedopornografico, sul piano soggettivo la consapevolezza non solo, com'è ovvio, della detenzione del materiale, ma soprattutto della natura illecita e, in specifico afferente allo sfruttamento di minori, del materiale stesso. la norma in poche parole mira apunire il cosidetto consumatore finale.
In tal senso la sentenza della Cass. pen nSentenza 19 novembre 2008, n.43189 dove si precisa che integra il delitto di cui all'articolo 600 quater codice penale anche chi si procura per via telematica materiale pedopornografico ottenuto mediante lo sfruttamento dei minori. Secondo la Cassazione, infatti, le condotte oggi contemplate dala norma (procurarsi o detenere) non integrano due diverse ipotesi di reato, ma rappresentano distinte modalità di perpetrazione del medesimo reato, essendo escluso tra di esse il concorso formale.

La S.C sottolinea come la chiara finalità della norma in esame a non lasciare varchi di impunità alle molteplici modalità di lesione del bene tutelato dalla l. 268/98 attraverso la previsione di condotte che pur integrando la mera detnzione ne costituiscono senza 'altro un espressione "procurarsi".
Nella condotta ex articolo 600 ter rileva ai fini della punibilità la condotta della produzione o sfruttamento del materiale ai fini economici pertanto è necessario ai fini della configurabilità vari elementi, tra i quali: l'intento "economico"nella produzione di tali immagini, l'idoneità dello strumento (a tal proposito nella medesima sentenza è segnalata quale modalità di ripresa , seppur con qualche perplessità, la videocamera non idonea per i giudici della Cassazione a consentire la diffusione delle immagini pedopornografiche nel "mercato" del pedofilia). In altre precedenti pronunce della medesima Suprema Corte,la riconduzione della fattispecie alla più grave fattispecie delittuosa era senzaltro da rinvenire nel 600ter avendo realizzato le condotte illecite tramite telefono cellulare che consente invece, secondo un assai dubbia argomentazione logica seguita dalla S.C, la diffusione di immagini su vasta scala (sentenza n.245749/09 dove si riporta che la diversità dello strumento cellulare ptenzialmente più dannoso proprio per il successivo utilizzo delle immagini riprese a un numero imprecsato di terzi).

In senso opposto :Per la sussistenza del reato ex art 600 quater, pertanto, non è sufficiente la consultazione o visione,in tal senso si segnala la sentenza del tribunale di brescia (maggio 2004) ove si dimostra particolarmente apprezzabile il ragionamento del Giudice, consapevole dell'assoluta peculiarità del mondo di Internet e delle sue potenzialità illimitate, precisa che la norma del codice penale punisce chi si procura o dispone di materiale illecito e non chi semplicemente lo visiona, così evitando pericolosi processi alle intenzioni; conseguentemente, il trattamento sanzionatorio non è rivolto a chiunque navigando on-line entri in contatto con immagini aventi contenuto illecito, ma solamente a coloro che se ne approprino, salvandole e veicolandole sul disco fisso del p.c. e su altri supporti tali da consentire la visione e la riproduzione.
Infine si sottolinea come sentenza 36364 tra il 600 ter e il 600 quater esista assorbimento e non concorso di reati allorchè esista una progressione criminosa.

L'ente ospedaliero è soggetto alla disciplina del D.lgs. n. 231 del 2001 relativo alla responsabilità degli enti

Corte di Cassazione, sez. II penale – sentenza 21 luglio 2010 n. 28699.

A cura dell'Avv. Lucia Marra

"L'ente ospedaliero è soggetto alla disciplina del D.lgs. n. 231 del 2001 relativo alla responsabilità degli enti, in quanto non rientra in nessuna delle categorie di soggetti, enunciati nell'art.1, che sono esclusi dall'ambito di applicazione.

In particolare la Corte si sofferma sull'eventuale inclusione dell'ente ospedaliero, costituito in forma di spa mista, in due delle categorie previste dall'art. 1: "gli enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale". In riferimento alla prima tipologia di enti, la Corte esclude sia la natura pubblica sia il carattere non economico dell'ente ospedaliero in quanto essendo costituito in forma di s.p.a. persegue la finalità ultima di distribuzione degli utili.

Inoltre non rientra neppure nella seconda tipologia di enti in quanto l'ente ospedaliero non svolge funzioni di rilievo costituzionale ma persegue interessi costituzionali.

Un'interpretazione differente che, viceversa, equipara gli enti che svolgono finalità di rilievo costituzionale agli enti che perseguono interessi costituzionali, condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina tutta una serie di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma anche in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene sul lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando tutti i valori di rango costituzionale".

Il caso di specie aveva ad oggetto una struttura ospedaliera privata a sequestro preventivo dal GIP del Tribunale di Belluno, misura poi annullata dalla Sezione Riesame del predetto Tribunale, sul presupposto che si sarebbe trattato di ente pubblico.

La Cassazione ha rilevato che "**Nel caso di specie difetta - quanto meno - la prima condizione, vale a dire l'assenza di attività economica, contraddetta dalla veste stessa di società per azioni dell'Istituto ogni società proprio in quanto tale, è costituita pur sempre, per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati. Ciò assorbe ogni altra considerazione sull'effettiva natura delle società "miste", su cui, per altro, le Sezioni Unite civili di questa S.C. si sono pronunciate (cfr: sentenze 26.8.98 n. 8454 e 6.5.95 n. 4989) ravvisando natura privatistica nelle società costituite ex art. 22 legge 142/90 per la gestione di servizi pubblici attraverso società partecipate da capitale pubblico**".
E ancora: "Nel chiedere il rigetto del ricorso la difesa dell'Istituto ha insistito sia nella memoria depositata che nel corso della discussione, sull'inapplicabilità della disciplina del d.lgs. 231/01 in quanto l'istituto medesimo sarebbe qualifica bile non solo come ente pubblico, ma come ente

chiamato a svolgere funzioni di rilievo costituzionale. **L'assunto, osserva questa Suprema Corte, è manifestamente infondato perché la ratio dell'esenzione è quella di preservare enti rispetto ai quali le misure cautelari e le sanzioni applicabili ai sensi del d.lgs. n. 231/01 sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali, il che non accade rispetto a mere attività di impresa. In realtà non può confondersi il valore - pur indubbiamente di spessore costituzionale - della tutela della salute con il rilievo costituzionale dell'ente o della relativa funzione, riservato esclusivamente a soggetti (almeno) menzionati nella Carta costituzionale (e su ciò dottrina costituzionalistica e giurisprudenza sono pacifiche); né può qualificare come di rilievo costituzionale la funzione di una s.p.a., che è pur sempre quella di realizzare un utile economico.**

D'altro canto, supporre che basti - per l'esonero dal d.lgs. n. 231/01 - la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma anche in quello dell'informazione, della sicurezza antinforfunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non "funzioni") di rango costituzionale". La Cassazione ha pertanto il provvedimento impugnato, rinviando al Tribunale di Belluno per un nuovo esame.

Nota esplicativa

La sentenza in commento chiarisce la portata applicativa del D.lgs. 231 del 2001, soffermandosi sui soggetti che, ex art.1, andrebbero esonerati da tale disciplina.

L'art. 1 prevede che la disciplina degli enti si applica alle persone giuridiche, alle società, alle associazioni anche prive di personalità giuridica

Non si applica, stabilisce il co. 3 dell'art. 1, allo Stato (prima categoria eccettuata), agli enti pubblici territoriali (seconda categoria eccettuata), agli enti pubblici non economici, che non svolgono attività economica (terza categoria), e agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (quarta categoria eccettuata).

Quest'ultima espressione (enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale), come i primi commentatori del decreto misero in evidenza, fu inserita dal legislatore del 2001, con lo scopo di escludere dall'ambito di operatività di questa disciplina, i partiti politici e i sindacati, cioè soggetti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (ex artt. 39 e 40 Cost.) e che il legislatore ha voluto sottrarre al rischio di interferenza giudiziaria, al rischio di interferenza del pm, o del giudice penale, che si sarebbe manifestato se si fosse esteso a questi soggetti la disciplina della responsabilità ex d.lgs. 231/2001.

Ciononostante tale disposizione ha dato adito a dubbi interpretativi in particolare relativi alla contestabilità di questa responsabilità alle società miste, il cui capitale sia pubblico e privato e che in

particolare gestiscano servizi pubblici locali, e che soprattutto, ancor più nel dettaglio, gestiscano attività volte ad incidere, soddisfacendoli o meno, interessi delicatissimi, di rilievo costituzionale, quale quello alla salute, come nel caso deciso dalla sentenza in commento.

La Corte si sofferma soprattutto nel valutare se l'ente ospedaliero possa essere ricompreso nell' "ente pubblico non economico"ovvero nell' "ente con funzioni di rilievo costituzionale".

Quanto alla prima tipologia di enti, la Corte esclude che l'ente ospedaliero possa rientrarvi essenzialmente per due ordini di motivi.

In primo luogo, l'ente ospedaliero costituito in forma di società per azioni mista non è un ente pubblico, rifacendosi, così, ad un orientamento giurisprudenziale, ormai costante, che ritiene le società miste, aventi natura privata.

Non basta, infatti, la semplice partecipazione pubblica perché alla società possa essere riconosciuta natura pubblicistica, ma occorre un'anomalia della struttura della società. E nel caso di società miste di gestione di servizi pubblici locali, si è, più volte, sostenuto in giurisprudenza,che i poteri attribuiti all'ente pubblico discendono dal diritto societario, riconoscendo, così, a tali società la natura privatistica.

In secondo luogo, è da escludere, ad avviso della Corte, la natura non economica dell'ente, essendo, al contrario, tale ente costituito in forma di s.p.a. e, dunque, non può negarsi che esso svolga, al pari di qualsiasi società, la finalità di dividere gli utili ex 2477 c.c., a prescindere da quella che sarà poi, la destinazione degli utili medesimi.

Esclusa la possibilità di includere l'ente ospedaliero nell'ente pubblico non economico, la Corte analizza la possibilità di considerarlo tra gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

La Cassazione ritiene che l'ente ospedaliero persegue interessi ma non funzioni di rilievo costituzionale. La Corte, infatti, sottolinea come gli enti con funzioni di rilievo costituzionale non vadano equiparati con gli enti che perseguono semplicemente interessi costituzionali. Tra queste due tipologie di enti vi sono delle differenze strutturali enormi.

I primi, infatti, sono menzionati nella Carta costituzionale e la loro presenza è necessaria, i secondi (enti che svolgono interessi costituzionali) possono essere costituiti in forma di s.p.a. (come nel caso di specie) e perseguono, così, una funzione di distribuzione gli utili, che non è assolutamente una funzione di rilievo costituzionale.

La Corte , però, si spinge oltre, sostenendo che anche a voler equiparare gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale agli enti che perseguono interessi di rilievo costituzionale, si arriverebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressoché illimitato di enti operanti, non solo nel settore sanitario, ma, anche, in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del

patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non "funzioni") di rango costituzionale.

Questa è la parte più delicata della sentenza; i Giudici della Cassazione optano per una interpretazione restrittiva della nozione di ente che svolge funzione di rilievo costituzionale: si ritiene che con questa espressione il legislatore del 2001, ha voluto sottrarre all'operatività di questa disciplina solo i soggetti le cui funzioni non possono essere sospese senza alterare gli equilibri costituzionali, sottraendo al rischio di sospensione, soggetti che svolgono funzioni la cui sospensione altererebbe l'equilibrio costituzionale, come per i partiti politici. Si tratta dei soli soggetti che svolgono funzioni di questo tipo e sono almeno menzionati dalla costituzione e le cui funzioni sono fondamentali per l'equilibrio costituzionale.

Per questo occorre evitare di sovrapporre la nozione di funzione di rilievo costituzionale, con quella di valore costituzionale soddisfatto; non tutti i soggetti che soddisfano esigenze costituzionalmente rilevanti, non perciò solo svolgono funzioni di rilievo costituzionale; perché il legislatore ha sottratto solo soggetti che svolgono funzioni costituzionalmente rilevanti; non coincide la nozione con quella di soddisfacimento di interessi collettivi. Diversamente opinando, tutti i soggetti che soddisfano con la loro attività interessi costituzionalmente significativi, non ci sarebbe già alcun soggetto sottoposto al d.lgs. 231/2001.

La Corte, in particolare, nello stabilire se l'ente ospedaliero, costituito in forma di s.p.a a capitale misto, sia pubblico che privato, possa rientrare tra i soggetti esclusi dall'applicazione di tale disciplina, esamina l'art 1 del decreto, partendo dall'assunto che sono esonerati dall'applicazione del D.Lgs. n. 231 del 2001 soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli "altri enti pubblici non economici" (cfr. art. 1 u.c.)

Per tali ragioni la Corte ritiene che anche l'ente ospedaliero, costituito in forma di s.p.a mista, vada incluso nel novero dei soggetti sottoposti alla disciplina del 231 del 2001.

SENTENZA

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE SECONDA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. BARDOVAGNI Paolo - Presidente -

Dott. CASUCCI Giuliano - Consigliere -

Dott. NUZZO Laurenza - Consigliere -

Dott. MANNA Antonio - rel. Consigliere -

Dott. DIOTALLEVI Giovanni - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

Nell'ambito del procedimento a carico di V.A., M.M., B.C., C.F. e B.A., indagati per il reato di truffa e, ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, a carico dell'Istituto Codivilla Putti S.p.A. (struttura ospedaliera specializzata) e della Giorni S.p.A. (partecipante alla prima), con decreto 28.1.10 il GIP del Tribunale di Belluno disponeva il sequestro preventivo di Euro 2.760.006,11 sul bilancio delle predette società.

Camera di consiglio.

Con ordinanza 26.2.10 il Tribunale di Belluno, sezione riesame, annullava la misura cautelare sul presupposto dell'inapplicabilità del cit. D.Lgs. n. 231 del 2001 all'Istituto Codivilla Putti S.p.A. in quanto ente pubblico.

Ricorre il PM presso il Tribunale di Belluno contro la summenzionata ordinanza, di cui chiede l'annullamento per aver il Tribunale del riesame trascurato che l'Istituto Codivilla Putti, pur riconosciuto con D.M. 31 gennaio 1995, come ospedale specializzato interregionale, operava comunque in forma di s.p.a. "mista", in quanto partecipata al 49% da capitale privato (della Giorni S.p.A.) e per la restante percentuale a capitale pubblico; ciò non poneva l'Istituto Codivilla Putti al di fuori dell'ambito di operatività del cit. D.Lgs., prevalendo la natura privatistica delle società miste alla stregua di quanto statuito dalle S.U. civili di questa S.C. con sentenza n. 4989/95. In contrario - proseguiva il PM ricorrente - non potevano valere gli argomenti spesi dall'impugnato provvedimento sulla natura di interesse pubblico dell'attività sanitaria dell'Istituto Codivilla Putti S.p.A. (atteso che essa era esercitata anche in forma puramente privata) e sui controlli svolti dalla Ulss n. (OMISSIS) di Belluno, in realtà mancanti. Nè il perseguimento di uno scopo di lucro era incompatibile con la gestione di servizi pubblici o comunque di interesse pubblicistico, tanto che la stessa Giunta Regionale del Veneto, con Delib. n. 3966 del 2007, aveva invitato le società partecipate dalla Regione ad adottare modelli organizzativi D.Lgs. n. 231 del 1901, ex art. 6. Infine - a riprova dell'applicabilità di tale normativa anche ad enti muniti di soggettività privata, ma che svolgevano pubblici servizi - doveva considerarsi che la responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche era prevista in connessione anche con reati come la concussione, in cui la necessaria qualifica soggettiva del soggetto agente postulava la natura pubblicistica dell'attività espletata.

Nelle more l'Istituto Codivilla Putti e la Giorni hanno depositato memoria con cui hanno chiesto il rigetto dell'impugnazione.

1 - Il ricorso è fondato.

Sono esonerati dall'applicazione del D.Lgs. n. 231 del 2001 - avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica - soltanto lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale e gli "altri enti pubblici non economici" (cfr. art. 1 u.c.).

Dunque, il tenore testuale della norma è inequivocabile nel senso che la natura pubblicistica di un ente è condizione necessaria, ma non sufficiente, all'esonero dalla disciplina in discorso, dovendo altresì concorrere la condizione che l'ente medesimo non svolga attività economica.

Nel caso di specie difetta - quanto meno - la prima condizione, vale a dire l'assenza di attività economica, contraddetta dalla veste stessa di società per azioni dell'Istituto Codivilla Putti: ogni società, proprio in quanto tale, è costituita pur sempre per l'esercizio di un'attività economica al fine di dividerne gli utili (v. art. 2247 c.c.), a prescindere da quella che sarà - poi - la destinazione degli utili medesimi, se realizzati.

Ciò assorbe ogni altra considerazione sull'effettiva natura delle società "miste", su cui, per altro, le Sezioni Unite civili di questa S.C. si sono pronunciate (cfr. sentenze 26.8.98 n. 8454 e 6.5.95 n. 4989) ravvisando natura privatistica nelle società costituite L. n. 142 del 1990, ex art. 22, per la gestione di servizi pubblici attraverso società partecipate da capitale pubblico.

Nel chiedere il rigetto del ricorso la difesa dell'Istituto Codivilla Putti ha insistito, sia nella memoria depositata che nel corso della discussione, sull'inapplicabilità della disciplina del D.Lgs. n. 231 del 2001, in quanto l'istituto medesimo sarebbe qualificabile non solo come ente pubblico, ma come ente chiamato a svolgere funzioni di rilievo costituzionale.

L'assunto, osserva questa Suprema Corte, è manifestamente infondato perchè la ratio dell'esenzione è quella di preservare enti rispetto ai quali le misure cautelari e le sanzioni applicabili ai sensi del D.Lgs. n. 231 del 2001, sortirebbero l'effetto di sospendere funzioni indefettibili negli equilibri costituzionali, il che non accade rispetto a mere attività di impresa.

In realtà non può confondersi il valore - pur indubbiamente di spessore costituzionale - della tutela della salute con il rilievo costituzionale dell'ente o della relativa funzione, riservato esclusivamente a soggetti (almeno) menzionati nella Carta costituzionale (e su ciò dottrina costituzionalistica e giurisprudenza sono pacifiche); nè si può qualificare come di rilievo costituzionale la funzione di una s.p.a., che è pur sempre quella di realizzare un utile economico.

D'altro canto, supporre che basti - per l'esonero dal D.Lgs. n. 231 del 2001 - la mera rilevanza costituzionale di uno dei valori più o meno coinvolti nella funzione dell'ente è opzione interpretativa che condurrebbe all'aberrante conclusione di escludere dalla portata applicativa della disciplina un numero pressochè illimitato di enti operanti non solo nel settore sanitario, ma in quello dell'informazione, della sicurezza antinfortunistica e dell'igiene del lavoro, della tutela ambientale e del patrimonio storico e artistico, dell'istruzione, della ricerca scientifica, del risparmio e via enumerando valori (e non "funzioni") di rango costituzionale.

In conclusione, il ricorso merita accoglimento. Deve, dunque, annullarsi l'impugnato provvedimento con rinvio al Tribunale di Belluno per nuovo esame. In quella sede verranno esaminati i profili, rimasti assorbiti nella decisione annullata, relativi alla legittimità del sequestro effettuato nei confronti della Giorni S.p.A. (di cui si parla nella relativa memoria).

P.Q.M.

La Corte Suprema di Cassazione, Seconda Sezione Penale, annulla l'ordinanza impugnata con rinvio al Tribunale di Belluno per nuovo esame.

Così deciso in Roma, il 9 luglio 2010.

Depositato in Cancelleria

il 21 luglio 2010

Configurabile la responsabilità ex D. Lgs. n. 231/2001 anche per le imprese individuali

Nota a sentenza Cass. Pen., Sez. III, 20 aprile 2011 n. 15657

a cura dell'Avv. Lucia Marra

Massima

L'attività riconducibile all'impresa individuale (al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta), è attività che fa capo ad una persona fisica e non ad una persona giuridica intesa quale società di persone (o di capitali); tuttavia non può negarsi che l'impresa individuale (sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla c.d. "ditta individuale"), ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività: il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la cui definizione deve farsi rinvio agli artt. 2082 e 2083 del c.c.
Pertanto, è sicuramente applicabile anche a tale tipo di imprese la disciplina prevista dal D.Lgs. 231/2001, a prescindere da una relativa indicazione nel testo legislativo, il quale va interpretato in senso costituzionalmente orientato, onde non incorrere in conflitti costituzionali sotto l'aspetto della disparità di trattamento e dell'irragionevolezza del sistema.

Il caso

Con la sentenza del 20 aprile 2011 n. 15657, la Terza Sezione Penale della Cassazione ha rigettato il ricorso di un'impresa individuale condannata ai sensi del D.Lgs. 231/01 (a seguito di condanna dell'imprenditore-persona fisica per reati in materia di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti pericolosi), dichiarando infondata l'argomentazione della difesa della ricorrente, la quale sosteneva l'inapplicabilità del regime della responsabilità amministrativa in quanto, secondo la difesa, non si sarebbe potuto far rientrare l'impresa individuale nella nozione di "ente".

Secondo la Terza Sezione,*"muovendo dalla premessa che l'attività riconducibile all'impresa (al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta) è attività che fa capo ad una persona fisica e non ad una persona giuridica intesa quale società di persone (o di capitali), non può negarsi che* ***l'impresa individuale (sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla cd. "ditta individuale"), ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività****: il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la cui definizione deve farsi rinvio agli arti 2082 e 2083 del cc."*

Nota

L'articolo 1 del decreto legislativo n. 23l del 2001 - dopo avere significativamente fissato il proprio ambito oggettivo di disciplina nella “responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato” (comma 1) - stabilisce i confini soggettivi di applicazione della normativa in esso prevista, prevedendo che la stessa riguarda “gli enti forniti di personalità giuridica” e “le società e associazioni anche prive di personalità giuridica” (comma 2) e che restano fuori dalla sua sfera di applicazione lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, nonché gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (comma 3).

La norma ha già posto in sede interpretativa alcune questioni sulle quali la giurisprudenza è stata chiamata a pronunciarsi: tra queste, quella riguardante la applicabilità del d.lgs. n. 231/01 alle imprese individuali.

A riguardo, le pronunce intervenute, tanto di merito (**Trib. Roma, ordinanza 30 maggio 2003**) che di legittimità (**Cass. pen., sez. IV, 22 aprile 2004, n. 18941**), sembrano allineate nel senso di escludere la suddetta estensione dell'ambito soggettivo di operatività del d.lgs. n. 231/01. Molteplici le argomentazioni a suffragio della tesi negativa:

a) si evidenzia come l'impresa individuale non rientri testualmente in nessuna delle tipologie soggettive indicate dall'articolo 1 d.lgs., con la conseguenza che l’estensione ad essa della relativa normativa, ove si aderisse alla tesi secondo cui la responsabilità degli enti sarebbe una responsabilità penale, comporterebbe una applicazione analogica *in malam partem*, come tale vietata dall’art. 25 Cost. nonché, a livello di legislazione ordinaria, dall'articolo 14 delle disposizioni preliminari al codice civile;

b) si acclara che l'intero impianto normativo delineato dal d.lgs. n. 231/01 presuppone che ci sia uno schermo, una distinzione netta, tra chi commette il reato, *id est* la persona fisica che agisce per conto e nell'interesse dell'ente, e l'ente cui si addebita la responsabilità regolamentata dal succitato decreto. Orbene, tale netta contrapposizione mancherebbe nella ditta individuale in cui evidentemente l'imprenditore impersona l'impresa.

c) Ancora, nel caso di impresa individuale, l'applicazione del d.lgs. n. 231/01 si tradurrebbe in una possibile violazione del *ne bis in idem* poiché lo stesso imprenditore individuale finirebbe per essere sottoposto a una duplice risposta sanzionatoria: quella, senz'altro penale per il reato commesso, e quella delineata dal d.lgs. n. 231/01 quale titolare della ditta individuale. E tanto in forza della considerazione che la responsabilità prevista dal d.lgs. n. 231/01 a carico dell'ente non si sostituisce alla responsabilità penale della persona fisica, che per conto dell'ente commette il reato, ma si aggiunge a quella responsabilità.

d) Infine, anche a voler ritenere applicabile la disciplina delineata dal d.lgs. n. 231/01 alle imprese individuali – si osserva - si dovrebbe superare l'ostacolo frapposto dall'art.8 d.lgs. ,il quale esclude la responsabilità dell'ente quando il reato è stato commesso dalla persona fisica che opera nell'ambito dell'ente, non già nell'interesse di quest'ultimo, ma nell'interesse della stessa persona fisica. E ciò in quanto, nel caso di impresa individuale, l'imprenditore e l'impresa perseguono normalmente e tendenzialmente lo stesso interesse di tal modo che sarebbe arduo distinguere i casi in cui il reato è stato commesso nell'interesse dell'imprenditore persona fisica, dai casi invece in cui è stato commesso nell'interesse dell'imprenditore in tale qualità.

Secondo i giudici di legittimità, pertanto, quale che sia la natura giuridica di questa *responsabilità da reato*, "è certo che in tutta la normativa (convenzioni internazionali, legge di delegazione, decreto delegato) e, segnatamente, nell'art. 1, comma l, del decreto legislativo n. 231 del 2001 essa è riferita unicamente agli *enti*, termine che evoca l'intero spettro dei soggetti di diritto metaindividuali, tanto che, (…) i successivi commi della disposizione da ultimo menzionata ne specificano l'ambito soggettivo di applicazione". D'altra parte, sulla riferibilità della nuova disciplina, esclusivamente agli enti collettivi sarebbe oltremodo chiara la relazione governativa sul decreto legislativo n. 231 del 2001, nella quale si puntualizza che "l'introduzione di forme di responsabilità degli enti collettivi è stata dettata da ragioni di politica criminale, che consistevano, da un lato, in esigenze di omogeneità delle risposte sanzionatorie degli Stati, e, dall'altro, nella consapevolezza di pericolose manifestazioni di reato poste in essere da soggetti a struttura organizzata e complessa" (**Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2004, n.18941**).

Contrario avviso è stato invece recentemente espresso dalla **Terza Sezione Penale della Cassazione con la sentenza del 20 aprile 2011 n. 15657,** la quale ha rigettato il ricorso di un'impresa individuale condannata ai sensi del D.Lgs. 231/01 (a seguito di condanna dell'imprenditore-persona fisica per reati in materia di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti pericolosi), dichiarando infondata l'argomentazione della difesa della ricorrente la quale sosteneva l'inapplicabilità del regime della responsabilità amministrativa in quanto, secondo la difesa, non si sarebbe potuto far rientrare l'impresa individuale nella nozione di "ente".

Più nello specifico, nel corso di **un procedimento penale a carico del titolare di una ditta individuale per il reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati in materia di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti** pericolosi e non, e per la violazione dell'art. 260, d.lgs. n. 152/06, la Cassazione, in sede cautelare, ha ritenuto possibile irrogare direttamente nei confronti dell'impresa individuale preposta allo svolgimento delle suddette attività, la sanzione interdittiva temporanea della durata di un anno della revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di raccolta e smaltimento di rifiuti, dal momento che ai sensi dell'art. 24 *ter*del decreto 231 anche il delitto di associazione per delinquere di cui all'art. 416 c.p. figura (sin dal momento antecedente la commissione dei fatti) nel catalogo dei reati presupposto della responsabilità degli enti.

Dichiarando applicabile il D.Lgs. 231/01 all'impresa individuale, la Corte in questa recente pronuncia, ha preso le distanze dal precedente rappresentato da Cass. Sez. VI 3 marzo 2004 n. 18941 (che aveva invece escluso tale applicabilità), che la Corte stessa definisce *"unico orientamento giurisprudenziale"* che *"muove dal presupposto che soltanto sugli enti dotati di personalità giuridica che siano strutturati in forma societaria o pluripersonale, possano farsi gravare gli articolati obblighi nascenti dal testo normativo in esame".* Ma - sottolinea la Corte - *"si tratta di un argomento privo di pregio per un concorrente ordine di ragioni.",* che possono essere così elencate:

- queste imprese, sebbene non espressamente richiamate nei commi 2 e 3 dell'art. 1 d.lgs. n. 231/2001 che, rispettivamente, attraverso due elenchi tassativi individuano in positivo ed in negativo i destinatari del decreto, **rientrano nella generale categoria degli "enti forniti di personalità giuridica, nonché di società e associazioni anche prive di personalità giuridica"**;
-- l'imputato persona fisica nel caso *de quo* **non ha assolto l'onere probatorio su di lui incombente della dimostrazione che la propria impresa individuale fosse priva di personalità giuridica**, ossia della indefettibile qualità al cui possesso la norma subordina la propria efficacia;

-- **l'impresa individuale è assimilabile ad una persona giuridica** – in particolare se uni personale, come la s.r.l. con unico socio – nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività;
-- queste ditte devono essere fatte rientrare necessariamente attraverso una **interpretazione costituzionalmente conforme dell'art. 1, comma 2 d.lgs. n. 231** nel novero dei soggetti attivi per evitare palesi violazioni del principio di uguaglianza-ragionevolezza altrimenti implicate da "una **disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate**";
-- la loro mancata indicazione esplicita nel suddetto art. 1, comma 2 può altresì essere interpretata come una **"implicita inclusione"** nell'area dei destinatari della normativa.
Alla luce di tali argomentazioni, secondo la Terza Sezione,*"muovendo dalla premessa che l'attività riconducibile all'impresa (al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta) è attività che fa capo ad una persona fisica e non ad una persona giuridica intesa quale società di persone (o di capitali), non può negarsi che* ***l'impresa individuale (sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla cd. "ditta individuale"), ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività****. Il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la cui definizione deve farsi rinvio agli arti 2082 e 2083 del cc."*

Inoltre, l'esclusione dell'impresa individuale dal regime normativo che si applica alle persone giuridiche, *"creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse ad una* ***disparità di trattamento*** *tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate."*

Ed ancora, continua la Corte, *"peraltro è indubbio che la disciplina dettata dal D. L.vo 231/01 sia senz'altro applicabile alle società a responsabilità limitata cd. "unipersonali"",* così come "*è notorio che molte imprese individuali spesso ricorrono ad una organizzazione intema complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale."*

Ed allora, conclude la Cassazione, *"una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame, dovrebbe indurre a conferire al disposto di cui al comma 2 dell'art. 1 del D. L.vo in parola [secondo il quale le disposizioni del D.Lgs. 231/01 "si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica, n.d.r.] una portata più ampia, tanto più che, non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione dell'area dei destinatari della norma. Una loro esclusione potrebbe infatti porsi in conflitto con norme costituzionali - oltre che sotto il riferito aspetto della disparità di trattamento - anche in termini di irragionevolezza del sistema."*

Tanto chiarito, si può affermare che l'improvviso *revirement* del massimo organo nomofilattico non ha da raccolto unanimi consensi.

Innanzi tutto, per molti non è condivisibile il principio di diritto enunciato nella sentenza in forza del quale si ammette l'applicabilità del d.lgs. n. 231/2001 alle ditte individuali sulla base di una loro **presunta identità strutturale con gli enti collettivi**.

A ben vedere, esso non solo costituisce l'esito di un **ragionamento analogico** espressamente vietato dal legislatore in questo campo di materia per le ragioni che saranno esposte più avanti, ma, prima ancora, rappresenta il portato di un ragionamento analogico errato e contrario alla *ratio* stessa dell'analogia, la cui funzione (com'è noto) è quella di consentire all'interprete di colmare le **lacune giuridiche** derivate che si formano a causa della negligenza o superficialità del legislatore ,o dell'evoluzione scientifica e tecnologica in un ordinamento giuridico, ma non anche (neppure in caso di norme di favore) quelle originarie **intenzionalmente create** per una precisa e consapevole scelta di politica criminale. In questi casi, l'eventuale riempimento della lacuna non assolve un ruolo 'tollerato' di mera integrazione *praeter legem* di una data disciplina, ma addirittura quello vietato della sua correzione *contra legem*.

Ed infatti, in una recente decisione delle Sezioni Unite penali, 23 giugno 2011, è stato espressamente scandito il valore vincolante svolto anche in questa materia dal principio di legalità. In tale pronuncia, infatti, la S.C., facendo leva proprio su tale fondamentale principio, ha sancito che non sussiste la responsabilità da reato dell'ente in riferimento ai fatti criminosi di falsità nelle relazioni o nelle comunicazioni delle società di revisione contemplati dall'art. 174-*bis* d.lgs. n. 58 del 1998 (TUIF), poi formalmente abrogato dal d.lgs. n. 39 del 2010, in quanto questo articolo non è incluso nell'elenco dei reati presupposto previsti dall'art. 25-*ter* del d.lgs. n. 231 del 2001. Orbene l'art. 1, comma 2 del decreto ,quando annovera in maniera tassativa i suoi potenziali

destinatar,i parla solo ed esclusivamente di enti, società ed associazioni, senza menzionare le ditte individuali. È quindi ovvio che ,nel momento in cui il successivo terzo comma del medesimo articolo elenca analiticamente e tassativamente i soggetti esclusi dall'operatività di questo *novum* normativo, esso si soffermi solo su quelle categorie personologiche rientranti nel *genus* 'ente collettivo' e non prenda proprio in considerazione queste tipologie di imprese, perché enti collettivi autonomi certamente non sono.

Non è quindi possibile sostenere, come fa la Suprema Corte in uno dei passaggi nodali della sentenza in commento, che le ditte individuali posso essere fatte rientrare nel novero dei soggetti destinatari del d.lgs. n. 231/2001 senza intaccare il principio di legalità nell'ottica del divieto di analogia, perché appartengono "alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica, nonché di società e associazioni anche prive di personalità giuridica" di cui parla l'art. 1, comma 2.

Restando nei limiti dell'**interpretazione estensiva** consentita, le imprese individuali non possono reputarsi afferenti né al *genus* degli enti forniti di personalità giuridica, né tanto meno a quello delle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

Sotto il primo profilo, difettano della personalità giuridica, ammesso ovviamente che (con una forzatura già inaccettabile) le si possa considerare 'enti', in particolare alla stregua del d.lgs. 231 ,che nelle intenzioni del legislatore si riferisce solo agli **enti collettivi**; sotto il secondo profilo, invece, difettano evidentemente della veste formale di società o di associazione.
Una simile conclusione, allora, risulta fondata non su una (legittima) dilatazione del campo semantico e del significato letterale dei singoli termini utilizzati dal legislatore in questa disposizione (enti dotati di personalità giuridica, società ed associazioni), ma su una (illegittima) **applicazione analogica** di una normativa dettata per casi simili a casi da essa non disciplinati.
Ed infatti, sia che si consideri le disposizioni sanzionatorie contenute nel decreto n. 231/2001 come disposizioni aventi natura penale, sia che le si consideri aventi natura amministrativa o ibrida, la loro applicazione analogica è sempre sicuramente vietata

In dottrina ,svariati autori (tra cui è possibile citare A. Manna, *Lineamenti generali del diritto penale d'impresa*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di Id., Padova, 2010, 48; M. Pelissero, *La responsabilità degli enti*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, 13ª ed., a cura di C.F. Grosso, Milano, 2007, 857 s.), hanno ritenuto che l'inclusione a livello interpretativo delle ditte individuali nello spettro del d.lgs. n. 231 determinerebbe una indebita estensione analogica in *malam partem* dell'art. 1.

Ed a tale conclusione si giunge sia sposando la tesi della natura penale della normativa sulla responsabilità degli enti, sia sposando la tesi della natura amministrativa.

Nel primo caso, il divieto è enunciato espressamente dall'**art. 14 delle preleggi** ed è ribadito implicitamente sia dall'art. 1 del codice penale sia, soprattutto, a livello costituzionale, dall'art. 25, comma 2.

Nel secondo caso, invece, il medesimo divieto può essere ricavato dall'attenta lettura dell'**art. 2 del decreto 231** che, alla stregua di quanto fa l'art. 2 della 689/1981 per l'illecito amministrativo, enuncia il principio di legalità degli illeciti e delle sanzioni previsti per gli enti collettivi ed, implicitamente, quindi, anche il divieto di analogia.

Peraltro, si **tratta di una analogia e non di una interpretazione estensiva,** perché **imprese individuali e società commerciali sono due soggetti giuridici nettamente distinti tra loro e non accomunabili**.

La non assimilabilità delle due categorie di soggetti è indirettamente asseverata dalle **notevoli differenze di disciplina** per esse previste in più punti nel nostro ordinamento giuridico, sulla base del dato formale della diversa natura dell'impresa individuale e societaria.

Per una ulteriore conferma della non sovrapponibilità delle due figure soggettive, è sufficiente provare a tracciare in maniera sintetica le principali caratteristiche dell'una e dell'altra tipologia di impresa.

Nella ditta individuale, impresa ed imprenditore sono una sola persona con un unico patrimonio confuso, ed infatti la prima porta il nome del secondo per garantire la conoscibilità da parte dei terzi e, solo eventualmente, in aggiunta può essere dotata anche di un nome commerciale.
In questa tipologia di impresa, l'imprenditore è responsabile dei debiti dell'impresa con l'insieme dei suoi beni, compresi quelli che ha acquistato con i suoi congiunti, se è in regime di comunione dei beni; le formalità di creazione sono ridotte al minimo, essendo sufficiente la registrazione alla Camera di commercio e la richiesta di una partita IVA; i proventi sono indicati e tassati nella dichiarazione dei redditi dell'imprenditore.

Nella società, invece, ente e soci sono soggetti giuridicamente distinti aventi ciascuno un patrimonio proprio, ed infatti la società, essendo una 'nuova persona', ha un nome proprio (denominazione sociale), un domicilio (sede sociale) e dispone di un fondo minimo che costituisce il suo patrimonio iniziale per far fronte ai primi investimenti ed alle prime spese (capitale sociale).
Inoltre, nelle società di capitali (s.r.l. e s.p.a.) la proprietà non è conosciuta all'esterno e spesso non coincide con gli amministratori, i quali agiscono in nome e per conto della stessa rispettando numerose formalità; per la costituzione sono richieste formalità particolari, quali la redazione, approvazione e registrazione di statuti, l'iscrizione in registri pubblici, ecc.; in caso di difficoltà ed in assenza di gravi difetti nella gestione che potrebbero essere ascritti ai dirigenti, i beni personali di questi saranno al sicuro dai creditori dell'impresa, con l'eccezione della società in nome collettivo nella quale ciascun è solidalmente ed illimitatamente responsabile con la società; e per la società in accomandita, ma solo per i soci accomandatari; il reddito è tassato separatamente e soggiace ad un regime fiscale differente rispetto a quello delle persone fisiche.

Essendo allora così netta sul piano normativo la differenza tra questi due soggetti, impresa individuale e società, appare chiaro che la prima, sebbene per alcuni aspetti presenti similitudini con talune imprese societarie, non può assolutamente essere accomunata a queste ultime. **A nulla vale obiettare, come fa la Corte in un altro passaggio della motivazione ,che l'impresa individuale sia cosa distinta dalla ditta individuale e, a differenza di questa, possa essere assimilata agli enti dotati di personalità giuridica**.

Anche questa affermazione è imprecisa, poiché impresa (o azienda) individuale e ditta individuale (spesso usate come sinonimi nel linguaggio comune) sono formalmente due cose distinte, ma in realtà restano pur sempre due facce della stessa medaglia, vale a dire della persona fisica imprenditore che esercita un'attività di impresa.

Mentre la prima indica ai sensi degli artt. 2082 e 2555 c.c. il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio di un'attività economica finalizzata alla produzione o allo scambio di beni o di servizi, "la ditta [invece] è un bene immateriale costituito dal nome sotto il quale l'imprenditore svolge la propria attività, non un soggetto di diritto – persona fisica o giuridica che sia – od anche soltanto centro autonomo d'imputazione d'interesse".

In ogni caso, a qualunque dei soggetti faccia riferimento la Corte (ditta o impresa individuale), non sembra mai possibile sostenere la loro riconducibilità nel novero degli enti dotati di personalità giuridica di cui parla l'art. 1, d.lgs. n. 231/2001 perché, come ben si comprende da una lettura delle disposizioni del c.c. dettate per le imprese negli artt. 2188 e ss. c.c., imprenditore ed impresa non sono soggetti distinti, ma sovrapponibili e coincidenti: tutte queste norme, infatti, pur disciplinando oneri ed obblighi delle imprese si rivolgono sempre per il loro adempimento all'imprenditore persona fisica che ne è il titolare (si pensi, tra le tante, agli artt. 2189 e 2195 c.c. in materia di iscrizione nel registro delle imprese).

Inoltre, contro tale soluzione milita anche una ragione di carattere prevalentemente processuale: la violazione del principio del ***ne bis in idem*** **sostanziale**.

Non essendo dotata l'impresa individuale di una autonomia patrimoniale e giuridica e coincidendo con la figura dell'imprenditore persona fisica, è evidente che l'eventuale irrogazione nei suoi confronti delle sanzioni previste nel d.lgs. n. 231 per gli enti, nel cui interesse o vantaggio sono stati commessi da parte dei loro rappresentati persone fisiche i reati richiamati nella parte speciale del decreto, integrerebbe una palese violazione di tale principio.

Si finirebbe, infatti, per punire due volte lo stesso soggetto, la persona fisica imprenditore, per un identico fatto: la prima in quanto autore materiale (o concorrente omissivo nel caso di reato commesso dal sottoposto), la seconda in quanto titolare della impresa individuale che con lui si immedesima.

In chiusura della trattazione, è opportuno evidenziare che tale decisione, nonostante provenga dalla Suprema Corte, potrà ancora essere confutata, dal momento che è stata emessa in **sede cautelare** ed il processo penale è ancora in corso di svolgimento.

SENTENZA

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE III PENALE

Sentenza 20 aprile 2011, n. 15657

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE TERZA PENALE

composta dagli Ill.mi Sigg.:

1. Dott. FERRUA Giuliana Presidente
2. Dott. GRILLO Renato (est.) Consigliere
3. Dott. MULLIRI Guida Consigliere
4. Dott. MARINI Luigi Consigliere
5. Dott. GAZZARA Santi Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

IMPRESA INDIVIDUALE ***

avverso la ordinanza del 27.04.2010 del Tribunale - Sezione Riesame - di Caltanissetta;

udita nella udienza del 15 dicembre 2010 la relazione fatta dal Consigliere Dr. Renato GRILLO;

udito il Pubblico Ministero in persona del Sostituto Procuratore Generale dott. Vito D'AMBROSIO che ha concluso per il rigetto del ricorso;

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con ordinanza del 27 aprile 2010 il Tribunale del Riesame di Caltanissetta, in accoglimento dell'appello proposto dal Pubblico Ministero avverso l'ordinanza del GIP di quel Tribunale reiettiva della richiesta di applicazione di misura interdittiva della revoca dell'autorizzazione alla raccolta trasporto e conferimento di rifiuti speciali formulata nei confronti della "IMPRESA INDIVIDUALI: ** * corrente in Caltanissetta nell'ambito del procedimento penale a carico di *** per il reato di associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati in materia di raccolta, smaltimento e traffico illecito di rifiuti pericolosi e non e per la violazione dell'art. 260 del D. L.vo 152/06), applicava nei confronti della impresa suddetta la misura interdittiva richiesta dal P.M. per la durata di un anno.

Il Tribunale era pervenuto a tale conclusione, anzitutto condividendo la gravità del quadro indiziario già ritenuta dal G.I.P., nonché rilevando un concreto pericolo di reiterazione di reati della stessa specie, desunto da alcuni accertamenti svolti dalla P.G. successivamente al sequestro preventivo di un'area nella quale la *** e i suoi sodali sversavano in modo illecito i rifiuti, dai quali emergeva che l'impresa individuale della *** continuava a svolgere attività di discarica, sia pure in siti diversi, ma contigui rispetto alla area precedentemente sequestrata.

Aveva, quindi, il Tribunale mantenuto fermo il giudizio di gravità indiziaria già espresso dal GIP (ma insufficiente a giustificare l'adozione delle misure cautelari originariamente richieste dal P.M. procedente per carenza delle esigenze cautelari), ed espresso l'avviso che anche le esigenze cautelari fossero nella specie configurabili sia pure in modo meno intenso rispetto a quello prospettato dal P.M., tanto da accogliere solo in parte le sue richieste. Avverso la detta ordinanza ha proposto ricorso per Cassazione il difensore della impresa individuale *** deducendo inosservanza ed erronea applicazione della legge penale (artt. 5, 45, 46 e 9 comma 2 D.l.vo 231/01 sostenendo l'inapplicabilità alla fattispecie delle disposizioni previste dal detto Decreto legislativo, in quanto nella nozione di ente non poteva essere ricompresa l'impresa individuale.

Ha poi dedotto inosservanza della legge processuale penale per violazione degli artt. 192, 273. 274 e 275 c.p.p. nonché mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione.

A tale ultimo riguardo la difesa ha anzitutto premesso che una delle due società - la ***- delle quali la *** (a sua volta di titolare dell'omonima impresa individuale operante nel settore dello smaltimento dei rifiuti) si avvaleva per la propria attività, in realtà

operava in settore del tutto diverso (commercio e vendita di prodotti per l'edilizia): tale circostanza, non presa adeguatamente in considerazione dal Tribunale del Riesame, ha fatto si che la presenza di rifiuti nello spiazzale retrostante l'area di vendita al pubblico del detto materiale edile venisse erroneamente ricondotta alla società *** individuata come intenta a sversare rifiuti.

Ha poi rilevato come il Tribunale abbia ritenuto sussistere le esigenze cautelari sulla base di fuorvianti note informative della P.G. che in realtà ipotizzavano - ma senza alcun riscontro -una prosecuzione di illecita attività di smaltimento dei rifiuti e in modo del tutto illogico attribuito rilievo ad alcune segnalazioni anonime qualificate come riscontro alle note informative della P.G.

Rileva quale elemento di contraddittorietà la ritenuta sussistenza della gravità indiziaria pur avendo qualificato come frutto di congetture l'ulteriore ipotesi accusatoria del P.M. utilizzata per la proposizione dell'appello.

In questo ambito si sarebbe anche collocata l'ulteriore riflessione del Tribunale derivante dalla ritenuta prosecuzione da parte dell'indagata dell'attività illecita di smaltimento attraverso altra ditta (la ***), sulla base del tracciamento dei dati del sistema di controllo GPS che avrebbero accertato la presenza di un mezzo di tale ditta (esercente attività di smaltimento di sfabbricidi) in territorio di Caltanissetta, omettendo di considerare che il mezzo di tale impresa era in realtà diretto a ***.

Quanto poi alla parte dell'ordinanza riferentesi alla attualità e concretezza del pericolo di reiterazione di reati della stessa specie, la ricorrente rilevava la sostanziale assenza e illogicità della motivazione basata su (fonti di) prove in realtà mai acquisite in modo certo. Il ricorso non è fondato.

Va, anzitutto, esaminata la questione, sollevata dalla difesa della ricorrente, concernente la inapplicabilità alla propria impresa individuale delle disposizioni racchiuse nel D. Lgs.vo 231/01.

La tesi, che sembra far leva su un conforme e, per quanto è dato conoscere, unico orientamento giurisprudenziale (Cass. Sez. 6 3.3.2004 n. 18941 Soc. Ribera rv. 228833), muove dal presupposto che soltanto sugli enti dotati di personalità giuridica che siano strutturati in forma societaria o pluripersonale, possano farsi gravare gli articolati obblighi nascenti dal testo normativo in esame.

Si tratta di un argomento privo di pregio per un concorrente ordine di ragioni.

Ed invero, il motivo in esame è, in primo luogo, inaccoglibile sotto il profilo generale della inesatta ed incompleta determinazione della gamma dei soggetti destinatari delle prescrizioni normative che, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente, non vanno soltanto individuati attraverso la loro espressa previsione o la loro altrettanto espressa esclusione, ma ben possono identificarsi sulla base dell'appartenenza alla generale categoria degli enti forniti di personalità giuridica nonché di società e associazioni anche prive di personalità giuridica (art, 1 comma 2).

Alle stregua di ciò - ed è questo il secondo profilo di inaccoglibilità - la ricorrente, fermo restando che nel caso di specie non ci si trova di fronte a società o associazioni, avrebbe dovuto fornire la prova - su di essa incombente - che la propria impresa individuale era priva di personalità giuridica, ossia della indefettibile qualità al cui effettivo possesso la norma subordina la propria efficacia.

Onere probatorio che, nel caso in esame, non è stato minimamente assolto, avendo anzi la ricorrente preso le mosse dall'assiomatico assunto della estraneità di tale categoria di soggetti giuridici al regime normativo di cui si tratta.

Ora, l'insanabile lacuna probatoria qui denunciata se, da un lato, rende evidente la carenza del presupposto argomentativo che, solo, avrebbe dovuto sorreggere il mezzo di censura, d'altro canto, per il suo carattere assorbente, esime questa Corte da una analisi più compiuta della portata soggettiva della norma in questione che non si rivela necessario ai fini della decisione.

Purtuttavia alcune considerazioni di carattere generale possono sin d'ora essere aggiunte. Muovendo dalla premessa che l'attività riconducibile all'impresa (al pari di quella riconducibile alla ditta individuale propriamente detta) è attività che fa capo ad una persona fisica e non ad una persona giuridica, intesa quale società di persone (o di capitali), non può negarsi che l'impresa individuale (sostanzialmente divergente, anche da un punto di vista semantico, dalla c.d. "ditta individuale"), ben può assimilarsi ad una persona giuridica nella quale viene a confondersi la persona dell'imprenditore quale soggetto fisico che esercita una determinata attività: il che porta alla conclusione che, da un punto di vista prettamente tecnico, per impresa deve intendersi l'attività svolta dall'imprenditore-persona fisica per la cui definizione deve farsi rinvio agli artt. 2082 e 2083 del c.c.

Ancora, e più significativamente, l'interpretazione in senso formalistico *dell'incipit* del D. Lv.o 231/01 cosi come esposto dalla ricorrente (che, a proposito degli enti collettivi, ha evocato il termine di soggetti "metaindividuali") creerebbe il rischio di un vero e proprio vuoto normativo, con inevitabili ricadute sul piano costituzionale connesse ad una disparità di trattamento tra coloro che ricorrono a forme semplici di impresa e coloro che, per svolgere l'attività, ricorrono a strutture ben più complesse ed articolate.

Peraltro è indubbio che la disciplina dettata dal D. L.vo 231/01 sia senz'altro applicabile alle società a responsabilità limitata c.c. "unipersonali", cosi come è notorio che molte imprese individuali spesso ricorrono ad una organizzazione interna complessa che prescinde dal sistematico intervento del titolare della impresa per la soluzione di determinate problematiche e che può spesso involgere la responsabilità di soggetti diversi dall'imprenditore, ma che operano nell'interesse della stessa impresa individuale.

Ed allora, una lettura costituzionalmente orientata della norma in esame dovrebbe indurre a conferire al disposto di cui al comma 2 dell'art. **1** del D. L.vo in parola una portata più ampia, tanto più che, non cogliendosi nel testo alcun cenno riguardante le imprese individuali, la loro mancata indicazione non equivale ad esclusione, ma, semmai ad una implicita inclusione dell'area dei destinatari della norma. Una loro esclusione potrebbe infatti porsi in conflitto con norme costituzionali - oltre che sotto il riferito aspetto della disparità di trattamento -anche in termini di irragionevolezza del sistema.

Confermata, allora, l'applicabilità delle disposizioni di cui all'art. 24 comma 3 del richiamato D. Lg.vo 231/01, va affrontata l'ulteriore questione collegata alla logicità e completezza della motivazione in punto di consistenza indiziaria sia pure per i limitati ambiti di operatività che circoscrivono la competenza del giudice del riesame.

Va detto in proposito che il ragionamento seguito dal Tribunale per dare ingresso alle doglianze del P.M. concretizzatosi, per l'appunto, nella applicazione della misura cautelare sollecitata dal P.M. appellante, si basa, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa, su prove certe che sono state individuate in modo congruo e logico: in particolare è stato dato esatto rilievo alla circostanza oggettiva (in quanto desunta da uno *screening* del sistema satellitare di controllo - GPS - installato sui mezzi adibiti al trasporto dei rifiuti) della presenza di un mezzo della ditta *** in Caltanissetta nei giorni in cui secondo i formulari F1R il mezzo si sarebbe dovuto trovare in altra località: corretta quindi la deduzione che ne ha tratto il Tribunale di una verosimile falsità dei documenti di trasporto e di una altrettanto verosimile connivenza delle società titolari delle discariche autorizzate. Del tutto logica appare poi la considerazione del Tribunale circa la prosecuzione dell'attività di raccolta e trasporto dei rifiuti in modo illecito in quanto difficilmente sostenibile la tesi di una riconversione lecita delle attività di trasporto e smaltimento dei rifiuti in sili autorizzati anche in considerazione dei tempi tecnici necessari ad una ripresa lecita di tale attività. Se poi a tutto questo si aggiunge la circostanza - opportunamente evidenziata nell'ordinanza impugnata (v. pag. 4) - di una presenza costante della *** sulle aree interessate dallo smaltimento e del ruolo centrale assunto dalla stessa indagata concretizzatosi nell'impartire le necessarie istruzioni in merito alle modalità di scarico, scarico e sistemazione dei rifiuti (vds. pag. 4 della richiamata ordinanza), ben si comprende la conclusione del Tribunale in merito ad una gravità del compendio indiziario non solo riferito alla attività in sé di smaltimento dei rifiuti ma anche e soprattutto al reato associativo caratterizzato - tra gli altri - dall'elemento della stabilità temporale e della suddivisione di ruoli tra i sodali. Ed anzi il Tribunale, proprio al fine di far risaltare la particolare struttura dell'organizzazione delinquenziale ed il suo buon funzionamento, ha evidenziato come i rapporti di parentela o affinità tra i sodali (*** la cognata ***) ed i ruolo specifici ricoperti da tali soggetti all'interno delle varie società operanti nel settore agevolassero la funzionalità di un'associazione delinquenziale che, seppure con un organigramma modesto, era in grado di ben funzionare in quanto sostanzialmente impermeabile dall'esterno. La rilevata contraddittorietà logica in cui sarebbe incorso il Tribunale nel dare rilievo non univoco alla gravità indiziaria non sussiste, in quanto il Tribunale ha correttamente ricollegato le condotte in concreto svolte dopo l'apposizione del vincolo del sequestro all'area adoperata dalla ditta individuale dell'indagata per lo smaltimento dei rifiuti alle condotte pregresse che avevano portato al sequestro di quell'area, sostanzialmente omologandole in modo logico e coerente con i risultati delle ulteriori indagini. Lo sviluppo logico di un tale ragionamento conduce inevitabilmente a ritenere attuale e concreto anche il quadro cautelare, in quanto - in modo assolutamente esente da censure sul piano logico - proprio perché oggetto del sequestro è stata l'area e non i mezzi della ditta, era ragionevole desumere che l'attività illecita sarebbe potuta proseguire in modo illecito in siti diversi essendo comunque i mezzi dotati delle autorizzazioni al trasporto. L'assenza di riscontri in merito ai luoghi di effettivo sversamento dei rifiuti non toglie validità alla tesi di una prosecuzione dell'attività criminosa in altri luoghi per quella considerazione di fondo contenuta nell'ordinanza circa la scarsa verosimiglianza di una riconversione dell'attività in modo lecito dopo una attività illecita ripetuta nel tempo che aveva portato al sequestro dell'area. In questo senso, appare corretta la conclusione del Tribunale circa la non decisività della documentazione prodotta dalla difesa per dimostrare la liceità dell'attività successiva al sequestro dell'area, in quanto tali documenti dimostrano soltanto che la ditta dell'indagata (e quelle parallele) aveva provveduto alla doverosa rimozione dei rifiuti pericolosi rinvenuti nell'area sequestrata: tanto più ciò in relazione a quella ritenuta falsità dei documenti di trasporto di cui si è dianzi parlato a proposito della *** s.r.1.

Erra quindi la ricorrente nel considerare contraddittorio il ragionamento del Tribunale, in quanto il compendio indiziario si sarebbe potuto qualificare di incerta lettura se isolatamente considerato, laddove era invece necessario effettuare una

comparazione tra condotte pregresse e condotte successive al sequestro, ritenute sovrapponibili sia per le analoghe modalità di svolgimento dell'attività sia per il ricorso alla stessa società di gestione della discarica (la *** s.r.l.).

La concretezza ed attualità del pericolo di reiterazione di reati della stessa specie è quindi facilmente ricavabile da quelle specifiche modalità della condotta che valgono sia per la consistenza del quadro indiziario in termini di gravità, sia per la consistenza delle esigenze cautelari da salvaguardare con quegli accorgimenti (divieto di svolgimento dell'attività di impresa) ritenuti molto più idonei della custodia cautelare richiesta dal P.M. a scongiurare il pericolo di recidivanza.

Ma anche il diverso profilo di violazione di legge denunciata dal ricorrente legata al carattere devolutivo dell'appello non appare fondato.

Se è vero, inafatti, che il P.M. appellante nel proporre gravame contro il diniego del GIP si è limitato ad avanzare una richiesta di applicazione *tout court* della misura senza indicarne la durata, non può per ciò solo considerarsi *extra ordinem* il provvedimento emesso dal Tribunale con riguarda la fissazione di un termine di durata, rientrando comunque nei poteri del Tribunale e sulla base delle circostanze emergenti dagli atti, l'indicazione in via autonoma della durata della misura, con il solo obbligo del rispetto dei limiti (minimi e massimi) indicati nel comma 2 dell'art. 13 (limiti nella specie rispettati).

Né tale provvedimento appare privo di motivazione come sostenuto dalla difesa della impresa ricorrente, in quanto il criterio che ha ispirato il Tribunale nella scelta del termine va necessariamente collegato a quell'esame delle esigenze cautelari che sono state considerate particolarmente intense sotto il profilo del pericolo di recidiva.

Al rigetto del ricorso segue la condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali. Cosi deciso in Roma il 15 dicembre 2010.

L'elemento soggettivo nel reato di abuso d'ufficio: il perseguimento del fine pubblico ed il dolo dell'agente

Corte di Cassazione Penale Sez. III, 13/5/2011 (Ud. 24/2/2011), Sentenza n. 18895

a cura dell'Avv. Luigi Caffaro

Massima

Integra il reato di abuso d'ufficio la condotta del sindaco di un Comune che, in violazione della normativa di settore, conferisca un incarico dirigenziale a persona priva dei requisiti di legge, arrecando così intenzionalmente un danno ingiusto al dirigente che ne ha diritto. Il perseguimento del fine pubblico dell'agente non vale ad escludere il dolo dell'abuso d'ufficio sotto il profilo dell'intenzionalità allorché rappresenti un mero pretesto con il quale venga mascherato l'obiettivo reale della condotta. (Cass. Sez. VI 19/05/2010 n.23421). (Nella specie: funzionari del comune che avevano espresso parere contrario, sono stati esautorati e sostituiti con altri più compiacente e malleabili). (riforma sentenza della Corte d'appello di Roma del 4/5/2010) Pres. Ferrua, Est. Petti, Ric. Cesaroni ed altri.

Il caso

Un Consiglio Comunale cedeva, con apposita delibera, un'area ad una società privata proprietaria di altri terreni nella zona, per consentire a quest'ultima la costruzione di un Centro Culturale. Al provvedimento faceva seguito il rilascio di una concessione edilizia e poi di una concessione in sanatoria, per una variante in corso d'opera, operazione che risultava essere attuata in violazione della normativa che vieta la cessione a privati di beni patrimoniali indisponibili, avvenuta, nella specie, a licitazione privata e non con gara pubblica e non a prezzo di mercato ma a prezzo d'esproprio. La cessione si presentava particolarmente vantaggiosa per la società, in quanto le era stato riconosciuto il diritto di gestire l'intero complesso, destinato a servizio pubblico, senza che fosse previsto, a suo carico, né un prezzo d'acquisto né il pagamento di un canone di locazione, con evidente danno per l'ente locale. Evidente, quindi, la sussistenza degli altri elementi oggettivi del reato di abuso d'ufficio, consistenti, oltre alla violazione di legge, nel vantaggio ingiusto ottenuto dal privato e dal danno ingiusto subito dalla Pubblica Amministrazione, peraltro riconosciuti dai giudici di merito.

Ciò nonostante, sebbene il Sindaco fosse pienamente consapevole del vantaggio arrecato alla società, i giudici di prime cure escludevano la sussistenza del dolo intenzionale del delitto di abuso d'ufficio, in quanto ritenevano che costui non avesse agito al fine primario di arrecare un vantaggio al privato, ma allo scopo di realizzare, ad ogni costo, un'istituzione avente rilevanza pubblica, in modo da attribuire alla propria amministrazione il merito della realizzazione dell'opera.

Secondo i giudici di legittimità, **il vantaggio o danno per il privato può essere affiancato anche da una finalità pubblica che rappresenti una mera occasione o un pretesto per coprire la condotta illecita**. Al tempo stesso, come ribadito dai giudici della Terza Sezione Penale, **tale finalità pubblicistica non deve essere confusa con il fine politico dell'agente**, con l'esigenza di dimostrare la propria capacità di "governo" ai consociati, con la smania di protagonismo, con la finalità propagandistica, con l'aspirazione ad aumentare il consenso elettorale, in quanto **trattasi di motivi egoistici** che si pongono in antitesi con la finalità altruistica che deve connotare la finalità pubblica.

Nota

La pronuncia in commento, discostandosi dall'orientamento tenuto in passato dalla giurisprudenza di legittimità, richiedendo il dolo intenzionale in senso stretto, **esclude il rilievo** non solo del dolo eventuale (caratterizzato

dall'accettazione del verificarsi dell'evento), ma **anche del dolo diretto** (che ricorre nel caso in cui l'agente si rappresenti l'evento come verificabile con certezza o con un elevato grado di probabilità); al tempo stesso, tuttavia, **ribadisce come l'art. 323 c.p. non richieda che l'evento tipico costituisca il fine esclusivo del soggetto agente**, argomentazione, quest'ultima, che trova supporto anche nell'ordinanza n. 251/2006 della Corte Costituzionale.

Aggiunge la Cassazione che **la finalità pubblica non può essere realizzata ad ogni costo o a qualsiasi prezzo**, non potendosi prescindere, all'interno del concetto di pubblica utilità, dall'osservanza, anche sotto il profilo economico, del principio del buon andamento della pubblica amministrazione. Ai fini dell'**accertamento del dolo intenzionale**, quale atteggiamento psicologico dell'agente, questo deve desumersi dai comportamenti tenuti prima, durante e dopo la condotta ed in particolar modo dall'evidenza delle violazioni, dalla competenza dell'agente, dalla reiterazione e gravità delle violazioni, dai rapporti tra agente e soggetto favorito o danneggiato e, in caso di compresenza di più fini, dalla comparazione dei rispettivi vantaggi o svantaggi.

Al fine di chiarire meglio la problematica è opportuno evidenziare che, in tema di abuso d'ufficio, dopo la riscrittura dell'art. 323 ad opera della l. 234/1997, che ha riformato la struttura della fattispecie in questione, da reato di pericolo a dolo specifico in **reato di danno a dolo di evento**, i problemi che vengono in rilievo in giurisprudenza sono diversi.

In primo luogo, quello attinente alla individuazione del **bene giuridico protetto** e quindi conseguentemente, alla identificazione della persona offesa, cioè del titolare del bene giuridico protetto, diversa dalla nozione più estesa di mero danneggiato. Il problema si pone perché dopo il 1997, il legislatore, avendo costruito l'abuso di ufficio, come reato di evento, in cui il danno ingiusto deve essere non solo perseguito, ma anche *realizzato*, perché il reato si consumi, ci si è chiesti se, accanto all'interesse riconducibile all'art. 97 Cost., l'art. 323 c.p. non sia posto ormai a presidio anche dell'interesse del privato leso, il quale subisca il danno ingiusto, conseguente alla condotta del pubblico ufficiale violativa della norma di legge o di regolamento. Il problema si è posto soprattutto in relazione ad una questione processuale, relativa alla qualificabilità del privato danneggiato come persona offesa e conseguentemente come soggetto legittimato ad attivare i poteri processuali contemplati dagli artt. 408 e ss. del c.p.p., in specie, il potere di opporsi alla richiesta di archiviazione formulata dal pm, potere riconosciuto al titolare dell'interesse presidiato (ovvero la persona offesa), non anche in capo alla figura più ampia del danneggiato legittimato a costituirsi parte civile, ma non anche ad opporsi alla richiesta di archiviazione.

Le questioni più importanti, che vengono in rilievo dopo la riscrittura dell'art. 323 c.p., attengono innanzitutto alla esatta individuazione dell'atteggiamento psicologico del **dolo di abuso di ufficio**, costruito con l'avverbio *intenzionalmente,* come dolo intenzionale, con conseguente insufficienza tanto del dolo eventuale, quanto del dolo diretto ma non intenzionale.

L'abuso di ufficio si presenta, attualmente, non più come reato a dolo specifico (in cui l'effettivo raggiungimento della finalità extrafattuale del vantaggio o del danno non è rilevante ai fini dell'integrazione), ma come delitto di evento a dolo generico, caratterizzato dal requisito dell'intenzionalità. L'introduzione dell'avverbio "intenzionalmente" restringe l'operatività del momento soggettivo alla situazione corrispondente ad un'assoluta omogeneità tra momento rappresentativo e momento volitivo, con esclusione, dunque, del dolo eventuale.

Va detto, inoltre, che l'intenzionalità del dolo è stata interpretata da una cospicua giurisprudenza di legittimità nel senso di escludere la punibilità della condotta diretta a procurare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale ogniqualvolta l'agente abbia perseguito contestualmente l'interesse pubblico affidatogli. In questo caso, infatti, al bene primario non verrebbe recata alcuna offesa. (sul punto è intervenuta anche la Corte Costituzionale con sent. 251/2006)

La questione è, quindi, quella della configurabilità del dolo intenzionale di abuso di ufficio nell'ipotesi di concomitanza con l'interesse egoistico o affaristico o di danno, descritto dall'art. 323, dell'interesse pubblico. Si tratta di un problema ripetutamente esaminato dalla Cassazione (cfr. da ultimo **Cass. n. 7973/2008**).

Come già detto, dall'art. 323 c.p. nuova formulazione è richiesto il dolo intenzionale, ossia la rappresentazione e volizione dell'evento di danno altrui, ragionevolmente qualificabile come ingiusto (ai sensi dell'art. 2043 c.c.), come conseguenza diretta ed immediata della condotta dell'agente ed obiettivo primario da costui perseguito. Ciò posto, se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente, diretto a perseguire, in via primaria, l'obiettivo di un interesse pubblico di preminente rilievo, riconosciuto dalla legge, come nella specie, quale imprescindibile riferimento tipicizzante la corretta condotta di un sindaco, a garanzia di esatto adempimento delle prestazioni contrattuali dovute dal privato al Comune, non è configurabile il necessario dolo intenzionale e quindi, in difetto di un essenziale elemento costitutivo del reato di abuso di ufficio, secondo lo stesso spirito della novella 234/97, il reato non sussiste. E, del resto, come affermato da consolidata giurisprudenza, affinché sussista il reato de quo è richiesto il dolo intenzionale, ossia la rappresentazione e volizione dell'evento di danno ingiusto altrui, come conseguenza diretta ed immediata della condotta dell'agente ed obiettivo primario da costui perseguito.

In conclusione, una volta provato che la condotta dell'imputato è stata diretta ad una rigorosa tutela primaria degli interessi del Comune appaltante e, nel contempo, è stata improntata ai caratteri propri dell'eccezione di inadempimento contrattuale ex art. 1460 c.c., il reato ascritto al ricorrente non può sussistere. Per questi motivi la Corte annulla senza rinvio la sentenza impugnata.

Obbligo di garanzia del Sindaco e ripartizione di competenze tra questi ed il Prefetto in merito alla gestione dei servizi in caso di emergenza

Corte di Cassazione Penale, Sez. IV, 03/05/2010 (Ud. 11/03/2010), Sentenza n. 16761

a cura dell'Avv. Luigi Caffaro

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE - Calamità Naturali o catastrofi - Sindaco - Obbligo giuridico di impedire l'evento - Sussistenza - Rapporto Di Causalità - Posizione Di Garanzia - Gestione dell'emergenza - Poteri del Sindaco rispetto al Prefetto - Natura concorrente (e non residuale) - Fattispecie: eventi verificatisi in Sarno.

Nel sistema delineato dalla L. 24 febbraio 1992 n. 225 (istituzione del servizio nazionale della protezione civile) al sindaco, quale autorità locale di protezione civile e nell'ambito del territorio comunale, compete la gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo, di calamità naturali o catastrofi. Pertanto, se questi eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune il sindaco chiede l'intervento di altri mezzi e strutture al prefetto che adotta i provvedimenti di competenza coordinandoli con quelli del sindaco le cui attribuzioni hanno natura concorrente (e non residuale) con quelle del prefetto che ne ha la direzione. Fattispecie: eventi verificatisi in Sarno, nel quale l'abitato fu investito da numerose colate di fango che provocarono la morte di 137 persone. Pres. P. Mocali, Rel. C.G. Brusco.

NOTA

La recente giurisprudenza ha affermato che un soggetto è titolare di una posizione di garanzia, se ha la possibilità, con la sua condotta attiva di influenzare il decorso degli eventi indirizzandoli verso uno sviluppo atto ad impedire la lesione del bene giuridico da lui preso in carico.

La sentenza premette che il sindaco è sicuramente titolare di una posizione di garanzia in tema di protezione civile i cui contenuti sono riconducibili alle attività di previsione, prevenzione, soccorso e superamento dell'emergenza.

Con riferimento al caso in esame - ed in particolare alla prevenzione dei danni in caso di calamità (art. 3, comma 2) - la sentenza sottolinea che in questa attività devono farsi rientrare non solo i compiti da svolgere prima degli eventi; la prevenzione, nel caso di eventi che si protraggano nel tempo, può riguardare anche lo sviluppo dei medesimi.
Nel sistema delineato dalla L. 24 febbraio 1992, n. 225 (istituzione del servizio nazionale della protezione civile) al sindaco, quale autorità locale di protezione civile e nell'ambito del territorio comunale, compete la gestione dell'emergenza provocata da eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo, di calamità naturali o catastrofi; se questi eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune il sindaco chiede l'intervento di altri mezzi e strutture al prefetto che adotta i provvedimenti di competenza coordinandoli con quelli del sindaco le cui attribuzioni hanno natura concorrente (e non residuale) con quelle del prefetto che ne ha la direzione.

Ed ancora nel caso di eventi calamitosi che non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune - e fino a quando il prefetto non abbia concretamente e di fatto assunto la direzione dei servizi di

emergenza - il sindaco mantiene integri i suoi poteri e gli obblighi di gestione dell'emergenza ed in particolare quelli di allertamento ed evacuazione delle popolazioni che si trovino nelle zone a rischio indipendentemente dall'esistenza di una situazione di urgenza (la cui esclusione da parte del giudice di merito è stata, nella specie, ritenuta manifestamente illogica).

Poste le premesse che precedono occorre fare alcune considerazioni di carattere generale che riguardano l'individuazione delle posizioni di garanzia nella protezione civile.

Nella materia della protezione civile, esiste un ostacolo in più, rispetto ad altri settori della responsabilità, nell'individuazione del garante perché questa individuazione dipende frequentemente dalla natura dell'evento e l'evento non sempre, almeno nella fase iniziale, è chiaramente definibile ed è soggetto ad evoluzioni rilevanti. Gli esempi di questa non chiara definibilità sono sotto gli occhi di tutti: se si verifica un'alluvione in un tratto del percorso di un fiume fino a quando lo straripamento delle acque si limita al territorio comunale l'unico garante è il sindaco; se lo straripamento inizia ad interessare anche altri comuni o altre province si allarga la sfera dei garanti. La stessa evoluzione può verificarsi nel caso di terremoti, eruzioni vulcaniche, frane di versanti montuosi ecc.

Non solo: anche se l'evento ha estensione tale da non travalicare l'ambito del territorio comunale (L. n. 225 del 1992, art. 15, comma 4) può avvenire che non possa essere fronteggiato con i mezzi a disposizione del comune e quindi deve essere chiesto l'intervento di altre forze e strutture al prefetto che diviene dunque anch'egli garante per lo specifico evento disastroso verificatosi.

Della natura complessa ed elastica di questo sistema va dunque tenuto conto nella ricostruzione delle posizioni di garanzia rilevanti ai fini che interessano. La prima disciplina organica dei temi riguardanti la protezione civile è stata introdotta dalla L. 8 dicembre 1970, n. 996 ("Norme sul soccorso e l'assistenza alle popolazioni colpite da calamità - Protezione civile") che ha fornito (art. 1) una definizione di calamità naturale o catastrofe intesa come "l'insorgere di situazioni che comportino grave danno o pericolo di grave danno alla incolumità delle persone e ai beni e che per la loro natura o estensione debbano essere fronteggiate con interventi tecnici straordinari".

In base alle disposizioni contenute in questa legge viene individuato nel ministro dell'interno l'organo cui è demandata l'intera organizzazione della protezione civile sia per quanto riguarda il potere di emettere le direttive generali sia per quanto attiene alla direzione e al coordinamento di tutte le attività da svolgere. Per lo svolgimento dei compiti in tema di protezione civile il ministro dell'interno si avvale del comitato interministeriale della protezione civile (art. 3).

Nello svolgimento di queste attività sono coinvolte anche le amministrazioni degli enti pubblici territoriali (art. 2, comma 2).

Nel caso di "evento non particolarmente grave" provvedono "gli organi locali elettivi e gli organi ordinari di protezione civile" (art. 5, comma 1). Al di fuori di questa ipotesi il presidente del consiglio dei ministri nomina un commissario che assume la direzione dei servizi di soccorso e il coordinamento dei servizi avvalendosi "della collaborazione degli organi regionali e degli enti locali interessati" (art. 5, comma 4).

Come è agevole verificare la costruzione del sistema di protezione civile prevista dalla legge in esame è fortemente accentrata in capo al ministro dell'interno e la partecipazione degli enti locali e degli organi dell'amministrazione statale decentrata non è espressamente disciplinata quanto alle attribuzione dei singoli organi ed enti.

L'art. 21 della medesima legge prevedeva che entro un anno dall'entrata in vigore fossero emanati regolamenti per la sua esecuzione. Il regolamento di esecuzione è stato emanato oltre dieci anni dopo con l'approvazione del D.P.R. 6 febbraio 1981, n. 66 il cui art. 14 ha individuato nel prefetto l'"organo ordinario di protezione civile" e gli ha attribuito i compiti analiticamente elencati in questa norma ed in particolare quello (n. 2) di dirigere "nell'ambito della provincia, i servizi di soccorso e di assistenza alle popolazioni colpite" e di coordinare "le attività svolte da tutte le amministrazioni pubbliche, dagli enti e dai privati". L'art. 16 del regolamento ha invece individuato nel sindaco, quale ufficiale del Governo, l'"organo locale di protezione civile" e ha previsto (comma 2) che "il sindaco provvede, con tutti i mezzi a disposizione, agli interventi immediati, dandone subito notizia al prefetto".

Di particolare rilievo è l'art. 36 del regolamento, in tema di avvertimenti alla popolazione, che prevede che "allorché occorra informare le popolazioni di situazioni di pericolo o comunque connesse con esigenze di protezione civile, vi provvede il prefetto, che si avvale dei mezzi tecnici da individuarsi nei piani provinciali di protezione civile, e, in caso di urgenza, il sindaco".

É con l'entrata in vigore della L. 24 febbraio 1992, n. 225 ("Istituzione del servizio nazionale della protezione civile") che il tema della protezione civile - oltre ad essere espressamente estesa anche agli eventi connessi con l'attività dell'uomo non previsti dalla legge del 1970 (anche se da ritenersi implicitamente ricompresi) - inizia ad essere regolato da una disciplina organica anche per quanto riguarda la tipologia degli eventi presi in considerazione, i compiti della protezione civile e la ripartizione delle competenze che era sostanzialmente estranea alla precedente disciplina.

Proprio in tema di ripartizione delle competenze inizia a delinearsi un processo (che la normativa degli anni successivi accentuerà) che fa venir meno il "modello centralizzato per una organizzazione diffusa a carattere policentrico" (così Corte cost., 28 marzo 2006 n. 129 che richiama analoghi concetti espressi nel precedente della medesima Corte 30 ottobre 2003 n. 327).

É inoltre da rilevare che con la L. del 1992 inizia a delinearsi un concetto più ampio di protezione civile che ricomprende anche le attività di previsione e prevenzione delle varie ipotesi di rischio; la previsione e la prevenzione erano temi sostanzialmente estranei alla l. n. 996 del 1970 anche se iniziavano a trovare una limitata disciplina nel regolamento del 1981 (il cui art. 1 finalmente precisa che la protezione civile concerne anche "la prevenzione degli eventi calamitosi mediante l'individuazione e lo studio delle loro cause").

Con l'entrata in vigore della L. del 1992, la protezione civile inizia a configurarsi come organizzazione autonoma con organi propri.

Con questa legge viene istituito il Servizio nazionale della protezione civile (art. 1) e vengono distinte tre tipologie di eventi (art. 2, lett. a, b e c) - che saranno più avanti esaminate in dettaglio - e che, in via di prima sintesi, si riferiscono, quanto agli eventi di cui all'art. 2, lett. a), a quelli che, se limitati all'ambito comunale e fronteggiabili con i mezzi a disposizione del comune, non richiedono l'intervento di altri organi. Per gli eventi di cui alle lett. b) e c) previsti dall'art. 2 v'è invece, come si vedrà, una sovrapposizione di attribuzioni e compiti tra prefetto e sindaco.

L'art. 14 della legge - che disciplina le attribuzioni del prefetto - prevede infatti, tra l'altro (comma 2, lett. b), che al verificarsi di uno di questi eventi il prefetto "assume la direzione unitaria dei servizi di emergenza da attivare a livello provinciale, coordinandoli con gli interventi dei sindaci dei comuni interessati" e (lett. c) "adotta tutti i provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi".

L'art. 15 disciplina (oltre alle competenze del comune) le attribuzioni del sindaco al quale attribuisce la qualità di "autorità comunale di protezione civile" che, al verificarsi dell'emergenza nell'ambito del territorio comunale, "assume la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di assistenza alle popolazioni colpite e provvede agli interventi necessari dandone immediata comunicazione al prefetto e al Presidente della Giunta regionale." (comma 3).

L'art. 15, al comma 4 prevede poi che "quando la calamità naturale o l'evento non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, il sindaco chiede l'intervento di altre forze e strutture al prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i propri interventi con quelli dell'autorità comunale di protezione civile".

É da rilevare che l'art. 21 della legge prevede l'abrogazione di "tutte le norme non compatibili con le disposizioni della presente legge" e quindi lascia aperto il problema della sopravvivenza di alcune disposizioni della L. n. 996 del 1970 e, soprattutto, di quelle del regolamento del 1981 non essendo stato emanato alcun regolamento di esecuzione della L. n. 225 del 1992 (che peraltro neppure prevede - salvo quello previsto dall'art. 20 che riguarda la disciplina delle ispezioni - l'emanazione di regolamenti di esecuzione).

É dunque da ritenere che, all'epoca dell'evento di cui ci stiamo occupando, fossero ancora in vigore i già ricordati artt. 14 e 16 del regolamento del 1981 sulle attribuzioni di sindaco e prefetto posto che tale (sintetica) disciplina non contrasta con le più analitiche norme della L. n. 225 del 1992. 4. I provvedimenti normativi successivi.

É da rilevare che il D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112 (che, essendo stato pubblicato sulla gazzetta ufficiale il 21 aprile 1998, è entrato in vigore il 6 maggio 1998, cioè il giorno successivo a quello in cui si è verificato l'evento calamitoso in esame), emanato in base alla delega contenuta nella L. 15 marzo 1997, n. 59, ha disciplinato anche il trasferimento delle funzioni in tema di protezione civile che sono state in gran parte attribuite alle regioni e agli enti locali.

L'art. 107 descrive le funzioni mantenute allo Stato mentre l'art. 108 descrive quelle attribuite a regioni, province e comuni. La lett. a) descrive le competenze delle regioni, la lett. b) quelle delle province e la lett. c) indica le funzioni conferite ai comuni - peraltro in gran parte già attribuite al sindaco in base alla normativa ricordata - ma con un significativo ampliamento delle funzioni riguardanti la previsione e la prevenzione. Successivamente agli eventi ricordati è entrata in vigore altra legge (3 agosto 1999, n. 265) il cui art. 12 ha trasferito al sindaco le competenze del prefetto "in materia di informazione della popolazione su situazioni di pericolo per calamità naturali" previste dall'art. 36 in precedenza riportato.

È solo da rilevare (questo problema non riguarda peraltro i fatti oggetto del presente processo) che dopo le innovazioni ricordate, si è creata una situazione di incertezza per quanto riguarda la competenza del prefetto in ordine agli eventi cd. intermedi (quelli previsti dalla L. n. 225 del 1992, art. 2, lett. b).

Ripartizione delle competenze tra prefetto e sindaco nella gestione dell'emergenza.

La ripartizione delle competenze tra prefetto e sindaco costituisce lo snodo essenziale del tema proposto.

Ai fini della ricostruzione del quadro normativo è però necessario precisare preliminarmente che la L. n. 225 del 1992, art. 2, proprio ai fini di predeterminare le competenze, prevede, come si è già accennato in precedenza, una triplice tipologia di eventi ai fini della protezione civile:

a) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che possono essere fronteggiati mediante interventi attuabili dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;
b) eventi naturali o connessi con l'attività dell'uomo che per loro natura ed estensione comportano l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria;
c) calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari.

È stato affermato - a conferma della già segnalata difficoltà aggiuntiva che si presenta nell'individuazione delle posizioni di garanzia in questa materia - che il sistema di ripartizione delle competenze è un sistema "a geometria variabile" e che, in questo sistema, "la catena di comando e controllo che dovrà assumere la gestione dell'emergenza sarà determinabile solo una volta compiuta la qualificazione dell'evento che si è manifestato o che si sta per manifestare".

Le attribuzioni del prefetto.

In base alla L. n. 225 del 1992, art. 14 il prefetto è l'organo che, nel caso delle emergenze previste dall'art. 2, lett. b) e c), assume la direzione e il coordinamento delle operazioni e "predispone il piano per fronteggiare l'emergenza su tutto il territorio della provincia e ne cura l'attuazione".

È stato osservato che il prefetto in questa materia agisce sotto diverse vesti: quale organo decentrato del ministero dell'interno quale componente della protezione civile; quale delegato della presidenza del consiglio dei ministri; quale organo decentrato che assume la direzione unitaria dei servizi di emergenza a livello provinciale. Si rinvengono dunque nelle competenze del prefetto due aspetti: quello di organo periferico dell'amministrazione dello Stato e quello di organo titolare di poteri propri di intervento al verificarsi dell'emergenza.

Si aggiunga - a conferma dei poteri amplissimi di cui dispone il prefetto nell'ambito della provincia al verificarsi degli eventi calamitosi che rientrano nella sua competenza - che al prefetto è attribuito (art. 14, comma 3 in riferimento all'art. 5 comma 2), quale delegato del presidente del consiglio dei ministri, il potere di ordinanza "in deroga ad ogni disposizione vigente, e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico".

Al verificarsi di uno degli eventi calamitosi indicati il prefetto informa il dipartimento della protezione civile e gli altri organi previsti (art. 14 comma 2 lett. a); "assume la direzione unitaria dei servizi di emergenza da attivare a livello provinciale, coordinandoli con gli interventi dei sindaci dei comuni interessati" (lett. b); "adotta tutti i provvedimenti necessari ad assicurare i primi soccorsi" (lett. c).
Il prefetto è dunque l'organo al quale, su scala provinciale, sono attribuiti i compiti fondamentali in materia di protezione civile al verificarsi dell'emergenza che abbia le caratteristiche previste nei casi già indicati.

Le attribuzioni del sindaco.

Un primo rilievo va fatto sulla figura e sulle attribuzioni del sindaco quali delineate dalla L. n. 225, art. 15: il sindaco, con l'entrata in vigore di questa legge, è divenuto "autorità comunale di protezione civile".

Si tratta, all'evidenza, di competenza propria del sindaco quale capo dell'amministrazione comunale e non più di competenza inerente alla sua qualità di ufficiale di governo quale era invece delineata dall'art. 16 del regolamento del 1981. Questo mutamento non è soltanto di natura terminologica perché in precedenza mai erano stati attribuiti al sindaco poteri e obblighi propri nella gestione delle emergenze riguardanti la protezione civile che invece lo riguardavano nella sua qualità di ufficiale di governo.

Dalla lettura delle sentenze di merito emerge come la figura e le attribuzioni del sindaco nella gestione dell'emergenza siano state sensibilmente sminuite una volta che il sindaco abbia adempiuto all'obbligo di avvisare la prefettura della natura degli eventi. In particolare sia il Tribunale che la Corte d'Appello hanno ricostruito i compiti attribuiti al sindaco dalla normativa vigente all'epoca dei fatti in termini "residuali" rispetto alle competenze del prefetto.

È opinione della Corte di Cassazione, invece, che questa ricostruzione sia in contrasto con la normativa cui si è già fatto cenno e che le competenze vadano ricostruite in termini di competenze "concorrenti" - sia pure in una situazione di sovraordinazione dei poteri del prefetto rispetto a quelli del sindaco - quando la natura degli eventi fuoriesca da quelli previsti dalla L. n. 225 del 1992, art. 2, lett. a).

A questa conclusione è possibile pervenire in base ad una molteplicità di argomentazioni.

Anzitutto è da rilevare che il dato normativo, dal punto di vista letterale, è significativo nel senso indicato. Il punto di partenza è costituito dalla L. n. 225, art. 15, comma 3 che attribuisce al sindaco la qualità di "autorità comunale di protezione civile" e precisa che "al verificarsi dell'emergenza nell'ambito del territorio comunale, il sindaco assume la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di assistenza alle popolazioni colpite e provvede agli interventi necessari dandone immediata comunicazione al prefetto e al Presidente della Giunta regionale".

In base al medesimo art. 15, comma 4 poi è previsto che "quando la calamità naturale o l'evento non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, il sindaco chiede l'intervento di altre forze e strutture al prefetto, che adotta i provvedimenti di competenza, coordinando i propri interventi con quelli dell'autorità comunale di protezione civile".

In quale punto del testo normativo sia possibile argomentare per individuare solo una responsabilità "residuale" del sindaco non è dato intendere.

Nel caso previsto dal comma 3 (che fa evidente riferimento agli eventi previsti dall'art. 2, lett. a) il sindaco si limita ad informare il prefetto. Se gli eventi non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune il sindaco chiede al prefetto l'intervento di altre forze o strutture ma la norma non prevede certamente che da quel momento egli possa disinteressarsi dei problemi creati dall'emergenza.
Al contrario perché, se il prefetto adotta i provvedimenti di competenza richiesti, egli lo fa "coordinando" i propri interventi con quelli dell'autorità comunale di protezione civile.

L'uso del verbo "coordinare" consente di affermare che entrambi gli organi competenti continuano a avere l'obbligo, ciascuno nell'ambito delle proprie responsabilità e competenze, di provvedere agli interventi necessari. É stato affermato in dottrina che, nel caso di interventi che non possono essere fronteggiati con i mezzi a disposizione del comune, incombe sul prefetto "un obbligo di coordinamento con l'autorità comunale la quale, in tal modo, allorché l'evento riguardi l'ambito del territorio comunale, non resta estranea ai relativi provvedimenti".

La permanenza di questi poteri ed obblighi in capo al sindaco non contrasta con l'attribuzione al prefetto di una posizione di garanzia dotata di maggiori poteri (anche straordinari) a lui attribuiti ed estesa all'ambito provinciale. Ciò che si vuoi dire è che, nell'ambito comunale, prefetto e sindaco continuano ad essere titolare di obblighi e poteri anche quando il prefetto sia stato informato dell'emergenza e sia concretamente intervenuto e pur se la posizione del prefetto sia da ritenere comunque sovraordinata rispetto a quella del sindaco.

D'altro canto - lo si è già osservato ma è opportuno ribadirlo perché la considerazione avvalora l'interpretazione proposta - il sindaco in questa materia non è più ufficiale di governo, non agisce più quindi per conto del governo

o del prefetto ma in virtù di competenza propria conseguente al processo di decentramento delle competenze in materia di protezione civile; competenza propria che dunque non viene meno sol perché altri organi o enti acquisiscono una competenza a intervenire nelle emergenze derivante dall'evolversi delle medesime.

Entrambe le sentenze di merito richiamano l'unico precedente di legittimità che abbia affrontato questi temi - la sentenza di questa sezione 10 luglio 2001 n. 33577, Scialò, rv. 219971 - che esaminò i temi riguardanti la posizione di garanzia del prefetto di Cuneo in relazione al processo instaurato a seguito degli eventi alluvionali verificatisi in Piemonte nel 1994.

In realtà questa sentenza non convalida affatto la tesi di una competenza residuale del sindaco; individua nel prefetto della provincia l'organo cui, in caso di calamità naturali di carattere eccezionale, spetta l'organizzazione e il coordinamento unitario della protezione civile; ricorda i poteri, anche straordinari, attribuiti al prefetto in queste situazioni; individua nel prefetto il titolare di una posizione di garanzia nel caso di calamità naturali e catastrofi interessanti aree più vaste di quelle comunali.

La sentenza non attribuisce peraltro ai sindaci una competenza "residuale" in materia di protezione civile e riconosce che i medesimi sono autorità di protezione civile nell'ambito del territorio comunale.
É vero che la sentenza sembra attribuire ai sindaci un ambito riduttivo di competenze ("ad essi è piuttosto riservata l'opera di soccorso e di assistenza delle popolazioni colpite") ma questa affermazione, dal tenore peraltro dubitativo (come dimostra l'uso dell'avverbio "piuttosto"), va ricollegata alla circostanza che, nel caso esaminato dal giudice di legittimità, il prefetto aveva assunto la direzione delle operazioni e l'emergenza riguardava tutta la provincia (ed anche altre province limitrofe).

Non può dunque affermarsi, come fanno le sentenze di merito che al sindaco dovesse essere affidata soltanto l'opera di soccorso e assistenza delle popolazioni colpite perché queste limitazioni non sono previste dalla legge.

É vero che la seconda parte dell'art. 15, comma 3 in esame prevede che, al verificarsi dell'emergenza, il sindaco assuma "la direzione e il coordinamento dei servizi di soccorso e di assistenza alle popolazioni colpite" ma questa disposizione non fa venir meno le più ampie competenze che derivano al sindaco sia dalla qualità di autorità comunale di protezione civile sia dalla già rilevata circostanza che i suoi interventi devono coordinarsi con quelli del prefetto.

Del resto l'art. 14 del regolamento del 1981 al n. 2 del comma 1 utilizzava, nella descrizione delle attribuzioni del prefetto nell'ambito della provincia, una identica formulazione ma da alcuno la norma è mai stata ritenuta limitativa degli altri poteri del prefetto o interpretata nel senso che l'assistenza e il soccorso fossero le sole attribuzioni del prefetto.

Ma v'è un'argomentazione che incrina irrimediabilmente la correttezza della ricostruzione, compiuta dai giudici di merito, sul tema del rapporto tra le competenze del sindaco e quelle del prefetto.

Se anche potesse affermarsi - in base al quadro emergente dalla ricordata normativa - che la competenza del sindaco fosse da ritenere "residuale" rispetto a quella del prefetto questa sovrapposizione delle competenze del prefetto, rispetto a quelle del sindaco, non potrebbe che verificarsi nel momento in cui il prefetto abbia di fatto assunto la direzione delle operazioni anche disponendo l'impiego di altre forze e strutture.

Sembra addirittura ovvio affermare che, finché alcun intervento di questo tipo sia attuato dal prefetto, il sindaco conservi tutti i poteri ed obblighi che la situazione di emergenza gli attribuisce anche se, ovviamente, non sarà da lui esigibile l'impiego di mezzi e strutture di cui non dispone.

Appare davvero singolare il quadro normativo delineato nelle sentenze di merito in base alle quali, nel momento in cui l'evento diviene di competenza di un'autorità superiore quella inferiore può disinteressarsene anche se la prima non è ancora intervenuta e solo perché sarebbe lei la sola autorità competente; e ciò in una materia, quale quella della protezione civile, nella quale gli sconvolgimenti provocati da eventi naturali o da interventi dell'uomo, possono creare devastazioni e vittime derivanti non solo dalle dimensioni del fenomeno catastrofico ma anche dal mero ritardo nell'organizzazione delle misure necessarie per evitarne o contenerne le conseguenze.

Inoltre: si è visto che la ripartizione delle competenze dipende dal tipo di evento in concreto verificatosi ma non esiste un'autorità che decida di quale evento si tratti anche perché, frequentemente, questa qualificazione è possibile solo a posteriori. E allora non è possibile che l'organo locale di protezione civile possa disinteressarsi degli eventi dal momento in cui ritiene che la competenza appartenga ad altro organo anche se quest'ultimo non abbia ancora assunto la direzione degli interventi né abbia ancora posto in essere quelli a lui attribuiti dalla legge.

E certo non può essere richiamato a sostegno della tesi contraria il disposto dell'art. 16 del regolamento (D.P.R. n. 66 del 1981) che, dopo avere, nel comma 1, attribuito al sindaco la qualità, quale ufficiale del Governo, di organo locale di protezione civile, stabilisce, nel comma 2, che "provvede, con tutti i mezzi a disposizione, agli interventi immediati, dandone subito notizia al prefetto". Sarebbe veramente riduttivo interpretare la locuzione "interventi immediati" limitandone l'ambito ai primi interventi. Il sindaco, nell'ambito dei mezzi a disposizione, provvede agli interventi necessari, fino a che il prefetto non assuma la direzione delle operazioni, e il riferimento all'immediatezza non può che significare che si tratta di interventi indifferibili e non solo dei primi interventi. Non sarebbe tollerabile - e la normativa non lo prevede - un "vuoto" di competenze nelle fasi che spesso sono le più gravi dell'emergenza.

In dottrina si è efficacemente espresso questo concetto con l'affermazione "che il sindaco, quale primo garante non risulti liberato dagli obblighi impeditivi che su di lui gravano, sino a che, in concreto, non sia intervenuta l'effettiva successione nella catena di comando. Di converso, i soggetti chiamati ad assolvere compiti di gestione nelle emergenze di maggiore gravità assumono la veste di garanti, se del caso in forma concorrente rispetto al sindaco, sin dal momento della intervenuta comunicazione relativa al tipo di evento verificatosi. Solo in tal modo, infatti, si scongiura il verificarsi di inammissibili Vuoti di responsabilità, nell'ambito della complessiva gestione dell'evento calamitoso, da parte delle diverse strutture della protezione civile".

In conclusione, su questo punto, fino a che il prefetto non abbia assunto, anche di fatto, la direzione delle operazioni, il sindaco, nell'ambito del territorio comunale, mantiene tutti i poteri e gli obblighi derivanti dalla qualità di autorità locale di protezione civile. Non è certo sufficiente, per liberare il sindaco dei suoi obblighi, che il prefetto sia in possesso di tutte le informazioni "necessarie e sufficienti per far scattare tutti i predetti meccanismi di prevenzione", se, di fatto, questi meccanismi non siano "scattati".

E ad un'altra conclusione è possibile pervenire: l'evoluzione delle caratteristiche dell'evento può condurre ad escludere che la posizione di garanzia si estenda al prefetto e agli organi governativi superiori. Ma anche nel caso in cui avvenga questa estensione "verticale" la posizione di garanzia del sindaco, o dei sindaci, non viene mai meno anche se l'ambito di estensione di tale posizione si riduce per l'intervento effettivo degli organi sovraordinati.

E' reato espletare bisogni fisiologici all'aperto per strada per strada:
la differenza tra atti osceni in luogo pubblico ed atti contrari alla pubblica decenza
Cassazione Penale sent. n. 40012/2011

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Ebbene sì... anche argomenti relativi alle necessità fisiologiche dell'uomo rischiano di arrivare in Cassazione. Il caso pratico concerne un giovane che, uscito di notte da un locale, si sofferma tra le automobili per urinare. E se anche la "materia del contendere" riesce a strapparci un risolino ironico e sornione, la decisione della Suprema Corte con un colpo di coda profitta della situazione per chiarire la differenza tra gli atti osceni e quelli contrari alla pubblica decenza. Di preciso, gli atti osceni in luogo pubblico ex art. 527 c.p. si concretizzerebbero se, nell'atto di urinare, l'uomo facesse vedere (o comunque i terzi potessero vedere) i genitali. Ma nel caso di specie, il giovane si era nascosto tra le autovetture! Ecco perchè il reato imputatogli è stato quello di atti contrari alla pubblica decenza ex art. 726 c.p., i quali si concretizzerebbero ogni qualvolta quel gesto compiuto sia percepito dai terzi come atto contrario alla pubblica decenza. Senza avere alcun rilievo se ci siano stati o meno "atti e/o comportamenti osceni". Precisa, inoltre, la Cassazione che mentre gli atti osceni in luogo pubblico offendono "*in modo intenso e grave il pudore sessuale, suscitando nell'osservatore sensazioni di disgusto*" invece gli atti contrari alla pubblica decenza "*ledono il normale sentimento di costumatezza, generando fastidio e riprovazione*". Dunque, il fatto di essersi "nascosti" tra le auto od anche (seguendo la linea di principio accertata dagli Ermellini) l'andare in un luogo appartato non può essere utilizzato come giustificazione: se il gesto viene "percepito" dai terzi come sconveniente e riprovevole si concreta la fattispecie di atti contrari alla pubblica decenza.

Corte di Cassazione Sez. Terza Pen. - Sent. del 04.11.2011, n. 40012

Osserva

1) Con sentenza in data 15.7.2010 il Giudice di Pace di Pontremoli assolveva N.R. dal reato di cui all ' art. 726 c.p. ascritto per insussistenza del fatto.

Dopo aver ricordato che all ' imputato risultava contestato di aver compiuto atti contrari alla pubblica decenza, consistiti nell ' orinare nei pressi della discoteca (…) e quindi in luogo esposto al pubblico in modo percepibile da terzi, assumeva il G.d.P. che dall ' istruttoria dibattimentale era emerso che la condotta posta in essere dal prevenuto non era stata neppure percepita dai presenti, essendosi N. allontanato dall ' ingresso della discoteca dove numerosi ragazzi erano intenti a fare la fila ed essendo la zona poco illuminata.

Aggiungeva il G.d.P. che l ' atto andava valutato nella sua portata complessiva, essendo ben diversa la condotta di chi ostentatamente orina in pubblico in ore diurne, da quella mossa da una impellente necessità di soddisfare un bisogno fisiologico. Inoltre il N. riteneva, secondo la dichiarazione resa ai Carabinieri, che il gesto non fosse vietato.

2) Ricorre per cassazione il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Genova per mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione, travisamento della prova, inosservanza ed erronea applicazione della legge penale in relazione all ' art. 726 c.p.

A parte la evidente irrilevanza delle dichiarazioni, rese dal prevenuto ai Carabinieri, aver ritenuto che il gesto non fosse vietato, il G.d.P., facendo riferimento alla visibilità dei genitali, confonde il reato di cui all ' art. 726 c.p. con quello di cui all ' art. 527 c.p. Peraltro, la norma di cui all ' art. 726 c.p. non richiede che il gesto contrario alla pubblica decenza sia stato effettivamente percepito, essendo sufficiente che, per la condizione di luogo, esso

possa essere percepito. Infine dell ' assoluta impellenza del bisogno fisiologico e della impossibilità di farvi altrimenti (ed altrove) fronte non vi è alcun riferimento in concreto in sentenza.

3) Il ricorso è fondato.

3.1) Per giurisprudenza pacifica di questa Corte, richiamata anche dal ricorrente, " sono atti contrari alla pubblica decenza tutti quelli che in spregio ai criteri di convivenza e di decoro che debbono essere osservati nei rapporti tra i consociati, provocano in questi ultimi disgusto o disapprovazione come l ' orinare in luogo pubblico. Né la norma dell ' art. 726 c.p. esige che l ' atto abbia effettivamente offeso in qualcuno la pubblica decenza e neppure che sia stato percepito da alcuno, quando si sia verificata la condizione di luogo, cioè la possibilità che qualcuno potesse percepire l ' atto " (cfr. ex multis Cass. pen. sez. V, 28.4.1986 n. 3254; Cass. sez. 3, 25.10.2005 n. 45284 e, più di recente, Cass. sez. 3 n. 15678 del 25.3.2010). Il reato in questione poi si differenzia da quello di cui all ' art. 527 c.p. in quanto la distinzione tra gli atti osceni e gli atti contrari alla pubblica decenza va individuata nel fatto che i primi offendono, in modo intenso e grave il pudore sessuale, suscitando nell ' osservatore sensazioni di disgusto oppure rappresentazioni o desideri erotici, mentre i secondi ledono il normale sentimento di costumatezza, generando fastidio e riprovazione " (Cass. pen. sez. 3 n. 2447 del 14.3.1985).

È quindi irrilevante, sotto tale aspetto, che i genitali, nella condotta di orinare in luogo pubblico o esposto al pubblico, siano visibili oppure no.

3.1.1) Il G.di P. da atto, nel riportare la testimonianza del teste B. , che davanti alla discoteca " erano presenti altri ragazzi che attendevano per l ' entrata.. ", " i genitali erano visibili. La zona era in penombra … il N. era di schiena verso la discoteca però di profilo verso la fila dei ragazzi. Il gazebo era a c.a 3 metri dalla posizione dove si trovava il N. , i ragazzi non si sono lamentati con noi e si sono accorti del fatto solo per la nostra presenza " .

Nel pervenire all ' assoluzione dell ' imputato il G.d.P. non spiega perché tali risultanze processuali non consentano di ritenere che la condotta posta in essere fosse percepibile dai presenti. Oppure, evidentemente, ritiene, in contrasto con la pacifica giurisprudenza sopra riportata, che per la configurabilità del reato sia necessaria l ' effettiva percezione o che l ' atto abbia offeso in qualcuno la pubblica decenza.

Né fa riferimento ad elementi concreti da cui desumere che il bisogno fisiologico fosse impellente e non potesse essere soddisfatto in luogo tale da non essere percepibile a terzi.

La sentenza impugnata va pertanto annullata, con rinvio, per nuovo esame, allo stesso S.d.P..

P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia al G.d.P. di Pontremoli.

Il cane morde il postino in un'area aperta al pubblico transito? C'è responsabilità del padrone

Cassazione Penale sent. n. 26205/2011

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Nel caso di specie i giudici della Suprema Corte hanno ritenuto responsabile e, quindi, hanno condannato a risarcire i danni il proprietario di un cane per le lesioni subìte dal postino che, per consegnare la posta, si era introdotto nel vialetto di casa del detto proprietario, senza citofonare.Ma perchè? Se da un canto, il proprietario impugnava la sentenza di secondo grado in quanto la Corte di Appello non aveva preso in alcuna considerazione l'applicazione del principio di presunzione di pari responsabilità ex art. 2054 c.c., d'altra parte la Suprema Corte precisava che "*l'applicabilità dell'art. 2054 c.c. non si collega tanto al carattere privato o pubblico dell'area quanto alla sua apertura o no al pubblico transito. La pericolosità del fenomeno circolatorio é proprio legata alla pluralità dei soggetti coinvolti nel caso in cui lo stesso si svolga su aree aperte al pubblico, mentre tale carattere é assente dove la circolazione non sia consentita ad un numero indeterminato di soggetti. La relativa diversità di disciplina appare pertanto ragionevole*". Inoltre, con riferimento alla contestazione sulla legittimità costituzionale prospettata dal proprietario del cane con riferimento all'art. 2052 c.c. (per la parte in cui la norma non esclude dalla propria sfera di applicabilità il danno causato dall'animale nelle zone non aperte al pubblico), la Corte precisa che il contenuto della disposizione é conforme alla nostra Costituzione e che la sua applicazione è legittima atteso che "*...la pericolosità dell'animale permane infatti anche in aree non aperte al pubblico ed è conforme a costituzione l'applicazione della norma sia in riferimento alle aree aperte al pubblico che nel caso contrario*".

Corte di Cassazione Sez. Terza Civ. - Sent. del 06.12.2011, n. 26205

Svolgimento del processo

S.F. convenne in giudizio B. F. chiedendo il risarcimento dei danni subiti per essere stato aggredito dal cane di quest ' ultimo presso la cui abitazione si era recato per consegnare la posta.

Il convenuto negava ogni responsabilità rilevando: che l ' attore si era introdotto nel vialetto che conduceva alla sua abitazione senza la cautela di suonare il campanello ed attendere che qualcuno venisse a prelevare la posta; che la consegna della corrispondenza era avvenuta regolarmente e che nel tornare indietro il postino aveva tenuto una velocità eccessiva rispetto ai luoghi, così cadendo a terra. Secondo il F. non sussisteva perciò alcun nesso causale fra

l ' incidente ed il comportamento dei suoi cagnolini.

Il Tribunale di Treviso, sezione distaccata di Castelfranco Veneto, condannò B.F. al pagamento di € 12.894,32, oltre accessori.

Proponeva appello B. F. chiedendo la riforma dell ' impugnata sentenza, il rigetto della domanda avversaria o in subordine la riduzione della stessa. La Corte d ' appello di Venezia rigettava l ' appello, confermava l ' impugnata sentenza e rifondeva a S. F. le spese del grado.

Propone ricorso per cassazione B. F. con due motivi. Resiste con controricorso S. F. che presenta memoria.

Motivi della decisione

Con il primo motivo parte ricorrente denuncia «In relazione all ' art. 360 n. 3 c.p.c.: Violazione dell ' art. 2054 c.c., e comunque dell ' art. 2050 c.c. per quanto di ragione.

Conseguenti falsa applicazione dell ' art. 2052 c.c., per mancato coordinamento con la previsione degli art. 2050 e 2054, e violazione dell ' art. 1227 c. c. Questione subordinata di legittimità costituzionale.»

B.F. sostiene che la Corte d ' Appello di Venezia ha erroneamente omesso di applicare nei confronti del S.F. la presunzione di responsabilità di cui all ' art. 2054, primo comma, c.c. In particolare critica la tesi secondo la quale la presunzione di cui alla suddetta norma non sarebbe applicabile qualora l ' evento dannoso si fosse verificato su una strada privata. Ritenuto che l ' art. 2054 c.c. è riconducibile al principio di cui all ' art. 2050 c.c., sostiene parte ricorrente che la prima disposizione andrebbe perciò svincolata dalla sua correlazione con la circolazione su strada pubblica. La Corte, secondo parte ricorrente, avrebbe dovuto anche escludere la responsabilità del B. F. ex art. 2052 c.c. ed applicare l ' art. 1227 c.c. con conseguente riduzione dell ' entità del risarcimento. La tesi è infondata.

Secondo la Corte di cassazione infatti i criteri decisivi per individuare l ' ambito di applicazione dell ' art. 2054 c.c. e delle regole in tema di assicurazione obbligatoria non consistono necessariamente nella natura privata o pubblica dei diritti di proprietà sulla stessa, né nel fatto che essa sia collocata in una od altra posizione rispetto ad uno stabile di proprietà privata; consistono invece nell ' apertura o meno dell ' area stessa all ' uso pubblico, in termini tali per cui risulti ordinariamente adibita al traffico veicolare (Cass., 23 luglio 2009, n. 17279)

Nel caso in esame l ' incidente è avvenuto proprio all ' interno della proprietà privata di B.F., dopo che il S.F. aveva superato il cancello d ' entrata, quindi all ' interno di un ' area non aperta al pubblico transito.

Esclusa l ' applicabilità dell ' art. 2054 c.c., essendo stato il danno cagionato da animali, deve essere applicato l ' art. 2052 c.c.

In subordine, nel medesimo motivo, parte ricorrente sostiene «l ' illegittimità costituzionale dell ' art. 2054 c.c. ove non diversamente interpretabile ovvero alternativamente dell ' art. 2052 c.c. ove non corrispondentemente interpretabile». Secondo parte ricorrente, in particolare, l ' art. 2054 c. c. sarebbe in contrasto con l ' art. 3 Cost., per disparità di trattamento, ove lo si considerasse applicabile soltanto alle ipotesi di circolazione su strada pubblica. La questione è infondata.

Come si è visto infatti l ' applicabilità dell ' art. 2054 c.c. non si collega tanto al carattere privato o pubblico dell ' area quanto alla sua apertura o no al pubblico transito. La pericolosità del fenomeno circolatorio è proprio legata alla pluralità dei soggetti coinvolti nel caso in cui lo stesso si svolga su aree aperte al pubblico, mentre tale carattere è assente ove la circolazione non sia consentita ad un numero indeterminato di soggetti. La relativa diversità di

disciplina appare pertanto ragionevole. La questione di legittimità costituzionale deve essere

prospettata, secondo parte ricorrente, anche con riferimento all ' art. 2052 c.c., per la parte in cui tale disposizione non esclude dalla propria sfera di applicabilità il danno cagionato da animali in un ' area non aperta a pubblico.

Anche in questo caso deve escludersi l ' eccezione di incostituzionalità. La pericolosità dell'animale permane infatti anche in aree non aperte al pubblico ed è conforme a costituzione l ' applicazione della norma sia in riferimento ad aree aperte al pubblico che nel caso contrario. Con il secondo motivo parte ricorrente denuncia «in relazione all ' art. 360 n. 3 c.p.c.: Questione di legittimità costituzionale dell ' art. 246 c.p.c. per violazione dell ' art. 117 Cost., in relazione all ' art. 6 § 1 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell ' uomo. Conseguente falsa applicazione della norma predetta.» Il ricorrente e si duole che la Corte d ' Appello abbia rigettato la richiesta di escussione della teste l. B. moglie di B. F. Il rigetto della richiesta istruttoria, secondo il ricorrente, sarebbe fondato su una norma illegittima in quanto contrastante con il § 6 della CEDU, fonte avente rango costituzionale o comunque sovraordinato alla legge ordinaria.

Sostiene parte ricorrente che è rilevante e non manifestamente infondata la questione d ' illegittimità costituzionale dell ' art. 246 c.p.c. nella parte in cui esclude la capacità a testimoniare laddove una delle parti sia onerata della prova di un fatto al quale abbia assistito la sola persona astrattamente incapace o i litiganti, per contrasto con la disposizione dell ' art. 6 § l CEDU e quindi per violazione mediata dalla lesione della norma interposta dell ' art. 117, comma l Cost.

La questione è manifestamente infondata perché il limite alla prova testimoniale è giustificato.

Se infatti nelle liti fra privati l ' uguaglianza delle armi implica l ' obbligo di offrire a ciascuna parte litigante la possibilità di presentare le sue prove in condizioni che non la pongano in una situazione di netto svantaggio in rapporto al suo avversario è chiaro che consentire la testimonianza del coniuge in comunione di beni con una delle parti non sarebbe affatto equo costituendo invece un vantaggio per la parte coinvolta. L ' art. 246 c.p.c. non prevede tanto l ' incapacità a testimoniare del coniuge in comunione di beni, ma esprime un principio di carattere generale secondo cui non possono essere assunte come testimoni persone aventi nella causa un interesse che potrebbe legittimare la loro partecipazione al giudizio. Non è dunque la qualità di coniuge a rendere incapace di testimoniare bensì l ' esistenza di un interesse nella causa. E non è irragionevole l ' equiparazione alle parti dei soggetti portatori di interessi assimilabili a quelli delle parti stesse. Nel caso di specie avendo il coniuge un interesse giuridico all ' esito della causa, lo stesso non può essere chiamato a testimoniare.

In conclusione, il ricorso deve essere rigettato con condanna di parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione che si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna parte ricorrente alle spese del giudizio di cassazione che si liquidano in complessivi € 2.200,00 di cui € 2.000, 00 per onorari , oltre rimborso forfettario delle spese generali ed accessori come per legge.

Depositata in Cancelleria il 06.12.2011

L'incuria ed il disinteresse nei confronti del proprio animale è qualificabile come abbandono

Cassazione Penale sent. n. 18892/2011

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Il caso pratico a cui si riferisce questa sentenza è la seguente: un cane viene "smarrito" ma il suo proprietario se ne disinteressa: non sporge denuncia, non lo cerca. Per la Cassazione, però, il proprietario avrebbe dovuto adoperarsi per ritrovare il proprio cucciolo (tra l'altro in possesso di microchip) denunciandone *in primis* la scomparsa. Non agendo in tal modo (comportamento che, invece, sarebbe stato logico attendersi da parte di chi ha smarrito il proprio beniamino) è evidente che non di smarrimento si è trattato ma di vero e proprio abbandono. Orbene, è vero che l'affermazione dei diritti di tutti gli esseri viventi è ancora oggi una strada lastricata da ostacoli ma è anche vero che grazie alla competenza ed alla sensibilità di molti si riesce a procedere nel doveroso cammino. Questa sentenza rappresenta una perla nel *mare magnum* delle pronunce concernenti gli animali e concerne non i maltrattamenti in senso tecnico ma l'abbandono. Si legge: "*La nozione di abbandono enunciata dal primo comma dell'art. 727 c.p. postula una condotta ad ampio raggio che include anche la colpa intesa come indifferenza o inerzia nella ricerca immediata dell'animale... come senso di trascuratezza o di disinteresse verso qualcuno o qualcosa, o anche mancanza d'attenzione... Il concetto della trascuratezza, intesa come vera e propria indifferenza verso l'altrui sorte, evoca quindi l'elemento della colpa che, pari al dolo, rientra tra gli elementi costitutivi del reato*". Dunque, il contenuto di questa pronuncia riappacifica il cielo e la terra, applicando al significato del termine "abbandono", stabilito dalla legge, tutte le sfaccettature che questo comportamento può assumere: l'incuria, la trascuratezza in breve il disinteresse verso l'animale e le sue sorti. Si legge ancora: "*Il concetto di abbandono come delineato dall'art.727 c. p. non implica affatto l'incrudelimento verso l'animale o l'inflizione di sofferenze gratuite, ma molto più semplicemente quella trascuratezza o disinteresse che rappresentano una della variabili possibili in aggiunta al distacco volontario vero e proprio*".

Corte di Cassazione Sez. Terza Pen. - Sent. del 13.05.2011, n. 18892

Svolgimento del processo e motivi della decisione

Con sentenza del 13 novembre 2009 il Tribunale di Lecce - Sezione Distaccata di Nardo - dichiarava M.G., imputato del delitto di abbandono di animali (art. 727 comma 1 c.p.) colpevole del detto reato e, concesse le circostanze attenuanti generiche, lo condannava alla pena di Euro 1.000,00 di ammenda. Il Tribunale individuava la responsabilità dell ' imputato sulla base di due circostanze: testimonianza del medico veterinario F.E.M. che riferiva il rinvenimento di un cane munito di microchip all ' interno dell ' abitazione di tale P.R.; dichiarazione di quest ' ultimo, attestante il ritrovamento del cane nei pressi della propria abitazione alcuni mesi prima in condizioni di totale denutrizione e malato, cui era seguita dopo qualche tempo la denuncia al servizio veterinario. Veniva disattesa la tesi difensiva secondo la quale il cane si sarebbe smarrito durante una battuta di caccia, tenuto conto della mancata denuncia di smarrimento del cane da parte del padrone, odierno ricorrente.

Ricorre avverso la detta sentenza l ' imputato a mezzo del proprio difensore denunciando contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione ed evidenziando come, in modo del tutto incoerente, il giudice, per un verso ha parlato di certezza della responsabilità del M. per non avere egli denunciato lo smarrimento dell ' animale e per avere altri trovato l ' animale e per altro verso affermato che la mancata denuncia di rinvenimento del cane rendeva poco credibile la tesi della smarrimento del cane da parte di esso ricorrente. Altro elemento che, a giudizio

del ricorrente, prova l ' illogicità e carenza della motivazione è rappresentato dal particolare credito accordato da parte del Tribunale unicamente alle dichiarazioni dei testi del P.M., senza la benché minima considerazione dei testi della difesa che avrebbero, invece, riferito di uno smarrimento dell ' animale durante una battuta di caccia e della inutilità delle ricerche compiute nella immediatezza e anche il giorno dopo. Così come del tutto illogicamente il Tribunale avrebbe tratto elemento di colpevolezza dal rifiuto, non rispondente al vero, da parte dell ' imputato, una volta ritrovato l ' animale, di riprenderlo con sé. Con altro morivo di ricorso la difesa denuncia inosservanza e falsa o erronea applicazione dell ' art. 727 c.p. dovendosi operare una netta distinzione tra lo smarrimento dell ' animale e l ' abbandono che presuppone una condotta volontaria.

Correlativamente la difesa prospetta quale condotta criminosa sanzionabile non già l ' abbandono del cane ma il malgoverno di animali, condotta oggi depenalizzata e per la quale l ' imputato ha già ricevuto la sanzione amministrativa e, a tutto voler concedere, l ' ulteriore violazione, sempre di carattere amministrativo, prevista dall ' art. 17 n. 5 della L.R.P. n. 12 del 3.4.1995 in termini di mancata denuncia di smarrimento del cane. Con un terzo motivo la difesa denuncia inosservanza ed erronea applicazione della legge penale (art. 42 c.p.), per avere il primo giudice omesso di accertare la sussistenza dell ' elemento soggettivo del reato in termini di dolo o colpa, trascurando anche di valorizzare elementi di natura logica quali l ' esistenza del microchip intestato all ' imputato che rendeva assai poco plausibile la tesi dell ' abbandono volontario.

Inoltre ulteriore vizio di motivazione veniva denunciato il relazione al fatto che la decisione del Tribunale si sarebbe basata su congetture e non su prove, in modo per di più, illogico. Il ricorso non è fondato. Tutte le censure rivolte verso la sentenza impugnata afferenti alla omessa o carente o illogica motivazione contengono ad evidenza rilievi di tipo fattuale che implicano una rilettura da parte della Corte della intera vicenda in chiave alternativa rispetto alla ricostruzione effettuata dal Tribunale, come tale non proponibile in sede di legittimità.

È peraltro agevole osservare che il primo giudice, sulla base di un ragionamento, seppure sintetico, pienamente coerente con il complessivo quadro probatorio esaminato e soprattutto logico, ha correttamente concluso per la certezza della condotta di abbandono, desumendola da due elementi ritenuti, a ragione, sintomatici: il rinvenimento dell ' animale presso l ' abitazione di altri che provvedeva successivamente a fare denuncia al servizio veterinario; la mancata presentazione della denuncia di smarrimento - ove mai tale circostanza si fosse verificata - da parte del legittimo proprietario del cane. Da qui quella conseguenza, condivisibile sul piano logico, tratta dal giudice circa la poca verosimiglianza della tesi difensiva dello smarrimento, posto che, se ciò fosse davvero avvenuto, proprio perché il cane era dotato di microchip, sarebbe stato logico attendersi che fosse stato il proprietario ad adoperarsi per ritrovare il cane denunciandone la scomparsa. Un ragionamento siffatto non si presta di certo né ad illogicità, né ad insufficienza, avendo il giudice dato correttamente rilievo a circostanze oggettive (peraltro non smentite dall ' imputato per come opportunamente il giudice ha rilevato) e avendo anche valutato razionalmente la irrilevanza della testimonianza resa da chi, accompagnando il M. durante la battuta di caccia avrebbe notato (insieme al M.) la scomparsa dell ' animale. In altri termini il Tribunale, anche a voler dare per credibile in via ipotetica la tesi della perdita, ha poi tratto la logica conclusione che a tale supposta perdita non è mai seguito alcun tentativo men che serio di ritrovamento del cane, così pervenendo alla conclusione di una volontà da parte del M. dell ' abbandono.

Tutte le divagazioni fatte dalla difesa circa le contraddizioni in cui sarebbero incorsi i testi P. e F. e circa la valenza non adeguatamente rilevata delle dichiarazioni del teste D.S. (il compagno di caccia del M. in occasione della ritenuta perdita del cane) appartengono al novero di quelle censure di fatto inammissibili in sede di legittimità, non mancando di osservare che anche di tali dati il giudice ha, comunque, logicamente e correttamente dato conto nella sentenza impugnata. Ma anche l ' ulteriore profilo di inosservanza della legge penale, concernente, in particolare, l ' errata qualificazione giuridica della condotta data dal Tribunale, non è fondato.

Premesso che la circostanza dello smarrimento è stata esclusa in modo logico dal Tribunale e che in ogni caso condivisibilmente è stato ritenuto che se ciò si fosse davvero verificato, il comportamento successivo assunto dal M. avrebbe dovuto qualificarsi come preciso sintomo della sua volontà di abbandono, la nozione di abbandono enunciata dal primo comma dell ' art. 727 c.p. postula una condotta ad ampio faggio che include anche la colpa intesa come indifferenza o inerzia nella ricerca immediata dell ' animale. Colpa certamente compatibile con la natura del reato contestato, versandosi in tema di contravvenzione: con il che non si esige per la punibilità dell ' agente soltanto la volontarietà dell ' abbandono ma anche l ' attuazione di comportamenti inerti incompatibili con la volontà di tenere con sé il proprio animale.

Tale indifferenza, in controtendenza con l ' accresciuto senso di rispetto verso l ' animale in genere è avvertita nella coscienza sodale come una ulteriore manifestazione della condotta di abbandono che va dunque interpretato in senso ampio e non in senso rigidamente letterale come pretende il ricorrente, in ossequio al significato etimologico

del termine. Significato non è unidirezionale non potendosi quindi condividere la tesi di circoscrivere il significato della parola al concetto di distacco totale e definitivo della persona da un ' altra persona o da una cosa, come sostenuto dal ricorrente, ben potendo, nel comune sentire, qualificarsi l ' abbandono come senso di trascuratezza o disinteresse verso qualcuno o qualcosa; o anche mancanza di attenzione. Del resto - sia pure con connotati diversi - il concetto penalistico di abbandono è ripreso anche dall ' art. 591 c.p. in tema di abbandono di persone incapaci. E anche in tali casi per abbandono va inteso non solo il mero distacco ma anche l ' omesso adempimento da parte dell ' agente, dei propri doveri di custodia e cura e la consapevolezza di lasciare il soggetto passivo in una situazione di incapacità di provvedere a sé stesso.

Orbene anche nella ipotesi dell ' abbandono di animali - contemplata dal comma 1 dell ' art. 727 c.p. - viene delineata in modo non dissimili la nozione di abbandono da intendersi quindi non solo come precisa volontà di abbandonare (o lasciare) definitivamente l ' animale, ma di non prendersene più cura ben consapevole della incapacità dell ' animale di non poter più provvedere a sé stesso come quando era affidato alle cure del proprio padrone.

Il concetto della trascuratezza, intesa come vera e propria indifferenza verso l ' altrui sorte, evoca quindi l ' elemento della colpa che, al pari del dolo, rientra tra gli elementi costitutivi del reato contestato. Se così è, non appare condivisibile la qualificazione della condotta pretesa dal ricorrente sotto lo schema dell ' art. 672 c.p., oggi depenalizzato, in quanto il malgoverno degli animali presuppone un comportamento del tutto diverso implicante l ' incapacità della persona di governare il proprio animale se lasciato in libertà. Così come non può essere condivisa la tesi che l ' eventuale mancata denuncia di smarrimento costituisca condotta autonoma sanzionabile, sia perché non prevista da alcuna norma incriminatrice, sia perché - come correttamente osservato dal Tribunale - la mancata denuncia costituiva, nel caso di specie, il dato sintomatico della volontà da parte del M. di abbandonare l ' animale, disinteressandosi della sua sorte.

E a tale proposito, va anche sottolineato che il primo giudice ha tenuto ben presente l ' elemento temporale traendone la logica conseguenza di una precisa volontà da parte del M. avendo fatto trascorrere diversi mesi rispetto alla presunta data di smarrimento, senza assumere la benché minima iniziativa volta a riprendere o ricercare l ' animale. Alla stregua di tali indicazioni deve allora disattendersi l ' ulteriore tesi prospettata dalla difesa di una condotta di abbandono necessariamente e solo dolosa, anche perché il concetto di abbandono come delineato dall ' art. 727 c.p. non implica affatto l ' incrudelimento verso l ' animale o l ' inflizione di sofferenze gratuite, ma molto più semplicemente quella trascuratezza o disinteresse che rappresentano una delle variabili possibili in aggiunta al distacco volontario vero e proprio. Se così è correttamente il Tribunale ha escluso che potessero anche profilarsi dubbi sull ' atteggiamento psicologico dell ' imputato ovvero sulla circostanza di un possibile smarrimento del cane, avendo dato valore ben preciso ad alcuni dati obiettivi valutati in termini di certezza. Tanto basta ad escludere recisamente l ' affermazione del ricorrente secondo la quale il giudice avrebbe fondato il proprio convincimento sulla base di mere congetture, essendo invece il Tribunale ricorso alla logica razionale che - in uno alla valutazione di elementi estrinseci - costituisce la linea ispiratrice della decisione.

Il ricorso va, pertanto, rigettato. Segue la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Depositata in Cancelleria il 13.05.2011

Rientra nei maltrattamenti agli animali l'uso del collare elettrico
Cassazione Penale sent. n. 15061/2007

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Per chi non ne fosse ancora a conoscenza, esiste una Ordinanza Ministeriale del 05/07/2005 che permette a fini "educativi" l'uso del collare elettrico (generalmente) sui cani. Il meccanismo è semplice: il collare, che viene applicato sull'animale, è collegato ad un telecomando che viene utilizzato dall' "addestratore" e contenente un pulsante al tocco del quale viene scaricata una raffica di corrente elettrica sul collo dell'animale. Ad ogni ordine non correttamente eseguito... ad ogni eventuale abbaio... l'uomo aziona il pulsante ed il cane subisce la scarica elettrica. Ripetutamente. Finchè, per l' "addestratore", sarà necessario. Ebbene, indipendentemente dalla suddetta ordinanza ministeriale, la terza sezione penale della Suprema Corte ha sancito che l'utilizzo di questi collari è reato, integrando di fatto ed in diritto una forma di maltrattamento. Secondo gli Ermellini l'uso della scarica della corrente elettrica sull'animale costituisce un incrudelimento senza necessità e non fa altro che causare dolore ingiustificato all'animale, integrando gli estremi di cui all'art. 727 c.p. Dunque, poichè quelle sofferenze del cane non trovano alcuna giustificazione causale e considerato che esistono molte altre tecniche "educative", prive di violenza, per insegnare all'animale di evitare di assumere comportamenti molesti, l'uso del collare viene qualificato come vero e proprio maltrattamento.

Cassazione – Sezione terza penale (cc) – sentenza 24 gennaio-13 aprile 2007, n. 15061

Fatto e diritto

Il Gip del tribunale di Vicenza disponeva il sequestro preventivo del cane meticcio di Gabriella S., indagata in relazione ai reati di cui all ' articolo 544 ter Cp, perché in Carrè, fino all ' 8 luglio 2006, maltrattava il proprio cane meticcio abusando del collare coercitivo di tipo elettrico antiabbaio apposto sul collo dell ' animale. Il tribunale di Vicenza, con ordinanza del 29 settembre 2006, respingeva il gravame proposto dalla S.. Proponeva ricorso per cassazione la S. chiedendo l ' annullamento dell ' ordinanza di sequestro. Con il primo motivo la ricorrente deduce che l ' articolo 727 Cp non prevede la misura della confisca, sicché doveva ritenersi che il sequestro era stato disposto dal Gip e confermato dal tribunale di Vicenza in assenza dei requisiti di cui all ' articolo 321 comma 2 Cpp. Il motivo è infondato e va respinto.

La ricorrente è stata originariamente indagata in ordine al delitto di cui all ' articolo 544 ter Cp che, ai sensi dell ' articolo 544 sexies Cp, prevede la confisca obbligatoria dell ' animale in caso di condanna. Peraltro, anche se il Tribunale per il riesame, nella parte motiva, ha richiamato soltanto l ' articolo 727 Cp, ipotesi contravvenzionale, ha comunque ritenuto che il collare in questione, di tipo elettrico, è un congegno che causa al cane un ' inutile e sadica sofferenza, rendendolo aggressivo nei confronti di chiunque ed ha confermato il provvedimento del Gip.

Pertanto, pur dovendo demandarsi al successivo giudizio di merito la definitiva qualificazione giuridica del fatto, deve comunque ritenersi legittimo il sequestro preventivo avente lo scopo di evitare il protrarsi di una situazione di inutile sofferenza dell ' animale costituente reato.

Con il secondo motivo la ricorrente deduce che con ordinanza del 5 luglio 2005 il Ministero della salute aveva previsto che l ' uso del collare elettrico e di analogo strumento che provocasse effetti di dolore sui cani rientrasse nella disciplina sanzionatoria prevista dall ' articolo 727 Cp.

Peraltro l ' efficacia di detta ordinanza era stata limitata nel termine di un anno a decorrere dal giorno successivo a quello della sua pubblicazione avvenuta nella Gazzetta Ufficiale n. 158 del 9 luglio 2005. Doveva quindi concludersi che alla data dell ' accertamento l ' uso del collare antiabbaio non fosse penalmente sanzionato. Anche il secondo motivo è infondato.

L ' uso del collare antiabbaio, a prescindere dalla specifica ordinanza ministeriale e dalla sua efficacia, rientra nella previsione del codice penale che vieta il maltrattamento degli animali e nel caso in esame il referto medico del veterinario richiamato nella richiesta di sequestro preventivo attestava lo stato di sofferenza dell ' animale. In proposito questa Corte ha precisato che costituisce incrudelimento senza necessità nei confronti di animali, suscettibile di dare luogo quanto meno al reato di cui all ' articolo 727 Cp ogni comportamento produttivo nell ' animale di sofferenze che non trovino giustificazione nell ' insuperabile esigenza di tutela non altrimenti realizzabile di valori giuridicamente apprezzabili, ancorché non limitati a quelli primari cui si riferisce l ' articolo 54 Cp, rimanendo quindi esclusa detta giustificazione quando si tratti soltanto della convenienza ed opportunità di reprimere comportamenti eventualmente molesti dell ' animale che possano trovare adeguata correzione in trattamenti educativi etologicamente informati e quindi privi di ogni forma di violenza o accanimento (v. per tutte Cassazione, Sezione terza, sentenza 43230/02). Va quindi respinto anche il secondo motivo di impugnazione.

Consegue al rigetto del ricorso l ' obbligo della ricorrente al pagamento delle spese processuali.

PQM

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Se il cane uccide viene condannato il proprietario
Cassazione Penale sent. n. 48429/2011

a cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Con questa pronuncia la Suprema Corte ha respinto il ricorso di un proprietario di due pittbull contro la sentenza di duplice omicidio colposo per aver i propri cani, dopo esser scappati, provocato la morte di due persone. Per gli Ermellini, l'uomo ha responsabilità penale per non aver debitamente custodito i propri animali e per non aver utilizzato delle misure idonee ad evitare che i propri due cani (tra l'altro appartenenti a razze tipicamente di difesa e, dunque, di grande forza) arrivassero a nuocere così gravemente terzi soggetti. Precisano i Giudici che la morte dei due uomini è stata causata senza alcun dubbio dall'aggressione dei due cani per come dimostra "*... la presenza sul corpo delle vittime di plurime lesioni da morsi di cane in punti vitali e le concordi testimonianze delle persone, compresi i carabinieri intervenuti sul posto, che hanno assistito alla parte finale dell'aggressione, quando gli animali stavano ancora infierendo".* Ad aggravare la posizione dei due animali ha contribuito "*... l'atteggiamento palesemente aggressivo tenuto dai cani quando, rifugiatisi nell'abitazione dell'imputato, dopo il fatto, manifestarono palese aggressività anche nei confronti di chiunque tentasse di avvicinarsi a loro, compreso il padrone".* E così i Giudici hanno continuato a sentenziare che nel caso di possesso di animali forti "*per valutare il comportamento del soggetto tenuto alla custodia e accertarne in positivo la colpa, può e deve aversi riguardo a quanto stabilito dall'articolo 672 del codice penale che, a prescindere dall'intervenuta depenalizzazione, costituisce valido termine di riferimento per la valutazione della colpa. Con la precisazione che, in proposito, non sarebbe sufficiente rifarsi alla presunzione di responsabilità stabilita dall'articolo 2052 del codice civile, che stabilisce principi che rilevano solo in sede civile, ma con l'ulteriore, doverosa precisazione che compete pur sempre al soggetto onerato della custodia l'onere di fornire la prova del caso fortuito, ossia dell'essersi verificato un fatto assolutamente improvviso, imprevedibile e non evitabile dal custode, il quale, pur facendo uso di ogni diligenza, risulti essere stato impedito di adeguare la propria azione alla situazione creatasi, rendendo fatale la verificazione dell'evento, in assenza di colpa, anche minima".*

Stalking: un delitto ad eventi alternativi

Cassazione penale sez. V, Sentenza 19 maggio 2011 n. 29872

a cura della D.ssa Piera Iacurto

Massima

Il delitto di atti persecutori cosiddetto "stalking" (art. 612 bis cod. pen.) è un reato che prevede eventi alternativi, la realizzazione di ciascuno dei quali è idonea ad integrarlo; pertanto, ai fini della sua configurazione non è essenziale il mutamento delle abitudini di vita della persona offesa, essendo sufficiente che la condotta incriminata abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità.

Norme di riferimento:

612 bis cp; 284 cpp.

Casus decisus:

Il Tribunale di Foggia confermava l'ordinanza cautelare emessa dal GIP, che applicava a L.G., indagato per il delitto di stalking commesso in danno della La. Pa., la misura degli arresti domiciliari.

Il provvedimento impugnato si giustificava in ragione dei gravi indizi costituiti dalle minacce che L.G. aveva rivolto, in occasioni e con modalità diverse, alla sua ex-compagna La. Pa. e tali da ingenerare nella vittima un perdurante stato di ansia e timore per la propria incolumità e per quella per il suo attuale compagno.

L'indagato impugnava il provvedimento e chiedeva alla Corte di Cassazione di pronunciarsi per la non applicabilità della misura cautelare, poiché le condotte tenute dallo stesso non realizzavano gli eventi richiesti dall'art 612 bis cp ai fini della configurabilità del delitto di stalking: le condotte contestate non inducevano nella parte offesa un timore tale da richiedere l'intervento delle forse dell'ordine e non la costringevano a mutare le proprie abitudini di vita, continuando a vivere regolarmente nella propria abitazione.

Quesito:

Ai fini della sussistenza del delitto di stalking è necessario che ricorrano contestualmente il perdurante e grave stato di ansia o di paura, il fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto/persona legata da relazione affettiva dello stesso ed il mutamento delle abitudini di vita) oppure è sufficiente che ricorra anche uno solo degli eventi previsti dall'art 612 bis cp?

Nota esplicativa

Con la sentenza in esame la Corte di Cassazione affronta il problema relativo alla configurabilità del delitto di atti persecutori (o stalking).

In particolare, il Giudice di legittimità si preoccupa di chiarire se la consumazione dell'illecito necessiti della contestuale realizzazione di ogni evento lesivo specificato dall'art 612 bis cp ovvero se a tal fine sia sufficiente che se ne verifichi anche uno solo.

La trattazione della fattispecie suggerisce di compiere una breve disamina degli elementi costitutivi del delitto di atti persecutori, soffermandosi, in specie, sulla sfera oggettiva dell'illecito.

L'art 612 bis del cp, in ossequio ai principi di legalità e tassatività, prevede che il delitto sia oggettivamente perfetto quando consti di molestie o minacce, reiterazione della condotta e conseguenti stati psicologici indotti nella persona offesa.

Si richiede, dunque, che il reo minacci o molesti in maniera reiterata la vittima e che ciò ingeneri nella stessa un "perdurante e grave stato di ansia o paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita".

Con espresso riferimento alla condotta costituita da "molestie" e/o "minacce", occorre rilevare che, in ragione della loro portata piuttosto elastica (rectius ampia), capace di ricomprendere vari comportamenti, parte della dottrina qualifica lo stalking come reato a forma libera, cioè reato per la cui punibilità non sono richieste specifiche modalità di esecuzione della condotta.
Altri, invece, riscontrano nell'esigenza di scongiurare un eccessivo ed irragionevole ampliamento applicativo della norma, sprezzante del principio costituzionale della legalità, il ricorso a formule dall'ampio significato.
Nonostante la portata elastica dei concetti di molestia e minaccia, il Legislatore prevede espressamente la reiterazione come elemento caratterizzante di tali condotte.
La positivizzazione di tale requisito ha incoraggiato la giurisprudenza ad affermare la natura abituale dell'illecito.
L'assunto appare ancor più convincente ove si consideri che non si rinvengono nella legge una disciplina o una definizione del reato abituale, posto che si tratta di una categoria di creazione dottrinale.
La Suprema Corte ha, peraltro, affermato che il requisito della reiterazione sia soddisfatto anche nel caso in cui siano poste in essere due sole minacce o molestie, poiché il concetto di "reiterare" comporta "*la ripetizione di una condotta una seconda volta ovvero più volte con insistenza*" (Cass. pen. n. 6417 del 17.02.2010).
Definiti brevemente i contenuti e le peculiarità richiesti per la materiale configurabilità della condotta degli atti persecutori, l'analisi dell'elemento oggettivo non può prescindere dalla trattazione dello stato psicologico indotto nella vittima a seguito delle molestie e delle minacce poste in essere dallo stalker.
Ciò in quanto il requisito dell'alterazione dell'equilibrio psicologico della vittima, unitamente alla reiterazione degli atti lesivi, giustifica la scelta normativa di sanzionare in maniera più severa condotte che, incidendo in maniera più profonda sulla psiche dell'offeso e sulla sua libertà morale, presentano un coefficiente di gravità maggiore rispetto a quelle previste e punite in maniera più lieve da altre fattispecie penali (violenza privata ex art 610 cp, minaccia ex art 612 cp o molestie ex art 660 cp).
La norma, infatti, punisce le molestie e minacce che cagionino nella persona offesa "un perdurante e grave stato di ansia o paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di una persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita".
Invero, sebbene l'art 612 bis cp individui espressamente gli stati di alterazione dell'equilibrio psicologico della vittima dello stalking, nulla dispone riguardo al significato da attribuire a ciascuno di essi, sollevando perplessità sulla determinatezza degli stessi.
Nell'intento di ovviare all'indeterminatezza normativa, così, la dottrina si è impegnata nella ricerca di un'accezione coerente coi principi dell'ordinamento penale.
Con espresso riguardo all'elemento del "perdurante e grave stato di ansia o paura" si è, così, fatto riferimento solo a quelle forme patologiche che determinano nella vittima uno stress che sia medicalmente accertabile.
Circa il "fondato il timore per la sicurezza personale o propria", invece, non si è mancato di rilevare che tale evento mostri maggiori profili di indeterminatezza, poiché è maggiormente gravoso valutare il "timore" della vittima per la propria sicurezza ed ancor più la fondatezza dello stesso.
Ultimo evento codificato è l'"alterazione delle proprie abitudini di vita", che pone minori problemi sul piano della tassatività, giacché, sul piano probatorio, risulta più agevole ricostruire le abitudini della vittima, posto che ogni abitudine si traduce in un comportamento manifestato nella realtà concreta.

Descritti i profili inerenti al turbamento dell'equilibrio della vittima di uno stalker, l'analisi di tale elemento non può prescindere dalla trattazione delle problematica relative alla qualificazione dello stalking come reato di evento ed al rapporto di alternatività tra i diversi stati psicologici della vittima previsti dalla norma.
Con riferimento alla qualificazione dello stalking, dottrina e giurisprudenza si sono affaticate nel chiarire se l'illecito costituisca un reato di danno ovvero un reato di pericolo.
La corretta qualificazione del reato svela la propria rilevanza ove si consideri che essa incide sull'attività valutativa del giudice.
La definizione dello stalking come reato di danno induce l'Autorità giudiziaria a compiere un accertamento ex post del fatto, al fine di verificare se l'evento offensivo sia conseguenza tipica di una condotta: ciò in quanto il danno si traduce in un'offesa reale ai beni giuridici tutelati dall'ordinamento giuridico.
Al contrario, considerare l'illecito come reato di pericolo significa rimettere al giudice la valutazione ex ante del fatto criminoso, per verificare se una condotta sia idonea a ledere la libertà della vittima di autodeterminarsi, posto che l'integrazione di un reato di pericolo non richiede che il bene tutelato sia realmente leso attraverso l'alterazione dello stato psicologico della vittima.
Un primo orientamento, muovendo dalla convinzione che il Legislatore abbia affidato al giudice il giudizio sull'idoneità di un comportamento di produrre l'evento lesivo, sostiene che il delitto di atti persecutori dia luogo ad un pericolo concreto.
Altro indirizzo, invece, ne afferma la natura di reato di danno, giacché ammettere la natura di reato di pericolo concreto dello stalking significherebbe rendere vana l'elencazione normativa delle tre fattispecie di turbamento psicologico.
L'assunto è coerente con quanto affermato dal CSM nel parere al decreto 11/2009, il quale, nell'affermare la natura di *"reato di danno e di evento"* dello stalking, sostiene che l'accertamento del giudice, compiuto in sede processuale, non lede la determinatezza della fattispecie penale ex art 25 Cost.
Esposta succintamente la diatriba sulla qualificazione del delitto, occorre valutare se la consumazione della fattispecie criminosa richieda la contestuale realizzazione di tutti gli eventi o se sia sufficiente la produzione di uno solo di essi.
L'orientamento interpretativo ampiamente accolto dai Giudici di legittimità propende per l'alternatività degli eventi offensivi della fattispecie.
Tra le argomentazione a sostegno di tale tesi vi è la convinzione che la scelta linguistica effettuata dal legislatore nell'elaborazione della norma, cioè l'impiego delle congiunzioni "o" e "ovvero", lascia trasparire la relazione di alternatività tra i diversi eventi, eventi che possono coesistere o escludersi a vicenda.
Per di più, ammettere la contestuale produzione degli eventi lesivi costringerebbe ad un eccessivo rigore nell'applicazione della norma, tanto da escluderne l'attuazione in casi di evidente lesione della libertà di autodeterminazione della persona offesa.
Ne discende che viene riconosciuta a tutti gli eventi lesivi contemplati dall'art 612 bis cp pari rilevanza penale, sicché il delitto di stalking possa ritenersi consumato ove la reiterazione di minacce o molestie produca nella vittima almeno uno degli eventi lesivi, non essendo a tal fine necessario che siano contestualmente realizzati tutti.
Sulla base di tali considerazioni, nel caso di specie, la Suprema Corte ha affermato che "*il mutamento delle abitudini di vita della persona offesa non è pertanto essenziale ai fini della sussistenza del reato, essendo sufficiente che la condotta abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità*", pronunciandosi, così, per

la fondatezza e l'opportunità della misura cautelare applicata all'indagato per il delitto di stalker.

Pronunce Conformi: Cass. pen. n. 17698 del 2010, Cass. pen. n. 11945 del 2010, Cass. pen. n. 34015 del 2010

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE QUINTA PENALE
Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. AMATO Alfonso - Presidente -
Dott. OLDI Paolo - Consigliere -
Dott. DE BERARDINIS Silvana - Consigliere -
Dott. ZAZA Carlo - Consigliere -
Dott. SABEONE Gerar - rel. Consigliere -
ha pronunciato la seguente:
sentenza
sul ricorso proposto dal difensore di:
L.G., nato a (OMISSIS);
avverso l'ordinanza della Sezione del riesame del Tribunale di Bari in data 13.12.2010;
visti gli atti, il provvedimento impugnato ed il ricorso;
udita la relazione svolta dal Consigliere Dott. Carlo Zaza;
udito il Procuratore Generale in persona del Dott. Maria Giuseppina Fodaroni, che ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.
FATTO
RITENUTO IN FATTO

1. Con il provvedimento impugnato veniva confermata l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari presso il Tribunale di Foggia in data 19.11.2010, con la quale veniva applicata nei confronti di L.G. la misura cautelare degli arresti domiciliari per il reato di cui all'art. 612 bis cod. pen., commesso minacciando e molestando La.Pa. in modo da cagionarle un perdurante stato di ansia e timore per l'incolumità propria e del di lei compagno S.B., in particolare presentandosi il (OMISSIS) davanti all'abitazione della La. in (OMISSIS) e rivolgendole la frase "mi hai fatto fare dieci anni di carcere e per te è arrivata la fine", in diverse occasioni in seguito suonando ripetutamele al citofono della predetta abitazione ed inserendo sotto la porta della stessa biglietti di contenuto minaccioso, in altre occasioni rivolgendo direttamente al S. minacce indirizzate allo stesso ed alla La. e da ultimo il (OMISSIS) guardando minacciosamente i predetti mentre si trovavano nella stazione ferroviaria di (OMISSIS).

I gravi indizi a carico dell'indagato erano individuati nelle dichiarazioni della persona offesa e nei riscontri dati dalla precedente condanna del L. per il reato di atti sessuali con minorenne, dalle dichiarazioni del S. e dai bigliettini sequestrati.

2. Il ricorrente deduce:

2.1. violazione di legge in ordine alla configurabilità del reato di cui all'art. 612 bis cod. pen., osservando che le condotte contestate non inducevano nella parte offesa un timore tale da richiedere l'intervento delle forze dell'ordine e non la costringevano a mutare le proprie abitudini di vita, continuando viceversa la La. a vivere regolarmente nella propria abitazione, e che il L. entrava in diretto contatto con la La. in sole tre occasioni, nelle quali cercava di chiarire i motivi che avevano provocato l'interruzione della precedente relazione con la donna;

2.2. mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione e travisamento della prova in ordine alla sussistenza dei gravi indizi, osservando che il provvedimento cautelare era fondato unicamente su dichiarazioni della persona offesa prive di riscontri, tali non essendo la precedente condanna del L., relativa a fatti che non vedevano in realtà la La. come parte offesa diretta, e i biglietti sequestrati, la cui reale finalità era stata spiegata dal L. nei termini di cui al punto precedente;

2.3. mancanza, illogicità e contraddittorietà della motivazione e travisamento della prova in ordine alla ritenuta inadeguatezza della diversa misura del divieto di avvicinamento alla persona offesa, lamentando la contraddittorietà del riferimento dell'ordinanza impugnata all'aver seguito la La. in luoghi diversi da quelli di abitazione e lavoro della stessa rispetto all'isolato e casuale incontro presso la stazione di (OMISSIS).

DIRITTO
CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il motivo di ricorso relativo alla configurabilità del reato di cui all'art. 612 bis cod. pen., è infondato. La fattispecie del reato in oggetto prevede invero più eventi in posizione di equivalenza, uno solo dei quali è sufficiente ad integrarne gli elementi costitutivi necessari (Sez. 5, n.34015 del 22.6.2010, imp. De Guglielmo, Rv. 248412). Il mutamento delle abitudini di vita della persona offesa non è pertanto essenziale ai fini della sussistenza del reato, essendo sufficiente che la condotta abbia indotto nella vittima uno stato di ansia e di timore per la propria incolumità; ed in questa prospettiva il provvedimento impugnato motivava congruamente sull'inidoneità a produrre tale risul

tato delle ripetute minacce dell'indagato anche per la stessa vita della La., irrilevante essendo a tal fine che le intimidazioni siano state rivolte direttamente ovvero tramite la persona del S. o gli scritti fatti pervenire alla persona offesa.

2. Infondato è altresì il motivo di ricorso relativo alla sussistenza dei gravi indizi.

Al di là del riferimento alla precedente condanna del L., il provvedimento impugnato è coerentemente motivato nel desumere la sussistenza di adeguati riscontri alle dichiarazioni della La. dai biglietti sequestrati e dal contenuto intimidatorio degli stessi, soprattutto ove posto in relazione alle minacce verbalmente profferite dall'indagato ed agli appostamenti posti in essere dallo stesso presso l'abitazione della vittima, altrettanto logicamente valutato come incompatibile con l'intento di mero contatto con quest'ultima addotto dal L..

3. Infondato è infine il motivo di ricorso relativo all'adeguatezza della diversa misura del divieto di avvicinamento alla persona offesa.

Anche per questo aspetto la motivazione del provvedimento impugnato è infatti esente da vizi logici laddove argomenta sulla condotta tenuta dall'indagato presso la stazione di (OMISSIS), la quale, inserita nella continuità degli atti intimidatori posti realizzati, veniva coerentemente valutata come indicativa di uno sviluppo della condotta tale da rendere inadeguata la libertà di movimento concessa all'indagato dalla meno afflittiva misura indicata dalla difesa.

Il ricorso deve pertanto essere rigettato, seguendone la condanna del ricorrente al pagamento delle spese processuali.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso in Roma, il 19 maggio 2011.

Depositato in Cancelleria il 26 luglio 2011

Amministrativo

Tipologie e fondamento delle informative interdittive rilasciate dal Prefetto. *(Nota a Cons. St. , Sez. VI, sent. 18 agosto 2010, n. 5880).*

A cura dell'Avv. Domenico Salvatore Alastra

Sommario: 1. Il caso deciso. - 2. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. - 3. Il corretto esercizio del potere prefettizio in sede di rilascio delle informative antimafia. - 3.1. Tipologie di informative prefettizie antimafia. ; 3.2. Il carattere probabilistico del giudizio sul rischio di infiltrazioni mafiose. ; 3.3. Segue: l'insufficienza dei legami parentali a dimostrare la sussistenza del rischio di permeabilità mafiosa. ; 3.4. Segue: autonomia dell'accertamento prefettizio. - 4. L'annullamento dell'informativa prefettizia impugnata, in seguito all'esame delle concrete modalità di esercizio del potere da parte del Prefetto. - 4.1 Pluralità di informative interdittive riferite ad una stessa impresa: il concetto di "nuova informativa". ; 4.2. Segue: l'insufficienza degli elementi posti a fondamento della nuova informativa. ; 4.3. Segue: l'assenza di responsabilità in capo all'amministrazione prefettizia. - 5. I principi di diritto affermati. - 6. Precedenti giurisprudenziali. - 7. Spunti bibliografici.

1. Il caso deciso.

La pronuncia in commento si inserisce nella complessa vicenda relativa ai lavori di ammodernamento di un tratto di strada statale sito in Calabria, aggiudicati dall'ANAS ad una nota società di progetto, operante in veste di *general contractor*. Dovendo detta società intavolare trattative con una locale società di costruzioni, per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori, richiede al Prefetto di Reggio Calabria, le informative previste dalla legislazione antimafia, al fine di evitare il rischio di infiltrazioni mafiose in imprese contraenti con la P.A.

Il Prefetto, in veste di Ufficiale Territoriale di Governo, riscontrando numerosi pregiudizi penali a carico del padre e suocero rispettivamente del rappresentante ed amministratore unico e di un socio della Società di costruzione, emetteva nei confronti di questa una informativa a contenuto negativo, e, dunque, con effetti interdittivi.

La Sezione VI del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5880 del 18 agosto 2010 in commento, ha accolto parzialmente, ritenendolo fondato nel merito, il ricorso in appello avverso la decisione con la quale il Tar della Calabria - Sede di Reggio Calabria aveva rigettato il ricorso proposto dalla società di costruzione, al fine di ottenere l'annullamento della informativa interdittiva - asseritamente ripetitiva di altra informativa, in precedenza annullata con sentenza passata in giudicato -, nonché il ricorso per motivi aggiunti, proposto dalla medesima società avverso una successiva informativa, di uguale tenore e con analoghi effetti interdittivi.

Per giungere a tale risultato, i giudici di Palazzo Spada hanno affrontato molteplici questioni, che occorre esaminare singolarmente.

2. Violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La società appellante già in primo grado aveva sollevato l'eccezione per cui i fatti evidenziati nell'impugnata informativa sarebbero coperti dal giudicato sostanziale, formatosi in seguito ad una precedente sentenza, emessa dalla stessa Sezione VI (sentenza n 3707/2007), con la quale veniva definitivamente annullata un'altra informativa antimafia, anteriore a quella in questione. Sul presupposto che il giudice di prime cure non si è pronunciato sull'eccezione, la ricorrente chiede l'annullamento della sentenza di primo grado,

ritenendola emessa in violazione del principio ex art. 112 Cod. Proc. Civ., secondo cui il giudice ha l'obbligo di decidere pronunciandosi "su tutta la domanda" ed entro i limiti, soggettivi ed oggettivi, fissati dalle parti, nelle loro domande ed eccezioni.

La Sezione VI aderisce all'orientamento tradizionale della giurisprudenza, stabilendo che, se il giudice di primo grado non si pronuncia su censure e motivi di impugnazione, commette un tipico errore di diritto, proprio per violazione del principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, applicabile anche nel processo amministrativo.[102] Detto vizio, però, sussiste soltanto quando il punto controverso non è stato esaminato e va accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali; mentre, non sussiste se il motivo d'impugnazione è stato rigettato anche implicitamente, ovvero se la decisione su di esso «risulti implicitamente contenuta in una affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile».[103] Ove venisse accertato, non si tratta di un *error in procedendo* «*tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio della sentenza impugnata che il giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo sul merito della causa.*»[104]

Tali argomentazioni portano il Collegio - coerentemente con la propria giurisprudenza di tema di giudicato implicito - alla conclusione che, nel caso di specie, i giudici di primo grado non abbiano leso il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Essi, infatti, poiché hanno considerato "nuova" e,- per ciò - legittima la informativa impugnata, ne hanno condiviso l'impianto sostanziale, e, dunque, si sono pronunciati in maniera implicita sulla *exceptio rei judicatae*, respingendola.

3. Il corretto esercizio del potere prefettizio in sede di rilascio delle informative antimafia.

3.1 Tipologie di informative prefettizie antimafia.

Nell'accogliere il ricorso avverso l'informativa interdittiva, i consiglieri procedono ad una ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali sulle tipologie di informative prefettizie, che le stazioni appaltanti devono acquisire dopo l'aggiudicazione provvisoria di appalto di lavori e ai fini dell'esercizio di eventuali atti di autotutela della P.A..

La giurisprudenza amministrativa, sulla base del quadro normativo vigente, individua tre tipologie di informazioni prefettizie.[105]

- Le *informative ricognitive di cause di per sé interdittive* di cui all'art. 4 comma 4, d.lgs. 8 agosto 1994 n. 490: si tratta delle informazioni che il Prefetto del luogo dove hanno sede l'amministrazione richiedente o i soggetti interessati a contrattare con la stessa raccoglie circa la sussistenza o meno di cause di divieto o sospensione dei procedimenti (quali ad es. l'esecuzione di provvedimenti giurisdizionali), a carico di uno dei soggetti che vengono in

[102] Cfr. Cons. St., sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98.
[103] Cfr. Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 189 e Cons. St., sez. VI, 06 maggio 2008, n. 2009.
[104] Così, Cons. St., sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3289.
[105] Cfr. Cons. St., sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7362.

contatto con l'amministrazione.

- Le *informative relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa* e la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione di competenza del Prefetto. Questi deve prendere in considerazione un quadro di informazioni, acquisito in seguito a verifiche disposte da sé medesimo, anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, nell'ambito della sua stessa provincia di competenza o presso altre province.
- Le *informative supplementari (o atipiche)* la cui efficacia interdittiva scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa prevista dall'art. 1 septies, d.l. 6 settembre 1982 n. 629, convertito dalla l. 12 ottobre 1982 n. 726, ed aggiunto dall'art. 2 l. 15 novembre 1988 n. 486.

Le prime due tipologie indicate possono essere raggruppate nella categoria delle cd. *informative tipiche*, cui il legislatore ha conferito carattere interdittivo: una volta emesse, e se rilevano la sussistenza di cause di divieto o di sospensione, ovvero elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa nelle società o imprese interessate, queste non possono più intrattenere rapporti negoziali con la P.A. Infatti, come stabilisce il comma 6 dell'art. 4 cit., le amministrazioni cui le informazioni sono fornite, "non possono stipulare, approvare o autorizzare i contratti o sub-contratti, né autorizzare, rilasciare o comunque consentire le concessioni e le erogazioni".

3.1.1. IN PARTICOLARE: LE INFORMATIVE "ATIPICHE".

Come più volte ribadito dalla giurisprudenza, «l'*informativa atipica non ha carattere interdittivo ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali, alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la P.A.; pertanto, essa non necessita di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso e si basa su indizi ottenuti con l'ausilio di particolari indagini, che possono risalire anche a eventi verificatisi a distanza di tempo, perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara.*»[106]

La stessa giurisprudenza ha attribuito a detti atti, al pari delle informative tipiche, la finalità di anticipare il momento in cui la P.A. può intervenire in sede di autotutela amministrativa, al fine di evitare le possibili ingerenze della criminalità organizzata nello svolgimento dell'attività d'impresa.[107] Da ciò deriva che, essendo principalmente diretti a verificare se l'impresa affidataria si possa considerare affidabile, prescindono dai rilievi probatori tipici del processo penale, nonché dalla commissione di un illecito e dalla conseguente condanna, realizzando, così, lo scopo di anticipare «la soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto con la criminalità organizzata»[108] In

[106] Cfr. Cons. St., sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6902.
[107] Cfr. Cons. st. sez. VI, 2.5.2007, n. 1916; 25.11.2008, n. 5780; 25.1.2010, n. 250; 28.4.2010, n. 2441. il principio è stato di recente ribadito da Cons. St., Sez. V, sent. 12 ottobre 2010, n. 7407, su cui v. infra, sub. Spunti bibliografici.
[108] Cfr. Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867.

passato, la giurisprudenza ha attribuito alle informative prefettizie atipiche la «natura di atti non vincolanti che lasciano spazio ad una discrezionale valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice» la quale, «per "ragione di pubblico interesse" può agire con un atto di autotutela.» E' stato, altresì, condivisibilmente evidenziato che l'istituto in esame è stato introdotto con «la peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la P.A., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici, che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività».[109]

Così argomentando, ad esempio, è stato ritenuto legittimo l'operato di una pubblica amministrazione, la quale – nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali - aveva disposto la revoca di un'aggiudicazione provvisoria di lavori nei confronti di una società, sulla base di comunicazioni prefettizie, basate su numerosi indizi da cui emergeva la sussistenza del pericolo (o, in altri termini, della possibilità) di una sua permeabilità ad opera delle organizzazioni criminali, malgrado nelle medesime mancassero elementi tali da permettere di valutare come certa la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare scelte ed indirizzi della società stessa.[110]

Alcuni interpreti, di recente, hanno ipotizzato che con l'introduzione del cd. *Codice Antimafia*, le informative atipiche siano divenute inammissibili. Infatti, in vigenza della previgente legislazione, la prassi amministrativa e la giurisprudenza particolarmente attenta al tema della prevenzione delle infiltrazioni e dei condizionamenti di tipo mafioso, tendevano ad ammetterle, ritenendo che la loro esistenza potesse essere giustificata dall'allora vigente art. 1*septies* D.L. 629/1982, il quale stabiliva che l'Alto Commissario per la lotta alla mafia, potesse comunicare alle autorità competenti «elementi di fatto ed altre indicazioni utili» alla valutazione discrezionale dei requisiti soggettivi richiesti per il rilascio, il rinnovo, la sospensione o la revoca di licenze, autorizzazioni, concessioni in materia di armi ed esplosivi e per lo svolgimento di attività economiche, nonché di titoli abilitativi alla conduzione di mezzi ed al trasporto di persone o cose.

Come si è accennato, dette informative si fondavano sull'accertamento di elementi che, pur denotando un collegamento tra l'impresa e la criminalità mafiosa, non raggiungevano tuttavia la soglia di gravità richiesta per le informative tipiche. Su tali elementi, l'Amministrazione destinataria dell'informativa doveva compiere una valutazione autonoma e discrezionale, ad esito della quale doveva scegliere se procedere o meno alla sottoscrizione del contratto ovvero se accordare la concessione o l'autorizzazione richiesta. Si correva, però, il rischio che le medesime amministrazioni prendessero in considerazione un quadro indiziario assai fragile, in quanto basato su elementi incerti inconcludenti o riferiti a circostanze accadute in tempi troppo lontani rispetto al rilascio dell'informativa, o addirittura inconferenti,

[109] Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2006, n. 4574.
[110] Così, Cons. St., sez. IV, 01 marzo 2001, n. 1148. Cfr. anche Cons. St. Sez. VI, 17.4.2009, n. 2336.

in quanto riferiti a vicende estranee o marginali rispetto al rischio di infiltrazione mafiosa, ancorché venute ad interessare la giustizia penale.

Pertanto, si ritiene, che oggi, in seguito all'entrata in vigore dell'art. 91, D.Lgs. 159/2011, non siano più ammissibili le informative atipiche. Tale norma, infatti, – al fine di conferire maggiore concretezza agli elementi oggetto di valutazione – sembra aver attribuito la competenza a compiere tutti gli accertamenti, con ampi poteri discrezionali di valutazione, esclusivamente al Prefetto, in qualità di Ufficiale Territoriale del Governo, secondo i criteri previsti nel precedente art. 90 (sede dei soggetti richiedenti; residenza o sede delle persone fisiche, imprese, associazioni, società o consorzi, interessati ai contratti e sub-contratti, ovvero, destinatari degli atti di concessione o erogazione; provincia dove ha avuto inizio l'esecuzione dei contratti o le attività per cui è obbligatoria la richiesta dell'informativa, nel caso di soggetti aventi sede o residenza all'estero).

3.2. Il carattere probabilistico del giudizio sul rischio di infiltrazioni mafiose.

Dalle enunciate considerazioni in ordine alla natura delle informative prefettizie atipiche, la giurisprudenza amministrativa ha preso lo spunto per definire quale potesse essere il grado di approfondimento delle informative prefettizie, aventi efficacia interdittiva. Infatti, a parere dei giudici, poiché il legislatore del D. Lgs. 490/1990, ha voluto attribuire alle informative *de quibus* - si ribadisce - la natura di misure di tipo preventivo, intese a contrastare l'azione del crimine organizzato, ostacolando la contrattazione degli appalti di opere pubbliche, ha dato rilievo anche agli elementi che costituiscono solo indizi, di modo che fosse sufficiente un giudizio di "qualificata probabilità" di infiltrazione mafiosa, e non un giudizio di certezza. Tuttavia, gli stessi giudici hanno precisato che, al fine di evitare abusi, durante «l*a fase istruttoria del procedimento finalizzato a comunicare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi di un'impresa», devono essere acquisite «tutte le informazioni di cui le autorità di pubblica sicurezza sono in possesso, al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici (utilizzo, che la normativa di settore mira appunto ad evitare)».Perché ciò sia possibile, occorre, comunque, che* detti elementi, non costituiscano «semplici sospetti o congetture privi di riscontri fattuali del rischio di coinvolgimento associativo» delle imprese, partecipanti al procedimento di evidenza pubblica, con la criminalità organizzata.[111] In altri termini, «*pur non essendo necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, devono essere indicate circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni.*» [112]

3.2.1 GIUDIZIO PROBABILISTICO E TIPIZZAZIONE DELLE FONTI.

A parere della VI sezione, il carattere probabilistico del giudizio circa la permeabilità

[111] Cfr. Cons. St., sez. VI, 02 ottobre 2007, n. 5069
[112] Così Cons. St. n. 4574/2006, cit. .

mafiosa di una società, non entra in contraddizione con la tipizzazione delle "fonti" dalle quali è possibile trarre il convincimento in parola, attuata dal legislatore con il comma VII dell'art. 10 del DPR n. 252/1998, che al tempo in della decisione in commento, doveva essere coordinato con l'art. 4 del D. Lgs. 490/1990. Il VII comma, infatti, stabiliva che gli effetti interdittivi delle informative si producono se le situazioni indicative di tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunti:

- dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna, anche non definitiva per i delitti indicati nella lett. a) del medesimo VII comma: estorsione (art. 629 Cod. Pen.), usura (art. 644), riciclaggio (art. 648-bis), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita. (art. 648-ter) e per tutti i delitti indicati nell'art. 51, comma 3-bis, Cod. Proc. Pen, in relazione ai quali le funzioni di Pubblico Ministero devono essere esercitate dalla Procura della Repubblica "presso il tribunale del capoluogo del distretto, nel cui ambito ha sede il giudice competente";
- dalla proposta o dal provvedimento di applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, del sequestro su beni mobili o su crediti agli "indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso"(di cui agli articoli 2-bis, 2-ter, 3-bis e 3-quater della legge 31 maggio 1965, n. 575);
- "dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, ovvero richiesti ai prefetti competenti per quelli da effettuarsi in altra provincia."[113]

Tale tipizzazione, a parere dei Consiglieri, dà attuazione al principio di tassatività, posto quale elementare presidio di tutela per i terzi che aspirino a contrattare con le amministrazioni, ma non entra in contraddizione con il principio - ribadito da costante giurisprudenza - secondo cui il Prefetto, nel rendere le informazioni in discorso, non deve basarsi su specifici elementi, ma deve fondare la propria valutazione su un quadro indiziario in cui assumono rilievo preponderante i fattori da cui trarre la conclusione che non sono manifestamente infondati i sospetti che i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo attraverso cui le organizzazioni criminali intendano infiltrarsi negli appalti delle pubbliche amministrazioni. Egli, dunque, gode di un ampio margine di accertamento e di apprezzamento discrezionale, e può «ravvisare l'emergenza di tentativi di infiltrazione mafiosa in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza - quali una condanna non irrevocabile, collegamenti parentali con soggetti malavitosi, dichiarazioni di pentiti - ma che, nel loro coacervo, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata per la presenza, nei centri decisionali, di soggetti legati ad organizzazioni

[113] Sulle modifche apportate dal cd. "Codice Antimafia" al catalogo delle fonti, v. Infra, paragrafo 3.2.2 del presente contributo.

malavitose.»[114]

Il collegio, dunque ritiene di aderire alla conclusione secondo cui, perchè possano trovare applicazione le disposizioni sulla informativa antimafia, non è necessario che ci si trovi al cospetto di una impresa "criminale" (cioè posseduta, gestita o controllata da soggetti dediti ad attività criminali): è sufficiente che vi sia la "possibilità" che essa possa, "anche in via indiretta" favorire la criminalità.

3.2.2. IL CATALAOGO DELLE FONTI ALLA LUCE DEL CD. CODICE ANTIMAFIA.

Prima di procedere con la disamina della pronuncia della Sezione VI del Consiglio di Stato, va precisato che, a partire dal 13 ottobre 2011, la disciplina delle informative antimafia, risultante dal D.Lgs. 8 agosto 1994, n. 490 e dal D.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, è confluita, con parziali modificazioni, nel libro II del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, recante il "*Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.*"

In particolare, l'elenco delle fonti o situazioni di fatto da cui possono essere tratte le indicazioni circa i tentativi di infiltrazione mafiosa è contenuto nell'art. 84, comma 4, del D. Lgs. n.159/2011, il quale, rispetto alla previgente disciplina (art. 10, D.P.R. n.252/1998, co. VII), in primo luogo, ha ampliato il novero delle fattispecie di reato in relazione alle quali l'emissione di un provvedimento cautelare o giudiziale, può essere valutata come indice di permeabilità mafiosa; in secondo luogo, alle situazioni precedentemente elencate ha aggiunto l'ipotesi dell'omessa denuncia all'autorità giudiziaria per reati quali la concussione (art. 317 Cod. Pen) e l'estorsione (art. 629) aggravati dal fatto che gli autori siano appartenenti ad associazioni di tipo mafioso. Di particolare interesse, infine, è l'introduzione di un'ulteriore situazione, alla lettera f) dell'art. 84 cit., da cui desumere il rischio di infiltrazione: il fatto che "*chiunque conviva stabilmente con i soggetti destinatari*" di comunicazioni e informative antmafia abbia effettuato "*sostituzioni negli organi sociali, nella rappresentanza legale della società nonchè nella titolarità delle imprese individuali ovvero delle quote societarie (...) con modalità che, per i tempi in cui vengono realizzati, il valore economico delle transazioni, il reddito dei soggetti coinvolti nonché le qualità professionali dei subentranti, denotino l'intento di eludere la normativa sulla documentazione antimafia*".

Come rilevato dai primi commentatori del cd. "*Codice Antimafia*", il legislatore, oltre a prevedere «*tali fonti di informazione, ha conferito al Prefetto il potere di rilevare il pericolo di infiltrazione mafiosa, oltre che da sentenze di condanna non definitiva per reati «strumentali», anche da concreti elementi da cui risulti che l'attività d'impresa possa essere oggetto del condizionamento mafioso, anche indiretto»* (come si ricava dall'art. 91, co. 6, D. Lgs. 159/2011). [115]

3.3. Segue: l'insufficienza dei legami parentali a dimostrare la sussistenza del rischio di

[114] Così, Cons. St., sez. VI, 02 agosto 2006, n. 4737. Cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478, annotata in Nuove Frontiere del Diritto, rivista giuridica telematica n.1/ Gennaio 2012, pagg. 228 e ss.

[115] Così, **Costagliola, A.** "*Codice antimafia (D.Lgs. 159/2011): le informative prefettizie quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata*". V. sub Spunti bibliografici, infra.

permeabilità mafiosa.

Nel caso di specie, i consiglieri prendono le mosse dalle esposte considerazioni, in primo luogo, per respingere il rimprovero mosso dalla società ricorrente all'appellata Prefettura di aver travalicato i limiti individuati dalla giursprudenza, nella formulazione del proprio giudizio sull'esistenza del pericolo di infiltrazione mafiosa attraverso la società, in virtù dei legami familiari intercorrenti tra soggetti impegnati a vario titolo nella compagine sociale, ed appartenenti ai clan locali; in secondo luogo ed in conseguenza di tale ultima decisione, per accertare la non sussistenza di profili di colpa in capo alla medesima Prefettura, idonei a fondare la richiesta di risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo; infine, per accogliere il motivo di appello concernente l'annullamento della informativa interdittiva, mancando in essa gli elementi che provassero la contiguità ai clan, ulteriori rispetto ai legami familiari.

Infatti, a parere della ricorrente, l'amministrazione appellata, avrebbe emesso l'informativa interdittiva, valorizzando esclusivamente i vincoli di parentela e affinità intercorrenti tra il proprio amministratore unico ed il padre, destinatario di misure di prevenzione per la sua appartenenza a consorteria mafiosa, nonchè tra il primo ed il cognato - capo riconosciuto di un clan locale - in stato di detenzione, in quanto pluripregiudicato, ed omettendo, colposamente, di prendere in considerazione sia i plurimi elementi giudiziari favorevoli al genitore ed in particolare il fatto che non aveva mai subito condanne penali ed anzi, era stato assolto da ogni imputazione, sia quanto statuito dalla già citata decisione del Consiglio di Stato (sentenza n 3707/2007) in sede di annullamento di una precedente informativa interdittiva, fondata sulle medesime circostanze di quella oggetto del nuovo giudizio.

La sezione VI, al pari del Tar calabrese, ritiene incontestabili sia i legami familiari tra i soggetti cui si riferiscono le informative, sia la circostanza che esse abbiano formato oggetto di una precedente informativa, impugnata ed annullata in maniera incontrovertibile con la sentenza n. 3770/2007, emessa dalla medesima sezione, nella quale i consiglieri prendevano atto che il padre dell'amministratore unico della società ricorrente era stato oggetto di provvedimenti cautelari e di misure di prevenzione, ma era stato assolto in sede giurisdizionale, col riconoscimento, addirittura, di una somma di danaro a titolo di risarcimento del danno per ingiusta detenzione, con il conseguente ridimensionamento della rilevanza dei contatti con i soggetti ritenuti organici ai clan.

Conformandosi alla propria giurisprudenza, i Giudici ribadiscono che "*il mero rapporto di parentela è di per sé insufficiente a raggiungere la soglia minima per riscontrare il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità - quantomeno a livello di frequentazione - tra il laico ed il mafioso*." Di conseguenza, un'informativa prefettizia può essere considerata legittima se è fondata, oltre che sul rapporto di parentela o affinità, di amministratori o soci di un'impresa con elementi malavitosi, anche su "*altri elementi, sia pure indiziari, tali, nel loro complesso, da fornire obiettivo fondamento al giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne*

in qualche modo condizionata."[116] In tal modo, i giudici di Palazzo Spada si pongono in linea di continuità con l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale, in base al quale nei giudizi aventi ad oggetto le qualità morali e di condotta di una persona, è arbitrario "*presumere che valutazioni e comportamenti propri della famiglia di appartenenza o di singoli membri della stessa, diversi dall'interessato, debbano essere automaticamente trasferiti all'interessato medesimo.*" [117]

Detta conclusione, però, non porta a considerare abnorme l'operato della Prefettura, la quale -anche in esito al riesame, eseguito in ottemperanza di un'ordinanza istruttoria dei giudici di primo grado - ha inferito, dal perdurare dei rapporti familiari, che fosse attuale il pericolo di esposizione della società alle infiltrazioni mafiose, anche in considerazione del lasso di tempo, relativamente breve, intercorso tra un accertamento e l'altro, che ha permesso di considerare i fatti non remoti, o superati, e, dunque, potenzialmente reiterabili. Diversamente opinando, bastebbe il decorso di un intervallo temporale sufficientemente determinato, senza che si sia riusciti a provare i contatti con gli esponenti della criminalità, per rendere impossibile l'accertamento prefettizio.

3.4. Segue: autonomia dell'accertamento prefettizio.

La Sezione VI respinge il motivo di appello col quale la società ricorrente ritiene errata la sentenza di primo grado, per non aver tenuto conto - al pari dell'appellata amministrazione - dei plurimi elementi giudiziari favorevoli al padre del proprio amministratore unico, ed in particolare, dell'intervenuta revoca di una misura di prevenzione a suo carico, giudicata dal Tribunale calabrese come inidonea a far venir meno la precedente valutazione negativa (da cui è scaturita l'impugnata informativa interdittiva), poiché priva di efficacia retroattiva e, soprattutto, perché nella revocata informativa la vicenda giudiziaria risultava essere soltanto accennata.

Per giungere a tale risultato, i consiglieri richiamano la frequente giurisprudenza secondo cui, l'amministrazione deve compiere un autonomo apprezzamento dei fatti, prima di emettere un'informativa interdittiva, indipendentemente dagli eventuali esiti processuali, qualora i medesimi fatti siano stati sottoposti al vaglio del Giudice penale. Tale apprezzamento deve essere sempre compiuto, specie in presenza di pronunce assolutorie, e non deve essere né illogico né arbitrario. Il Prefetto competente e l'amministrazione richiedente – dunque - in sede di motivazione, devono compiere un'approfondita valutazione per non incorrere nei vizi di illogicità ed arbitrarietà, riscontrabili dal giudice amministrativo in sede di giudizio (eventuale) di annullamento. In altri termini, a parere del Collegio, illogicità ed arbitrarietà costituiscono, da un lato, "il limite dell'approfondimento motivazionale prefettizio prima, ed amministrativo, di seguito"; dall'altro, "il parametro valutativo cui deve attenersi il Giudice amministrativo".

Da ciò consegue che le informative prefettizie producono effetto preclusivo della stipulazione dei contratti con le Pubbliche amministrazioni, anche se non viene raggiunta la

[116] Cfr. Cons. St. sez. VI, 02 maggio 2007, n. 1916.
[117] Così, Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 108.

piena prova dell'intervenuta "occupazione" mafiosa e indipendentemente dall'accertamento di responsabilità penali, in capo ai titolari dell'impresa sospettata. Occorre, però, che dalle informazioni acquisite, tramite gli organi di polizia, si evinca un quadro indiziario sintomatico del pericolo di collegamento tra l'impresa e la criminalità organizzata. Si può, dunque, concludere che è legittimamente adottata un'informativa prefettizia che si fondi su un'adeguata istruttoria, dalla quale siano emersi «*elementi indiziari che, complessivamente considerati, rendano attendibile l'ipotesi del tentativo di ingerenza da parte delle organizzazioni criminali; con la conseguenza - sul piano del sindacato giurisdizionale - che, stante l'ampia discrezionalità riservata all'autorità prefettizia, tale sindacato resta necessariamente circoscritto alla verifica dei vizi sintomatici di una illogicità manifesta o di un travisamento dei fatti*.»[118]

Le esposte considerazioni, come accennato, permettono alla sezione VI di escludere che la Prefettura di Reggio Calabria abbia emesso le informative incorrendo nel vizio di legittimità, *sub specie* dello "straripamento di potere", essendo stata chiamata a dover valutare condotte ed eventi asseritamente concernenti un soggetto rivestente posizione apicale nella organizzazione di una società destinata ad intrattenere trattative imprenditoriali con la Pubblica Amministrazione.

4. L'annullamento dell'informativa prefettizia impugnata, in seguito all'esame delle concrete modalità di esercizio del potere da parte del Prefetto.

Al contrario, a parere della Sezione, meritano accoglimento i motivi di appello tendenti ad incidere sul *quomodo* del potere, cioè sulle concrete modalità di esercizio del potere discrezionale attribuito all'amministrazione, nel caso di specie al Prefetto, in sede di emanazione delle informative antimafia.

4.1 Pluralità di informative interdittive riferite ad una stessa impresa: il concetto di "nuova informativa".

La società ricorrente aveva dedotto, tra i propri motivi, che il giudice di primo grado, confermando la validità ed efficacia dell'impugnata informativa interdittiva, aveva violato le preclusioni derivanti dal principio del giudicato sostanziale, in quanto – come si è già accennato - una precedente decisione della medesima Sez. VI (C.S. sez. VI, 27 giugno 2007 n. 3707) aveva annullato una informativa della Prefettura di Reggio Calabria, anteriore a quella in questione, fondata sui medesimi fatti, rilevando, tra l'altro, che "il mero rapporto di parentela non è di per sé sufficiente a raggiungere la soglia minima per riscontrare il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità".

Secondo i principi generali, in tema di effetti preclusivi del giudicato, più volte ribaditi dalla giurisprudenza, quanto accertato nella sentenza definitiva rende la realtà giuridica sostanziale conforme alla statuizione processuale, in maniera incontrovertibile e può esplicare efficacia diretta in altri giudizi solo se questi intercorrono tra le medesime parti, e se hanno ad oggetto l'accertamento della medesima posizione giuridica, fatta valere nel processo conclusosi con la

[118] Così Cons. St. sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3470.

decisione passata in giudicato. Conseguentemente, la statuizione contenuta nella sentenza "spiega la sua autorità non solo nell'ambito della controversia e delle ragioni fatte valere dalle parti (c.d. giudicato esplicito), ma "*si estende necessariamente agli accertamenti che formano il presupposto della decisione, così da coprire tutto quanto rappresenta il fondamento logico giuridico della pronuncia*"[119]

Nel caso di specie, il Collegio precisa che in primo luogo, detta preclusione non opera, in quanto tra gli "elementi supportanti la deliberazione amministrativa impugnata" figurano elementi ulteriori che si aggiungono a "*quelli vagliati dalla suindicata decisione del Consiglio di Stato n. 3707/2007*". In secondo luogo, i giudici si premurano di aggiungere che «*peraltro, nulla vieta che, a fronte di una progressione investigativa ed accertativa, precedenti elementi indiziari - ritenuti insufficienti da una pregressa decisione giurisdizionale - possano essere rivalutati, alla stregua delle nuove risultanze sopraggiunte*» (come avviene anche in sede penale, quando si procede a rimuovere la sentenza di proscioglimento per non luogo a procedere, resa in presenza delle circostanze indicate dall'art. 425 Cod. Proc. Pen., ovvero quando si procede alla riapertura delle indagini, precedentemente archiviate); purché, però, si tenga conto di quanto statuito nella decisione precedente.

4.2. Segue: l'insufficienza degli elementi posti a fondamento della nuova informativa.

Coerentemente con questa impostazione, il Collegio - volendo indicare una sorta di *modus operandi* per casi simili e partendo dal presupposto che il nuovo giudizio impugnatorio debba comunque tenere conto del precedente - si attribuisce il compito di comprendere se le nuove emergenze probatorie, aggiungendosi alle pregresse acquisizioni (già vagliate e ritenute insufficienti) possano divenire idonee a dimostrare il pericolo di infiltrazione.

A seguito di tale ri-valutazione, i Consiglieri, giungono alla conclusione per cui i nuovi fatti posti a sostegno del convincimento circa il concreto rischio di infiltrazione - ruotanti tutti intorno a circostanze che dimostrano la continuità dei rapporti di parentela - non sono sufficienti a dimostrare la necessità dell'emissione di una informativa prefettizia a carattere interdittivo. In particolare, non viene dimostrata la sussistenza di rapporti della sorella dell'amministratore unico della società, con soggetti del clan mafioso diversi dai parenti ed affini, nè un suo ruolo attivo nelle attività del clan. Anzi, proprio i rapporti di parentela e di coniugio, giustificano il perdurare dei contatti con i soggetti destinatari di provvedimenti restrittivi, rendendo irrilevante la circostanza che questi provvedessero al suo sostentamento economico, consistente in un mero aiuto finanziario, dal quale non possono essere desunti rapporti col clan, non essendo stato fornito, tra l'altro, alcun approfondito riscontro sulla sua situazione patrimoniale reddituale.

Conseguentemente, a parere dei giudici di Palazzo Spada, il ragionamento logico deduttivo, seguito dalla Prefettura ed avallato dalla pronuncia del giudice di primo grado, avrebbe dovuto essere integrato con la dimostrazione che la sorella dell'amministratore unico della società e moglie del capo clan locale, abbia rivestito un qualsivoglia ruolo nel clan

[119] Così Cons. St. Sez. IV, 26.5.2006, n. 3162.

medesimo; ovvero che, per il tramite di questa, "l'amministratore unico dell'appellante società ed il padre di questi versassero risorse esuberanti rispetto a quelle necessarie per il sostentamento del nucleo familiare della sorella e dirette al clan".

Se tali elementi non vengono dimostati, il giudizio circa la sussistenza del pericolo di infiltrazione, compiuto dal Prefetto, può essere considerato mera illazione ipotetica, e , come tale, assimilabile ad una mera congettura, del tutto insufficiente, secondo la costante giurisprudenza a giustificare l'emissione di una informativa interdittiva.

Siffatte argomentazioni portano il Collegio a ritenere del pari insufficienti ed irrilevanti, al fine di stabilire la sussistenza di contatti col clan, i fatti addotti dalla Prefettura come "elementi nuovi". In primo luogo, ha ricondotto ai rapporti parentali normali la presenza – sotto scorta - del padre dell'amministratore unico della società ricorrente, all'interno dell'abitazione del capo clan, in occasione della fruizione di un permesso per gravi motivi familiari, concesso per assistere la madre di questi, nonchè sua consuocera, in gravissime condizioni di salute; in secondo luogo, ha ritenuto irrilevante la circostanza che il padre dell'amministratore unico della ricorrente era stato denunciato per lottizzazione abusiva di un vasto appezzamento di terreno, unitamente a persone ritenute associate o comunque vicine al clan, capeggiato dal mariito della figlia, (sorella, dunque, dell'amministratore unico), non essendo stato dimostrato né l'esito di tale segnalazione, né la effettiva sussistenza di tale procedimento, né che da questo si potesse inferire una prognosi per cui la società potesse fungere da veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali; senza considerare la circostanza «*che la fattispecie illecita in esame non attiene allo svolgimento dell'attività societaria, e comunque non sarebbe ascrivibile all'amministratore unico della società ma (anche laddove riscontrata, il che non è) al genitore di questi.*» Infine, a parere della Sezione, affinchè si configuri il pericolo di infiltrazione, non rileva la circostanza che tra la società ricorrente e le abitazioni dei vari soggetti destinatari delle misure di prevenzione, intercorra un rapporto di contiguità "geografica", specie in considerazione delle ridotte dimensioni del centro urbano, in cui hanno sede.

Pertanto, concludono i cosiglieri, le impugnate informative vanno annullate, in quanto gli elementi posti a loro fondamento - sia singolarmente considerati, sia valutati nel loro complesso - non riescono a dimostrare autonomamente il periculum di infiltrazioni mafiose nella società ricorrente.

4.3. Segue: l'assenza di responsabilità in capo all'amministrazione prefettizia.

Infine, come si è accennato, la VI sezione, rigetta la richiesta di risarcimento del danno derivante da provvedimento illegittimo, avanzata dalla ricorrente, nei confronti dell'amministrazione prefettizia appellata, non avendo ravvisato, in capo alla medesima Prefettura, profili di colpa, neppure di grado "lieve", sui quali fondare un siffatto giudizio di responsabilità.

Infatti, in primo luogo, i consiglieri hanno accertato che l'amministrazione territoriale ha formulato il giudizio contenuto nell'impugnata informativa sulla base di fatti non "*cervellotici*

né ininfluenti sul convincimento circa la possibile permeabilità della società appellante a condotte aventi natura infiltrativa da parte di organizzazioni criminali", e dunque, nel pieno rispetto dei limiti all'esercizio del potere di valutazione discrezionale individuati dalla giurisprudenza amministrativa. In secondo luogo, hanno ritenuto che i precedenti giudiziari del padre dell'amministratore unico della società appellante e il legame di affinità che lega quest'ultimo con un esponente del clan assai potente nel territorio, hanno autorizzato, conferendogli legittimità, l'atteggiamento estremamente cauto, adottato dal Prefetto, nella sua qualità di Ufficiale Territoriale di Governo.

5. I principi di diritto affermati.

Dall'articolata pronuncia in commento possono essere desunti i seguenti principi di diritto.

Se il giudice di primo grado non si pronuncia su censure e motivi di impugnazione, commette tipico errore di diritto, per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, il quale, però, non comporta l'annullamento della decisione con rinvio al giudice di prime cure, bensì un vizio della sentenza che il giudice di secondo grado è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o decidendo nel merito la causa.

L'informativa antimafia di cui all'art. 4, D.lgs. n. 490 del 1994, è misura di tipo preventivo, che può basarsi anche su semplici indizi del rischio di infiltrazione delle imprese partecipanti al procedimento di evidenza pubblica, ad opera della criminalità organizzata di tipo mafioso.

La finalità preventiva dell'informativa antimafia giustifica gli ampi poteri di accertamento attribuiti al Prefetto.

È illegittima una informativa antimafia basata sulla sola esistenza di un rapporto di parentela o affinità con esponenti della malavita, essendo necessari anche altri elementi, sia pure indiziari, tali, nel loro complesso, da fornire obiettivo fondamento al giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata.

A fronte di una progressione investigativa ed accertativa, è possibile - alla stregua delle nuove risultanze sopraggiunte - una rivalutazione di elementi indiziari, ritenuti insufficienti da una pregressa decisione giurisdizionale.

Va rigettato il ricorso giurisdizionale contenente una domanda di risarcimento danni, quando nella condotta della Pubblica Amministrazione non siano ravvisabili profili di colpevolezza.

6. Precedenti giurisprudenziali.

Conformi: Cons. St., sez. VI, 17 luglio 2006, n. 4574; Cons. St., sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867; Cons. St. sez. VI, 02 maggio 2007, n. 1916; *Cons. St. , Sez. V, 12 ottobre 2010, n. 7407; Cons. St., Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478*.
Difformi: Cons. Stato, VI, 29 febbraio 2008, n. 756; Cons. St., sez. VI, 8 aprile 2011, n. 2205.

8. Spunti bibliografici.

Alastra D.S. "*Le informative prefettizie antimafia: natura ed aspetti applicativi problematici". (Nota a Cons. St. , Sez. V, sent. 12 ottobre 2010, n. 7407)*. in Nuove Frontiere del Diritto, rivista giuridica telematica n. 1/ gennaio 2012, pagg. 216 e ss, consultabile all'indirizzo

https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_IxpR1msCbAZDUzY2JlYjYtMGZjNi00ZDViLWFkMDYtNjJjYTFiODhlOTEy&hl=it

Alastra, D.S. "*Natura, motivazione ed effetti dell'informativa prefettizia antimafia". (Nota a Cons. Stato, Sez. III, sent. 5 ottobre 2011, n. 5478)* in Nuove Frontiere del Diritto, rivista giuridica telematica n. 1/ gennaio 2012, pagg. 228 e ss, consultabile all'indirizzo https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_IxpR1msCbAZDUzY2JlYjYtMGZjNi00ZDViLWFkMDYtNjJjYTFiODhlOTEy&hl=it

Casetta, E. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milano, 2006. pagg. 866-871.

Costagliola, A. "*Codice antimafia (D. Lgs. 159/2011): le informative prefettizie quali strumento di contrasto alla criminalità organizzata*" pubblicata in Diritto & Diritti - Rivista giuridica elettronica pubblicata su Internet, ISSN 1127-8579, il 30/09/2011 all'indirizzo: http://www.diritto.it/docs/5087697-codice-antimafia-d-lgs-159-2011-le-informative-prefettizie-quali-strumento-di-contrastoalla-criminalit-orga-nizzata?page=2&source=1&tipo=news

D'Aprile, V. *La normativa antimafia nei contratti pubblici.* in Nuove Frontiere del Diritto, rivista giuridica telematica n. 1/ gennaio 2012, pagg 18 e ss, consultabile all'indirizzo*: https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_IxpR1msCbAZDUzY2JlYjYtMGZjNi00ZDViLWFkMDYtNjJjYTFiODhlOTEy&hl=it*

Del Giudice, F. - Delpino, L. *Il Diritto Amministrativo. Corso Completo*, Napoli, 2007, pagg. 590-595.

Leotta, E. "*I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici"(* Relazione alla Conferenza Nazionale: "Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica – strumenti e poteri di prevenzione antimafia", organizzata dall'Osservatorio Permanente sulla Criminalità organizzata - Siracusa, 25 – 27 giugno 2010.). Pubblicata il 24/08/2010 sul Sito Istituzionale della Giustizia Amministrativa, all'indirizzo: http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Leotta_Informative_prefettizie_relazione_definitiva.pdf

* * *

Consiglio di Stato, Sez. VI, sent. 18 agosto 2010, n. 5880

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la presente DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 3911 del 2009, proposto da:
A … S.r.l., in persona del legale rappresentante in carica rappresentato e difeso dall'avv. Alberto Panuccio, con domicilio eletto presso Alberto Panuccio in Roma, via Sistina 121;

contro

Ministero dell'Interno, Prefettura di Reggio Calabria - Uff. Terr. Governo R. Calabria, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, tutti rappresentati e difesi dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, sono ope legis domiciliati;

nei confronti di

*A** S.p.A.;*

per la riforma della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZIONE STACCATA DI REGGIO CALABRIA - n. 00117/2009, resa tra le parti, concernente RILASCIO INFORMAZIONI ANTIMAFIA EX ART. 10 DPR N. 252/98.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e della Prefettura di Reggio Calabria - Ufficio Territoriale del Governo di Reggio Calabria;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2010 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti l'Avvocato Panuccio e l'Avvocato dello Stato Ventrella;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

*Con la sentenza in epigrafe appellata il Tar della Calabria - Sede di Reggio Calabria - ha respinto il ricorso di primo grado con il quale era stato chiesto dall'odierna appellante l'annullamento della nota prot. n. 65143/06W/Area I del 17 novembre 2006, con cui la Prefettura - U.T.G. Di Reggio Calabria aveva rilasciato alla società A** S.p.a. Informazioni antimafia di natura interdittiva ex art. 10 DPR n. 252/98 a carico della predetta ricorrente ed il ricorso per motivi aggiunti volto a censurare la nota prot. n. 36207/08 Area I del 29 maggio 2008, con cui la Prefettura U.T.G. di Reggio Calabria aveva rilasciato alla società A** S.p.a. informazioni antimafia ex art. 10 D.P.R. n. 252/1998 a carico del ricorrente di natura interdittiva.*
I primi Giudici nel corso del giudizio di primo grado avevano emesso ordinanza istruttoria e, in ottemperanza alla medesima, la Prefettura aveva fatto pervenire una nota della Questura di Reggio Calabria del 28 ottobre 2006 relativa a A. D., rappresentante ed amministratore unico della A … S.r.l, e di R. A., socio, rispettivamente figlio e genero di A. R. C., nei cui riguardi segnalava la sussistenza di numerosi pregiudizi penali, nonché l'ulteriore rapporto di parentela con la famiglia C. (con la quale era pure indagato per reato di

lottizzazione abusiva), atteso che la figlia T., sorella del D., aveva sposato C. C., capo dell'omonimo sodalizio mafioso e detenuto perché condannato all'ergastolo in quanto riconosciuto mandante di numerosi omicidi.27 giugno 2007

Con ordinanza n. 602 del 18 dicembre 2007 il Tar, rilevato che con decisione n. 3707 del 27 giugno 2007 la VI sezione del Consiglio di Stato, riformando la sentenza del Tar n. 551/06, aveva annullato una precedente informativa della Prefettura di Reggio Calabria del 4 luglio 2005, fondata sui medesimi fatti riportati nella nota della Questura del 18 ottobre 2006, rilevando che "il mero rapporto di parentela non è di per sé sufficiente a raggiungere la soglia minima per riscontrare il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità" aveva accolto la domanda incidentale di sospensione.

L'amministrazione aveva proceduto al riesame della posizione dell'odierna appellante.

Con ulteriore ricorso notificato l'11 luglio 2008 e ritualmente depositato la società A … S.r.l. aveva impugnato con motivi aggiunti la nota prot. n. 36207/08/Area I del 29 maggio 2008 con la quale la Prefettura, in esito al riesame avviato in ottemperanza dell'ordinanza n. 602/07, e tenuto conto degli elementi acquisiti mediante nuovi accertamenti disposti per il tramite delle Forze di Polizia, aveva confermato il pericolo di tentativi di infiltrazioni mafiose "a motivo del perdurare dei vincoli di parentela ed affinità intercorrenti tra i componenti della società in oggetto, A. R. C. e C. C., il primo, già destinatario di misura di prevenzione, è ritenuto vicino a consorteria mafiosa ed il secondo, condannato all'ergastolo in quanto riconosciuto mandante di numerosi omicidi di mafia, appartiene a nota cosca mafiosa operante in Siderno".

Inoltre, si era evidenziato da parte dell'Amministrazione, che manifestazioni di concreta contiguità erano rintracciabili in particolare, anche, dalle seguenti circostanze: 1) in data 27 ottobre 2006 il padre dell'Amm.re Unico, era stato controllato all'interno dell'abitazione ove si trovava il genero C. C., mentre fruiva di un breve permesso di tre ore; 2) la sorella T., moglie di C., insieme ai figli, era sostentata economicamente dalla famiglia A.; 3) padre e figlio risiedevano nella stessa contrada, in Siderno, nella quale pure aveva sede legale la società A … S.r.l..

L'odierna parte appellante era insorta avverso la suddetta, terza, informativa, in quanto asseritamente meramente riproduttiva della prima già annullata dal Consiglio di Stato.

Essa aveva contestato altresì pure le tre nuove circostanze, volte a provare la sicura contiguità tra la A … S.r.l. e le famiglie mafiose della zone, evidenziando che l'incontro tra il C. ed il Sig. R. C. A. era avvenuto in occasione di una visita alla madre del primo, e comunque, in presenza delle forze dell'ordine che scortavano il detenuto.

Inoltre, secondo l'appellante, il sostentamento da parte della famiglia di origine della congiunta T. doveva considerarsi non solo normale, ma doveroso e la vicinanza geografica delle abitazioni e della sede legale della società oltre ad essere irrilevante era pure insussistente in punto di fatto.

I primi Giudici hanno respinto il ricorso (previa dichiarazione di improcedibilità del ricorso principale, considerato che la nota del 29 maggio 2008 sostituiva la precedente ed era stata ritualmente impugnata).

Nel merito, il Tar ha evidenziato che la Prefettura muoveva dal rilievo della sussistenza di vincoli di parentela ed affinità intercorrenti tra l'amministratore unico della società interessata, A. D. (cl. 71) e soggetti da ritenere vicini o appartenenti a cosche mafiose (in particolare del padre, A. R. C. (cl. 36), prima amministratore unico della stessa società, destinatario di misura di prevenzione, da ritenersi vicino a consorteria mafiosa, e del cognato, C. C., condannato all'ergastolo perché mandante di numerosi omicidi di mafia).

Quanto alla figura del primo, la appellante aveva lamentato che l'amministrazione non aveva tenuto in considerazione i plurimi elementi giudiziari a lui favorevoli ed in particolare il fatto che non aveva mai subito condanne penali (al contrario, era stato assolto da ogni imputazione).

Il Tar ha sul punto chiarito che nella informativa non vi era traccia della sopravvenienza della sentenza di assoluzione nei confronti di R. C. A., ma ciò era comprensibile in quanto non vi era cenno dell'intera vicenda giudiziaria e neppure, infatti, della pronuncia di condanna di primo grado. Autonoma menzione era stata data soltanto alla misura di prevenzione, che gli era stata irrogata nel 1995. Rispondeva al vero che dagli accertamenti eseguiti il 29 novembre 2007 si evinceva che la misura di prevenzione era stata revocata. Secondo il Tar, tuttavia, la revoca, intervenuta nel 2000, operava ex nunc e non poteva elidere la valutazione negativa precedente.

Ciò che però assumeva maggior rilievo, era il perdurante contatto col gruppo C., il quale non trovava la sua esclusiva giustificazione nel legame di affinità con il C. C. (la cui posizione giudiziaria assai grave era incontestata), ma lasciava intendere una contiguità di azione e di interessi con l'omonimo clan. La Questura aveva posto in risalto la denuncia del 2003 dell'A. padre per lottizzazione abusiva di un vasto appezzamento di terreno, unitamente a persone ritenute associate o comunque vicine al clan C., come elemento che denota una comunanza di interessi illeciti e la presenza di A. padre all'interno dell'abitazione di C. Angela, madre del predetto C., il quale nella circostanza stava fruendo di un permesso di tre ore.

Era stato inoltre evidenziato che A. T., sorella dell'Amministratore unico, moglie di C. C., dal momento in cui quest'ultimo era stato tratto in arresto, agli inizi degli anni '90, aveva continuato a vivere con i propri quattro figli, apparentemente priva di autonomi mezzi di sostentamento, seppur mantenendo un tenore di vita agiato.

Ciò secondo gli inquirenti poteva essere sintomatico del fatto che la famiglia di origine dell'A. T., probabilmente provvedeva al loro sostentamento.

Tali dati, il fatto in sé non anomali né censurabili, secondo i primi Giudici erano indicativi del dato della vicinanza dei due nuclei familiari. Ne discendeva, secondo i primi Giudici, che (pur ritenendosi che il mero rapporto di parentela fosse di per sé insufficiente a far desumere il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità) l'equivocità del dato desumibile da un singolo rapporto di parentela era in concreto superato: a) dal più ampio intreccio di rapporti familiari emersi (Amministratore unico e socio, rispettivamente, figlio e genero di soggetto, destinatario di misura di prevenzione e a sua volta suocero di soggetto condannato all'ergastolo quale mandante di omicidi commessi nell'ambito di guerre di

mafia, il quale era, dunque, a sua volta cognato dei primi due); b) dalla individuazione di elementi che denotavano una reale contiguità, che trascendeva il rapporto parentale, tra il laico ed il gruppo mafioso.

L' elevata intensità del vincolo (ed il contesto militante nel senso della sua sicura rilevanza, dato l'ambito geografico di riferimento e data anche la struttura societaria caratterizzata da un numero limitato di soci tra loro parenti) facevano sì che il quadro delineato fosse nell'insieme idoneo a sorreggere la conclusione circa il pericolo di condizionamento mafioso gravitante sulla società originaria ricorrente.

L'appellante Società ha censurato la predetta sentenza chiedendone l'annullamento in quanto viziata da errori di diritto ed illegittima e ribadendo le considerazioni esposte nel ricorso in appello in una articolata memoria conclusiva.

Era in primo luogo errata la declaratoria di improcedibilità del ricorso principale perché parte appellante manteneva l'interesse alla impugnazione degli atti ivi censurati (e perché nel ricorso principale erano state articolate doglianze - quale quella relativa volta a censurare l'informativa in quanto mera reiterazione della precedente annullata dal Consiglio di Stato con la decisione n. 3707/2007).

Peraltro la "nuova" informativa di cui alla nota del 29.5.2008 valorizzava circostanze ininfluenti, ed in ogni caso verificatesi antecedentemente alla decisione del Consiglio di Stato n. 3707/2007.

L'exceptio rei judicatae proposta con specifica censura e non esaminata dal Tar era certamente fondata e rivestiva portata assorbente ex art. 112 cpc.

Nel merito, comunque, la sentenza era errata: pur muovendo dalla condivisibile premessa della insufficienza del rapporto di parentela a produrre la conseguenza del "pericolo infiltrativo", giungeva a conclusioni del tutto non condivisibili.

Obliava che la presenza del C. - sotto scorta e per tre ore- in casa della madre era dovuta alla circostanza che quest'ultima era moribonda (decedette il 22.1.2007), e che alle medesime ragioni era ascrivibile la presenza dell'A. R. C., padre dell'amministratore unico.

Che poi quest'ultimo aiutasse economicamente la propria figlia T., ed i quattro nipoti, era circostanza logica e naturale (oltreché prescritta ed addirittura imposta dall'ordinamento, ex art. 433 CC). Nessuna prova era stata depositata in atti della asserita denuncia dell'A. R. C., padre dell'amministratore unico, per lottizzazione abusiva:era anzi stata fornita la prova contraria.

Il fatto che l'abitazione degli A. padre e figlio fosse vicina alla sede della società, considerato che entrambe erano ubicate in Siderno, centro urbano di non vaste dimensioni, era ininfluente.

Il Tar aveva errato non esaminando la domanda risarcitoria proposta dall'appellante società, che doveva essere accolta versando l'amministrazione in palese grave colpa.

Con memoria datata 22.06.2010 parte appellante ha puntualizzato e ribadito le suindicate censure.

L'appellata amministrazione ha depositato una sintetica memoria ed ha chiesto respingersi il ricorso in appello in quanto infondato nel merito e volto a censurare una manifestazione di discrezionalità amministrativa immune da vizi e abnormità: l'informativa del 29.5.2008 era stata resa a seguito di riesame, per cui non incorreva nell'asserito vizio di violazione del giudicato, posto che non prendeva in considerazione il rapporto di parentela intercorrente tra il padre dell'amministratore unico ed il C..

DIRITTO

L'appello deve essere accolto nel merito, nei termini di cui alla motivazione che segue, con conseguente riforma dell'appellata sentenza ed accoglimento del ricorso di primo grado, ad esclusione del petitum risarcitorio .

Al fine di perimetrare il thema decidendi quanto al denunciato vizio ex art. 112 cpc asseritamente attingente la impugnata decisione, ritiene la Sezione di condividere la tradizionale impostazione secondo cui "l'omessa pronuncia, da parte del giudice di primo grado, su censure e motivi di impugnazione costituisce tipico errore di diritto per violazione del principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, deducibile in sede di appello sotto il profilo della violazione del disposto di cui all'art. 112, c.p.c., che è applicabile al processo amministrativo."(Consiglio di Stato , sez. IV, 16 gennaio 2006, n. 98).

"Il vizio di omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile."(Consiglio di Stato , sez. VI, 06 maggio 2008, n. 2009).

I primi giudici, all'evidenza, hanno condiviso l'impianto sostanziale del provvedimento impugnato nella parte in cui quest'ultimo è stato definito "informativa nuova" fondata su nuovi elementi di fatto differenti da quelli già vagliati con la decisione demolitoria della Sezione n. 3707/2007. Appare evidente pertanto che, sia pure non fornendo analitica e partita risposta sulla denunciata exceptio rei judicatae, essi si sono implicitamente pronunciati sulla medesima, respingendola, avendo riscontrato la legittimità degli atti impugnati in primo grado sotto profili assorbenti rispetto alla portata della censura medesima.

Ritiene la Sezione di potere condividere detto modus procedendi, e che nel caso di specie non sia ravvisabile alcuna lesione del principio di cui all'art. 112 cpc, potendosi sul punto richiamare l'orientamento della Sezione, dal quale non si ravvisa ragione per discostarsi, a tenore del quale "Il vizio di omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertato con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché esso può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile. (Consiglio Stato , sez. VI, 20 febbraio 1998, n. 189).

In ogni caso, si deve rilevare che "l'omessa pronuncia su una o più censure proposte col ricorso giurisdizionale non configura un error in procedendo tale da comportare l'annullamento della decisione, con contestuale rinvio della controversia al giudice di primo grado, ma solo un vizio dell'impugnata sentenza che il

giudice di appello è legittimato ad eliminare integrando la motivazione carente o, comunque, decidendo del merito della causa."(Consiglio Stato , sez. IV, 19 giugno 2007, n. 3289).

Nel merito, ritiene comunque il Collegio che il ricorso in appello sia fondato, alla stregua delle considerazioni che seguono (ad esclusione del petitum risarcitorio) e debba essere accolto.

Non appare inopportuno fare precedere la disamina delle doglianze prospettate dall'appellante da una breve ricognizione degli orientamenti giurisprudenziali di recente espressi in materia, nella convinzione che da essi possano immediatamente trarsi utili spunti alla risoluzione dei quesiti per cui è processo.

In particolare, la Sezione condivide pienamente l'impostazione classificatoria seguita dalla giurisprudenza amministrativa secondo la quale le c.d. informazioni prefettizie (da acquisire dalla stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione provvisoria di appalto di lavori e ai fini dell'esercizio di eventuali atti di autotutela della p.a.) possono essere ricondotte a tre tipi: quelle ricognitive di cause di per sé interdittive di cui all'art. 4 comma 4, d.lg. 8 agosto 1994 n. 490; quelle relative ad eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa e la cui efficacia interdittiva discende da una valutazione del prefetto; quelle supplementari (o atipiche) la cui efficacia interdittiva scaturisce da una valutazione autonoma e discrezionale dell'amministrazione destinataria dell'informativa prevista dall'art. 1 septies, d.l. 6 settembre 1982 n. 629, conv. dalla l. 12 ottobre 1982 n. 726, ed aggiunto dall'art. 2 l. 15 novembre 1988 n. 486. (Consiglio Stato , sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7362).

Il criterio distintivo, si rinviene nella circostanza che, diversamente dall'informativa tipica, che ha carattere interdittivo di ulteriori rapporti negoziali con le amministrazioni appaltanti una volta presenti i presupposti previsti dall'art. 4 d.lg. 490/1994 (sussistenza di cause di divieto o di sospensione - tentativi di infiltrazione tendenti a condizionare le scelte della società o dell'impresa), l'informativa atipica non ha carattere interdittivo ma consente l'attivazione degli ordinari strumenti di discrezionalità nel valutare l'avvio o il prosieguo dei rapporti contrattuali alla luce dell'idoneità morale del partecipante alla gara di assumere la posizione di contraente con la p.a.; pertanto, essa non necessita di un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso e si basa su indizi ottenuti con l'ausilio di particolari indagini che possono risalire anche a eventi verificatisi a distanza di tempo perché riguardano la valutazione sull'idoneità morale del concorrente e non producono l'esclusione automatica dalla gara.(Consiglio Stato , sez. V, 31 dicembre 2007, n. 6902)

Le informative del genere di quelle per cui è causa rappresentano quindi una sensibile anticipazione della soglia dell'autotutela amministrativa a fronte di possibili ingerenze criminali nella propria attività: da tale impostazione, si è fatta discendere la conseguenza che "l'informativa prefettizia antimafia di cui all'art. 4 del d.lg. 8 agosto 1994 n. 490 e all'art. 10, d.p.r. 3 giugno 1998 n. 252 è espressione della logica di anticipazione della soglia di difesa sociale ai fini di una tutela avanzata nel campo del contrasto con la criminalità organizzata, e prescinde quindi da rilevanze probatorie tipiche del diritto penale, per cercare di cogliere l'affidabilità dell'impresa affidataria dei lavori complessivamente intesa." (Consiglio Stato , sez. VI, 17 maggio 2006, n. 2867). Si è puntualizzato, in proposito, infatti, che "in forza del combinato disposto dell'art. 4 d.lg. 8 agosto 1994, n. 490 e dell'art. 1 septies d.l. 6 settembre 1982, n. 629, conv. dalla l. 12 ottobre 1982, n. 726, si deve ritenere che legittimamente l'amministrazione erogatrice, nell'esercizio dei poteri discrezionali autonomamente assentiti dalla legge, disponga la revoca di un'aggiudicazione provvisoria di lavori di completamento di un'azienda ospedaliera nei confronti di una società a carico della quale risultino, sulla scorta delle comunicazioni prefettizie, pericoli di condizionamento da parte della criminalità organizzata, pur se nelle informative stesse si affermi che gli elementi acquisiti non consentono, allo stato, una valutazione certa con riguardo la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare scelte ed indirizzi della società stessa. Le informative prefettizie atipiche sono atti non vincolanti che lasciano spazio ad una discrezionale valutazione dell'amministrazione aggiudicatrice che, per "ragione di pubblico interesse" può agire con un atto di autotutela." (Consiglio Stato , sez. IV, 01 marzo 2001, n. 1148).

Sotto il profilo del grado di approfondimento probatorio che deve essere ad esse sotteso, v'è concordanza di vedute in giurisprudenza nel ritenere che l'art. 4, d.lg. 8 agosto 1994 n. 490 costituisce una misura di tipo preventivo intesa a contrastare l'azione del crimine organizzato poichè dà rilievo, ai fini ostativi della contrattazione degli appalti di opere pubbliche, anche agli elementi che costituiscono solo indizi (che comunque non devono costituire semplici sospetti o congetture privi di riscontri fattuali) del rischio di coinvolgimento associativo con la criminalità organizzata delle imprese partecipanti al procedimento di evidenza pubblica.(Consiglio Stato , sez. VI, 02 ottobre 2007, n. 5069).Non è superfluo evidenziare il rapporto di strettissima correlazione sussistente tra il grado di plausibilità richiesto e l'elemento finalistico cui esse sono destinate.

Tale aspetto è stato colto dalla pronuncia che di seguito si riporta, secondo cui "l'informativa prefettizia di cui agli art. 4 d.lg. 29 ottobre 1994 n. 490 e 10d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, è funzionale alla peculiare esigenza di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, idonei a condizionare le scelte delle imprese chiamate a stipulare contratti con la p.a., determinando l'esclusione dell'imprenditore, sospettato di detti legami, dal mercato dei pubblici appalti e, più in generale, dalla stipula di tutti quei contratti e dalla fruizione di tutti quei benefici, che presuppongono la partecipazione di un soggetto pubblico e l'utilizzo di risorse della collettività. La fase istruttoria del procedimento finalizzato a comunicare la presenza di tentativi di infiltrazione mafiosa, tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi di un'impresa, si concreta essenzialmente nell'acquisizione di tutte le informazioni di cui le autorità di pubblica sicurezza sono in possesso al fine di effettuare, sulla base di tali risultanze, una obiettiva valutazione sulla possibilità di un eventuale utilizzo distorto dei finanziamenti pubblici destinati ad iniziative private o delle risorse pubbliche devolute al settore degli appalti pubblici (utilizzo, che la normativa di settore mira appunto ad evitare). A tal fine, se non è necessario un grado di dimostrazione probatoria analogo a quello richiesto per dimostrare l'appartenenza di un soggetto ad associazioni di tipo camorristico o mafioso, non possono tuttavia ritenersi sufficienti fattispecie fondate sul semplice sospetto o su mere congetture prive di riscontro fattuale, essendo pur sempre richiesta l'indicazione di circostanze obiettivamente sintomatiche di connessioni o collegamenti con le predette associazioni." (Consiglio Stato , sez. VI, 17 luglio 2006, n. 4574).

Il parametro valutativo, quindi, non è quello della "certezza", ma quello della "qualificata probabilità".

L'art. 10 del DPR n. 252/1998, poi, stabilisce, al comma VII, che " Ai fini di cui al comma 2 le situazioni relative ai tentativi di infiltrazione mafiosa sono desunte:

a) dai provvedimenti che dispongono una misura cautelare o il giudizio, ovvero che recano una condanna anche non definitiva per taluno dei delitti di cui agli articoli 629, 644, 648-bis, e 648-ter del codice penale, o dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale;

b) dalla proposta o dal provvedimento di applicazione di taluna delle misure di cui agli articoli 2-bis, 2-ter, 3-bis e 3-quater della legge 31 maggio 1965, n. 575;

c) dagli accertamenti disposti dal prefetto anche avvalendosi dei poteri di accesso e di accertamento delegati dal Ministro dell'interno, ovvero richiesti ai prefetti competenti per quelli da effettuarsi in altra provincia."

La tipizzazione legislativa delle "fonti" dalle quali è possibile trarre il convincimento in parola, risponde ad un criterio di tassatività posto quale elementare presidio di tutela per i terzi che aspirino a contrattare con le amministrazioni. Ma tale tipizzazione, non intacca la circostanza che il giudizio deve rispondere pur sempre a criteri probabilistici. Si è condivisibilmente affermato, a tale proposito, che "nel rendere le informazioni richieste dal comune ai sensi dell'art. 10 comma 7 lett. c) d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, il prefetto non deve basarsi su specifici elementi, ma deve effettuare la propria valutazione sulla scorta di uno specifico quadro indiziario, ove assumono rilievo preponderante i fattori induttivi della non manifesta infondatezza che i comportamenti e le scelte dell'imprenditore possano rappresentare un veicolo di infiltrazione delle organizzazioni criminali negli appalti delle pubbliche amministrazioni. L'ampiezza dei poteri di accertamento, giustificata dalla finalità preventiva sottesa al provvedimento, giustifica che il prefetto possa ravvisare l'emergenza di tentativi di infiltrazione mafiosa in fatti in sé e per sé privi dell'assoluta certezza - quali una condanna non irrevocabile, collegamenti parentali con soggetti malavitosi, dichiarazioni di pentiti - ma che, nel loro coacervo, siano tali da fondare un giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata per la presenza, nei centri decisionali, di soggetti legati ad organizzazioni malavitose.(Consiglio Stato , sez. VI, 02 agosto 2006, n. 4737).

Tale ultimo profilo pare al Collegio rivestire portata nodale: non si postula, quale condizione per l'applicabilità delle disposizioni in parola, che ci si trovi al cospetto di una impresa "criminale" (posseduta/gestita/controllata da soggetti dediti ad attività criminali, cioè). Ma che vi sia la "possibilità" che essa possa, "anche in via indiretta" favorire la criminalità.

Ciò premesso, deve rilevarsi che -sotto il profilo della astratta legittimazione a fondare il giudizio prognostico censurato dall'appellante - non sembra alla Sezione che siano stati travalicati i limiti enucleati dalla giurisprudenza (ed il dato, lo si anticipa, rileverà anche in sede di verifica della fondatezza del petitum risarcitorio).

È invero incontestabile la sussistenza di un legame familiare che lega l'amministratore unico della società interessata, A. D. (cl. 71) e soggetti da ritenere vicini o appartenenti a cosche mafiose: viene a questo riguardo in rilievo la figura del padre, A. R. C. (cl. 36), prima amministratore unico della stessa società, destinatario in passato di misura di prevenzione.

Ma soprattutto emerge il nesso che lega l'amministratore unico predetto al clan C., posto che la sorella T. ha sposato C. C., capo dell'omonimo sodalizio mafioso e in atto detenuto perché condannato all'ergastolo in quanto riconosciuto mandante di numerosi omicidi.

Come già rilevato dal Tar, il profilo relativo alla figura del genitore dell'amministratore unico (A. R. C.) è stato funditus vagliato dal Consiglio di Stato con la decisione n. 3770/2007, il cui percorso motivazionale vale la pena di riportare di seguito. Ivi è dato riscontrare l'affermazione per cui "i precedenti cautelari e le misure di prevenzione a carico di A. padre non ricevevano autonoma menzione nell'informativa prefettizia, ma erano stati tutti smentiti dalle successive decisioni degli organi giurisdizionali, addirittura sfociate nel riconoscimento di 264.000 euro a titolo di riparazione per ingiusta detenzione."

In detta decisione, peraltro, si è affermato del pari che "cancellate tutte le pendenze giurisdizionali relative alla partecipazione di A. padre all'associazione mafiosa, la rilevanza del suo rapporto con il capo cosca C. C. scolorisca alquanto e ancor di più quello con A. figlio, fondato su una sorta di applicazione della proprietà transitiva.

Più in generale deve ritenersi che il mero rapporto di parentela sia di per sé insufficiente a raggiungere la soglia minima per riscontrare il pericolo di condizionamento mafioso, occorrendo manifestazioni di concreta contiguità - quantomeno a livello di frequentazione - tra il laico ed il mafioso."

Orbene: a fronte di elementi che, secondo la prospettazione dell'amministrazione appellata, costituirebbero attualizzazione del periculum infiltrativo rispetto al tempo in cui fu resa la sentenza demolitoria n. 3707/2007, e laddove si tenga presente che tali fatti concernono la posizione dell'amministratore della società appellante, ed in quanto storicamente riscontrati (a livello di contatti intercorsi) ancora in tempi recenti non potevano considerarsi né remoti né inattuali non sussiste alcuna abnormità nell'azione dell'amministrazione.

Ciò che rileva infatti, è che i fatti non siano talmente remoti da essere reputati superati ed in alcun modo reiterabili,: ché altrimenti argomentando, sarebbe sufficiente un lasso di tempo intercorso in assenza di (prova di) contatti per rendere impossibile l'accertamento prefettizio.

Sotto altro profilo, in via generale, è bene rammentare che più volte la Sezione si è interrogata sul rilievo dimostrativo di rapporti parentali ed ha avvertito l'esigenza di affermare che "è illegittima l'informativa prefettizia negativa fondata sul mero rapporto di parentela o affinità, di amministratori o soci di un'impresa con elementi malavitosi, essendo necessari anche altri elementi, sia pure indiziari, tali, nel loro complesso, da fornire obiettivo fondamento al giudizio di possibilità che l'attività d'impresa possa, anche in maniera indiretta, agevolare le attività criminali o esserne in qualche modo condizionata."(Consiglio di Stato , sez. VI, 02 maggio 2007, n. 1916: nell'iter motivazione della decisione predetta, si è richiamato l'insegnamento della Corte Costituzionale in una vicenda in cui si discuteva del possesso delle "qualità morali e di condotta" per l'ammissione ai concorsi in magistratura, secondo cui è certamente arbitrario.....presumere che valutazioni e

comportamenti riferibili alla famiglia di appartenenza o a singoli membri della stessa diversi dall'interessato debbano essere automaticamente trasferiti all'interessato medesimo - Corte Cost. 31 marzo 1994, n. 108-).

Si è altresì affermato in giurisprudenza che ove si tratti di fatti vagliati dal Giudice penale, non è escluso comunque l'autonomo apprezzamento dell'amministrazione, non vincolato dagli esiti processuali.

Ciò che non si vuole, tuttavia, è che tale apprezzamento (che pure deve sempre esservi, tanto più a fronte di pronunce assolutorie) sia illogico od arbitrario.È questo il limite dell'approfondimento motivazionale prefettizio prima ed amministrativo, di seguito. Ed è questo, altresì, il parametro valutativo cui deve attenersi il Giudice amministrativo.

La Sezione ha conseguentemente affermato, in passato, che "l'informativa sulla sussistenza dei tentativi di infiltrazione mafiosa che, ai sensi dell'art. 4 d.lg. 8 agosto 1994 n. 490 e dell'art. 10 d.P.R. 3 giugno 1998 n. 252, preclude la stipulazione di contratti con le Pubbliche amministrazioni, non richiede la prova dell'intervenuta "occupazione" mafiosa, né presuppone l'accertamento di responsabilità penali in capo ai titolari dell'impresa sospettata, essendo sufficiente che dalle informazioni acquisiste tramite gli organi di polizia si evinca un quadro indiziario sintomatico del pericolo di collegamento tra l'impresa e la criminalità organizzata. A legittimare l'adozione dell'informativa prefettizia è, pertanto, sufficiente che ad esito di un'adeguata istruttoria siano emersi elementi indiziari che, complessivamente considerati, rendano attendibile l'ipotesi del tentativo di ingerenza da parte delle organizzazioni criminali, con la conseguenza, sul piano del sindacato giurisdizionale che, stante l'ampia discrezionalità riservata all'autorità prefettizia, tale sindacato resta necessariamente circoscritto alla verifica dei vizi sintomatici di una illogicità manifesta o di un travisamento dei fatti."(Consiglio Stato , sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3470).

Rilevato quindi che l'amministrazione si è trovata a dover valutare condotte ed eventi asseritamente concernenti un soggetto rivestente posizione apicale nella organizzazione societaria, devono essere respinte le censure volte a prospettare uno "straripamento di potere" in capo all'appellata amministrazione.

Tale statuizione, tuttavia, ovviamente non esaurisce il compito della Sezione, dovendo prendersi in esame il secondo gruppo di doglianze prospettato dall'appellante, e concernente il quomodo dell'esercizio di tale potere.

Tale profilo di censura merita accoglimento.

Deve premettersi che ad avviso del Collegio non è fondata la tesi estrema dell'appellante secondo cui ci si troverebbe in presenza di una preclusione discendente dalla decisione n. 3707/2007 regiudicata.

Invero gli elementi supportanti la deliberazione amministrativa impugnata non sono (soltanto) quelli vagliati dalla suindicata decisione del Consiglio di Stato n. 3707/2007. Vi sono certamente tali elementi: ma insieme a questi, ne sono stati "segnalati" dall'amministrazione degli altri (come peraltro ammesso in ultimo da parte appellante nella propria conclusiva memoria).

Peraltro nulla vieta che, a fronte di una progressione investigativa ed accertativa, precedenti elementi indiziari ritenuti insufficienti da una pregressa decisione giurisdizionale possano essere rivalutati, alla stregua delle nuove resultanze sopraggiunte (il che avviene anche in sede penale, in punto di rimozione della sentenza di proscioglimento resa ex art. 425 cpp, e, a fortiori, di riapertura delle indagini a seguito di provvedimento di archiviazione).

L'operato dell'amministrazione non appare sul punto censurabile.

Con riguardo all'odierno giudizio quindi, il vaglio deve seguire il seguente iter: non disconoscere che su taluni elementi sottesi alla informativa v'è già una pronuncia giurisdizionale demolitoria.Al contempo, tenere conto della circostanza che, la peculiarità del "nuovo" giudizio impugnatorio sotteso alla "nuova" informativa, non può limitarsi a non tenere conto degli elementi pregressi già vagliati, come se sui medesimi fosse calato un giudicato irrefragabile postulante l'ininfluenza e la non decisività dei medesimi qual dimostrativi del pericolo infiltrativo. Al contrario, come in ogni fattispecie complessa segnata da uno stratificarsi di elementi oggetto (almeno secondo l'ipotesi d'accusa) di una progressione delle acquisizioni investigative, occorre interrogarsi sulla attitudine delle nuove emergenze probatorie a saldarsi alle pregresse acquisizioni (già vagliate e ritenute insufficienti) "superando" il pregresso giudizio di inettitudine a dimostrare il pericolo infiltrativo.

Ciò che appunto appare insufficiente al Collegio, anche nell'ottica valutativa complessiva volta a ricomprendere l'insieme degli elementi emersi, è la portata dimostrativa del pericolo infiltrativo desumibile dai "nuovi" fatti posti a sostegno del proprio convincimento da parte dell'amministrazione.

La insufficienza emerge in primo luogo con riferimento alla tesi per cui la circostanza che la famiglia A. sia rimasta in contatto con la A. T., a propria volta coniuge del C., sia significativa, a propria volta, di un legame tra la famiglia A. predetta ed il clan C..

Detta tesi incorre in un vizio logico evidente, laddove trascura una serie non indifferente di elementi: in primo luogo non è affatto dimostrato che la predetta sia a propria volta in contatto con altri esponenti del clan (a parte, ovviamente, il legame con il detenuto coniuge), né risulta o è mai stato adombrato che essa abbia svolto un ruolo attivo.

In secondo luogo la stessa è figlia, e sorella degli A. indicati nell'informativa predetta: tale elemento, "giustifica" di per sé, a sufficienza, i contatti intercorsi, ed è senz'altro elemento che consente di valutare in termini assolutamente neutri la circostanza che la A. T. (ed i propri figli) sia stata aiutata finanziariamente dai propri congiunti.

Salva prova contraria - inesistente nel caso di specie - il dato si risolve in un aiuto finanziario (ed in contatti) intercorsi con la (rispettivamente) figlia e sorella, e con i figli di quest'ultima, e non certo con la prova di "contatti con il clan".

La tesi dell'appellata amministrazione ha natura esclusivamente deduttiva, non essendo fondata su nuove (o pregresse e rivalutate) emergenze probatorie(si è unicamente segnalato che A. T., sorella dell'Amministratore unico, moglie di C. C., dal momento in cui quest'ultimo era stato tratto in arresto, agli inizi degli anni '90, aveva continuato a vivere con i propri quattro figli, apparentemente priva di autonomi mezzi di sostentamento, seppur mantenendo un tenore di vita agiato. Ne discendeva, secondo l'ipotesi della prefettura recepita dal Tar, che probabilmente essa riceveva i mezzi per vivere dal proprio nucleo familiare d'origine, il che costituiva riprova del contatto tra il predetto nucleo d'origine ed il clan C.).

Detto primo "nuovo" elemento è quindi per il Collegio del tutto ininfluente in chiave "accusatoria", in quanto, sotto un primo profilo, non fondato su alcun approfondito riscontro della situazione patrimoniale reddituale della A.(di guisa che appare maggiormente fondato su dati ipotetico-deduttivi piuttosto che su analisi patrimoniali/ bancarie/ immobiliari).

Secondariamente, esso, come dianzi chiarito, oblia la circostanza che il legame familiare diretto della A. T. è proprio quello intrattenuto con il proprio germano e con il proprio padre.

In terzo luogo, contiene un salto logico evidente. Ammesso che l'amministratore unico dell'appellante società ed il padre di questi, aiutino economicamente A. T., è evidente che questi concorrano a sostentare la propria (rispettivamente) germana e figlia, ed i propri quattro nipoti, figli di quest'ultima. Tale circostanza non integra possibile "contatto con il clan C.", essendo all'evidenza, semmai, aiuto alla propria congiunta, coniugata con il capoclan suindicato.

Si sarebbe dovuto dimostrare, invece, per integrare compiutamente il ragionamento logico-deduttivo accusatorio, o che la A. T. rivestisse a propria volta un qualsivoglia ruolo nel clan, ovvero che per il tramite di questa l'amministratore unico dell'appellante società ed il padre di questi versassero risorse esuberanti rispetto a quelle necessarie per il sostentamento del nucleo familiare della sorella e dirette al clan.

In carenza di - sia anche embrionale - dimostrazione di tali elementi la tesi dell'amministrazione può essere considerata mera illazione ipotetica, ed ha errato il Tar ad attribuirle uno spessore superiore a quello attribuibile alla mera congettura.

Quanto agli altri due "nuovi" elementi prospettati dall'amministrazione essi riposano nella circostanza che nel 2003 l'A. padre era stato denunciato per lottizzazione abusiva di un vasto appezzamento di terreno, unitamente a persone ritenute associate o comunque vicine al clan C., e nella presenza di A. padre all'interno dell'abitazione di C. A., madre del predetto C., il quale nella circostanza stava fruendo di un permesso di tre ore.

Il secondo di essi, come è agevole riscontrare, ricade negli stessi vizi logici dianzi evidenziati.

In sostanza la presenza di A. padre all'interno dell'abitazione di C. A., madre del predetto C., il quale nella circostanza stava fruendo di un permesso di tre ore, non appare dimostrativa di una "permanenza di contatti" che esuberi rispetto al vincolo di affinità trasmodando (a livello prognostico, ovviamente) nel "rapporto con il clan" alla stregua delle considerazioni che seguono.

La difesa ha infatti documentato che la visita del C. alla propria madre (per un periodo di breve durata, e sotto scorta) era ascrivibile alle gravissime condizioni di salute della medesima (consuocera dell'A. padre, per quanto si è finora chiarito). Alla stregua di tali elementi, appare estremamente improbabile che la (non anticipatamente programmabile) visita del C. alla propria genitrice moribonda costituisse possibile "occasione" di incontro al fine di attualizzare contatti illeciti, posto che la stessa, a tacer d'altro, si era svolta alla costante presenza delle forze dell'ordine in condizione di monitorare tutto ciò che ivi sarebbe accaduto (ed in effetti essi hanno dato atto della contemporanea presenza dell'A. padre).

Quanto al primo di tali elementi "nuovi", non è dimostrato né l'esito di tale segnalazione per lottizzazione abusiva, né la effettiva sussistenza di tale procedimento (circostanza recisamente contestata da parte appellante con affermazioni rimaste incontestate da parte delle difesa erariale dell'amministrazione), né la connotazione del medesimo in termini prognostico-infiltrativi, posto che l'amministrazione, neppure nella memoria in ultimo depositata, ha chiarito chi fossero i concorrenti nel reato asseritamente perpetrato dal padre dell'amministratore unico, in base a quali elementi si potrebbe desumere un legame di questi ultimi con il clan C., ed ogni altro elementare dato dal quale eventualmente desumere la fondatezza del periculum paventato. E ciò a tacere della circostanza che la fattispecie illecita in esame non attiene allo svolgimento dell'attività societaria, e comunque non sarebbe ascrivibile all'amministratore unico della società ma (anche laddove riscontrata, il che non è) al genitore di questi.

In ultimo, la contiguità "geografica" tra società ed abitazioni degli A. nulla dimostra, tanto più ove riferibile ad un piccolo centro urbano.

Tale carenza di autonoma portata dimostrativa del periculum attinge pertanto sia intrinsecamente i singoli elementi, che i medesimi complessivamente considerati: l'appello merita accoglimento e, in riforma dell'appellata decisione, i provvedimenti impugnati devono essere annullati, nei termini di cui alla motivazione.

È invece inaccoglibile la pretesa risarcitoria.

I fatti posti a sostegno dell'informativa non erano né cervellotici né inifluenti sul convincimento in tema di (possibilità di) permeabilità della società appellante a condotte a natura infiltrativa da parte di organizzazioni criminali. I precedenti giudiziari del padre dell'amministratore e il legame di affinità che lega quest'ultimo con un esponente del clan C. autorizzavano l'estrema cautela adottata dall'amministrazione. Non si ravvisa nella condotta di quest'ultima alcun elemento colposo, neppure di natura lieve, dal che discende che il petitum risarcitorio deve essere certamente disatteso.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e parte appellata deve pertanto essere condannata alla rifusione delle medesime nella misura che appare congruo determinare in 3000,00 (Euro tremila/00) oltre Iva e CPA come per legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe lo accoglie in parte nei termini di cui alla motivazione e con esclusione della richiesta risarcitoria e, per l'effetto, annulla l'appellata decisione ed in accoglimento del ricorso di primo grado annulla gli impugnati provvedimenti.

Condanna l'appellata amministrazione al pagamento delle spese processuali di 3000,00 (Euro tremila/00) oltre Iva e CPA come per legge.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2010 con l'intervento dei Signori:

Giovanni Ruoppolo, Presidente
Maurizio Meschino, Consigliere
Roberto Garofoli, Consigliere
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 18 AGO. 2010.

E' legittima una gara a procedura aperta svolta con forme peculiari di partecipazione e condizioni non omogenee a favore di organismi di diritto pubblico

T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 27 aprile 2010, n. 1042

a cura della D.ssa Federica Federici

Massima

La Cassa Depositi e Prestiti possiede i requisiti propri dell'**organismo di diritto pubblico**, come definito dall'art. 3, comma 26, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Trattasi infatti di un soggetto dotato di personalità giuridica, sottoposto indubbiamente ad una influenza pubblica essendo il suo capitale in mano allo Stato, ed istituita per soddisfare esigenze di interesse generale che non hanno carattere industriale o commerciale. La Cassa ha infatti lo scopo di fornire la provvista finanziaria delle pubbliche amministrazioni statali e locali al fine di consentire loro di svolgere le proprie funzioni istituzionali. I contratti che vengono stipulati da Stato, regioni, enti pubblici, enti locali o organismi di diritto pubblico con la Cassa sono esenti dall'applicazione della normativa di evidenza pubblica in base a quanto stabilito dall'art. 19, comma 2, del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Secondo tale norma infatti le procedure dell'evidenza pubblica non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice in base ad un diritto esclusivo di cui essa beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato europeo.

Sintesi del caso

Con bando di gara pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale Europea del 3 ottobre 2009 l'Ente per i Servizi Tecnico Amministrativi di Area Vasta Nord Ovest aveva indetto una procedura aperta con modalità telematica per l'erogazione di mutui ventennali e trentennali alle aziende e agli enti del servizio sanitario toscano, sulla base di un contratto normativo da sottoscrivere con la stazione appaltante che sarebbe stato valido fino al 31 dicembre 2011. L'offerta doveva esprimere due *spreads* riferiti l'uno a mutui ventennali e l'altro a mutui trentennali, la cui media sarebbe stata assunta per l'assegnazione del punteggio. Il disciplinare prevedeva che la gara non sarebbe stata aggiudicata all'offerta migliore, se questa fosse risultata superiore a quella effettuata da Cassa Depositi e Prestiti S.p.a.

Alla procedura aveva partecipato solo l'ESTAV e al termine della gara aveva ricevuto l'invito dalla stazione appaltante a presentare un'offerta migliorativa, che non ha inoltrato.

In una seduta pubblica è stato deciso dalla stazione appaltante di non aggiudicare la gara all'ESTAV ma procedere tramite la Cassa Depositi e Prestiti S.p.a, poiché la media aritmetica di tale offerta risultava più conveniente. Approvati i verbali di gara, è stato dato atto della mancata aggiudicazione della procedura aperta e si è deciso di trasmettere alle aziende ed agli enti del servizio sanitario regionale le condizioni offerte dalla Cassa per la stipula dei contratti di mutuo ventennali o trentennali. Avverso il provvedimento e tutti gli atti di gara, compresi bando e disciplinare in parte qua, é insorta l'ESTAV.

Quesiti da risolvere

E' legittima una gara a procedura aperta svolta con forme peculiari di partecipazione e condizioni non omogenee a favore di organismi di diritto pubblico sottratti alle regole dell'evidenza pubblica in quanto considerate *species* di amministrazioni aggiudicatrici?

La *lex specialis* prevedeva infatti che la stazione appaltante non avrebbe aggiudicato il contratto pubblico in questione se non fosse stata presentata un'offerta a condizioni migliori rispetto a quella proposta da tale organismo (nello specifico la Cassa Depositi e Prestiti S.p.A., la cui posizione nell'ordinamento non ne giustificherebbe la sottrazione alle regole dell'evidenza pubblica. Essa infatti, sul mercato dei finanziamenti alle pubbliche amministrazioni, non esplicherebbe alcuna funzione pubblicistica e dovrebbe quindi agire quale operatore economico rispettando le regole della concorrenza, al pari degli altri istituti bancari. Peraltro viene contestata una lettera di patronaggio, che non era prevista dalle condizioni di gara, incidendo quindi sulla riduzione del rischio di credito. Il confronto tra le offerte sarebbe perciò avvenuto sulla base di condizioni non omogenee. Si lamenta peraltro l'irragionevolezza dell'operazione in esame poiché nella stessa sarebbe venuta meno la simmetria tra le condizioni di provvista.

Il nocciolo della questione è se un soggetto pubblico quale la Cassa avrebbe dovuto ricevere lo stesso trattamento di un qualunque operatore privato nell'ambito della gara in esame. In caso di parità di posizione si concluderebbe che la stazione appaltante male ha operato nel prevedere un confronto finale tra l'offerta vincitrice nella procedura e quella formulata dalla Cassa perché in tal modo questa sarebbe stata illegittimamente sottratta alle regole dell'evidenza pubblica. È quindi necessario, ai fini della soluzione della controversia, definire preliminarmente il regime cui la Cassa è sottoposta e qualificare giuridicamente detto organismo.

La Cassa è stata trasformata in società per azioni dall'art. 5 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326. Tale disposizione, al comma 1, prevede che la Cassa fosse trasformata in società per azioni e, al comma 2, che il capitale azionario fosse attribuito allo Stato. Pertanto la Cassa possiede i requisiti propri dell'organismo di diritto

pubblico, come definito dall'art. 3, comma 26, del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Trattasi infatti di un soggetto dotato di personalità giuridica, sottoposto indubbiamente ad una influenza pubblica essendo il suo capitale in mano allo Stato, e si può anche ritenere che sia istituita per soddisfare esigenze di interesse generale che non hanno carattere industriale o commerciale. La Cassa ha infatti lo scopo di fornire la provvista finanziaria delle pubbliche amministrazioni statali e locali al fine di consentire loro di svolgere le proprie funzioni istituzionali. Detta attività è rivolta a garantire a queste ultime i mezzi per assolvere alle proprie funzioni istituzionali laddove, rivolgendosi al mercato, tali mezzi non riuscirebbero a reperire o reperirebbero a condizioni più onerose, come avvenuto proprio nella vicenda in esame ove la stazione appaltante, rivolgendosi al mercato, avrebbe conseguito i mezzi necessari all'azione a commissioni più onerose di quelle offerte dalla Cassa. L'attività di quest'ultima é quindi volta a consentire agli enti pubblici di svolgere con la maggior efficienza e il minor costo le proprie funzioni istituzionali e, sotto questo profilo, appare strumentale al soddisfacimento dei medesimi bisogni, di carattere non industriale né commerciale, cui è rivolta l'attività degli enti finanziati, nel caso di specie la tutela della salute pubblica (C.d.S. VI, 12 febbraio 2007 n. 550).

La partecipazione ad una gara implica accettazione senza riserve del disciplinare e può quindi essere qualificata come manifestazione di consenso all'offerta irrevocabile con tutte le sue condizioni, ivi compresa quella che favorisce un altro concorrente ab origine?

L'accettazione senza riserve della legge speciale da parte di un soggetto partecipante, posto che le sue clausole non erano lesive nel momento in cui sono state accettate, non può costituire acquiescenza con conseguente rinuncia al diritto di azione. Le clausole infatti, non presentando carattere lesivo, non potevano essere impugnate e pertanto l'azione non poteva essere intrapresa. Poiché non si può rinunciare a un bene giuridico che non è ancora entrato nel proprio patrimonio, ne segue che tale accettazione non può essere interpretata come una rinuncia preventiva alla tutela della propria posizione giuridica nella procedura *de qua* (T.A.R Friuli Venezia Giulia 24 gennaio 1997, n. 22; C.d.S VI, 23 dicembre 2008 n. 6523).

Inoltre: nella fattispecie in esame la *lex specialis*, in particolare il disciplinare, prevedeva chiaramente che la gara non sarebbe stata aggiudicata all'offerta risultata migliore laddove questa fosse risultata superiore alla proposta formulata dalla Cassa. Veniva quindi esplicitato che al termine della gara si sarebbe svolto un confronto extra-procedurale tra l'offerta risultata migliore ed una proposta che sarebbe stata richiesta alla Cassa. Tale clausola, a giudizio del Collegio, non è immediatamente lesiva poiché al momento della sua conoscenza la ricorrente non poteva sapere se la propria offerta sarebbe stata migliore o peggiore di quella della Cassa. Secondo la giurisprudenza costante, e in particolare secondo l'insegnamento del Consiglio di Stato (C.d.S. A.P. 29 gennaio 2003, n. 1; Sez. VI 3

giugno 2009, n. 3404) devono essere impugnate immediatamente le sole clausole della legge speciale di gara che impediscono la partecipazione, poiché queste possiedono una lesività immediata e comportano un arresto procedimentale per il concorrente interessato all'aggiudicazione. Le clausole invece che siano ritenute vizianti del procedimento devono essere impugnate in uno con l'aggiudicazione a terzi poiché solo in tale momento diventano lesive per il concorrente non aggiudicatario. D'altronde ritenere che i concorrenti siano onerati ad impugnare immediatamente le clausole di *lex specialis* comportanti vizi nello svolgimento della gara significherebbe elevare ad oggetto di tutela nel processo amministrativo un interesse meramente procedimentale, rivolto cioè esclusivamente al corretto svolgimento della procedura, quando invece l'interesse dei partecipanti alle gare di appalto si rivolge al conseguimento dell'aggiudicazione. L'interesse alla legittimità nello svolgimento della procedura di evidenza pubblica non può essere distinto e staccato da quello sostanziale all'ottenimento del contratto pubblico in gara, sicché solamente quelle clausole di legge speciale che determinano la definitiva impossibilità per il concorrente di ottenere tale bene della vita devono essere impugnate al momento della loro conoscenza, e tali sono unicamente le clausole che comportano l'esclusione dalla partecipazione alla procedura.

Per non confondere le regole proprie dell'evidenza pubblica nella scelta del contraente con quelle che sono destinate a regolamentare l'esecuzione del contratto, giova ricordare che queste ultime sono norme di diritto civile; le prime sono norme di diritto pubblico e devono essere valutate secondo le regole proprie di questo ramo del diritto. Sicché l'accettazione senza riserve della legge speciale non può essere equiparata all'accettazione di una offerta al pubblico poiché il disciplinare non regolamenta le condizioni di esecuzione del contratto, ma pone le regole per l'individuazione del contraente che detto contratto dovrà svolgere.

Secondo quanto stabilito dall'art. 19, comma 2, del d.lgs. 163/06 le procedure dell'evidenza pubblica non si applicano agli appalti pubblici di servizi aggiudicati da un'amministrazione aggiudicatrice o da un ente aggiudicatore ad un'altra amministrazione aggiudicatrice in base ad un diritto esclusivo di cui essa beneficia in virtù di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, purché tali disposizioni siano compatibili con il Trattato europeo.

Non in discussione se un soggetto come ESTAV rientri nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici: quel che occorre da verificare è se l'operazione condotta dalla Cassa nella presente fattispecie rientri o meno in quelle attinenti ai propri scopi pubblici istituzionali o sia invece espressione della capacità comune di diritto civile e pertanto la stessa non possa, nel caso di specie, essere esonerata dal rispetto delle procedure di evidenza pubblica.

Nel caso di specie non sembra che l'operazione posta in essere dalla Cassa abbia debordato dalle sue finalità istituzionali, essendo diretta a garantire la provvista finanziaria alle migliori condizioni per intere categorie di enti, quelli cioè facenti riferimento all'intimata centrale di committenza, che hanno tutti la medesima finalità di tutelare la salute della collettività.

Il TAR ha concluso che nel caso in esame la Cassa abbia posto in essere un'attività rientrante nei propri scopi istituzionali e che la proposta contrattuale formulata all'intimata stazione appaltante non fosse quindi soggetta alle procedure dell'evidenza pubblica, in base all'art. 19, comma 2, del d. lgs. 163/06.

Normativa

- Codice appalti D. Lgs. 2006/163 3 successivi correttivi
- Sull'elaborazione comunitaria e nazionale sull'organismo di diritto pubblico vedasi R. De Nictolis, *Manuale degli appalti pubblici*, EPC Libri, 2008, pp. 378 e ss.

Diritto Costituzionale

La Consulta interviene sul riparto di funzioni Stato-Regioni depotenziando le zone a burocrazia zero (*Corte Cost., sent. n. 232/2011*)

a cura del Dott. Andrea Schlitzer

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 232 del 19 luglio 2011, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 43 d.l. 31 Maggio 2010 n. 78 (*Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica*), così come convertito dalla legge 30 luglio 2010 n. 122, limitatamente alla parte in cui esso è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale. La disposizione de qua introduce nell'ordinamento le cd. "zone a burocrazia zero", eredi delle "zone franche urbane", tramontate ancor prima di vedere la luce. Con esse si intendono quelle zone geografiche del Meridione d'Italia nelle quali si prevede la realizzazione di nuove iniziative produttive.
Ciò detto, si può affermare che le "zone a burocrazia zero" comportino – soprattutto per piccole e medie imprese delle aree del Meridione – un triplice ordine di vantaggi:

1) tutti i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi avviati su istanza di parte, salvo quelli di carattere tributario, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo;
2) è previsto il silenzio-assenso qualora il provvedimento non venga adottato entro 30 gg. dall'avvio del procedimento;
3) con riguardo ai procedimenti amministrativi avviati d'ufficio – restando sempre esclusi quelli di natura tributaria – le amministrazioni che li promuovono si limitano all'istruttoria, dopodiché saranno tenute a trasmettere tutti i dati al commissario di Governo affinché questo adotti i provvedimenti conclusivi.

Operate queste doverose premesse, deve sin d'ora osservarsi che i giudici di Palazzo della Consulta – riservando a separate pronunce la decisione delle questioni di legittimità costituzionale promosse dalla ricorrente in relazione ad altre disposizioni del medesimo atto normativo – hanno ritenuto l'art. 43 cit. costituzionalmente illegittimo per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, secondo comma, Cost. in quanto operanti una "chiamata in sussidiarietà" della funzione legislativa in assenza delle condizioni che legittimano tale operazione.

La Corte costituzionale reputa non condivisibile l'assunto da cui muove la ricorrente, secondo cui lo Stato potrebbe allocare funzioni amministrative esclusivamente nelle materie di sua competenza esclusiva ex art. 117, secondo comma, Cost. Infatti, sulla scorta di un costante orientamento giurisprudenziale (ex plurimis sentenze n. 278 del 2010, n. 76 del 2009, n. 165 e n. 88 del 2007, n. 214 del 2006, n. 151 del 2005), la Consulta ha ritenuto che l'art. 118, primo comma, Cost., introduca un meccanismo dinamico che permetta di superare l'equazione tra titolarità delle funzioni legislative e titolarità delle funzioni amministrative (cd. principio del parallelismo delle funzioni).
Tuttavia la Corte precisa che una deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. possa essere giustificata solo se la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata.
Più specificamente con la sentenza n. 232 la Consulta ribadisce in maniera decisa quelle che sono le conclusioni della giurisprudenza di matrice costituzionale secondo le quali, nelle materie di competenza concorrente, lo Stato potrebbe allocare a se stesso funzioni amministrative solo facendo ricorso alla cd. "avocazione (o chiamata) in sussidiarietà", strumento regolatore del riparto delle competenze tra Stato e regioni di matrice giurisprudenziale, essendo stato teorizzato dalla stessa Corte nella nota sentenza n. 303 del 2003.

I giudici di Palazzo della Consulta affermano tuttavia che non può essere invocato a fondamento dell'intervento legislativo statale l'istituto della "chiamata in sussidiarietà", poiché tale intervento non appare giustificabile alla luce dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, il rispetto dei quali è condizione necessaria affinché lo Stato possa derogare al riparto di competenze stabilità dall'art. 117, terzo comma, Cost.
Invero, secondo la decisione in commento, affinché una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che detti una disciplina che:

1) sia logicamente pertinente ai fini della regolazione delle suddette funzioni;
2) risulti limitata a quanto strettamente indispensabile allo scopo da perseguire;
3) sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione tra Stato e Regioni o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio in concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali.

A detta della Corte, tuttavia, tali requisiti non sono riscontrabili nell'art. 43 cit. d.l. 31 Maggio 2010 n. 78.

Difatti, ad un'attenta analisi della disciplina de qua, si rileva un campo di applicazione generalizzato (riferito a tutti i procedimenti amministrativi in tema di nuove iniziative produttive) e perciò invasivo della competenza regionale, tanto concorrente quanto residuale.
Peraltro dal contesto dispositivo non risulta esservi alcuna esplicitazione riguardante l'esigenza di assicurare l'esercizio unitario delle funzioni amministrative, con conseguente violazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza ex art. 118 Cost.

Se questo è il ragionamento della Corte, la conclusione appare ineluttabile: l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del decreto legge citato, nella parte in cui è destinato ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

SENTENZA N. 232

ANNO 2011

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori: Presidente: Alfonso QUARANTA; Giudici : Paolo MADDALENA, Alfio FINOCCHIARO, Franco GALLO, Luigi MAZZELLA, Gaetano SILVESTRI, Sabino CASSESE, Giuseppe TESAURO, Paolo Maria NAPOLITANO, Giuseppe FRIGO, Alessandro CRISCUOLO, Paolo GROSSI, Giorgio LATTANZI,

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 43 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, promosso con ricorso della Regione Puglia notificato il 28 settembre 2010, depositato in cancelleria il 7 ottobre 2010 ed iscritto al n. 107 del registro ricorsi 2010.

Visto l'atto di costituzione del Presidente del Consiglio dei ministri;

udito nell'udienza pubblica dell'8 giugno 2011 il Giudice relatore Paolo Grossi;

uditi l'avvocato Stefano Grassi per la Regione Puglia e l'avvocato dello Stato Antonio Tallarida per il Presidente del Consiglio dei ministri.

Ritenuto in fatto

1. – Con ricorso notificato il 28 settembre 2010 e depositato il successivo 7 ottobre, la Regione Puglia, in persona del Presidente pro tempore della Giunta regionale, ha impugnato numerose disposizioni del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), come convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, tra le quali l'articolo 43, che prevede (al comma 1) la istituzione, «nel Meridione d'Italia», di «zone a burocrazia zero», mediante l'emanazione (comma 2) di un «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno». La disposizione in questione stabilisce (sempre al comma 2) che in tali zone, una volta istituite, le «nuove iniziative produttive» godano di alcuni vantaggi, prevedendo in particolare (nella lettera a) che «nei riguardi delle predette nuove iniziative i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, ove occorrente, previe apposite conferenze di servizi ai sensi della legge n. 241 del 1990; i provvedimenti conclusivi di tali

procedimenti si intendono senz'altro positivamente adottati entro 30 giorni dall'avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine. Per i procedimenti amministrativi avviati d'ufficio, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, le amministrazioni che li promuovono e li istruiscono trasmettono, al Commissario di Governo, i dati e i documenti occorrenti per l'adozione dei relativi provvedimenti conclusivi. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli atti riguardanti la pubblica sicurezza e l'incolumità pubblica;».

In primo luogo, la Regione rileva che la disposizione impugnata – avendo un ámbito di applicazione generalizzato, non limitato a particolari settori materiali – appare destinata ad avere vigore in tutti i procedimenti amministrativi ad istanza di parte concernenti le «nuove iniziative produttive», a prescindere dalla materia nel cui contesto incidono tali procedimenti; pertanto, secondo la ricorrente, nella parte in cui coinvolge anche procedimenti destinati ad esplicarsi in ambiti materiali di competenza regionale concorrente o residuale, essa viola rispettivamente i commi terzo e quarto dell'art. 117 della Costituzione. Escluso che la disciplina in questione riguardi la materia della determinazione dei livelli essenziali dei diritti civili e sociali, la Regione ritiene che essa rientri piuttosto nel paradigma dell'art. 118, secondo comma, Cost., il quale prevede che ad allocare le funzioni amministrative debba essere il legislatore statale nelle materie di propria competenza, ed il legislatore regionale nelle altre materie.

E, d'altra parte, la ricorrente – poiché lo Stato può allocare funzioni amministrative nelle materie di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 117 della Costituzione, avocandole a se stesso, in virtù dell'art. 118, primo comma, Cost., ma solo ove ricorrano i presupposti della c.d. «chiamata in sussidiarietà», nel caso in cui il livello regionale sia inadeguato allo svolgimento della specifica funzione amministrativa considerata – rileva che nella specie tale condizione non ricorre, in quanto la norma prevede una attribuzione generalizzata ed astratta ad un organo statale di un insieme indifferenziato di funzioni, individuate in modo del tutto generico e caratterizzate anche da una notevole eterogeneità dell'una rispetto all'altra. Tale attribuzione, inoltre, prescinde da quella valutazione di adeguatezza-inadeguatezza del livello territoriale di governo coinvolto (invece necessaria per verificare l'effettiva sussistenza in concreto delle esigenze di esercizio unitario), che giustifica l'avocazione in capo al livello statale e che va condotta in riferimento alle singole funzioni coinvolte ed alle loro peculiari caratteristiche.

Pertanto, secondo la ricorrente, la normativa impugnata – nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale – contrasta non solo con l'art. 117, secondo e terzo [recte: terzo e quarto] comma, Cost., ma anche con l'art. 118, secondo comma, Cost., il quale vincola la possibilità di allocare funzioni amministrative alla titolarità della competenza legislativa nella materia in cui esse sono destinate a svolgersi.

Ove, peraltro, si ritenesse esistente un titolo di legittimazione della competenza legislativa statale, per la ricorrente la norma impugnata sarebbe comunque costituzionalmente illegittima perché in contrasto con i principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, ai quali l'art. 118, primo comma, Cost., impone di adeguarsi nella allocazione di funzioni amministrative; laddove il legislatore statale ha compiuto una valutazione di inadeguatezza di tutti i livelli amministrativi regionali e locali del Meridione d'Italia del tutto presuntiva e aprioristica, palesemente sganciata dalla considerazione delle singole funzioni che concretamente vengono in gioco in relazione alle «nuove iniziative produttive».

In via subordinata, la Regione – rilevato che l'istituzione in concreto di una «zona a burocrazia zero» potrebbe trovare legittimazione solo ed esclusivamente nella «chiamata in sussidiarietà» di tale funzione al livello statale, con il necessario coinvolgimento di tipo codecisionale della Regione territorialmente interessata – impugna il comma 2 dell'art. 43, per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, primo comma, Cost., nella parte in cui, nel disciplinare la procedura di istituzione delle «zone a burocrazia zero» (affidata ad un semplice «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno») non prevede l'intesa con la Regione interessata, per l'ipotesi in cui risultino coinvolti procedimenti amministrativi che si svolgono nelle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

2. – Si è costituito il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, eccependo in termini generali la tardività del ricorso proposto contro disposizioni del decreto-legge non modificate dalla legge di conversione, e chiedendo nello specifico la declaratoria di non fondatezza della proposta questione, poiché le censure non tengono conto del fatto che la norma impugnata è diretta ad assicurare effettività al diritto di libertà di iniziativa economica di rilievo costituzionale (art. 41 Cost.), che giustifica da sé la disposta semplificazione procedurale. Secondo l'Avvocatura, la disposizione in esame attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ex art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., attraverso una previsione di semplificazione amministrativa, rispettosa del principio di sussidiarietà, che passa per la conferenza di servizi, la introduzione del silenzio-assenso, la conclusione da parte di un commissario ad hoc.

Peraltro, l'Avvocatura sostiene che la previsione normativa in esame rientra nell'ámbito dei poteri statali di coordinamento della finanza pubblica in quanto diretta a favorire la ripresa e lo sviluppo del sistema produttivo, nell'ottica di una maggiore competitività delle imprese. E ciò, tanto più in quanto la disposizione impugnata (al pari delle altre contenute nella legge de qua) fa parte di una manovra complessiva di riequilibrio e contenimento finanziario di tutela del bilancio dello Stato e di supporto all'economia del Paese, nel contesto di una grave situazione di crisi internazionale, in cui deve riconoscersi allo Stato medesimo l'esercizio di una potestà legislativa primigenia, fondata sui principi fondamentali di unità (art. 5 Cost.), di solidarietà politica economica e sociale (art. 2 Cost.) di sussidiarietà (art. 118 Cost.) e di responsabilità a tutela dell'unità economica della Nazione (art. 120 Cost.).

3. – Nell'imminenza dell'udienza, entrambe le parti hanno depositato memorie nelle quali ribadiscono le rispettive argomentazioni e conclusioni. In particolare, la Regione Puglia deduce l'estraneità, rispetto alla specifica normativa censurata, dei titoli di legittimazione esclusiva statale e concorrente evocati dall'Avvocatura dello Stato a sostegno della non fondatezza della questione.

Considerato in diritto

1. – La Regione Puglia, con il ricorso in epigrafe, impugna numerose disposizioni del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), come convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122.

Tra queste disposizioni, la ricorrente censura l'articolo 43 che prevede la istituzione, «nel Meridione d'Italia» di «zone a burocrazia zero» (comma 1), mediante l'emanazione di un «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno» (comma 2); e stabilisce che, in tali zone, una volta istituite, le «nuove iniziative produttive» godano di alcuni vantaggi, prevedendo, in particolare, che «nei riguardi delle predette nuove iniziative i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi di qualsiasi natura ed oggetto avviati su istanza di parte, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, sono adottati in via esclusiva da un Commissario di Governo che vi provvede, ove occorrente, previe apposite conferenze di servizi ai sensi della legge n. 241 del 1990; i provvedimenti conclusivi di tali procedimenti si intendono senz'altro positivamente adottati entro 30 giorni dall'avvio del procedimento se un provvedimento espresso non è adottato entro tale termine. Per i procedimenti amministrativi avviati d'ufficio, fatta eccezione per quelli di natura tributaria, di pubblica sicurezza e di incolumità pubblica, le amministrazioni che li promuovono e li istruiscono trasmettono, al Commissario di Governo, i dati e i documenti

occorrenti per l'adozione dei relativi provvedimenti conclusivi. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano agli atti riguardanti la pubblica sicurezza e l'incolumità pubblica;» (lettera a del comma 2).

2. – La trattazione della questione di legittimità costituzionale relativa a tale disposizione viene qui separata da quella delle altre questioni, promosse dalla Regione Puglia con il medesimo ricorso, per le quali è opportuno procedere ad un esame distinto.

3. – Nell'esordio della memoria di costituzione, l'Avvocatura generale dello Stato eccepisce, in termini generali e pregiudiziali, la tardività del ricorso, in quanto proposto avverso norme del decreto-legge non modificate in sede di conversione e quindi immediatamente lesive. L'eccezione non può essere condivisa, giacché – indipendentemente dalla circostanza che nella specie la legge di conversione ha modificato la lettera a) del censurato art. 43, comma 2 –, secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, la Regione che ritenga lese le proprie competenze da norme contenute in un decreto-legge può sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale anche in relazione a questo atto, con effetto estensivo alla legge di conversione, ovvero può riservare l'impugnazione a dopo l'entrata in vigore di quest'ultima (sentenze n. 430 del 2007, n. 383 e n. 62 del 2005; n. 287 e n. 272 del 2004), poiché «soltanto a partire da tale momento il quadro normativo assume un connotato di stabilità e l'iniziativa d'investire la Corte non rischia di essere vanificata dall'eventualità di una mancata conversione» (sentenza n. 25 del 1996).

4. – La Regione ricorrente ritiene che l'impugnata disposizione si ponga in contrasto con l'articolo 117, secondo e terzo [recte: terzo e quarto] comma, e con l'art. 118, secondo comma, della Costituzione (che vincola la possibilità di allocare funzioni amministrative alla titolarità della competenza legislativa nella materia in cui esse sono destinate a svolgersi), nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale; ovvero con l'art. 118, primo comma, Cost., perché lesiva dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, in quanto il legislatore statale ha compiuto una valutazione di inadeguatezza di tutti i livelli amministrativi regionali e locali del Meridione d'Italia del tutto presuntiva e aprioristica, palesemente sganciata dalla considerazione delle singole funzioni che concretamente vengono in gioco in relazione alle «nuove iniziative produttive».

In via subordinata, la ricorrente censura l'art. 43, comma 2, del decreto-legge n. 78 del 2010, come convertito dalla legge n. 122 del 2010, nella parte in cui disciplina il procedimento di istituzione delle «zone a burocrazia zero», affidandolo ad un «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro dell'interno», per violazione dell'art. 117, terzo e quarto comma, e dell'art. 118, primo comma, Cost., in quanto – poiché l'istituzione in concreto di una «zona a burocrazia zero» potrebbe trovare legittimazione solo ed esclusivamente nella «chiamata in sussidiarietà» di tale funzione al livello statale, con il necessario coinvolgimento di tipo codecisionale della Regione territorialmente interessata – non prevede l'intesa con la Regione interessata, per l'ipotesi in cui risultino coinvolti procedimenti amministrativi che si svolgono nelle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

5.1. – La questione è fondata nei termini che seguono.

5.2. – Preliminarmente, non può essere condivisa la tesi difensiva del Presidente del Consiglio dei ministri che riconduce la norma censurata (per vero, in modo sommario, generico ed apodittico) nell'ámbito della competenza esclusiva statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, ovvero – in via subordinata – di quella concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica.

È sufficiente ribadire che il titolo di legittimazione di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., non può essere invocato se non in relazione a specifiche prestazioni delle quali la normativa statale definisca il livello essenziale di erogazione (sentenze n. 383 e n. 285 del 2005), mediante la determinazione dei relativi standard strutturali e qualitativi, da garantire agli aventi diritto su tutto il territorio nazionale in quanto concernenti il soddisfacimento di diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa (da ultimo, sentenze n. 92 e n. 8 del 2011). Poiché tale competenza esclusiva, per sua natura trasversale, consente allo Stato una forte restrizione dell'autonomia legislativa delle Regioni allo scopo appunto di assicurare un livello uniforme di godimento dei diritti civili e sociali tutelati dalla Costituzione stessa (sentenza n. 387 del 2007), ad essa evidentemente non può farsi riferimento rispetto ad una scelta legislativa che, prevedendo la possibilità di istituzione di "zone a burocrazia zero" solo in talune parti del territorio statale (il Meridione d'Italia), tende viceversa ad avvantaggiare, rispetto alla generalità degli utenti che intendono intraprendere nuove iniziative produttive, quelli che agiscono nelle suddette zone.

Quanto, invece, al richiamo alla competenza concorrente in materia di coordinamento della finanza pubblica, ex art. 117, terzo comma, Cost., è chiaro che la disposizione censurata (al di là di una indiretta correlazione con le finalità di risanamento economico che caratterizzano il provvedimento legislativo che la contiene) non possa, per ciò solo, essere ascritta a tale competenza, e quindi qualificarsi come relativo principio fondamentale, poiché, lungi dal porre obiettivi di riequilibrio finanziario (sentenze n. 156 del 2010 e n. 297 del 2009), e tantomeno dall'indicare generali strumenti o modalità per il perseguimento di siffatti obiettivi, prescrive una disciplina di dettaglio in tema di trattazione e definizione di procedimenti amministrativi, del tutto estranea alla evocata materia.

5.3. – Vero è, invece, che la disposizione impugnata – prevedendo una attribuzione generalizzata ed astratta ad un organo statale di un insieme indifferenziato di funzioni, individuate in modo generico e caratterizzate anche da una notevole eterogeneità quanto alla possibile incidenza sulle specifiche attribuzioni di competenza – è destinata ad avere vigore in tutti i procedimenti amministrativi ad istanza di parte o avviati d'ufficio concernenti le «nuove iniziative produttive», a prescindere dalla materia nel cui contesto hanno rilievo tali procedimenti, i quali possono essere destinati ad esplicarsi nei più svariati ámbiti materiali, sia di competenza esclusiva statale (ad esempio, in materia di organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali), sia di competenza concorrente ovvero residuale regionale (ad esempio, in materia di governo del territorio, promozione ed organizzazione di attività culturali, ovvero di industria, commercio, agricoltura, artigianato, turismo etc.).

Ed è, appunto, sulla indefinita molteplicità di materie coinvolte e sull'affidamento del potere decisorio di emettere i provvedimenti conclusivi dei procedimenti amministrativi de quibus ad un unico organo governativo che si incentrano le censure della Regione Puglia. La quale, da un lato, deduce che la normativa impugnata – nella parte in cui si applica anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale – contrasterebbe non solo con l'art. 117, terzo e quarto comma, Cost., ma anche con l'art. 118, secondo comma, Cost., il quale vincola la possibilità di allocare funzioni amministrative alla titolarità della competenza legislativa nella materia in cui esse sono destinate a svolgersi. E, dall'altro lato, esclude che nella specie ricorrano i presupposti della c.d. «chiamata in sussidiarietà», ai sensi del primo comma dell'art. 118 Cost., in quanto la previsione normativa censurata prescinde da qualsiasi valutazione di adeguatezza-inadeguatezza del livello territoriale di governo coinvolto, che è invece necessaria per verificare l'effettiva sussistenza in concreto delle esigenze di esercizio unitario, che giustifica l'avocazione in capo al livello statale, e che va condotta in riferimento alle singole funzioni coinvolte ed alle loro peculiari caratteristiche.

5.4. – Orbene, l'assunto da cui muove la ricorrente, secondo cui lo Stato potrebbe allocare funzioni amministrative esclusivamente nelle materie di sua competenza esclusiva indicate nel secondo comma dell'art. 117 Cost., non è condivisibile.

Invero, questa Corte (ex plurimis, sentenze n. 278 del 2010, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003) ha ritenuto (fin dalla citata sentenza n. 303 del 2003) che, nell'art. 118, primo comma, Cost., vada rinvenuto un peculiare elemento di flessibilità, il quale – nel prevedere che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principî di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza – introduce un meccanismo dinamico (incidente anche sulla stessa distribuzione delle competenze legislative) diretto appunto a superare l'equazione tra titolarità delle funzioni legislative e titolarità delle funzioni amministrative.

La Regione ricorrente (trascurando di dare rilievo alla compresenza, nella specie, di una molteplicità di materie che possono essere incise dalla normativa censurata, le quali ben possono ripartirsi diversamente lungo l'asse delle competenze normative di Stato e Regioni) basa invece la sua censura sulla acritica e categorica affermazione, di ordine generale, della insuperabilità di tale rigida corrispondenza, che questa Corte ha costantemente negato (fin dalla citata sentenza n. 303 del 2003), ritenendo coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà il fatto che essa agisca come subsidium quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere.

5.5. – D'altro canto, tuttavia, la Regione – pur ammesso che lo Stato possa allocare funzioni amministrative nelle materie di cui ai commi terzo e quarto dell'art. 117 della Costituzione, avocandole a se stesso, in virtù dell'art. 118, primo comma, Cost. – osserva che ciò può avvenire solo ove ricorrano i presupposti dell'esercizio unitario delle funzioni amministrative; presupposti che essa esclude che si riscontrino nelle disposizioni normative impugnate, derivandone per questo la violazione del medesimo art. 118, primo comma, Cost.

Tale censura è fondata.

Per costante affermazione di questa Corte – poiché la valutazione della necessità del conferimento di una funzione amministrativa ad un livello territoriale superiore rispetto a quello comunale deve essere effettuata dall'organo legislativo corrispondente almeno al livello territoriale interessato –, in relazione al principio di legalità sostanziale (per tutte, sentenza n. 6 del 2004), tale scelta deve giustificarsi in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (ex plurimis sentenze n. 278 del 2010, n. 76 del 2009, n. 165 e n. 88 del 2007, n. 214 del 2006, n. 151 del 2005). E, dunque, proprio in ragione della rilevanza dei valori coinvolti, una deroga al riparto operato dall'art. 117 Cost. può essere giustificata solo se la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza e sia oggetto di un accordo stipulato con la Regione interessata.

Affinché, dunque, nelle materie di cui all'art. 117, terzo e quarto comma, Cost., una legge statale possa legittimamente attribuire funzioni amministrative a livello centrale ed al tempo stesso regolarne l'esercizio, è necessario che essa detti una disciplina logicamente pertinente (dunque idonea alla regolazione delle suddette funzioni), che risulti limitata a quanto strettamente indispensabile a tale fine e che sia adottata a seguito di procedure che assicurino la partecipazione dei livelli di governo coinvolti attraverso strumenti di leale collaborazione o, comunque, attraverso adeguati meccanismi di cooperazione per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali (da ultimo, sentenza n. 278 del 2010). Infatti, solo la presenza di tali presupposti, alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità, consente di giustificare la scelta statale dell'esercizio unitario di funzioni, allorquando emerga l'esigenza di esercizio unitario delle funzioni medesime (ex plurimis, sentenze n. 76 del 2009, n. 339 e n. 88 e del 2007, n. 214 del 2006, n. 242 e n. 151 del 2005).

Condotta alla stregua di siffatto canone ermeneutico, l'analisi della norma censurata – che, come detto, possiede un campo di applicazione generalizzato (riferito a tutti i procedimenti amministrativi in tema di nuove iniziative produttive) e quindi idoneo a coinvolgere anche procedimenti destinati ad esplicarsi entro ámbiti di competenza regionale concorrente o residuale – conduce a ritenere fondati i dubbi di legittimità costituzionale, in ragione della assenza nel contesto dispositivo di una qualsiasi esplicitazione, sia dell'esigenza di assicurare l'esercizio unitario perseguito attraverso tali funzioni, sia della congruità, in termini di proporzionalità e ragionevolezza, di detta avocazione rispetto al fine voluto ed ai mezzi predisposti per raggiungerlo, sia della impossibilità che le funzioni amministrative de quibus possano essere adeguatamente svolte agli ordinari livelli inferiori. Né, d'altra parte, alle conseguenze derivanti dalla rilevata carenza dei presupposti sostanziali che, nella specie, giustifichino la chiamata in sussidiarietà delle funzioni amministrative de quibus, può sopperirsi evocando il richiamo, di per sé neutro, al «rispetto del principio di sussidiarietà e dell'art. 118 della Costituzione», contenuto nell'incipit del comma 2 del medesimo art. 43.

Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale del censurato art. 43 del decreto-legge n. 78 del 2010, come convertito, con modificazioni, dalla legge n. 122 del 2010, nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

6. – Resta, di conseguenza, assorbita l'ulteriore censura formulata in via subordinata dalla ricorrente avverso il comma 2 del menzionato art. 43 – per violazione degli artt. 117, terzo e quarto comma, e 118, primo comma, Cost. – in ragione della dedotta mancata previsione dell'ulteriore presupposto del coinvolgimento della Regione territorialmente interessata.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

riservata a separate pronunce la decisione delle altre questioni di legittimità costituzionale promosse dalla Regione Puglia con il ricorso iscritto al n. 107 del registro ricorsi 2010 indicato in epigrafe,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'articolo 43 del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78 (Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica), come convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nella parte in cui è destinata ad applicarsi anche ai procedimenti amministrativi che si svolgono entro l'ambito delle materie di competenza regionale concorrente e residuale.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 19 luglio 2011.

F.to: (…)

Normativa

A cura della D. ssa Federica Federici

Pubblicata la legge (L. 218/2011) sui termini di costituzione e comparizione

Dal 20 uno stop all'overruling[120]: l'opponente ha dieci giorni e non cinque per costituirsi in giudizio. Modifica all'art. 645 cod. proc. civ. dopo il revirement della Cassazione

A quasi un mese dalla sua approvazione definitiva, è giunta alla pubblicazione in Gazzetta ufficiale la L. dicembre 2011, n. 218 recante "Modifica dell'articolo 645 e interpretazione autentica dell'articolo 165 del c.p.c. in materia di opposizione al decreto ingiuntivo". Il provvedimento è stato pubblicato nella G.U. n. 4 del 5 gennaio 2012 ed entrerà in vigore il 20 gennaio.

Il provvedimento ha ridefinito i termini per le opposizioni a decreto ingiuntivo, ponendo così fine alle incertezze interpretative scaturite dall'*overruling* determinato dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 19426/2010 la quale, intervenendo sui termini di costituzione dell'opponente nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, aveva sovvertito l'orientamento giurisprudenziale fino ad allora dominante sull'art. 645, comma 2, cod. proc. civ.

Prima di tale pronuncia si sosteneva ed era prassi che la suddetta disposizione, che prevedeva la riduzione alla metà dei termini di comparizione, senza nulla prevedere in ordine ai termini di costituzione, dovesse essere interpretata nel senso di ritenere rimessa alla mera facoltà dell'opponente la scelta di assegnare all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello ordinario di cui all'art. 163*bis* cod. proc. civ. e che solo in caso di esercizio di tale facoltà i termini di costituzione subivano lo stesso dimezzamento.

Con la sentenza 19426/2010, la Cassazione ha invece stabilito che "non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 cod. proc. civ. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà".

Con tale pronuncia è stato dunque sancito il **dimezzamento automatico dei termini** di costituzione, sia per l'opponente che per l'opposto, per effetto della mera proposizione dell'opposizione, rendendo autonomo il dimezzamento dei suddetti termini dal caso in cui all'opposto fosse stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello ordinario. Il nuovo principio affermato ha ingenerato dubbi ed incertezze[121], soprattutto in ordine alle cause pendenti, apparendo gravemente lesiva delle garanzie giurisdizionali del giusto processo l'applicazione in danno delle parti di preclusioni e decadenze che non erano prospettabili al momento dell'instaurazione del giudizio e conseguenti ad un intervenuto mutamento giurisprudenziale (*overruling* appunto).

Tale legge composta da soli due articoli: il primo incide sulla disciplina generale del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo, **sopprimendo la previsione di cui al comma 2 dell'art. 645 cod. proc. civ.** relativa alla riduzione a metà dei termini di comparizione; il secondo reca una **norma interpretativa**

[120] *Overruling* sta per cambio delle regole in corso d'opera.

[121] Lo stesso principio stabilito dalla Cassazione è stato messo in discussione dalla Terza sezione penale della stessa Corte con l'ordinanza interlocutoria del 22 marzo 2011 n. 6514. Quest'ultimo Collegio ha ritenuto di non poter aderire alla suddetta interpretazione, anche alla luce dei principi sul giusto processo di cui all'art. 111 Cost., e che comunque il nuovo principio non potesse ritenersi applicabile ai giudizi svoltisi in data anteriore alla pubblicazione della sentenza 19246/2046.

applicabile ai procedimenti in corso che conferma l'orientamento consolidato della Cassazione precedente alla sentenza delle Sezioni Unite 19246/2010, prevedendo che per i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della legge, l'art. 165, comma 1, cod. proc. civ. debba essere interpretato nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, in caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello ordinario previsto dall'art. 163*bis*, comma 1, cod. proc. civ.

LEGGE 29 dicembre 2011, n. 218

Modifica dell'articolo 645 e interpretazione autentica dell'articolo 165 del codice di procedura civile in materia di opposizione al decreto ingiuntivo. (12G0002)- ***GU n. 4 del 5-1-2012 - testo in vigore dal: 20-1-2012***

La Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica hanno approvato;

IL PRESIDENTE DELLA REPUBBLICA

Promulga

la seguente legge:

Art. 1
Modifica all'articolo 645 del codice di procedura civile
1. Al secondo comma dell'articolo 645 del codice di procedura civile, le parole: «; ma i termini di comparizione sono ridotti a meta'» sono soppresse.

Art. 2
Disposizione transitoria
1. Nei procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, l'articolo 165, primo comma, del codice di procedura civile si interpreta nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'articolo 163-bis, primo comma, del medesimo codice.
La presente legge, munita del sigillo dello Stato, sara' inserita nella Raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana. E' fatto obbligo a chiunque spetti di osservarla e di farla osservare come legge dello Stato.
Data a Roma, addi' 29 dicembre 2011

Il caso

La tragedia di Novi Ligure, dieci anni dopo.

Considerazioni e riflessioni sul sistema penitenziario minorile.

A cura dell'Avv. Di Mattea Aurora Antonella

A distanza di dieci anni dal duplice omicidio, che ha segnato la storia della tranquilla cittadina in provincia di Alessandria, si torna ancora una volta a discutere e a riflettere sul caso, noto ai più, come "il caso di Erika e Omar". La collettività fa fatica a dimenticare questa drammatica vicenda di cronaca giudiziaria, che già allora ha sconvolto l'opinione pubblica. Nella sera del 21 febbraio, verso le ore 19:30 la sig. Susi Cassini ed il figlioletto Gianluca di 12 anni perdono la vita, a seguito delle numerose coltellate inferte da Erika, rispettivamente figlia e sorella, e dal suo fidanzato Omar. Una tragedia inspiegabile e assurda, di cui la collettività non ha fatto a meno di parlare e riflettere. Oggi Erika e Omar sono dei giovani adulti, le cui porte del carcere si sono da poco chiuse alle loro spalle. Nei mesi scorsi si è puntato il dito sulla facile scarcerazione e sulla mancanza ancora una volta di una pena esemplare, riaprendo un dibattito già nato all'epoca dei fatti sulla re-introduzione della pena dell'ergastolo per i minori. Invero ancora oggi l'omicidio che si consuma in un contesto familiare, come quello di Sarah Scazzi e di Melania Rea cattura l'attenzione dell'opinione pubblica, divenendo fonte sicura di ascolti televisivi. Ma diversamente da questi casi, l'omicidio di Novi Ligure, pur maturando sempre tra le mura domestiche, presenta due elementi peculiari, che scardinano il principio comune di minore e di donna come soggetto debole della società, restituendo un'immagine del minore capace di far esplodere una rabbia ed una violenza non prevedibile[122]. Una tragedia su cui si è detto di tutto e niente allo stesso tempo; nei talk show ci si è improvvisati opinionisti, periti, giuristi e criminologi, sostituendo l'aula di giustizia con gli studi televisivi. Con questa osservazione, non si vuole aprire alcuna querelle con il mondo dell'informazione, tutti anche per un solo istante non abbiamo fatto a meno di parlarne e discuterne. Erika e Omar come figli nostri, educati e cresciuti nel rispetto delle principali leggi morali, ma che sono incontrollabili e che per la prima volta scopriamo essere dei killer spietati. L'opinione pubblica, in quei giorni, continuava a ripetersi la stessa domanda : "come è potuto accadere e dove è stato l'errore", dove dei genitori modello come i signori De Nardo hanno sbagliato. Una madre apprensiva e presente, una figlia che fa il duro mestiere dell'adolescente che rifiuta i canoni educativi della madre, intraprendendo una relazione amorosa, non accettata. Un'apparente normalità su si è lungo aperto un dibattito sui giornali e nei salotti televisivi, senza però arrestarsi di fronte al volto del sig. De Nardo, che continuava a chiedere un po' di silenzio sul caso, e per questo rifiutare le interviste,negando il primo piano alla telecamera. Al contrario questa apparente normalità, come descritta dai media, ha demonizzato a lungo i due protagonisti della vicenda, ha forgiato e formato un'opinione comune giustizialista, che ha visto nella pena

[122] Gaia Beretta, Santo Di Nuovo, *Devianza femminile: tra responsabilità e sanzione. Il caso Novi Ligure attraverso i media*, in www.psicologiagiuridica.com.

detentiva l'unico strumento di intervento possibile per reprimere una condotta violenta di tali proporzioni. La restrizione in carcere, ha sempre trasmesso l'idea di offrire certezze alla società civile, perché applicando la misura detentiva più grave si isola il delinquente dalla collettività; in seno all'opinione comune ci si ostina a credere che lo stesso possa trovare la via della resipiscenza. Non è così. Sull'onda emotiva che questo caso di cronaca ha provocato, anche il legislatore ha recepito le istanze giustizialiste provenienti da una parte dell'opinione pubblica, portando avanti un progetto di riforma del processo minorile, rivedendo così gli arresti che la giurisprudenza di legittimità aveva faticosamente raggiunto, come la non applicabilità della misura dell'ergastolo[123]. Se è vero che il legislatore deve cogliere le esigenze delle collettività, per garantire il progresso, non si può stravolgere un sistema operativo concepito alla luce anche dei migliori sviluppi delle scienze pedagogiche e sociologiche, capovolgendo il rapporto tra l'astrazione normativa e il caso particolare. Senza ancora una volta addentrarsi nel processo in sé, e nelle dinamiche fattuali accertate, si considera l'omicidio di Novi Ligure come lente di ingrandimento per verificare le carenze del sistema normativo vigente, degli interventi normativi di cui necessita, dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico vigente e dal quale non si può prescindere. Il caso di Erika ha avuto il privilegio purtroppo di rimarcare le gravi carenze del sistema penitenziario minorile e con esso anche di sottolineare che gli imputati sono dei soggetti minorenni, e con una personalità in evoluzione, che sa maturare sentimenti contrapposti, odio- amore, in maniera forte senza misura, e pertanto chi si accosta al caso non può aprioristicamente ignorare che si tratta di due personalità non definite, che devono proseguire un processo di crescita e di recupero. Questa circostanza è punto fondamentale su cui si concentra l'attenzione del giudice di primo grado e di secondo grado. Nel corso del giudizio svoltosi dinanzi al gup per i minorenni di Torino, è stata disposta perizia psichiatrica nei confronti di Erika De Nardo, per accertare la capacità di intendere e di volere della ragazza. Il gup alla luce dei riscontri psichiatrici esclude la minorata capacità di intendere, ma al contempo, dispone che i servizi minorili d'intesa gli operatori dell'Ipm di Milano Beccaria supportino i ragazzi attraverso un intervento terapeutico, che stimoli la crescita ed un percorso rieducativo adeguato a fronte del disturbo della personalità. Di analogo contenuto è la sentenza di secondo grado che, nel confermare l'assunto motivazionale elaborato in primo grado, non sostituisce la misura di custodia cautelare in carcere con quella del collocamento in comunità, provvedendo che i servizi di supporto presso il carcere possano accrescere gli stimoli educativi e gli impegni lavorativi di Erika e Omar, proseguendo quel percorso di recupero già iniziato dall'ingresso in carcere. Si prende le distanze, con la perizia in atti, dall'incapacità di intendere e di volere, sviluppata lungo le due direttrici: la prima quella tipica della fase evolutiva ai sensi dell'art. 98 c.p., la secondo quella relativa alla infermità mentale. L'organo giudicante sia in primo grado sia in secondo grado comprende che l'omicidio non maturi a causa di una mancata evoluzione intellettiva e psichica del minore, ed ancora che non sia frutto di una persona affetta da infermità mentale, ma piuttosto che sia da collocare nelle dinamiche contorte di una relazione amorosa, di personalità non ancora ben definite ma che considerano l'omicidio come unica chance per affermare la loro relazione ed i loro interessi. Di fronte a dei soggetti minori e deboli il sistema giudiziario risponde con la pena detentiva rispettivamente 14 e 17 per Omar ed Erika. Per quanto l'opinione pubblica

[123] Gasperetti Marco, *Assassini in carcere anche se minorenni. Il ministro Castelli: no alla libertà vigilata,vanno puniti.* In www.archiviostorico.corriere.it

abbia ritenuta ingiusta la pena inflitta, sottolineandone la tenuità del trattamento sanzionatorio rispetto alla gravità dei fatti, non si può in questa sede che prendere le distanze da una tale riflessione. Anche se il legislatore ha invocato il ripristino della pena dell'ergastolo nel processo a carico di minorenni, sostenendo la inadeguatezza del sistema processuale e sanzionatorio minorile, si comprende come siffatto intervento, se adottato avrebbe avuto una incidenza per un verso pregiudizievole nei processi di recupero del minore per l'altro di natura epidermica, in quanto sotto questo aspetto il reingresso della pena detentiva più grave non si concilia con gli apporti epistemologici provenienti dalla sociologia e dalla psicologia dell'evoluzione. L'adolescenza è un momento delicato della crescita di una persona, in cui la rappresentazione di ciò che è illecito è ancora non definita così come la personalità individuale con le sue capacità di scelta e di responsabilità. Il ripristino della misura dell'ergastolo non è la panacea di tutte le carenze sistematiche, è ben altro lo sforzo legislativo che si chiede. La pronuncia n.168 con la quale la Corte Costituzionale nel 1994 ha pronunciato la illegittimità costituzionale degli artt 17 e 22 c.p. è stata salutata con favore dalla dottrina e dalla giurisprudenza come un traguardo interpretativo imprescindibile nell'ambito del trattamento sanzionatorio a carico del minorenne. L'ingresso di istituti premiali che consentono di alleggerire il quantum di pena, e con esso di attenuare la misura dell'ergastolo operandone un mero calcolo quantitativo, non giustifica la legittimità della pena dell'ergastolo a carico di minorenni. Chiave di volta del sistema penitenziario a carico dei minori è rappresentato dal principio costituzionale sancito dall'art. 31 Cost, che prevede la tutela dello Stato per la gioventù e l'infanzia, garantendone le modalità di sviluppo e di crescita. Fine ultimo a cui deve tendere l'ordinamento giuridico in materia di minori è l'educazione e la ri-educazione, come scoperta per il minore di conoscenza del mondo relazionale esterno, proponendo dei modelli sociali alternativi a quelli illeciti ed antisociali. La misura carceraria è l'extrema ratio, rappresenta l'ultima spiaggia, è una misura che nella maggioranza dei casi non garantisce un pieno recupero, ma al contrario, riporta il minore a percorrere la strada della criminalità. Se questo principio generico è altresì corollario del principio di minima offensività si evidenzia come il modello penitenziario minorile a sua volta debba essere declinato nel rispetto del minore come persona in fieri, e quindi bisognevole di un contesto normativo a tutela e sostegno delle istanze educative e di crescita. Tale riflessione stride sia con la proposizione di un modello normativo che ammetta l'ergastolo per i minori sia con il sistema penitenziario vigente che al di là di lieve differenze applicative è quello previsto per i condannati adulti. La disciplina penitenziaria minorile differisce da quella prevista per gli adulti solo per alcuni aspetti residuali: la diversa durata dei permessi premio (art. 30 ter l2°co l.354/75) i presupposti applicativi della detenzione domiciliare (art 47 ter 1°co lett. e l.354/75) e le modalità di concessione della liberazione condizionale. Diverse le censure sull'attuale sistema vigente provenienti dal mondo della dottrina e da quello giurisprudenziale. L'assenza di un intervento legislativo su tale versante evidenzia come il modello legislativo minorile sia ancora insufficiente. Marginali i punti di distacco tra il sistema penitenziario minorile e quello per gli adulti, ed inoltre non va sottaciuto che contributo di notevole spessore è stato fornito in tale senso dalla Corte Costituzionale [124]che da ultimo pur non riconoscendo la incostituzionalità dell'art. 4 bis commi 1 e 1 quater della l. 354/75 in relazione agli articoli 27 3°co e 31 2°co ha comunque

[124] Cfr. Ilenia Massa Pinto, *Principio di ragionevolezza e bilanciamento degli interessi tra attività legislativa ed attività giurisdizionale nella sentenza n. 109 del 1997*, "Giurisprudenza Italiana", 11 (1997), p. 494.

suggerito un'interpretazione costituzionalmente conforme . La questione di legittimità costituzionale posta dal Tribunale per i minorenni di Bologna, nella veste di Tribunale di Sorveglianza concerne i limiti applicativi posti dall'art. 4bis in relazione ai reati di cui agli art. 609 bis e ss, ma senza approfondire il tenore della questione sollevata, tanto da impedire alla Corte delle leggi di accertare l'illegittimità della norma. Talaltro la Corte nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione ha richiamato gli arresti finora raggiunti in materia di diritto penitenziario minorile [125]. Eppure non sono mancati dei progetti di riforma dei disegni legislativi che restituiscano identità peculiare alle fasi di esecuzione della pena a carico di minore, ma che fino ad oggi non hanno trovato spazio nelle attività parlamentari [126]. Da anni si invoca un atteso intervento legislativo, senza che sia approdato concretamente ad un'approvazione finale, in una paradossale analogia alla condizione in cui si trovano Vladimiro ed Estragone in Waiting For Godot, la giurisprudenza e la dottrina continuano ancora ad aspettare l'arrivo di Godot.

Alla luce delle considerazioni poste, si comprende come il percorso di Erika e Omar all'interno delle carceri è frutto di un modello legislativo carente. Per tali ragioni le critiche mosse dai media sulla facile scarcerazione sono spesso avventate e fondate su un'opinione pubblica che vede nel carcere e nell'ergastolo l'unica soluzione per reprimere le condotte illecite. Vi sono alcune tematiche di natura prettamente giuridica e non possono essere smorzate da opinioni generaliste e frutto di un senso comune di etico, che non può essere travasato in ambito giuridico.

[125] Corte Cost. ord. 111, 23 marzo 2011, in www.consultaonline.it

[126] Paolo De Martino, *Riflessioni su alcune proposte de iure condendo in tema di esecuzione penitenziaria minorile, p.3183* in *Cass. pen. f. 9, 2011 p.3183*.

Criminologia del nuovo millennio

Come si diventa criminologo

a cura della D.ssa Rosalia Manuela Longobardi

Il mestiere del Criminologo

La diffusione di questa scienza in Italia è piuttosto limitata rispetto al contesto internazionale: la figura del criminologo vero e proprio, infatti, comincia a "muoversi" solo negli ultimi tempi. La strada aperta verso la ricerca è però assolutamente minima. Le motivazioni sono sicuramente da rinvenire alla base, ovvero nella natura del nostro sistema giudiziario, che favorisce il momento inquisitorio rispetto a quello investigativo, lasciato meramente sullo sfondo. La nuova normativa (legge n. 397 del 7 dicembre 2000, in www.giustizia.it/cassazione/leggi/l397_00.html) consente oggi, tuttavia, maggiori margini per queste nuove figure professionali.

La legge prevede, infatti, che gli avvocati penalisti possano avvalersi nella difesa del loro assistito della collaborazione di investigatori privati, specialisti di criminologia, consulenti, con l'incarico di coadiuvare gli organi principali nella risoluzione del caso e nel raggiungimento della verità. Il criminologo effettua perizie psichiatriche, criminologiche, studia attraverso modalità statistiche e scientifiche l'agire umano in relazione ad un reato. In questo senso può avvalersi di: sondaggi, campionari, casi clinici, documenti e fonti conoscitive di diverso tipo, ricerche sociali e scientifiche.

Come mostra la prassi, sono sempre più frequenti le indagini affrontate con "tecniche alternative": la balistica, la genetica forense, la medicina legale, la tossicologia. Spesso vi è una confusione terminologica tra investigazione e criminalistica. Quest'ultima risponde ai quesiti "dove" e "come" è stato commesso un reato, mentre l'investigazione si occupa principalmente di stabilire chi lo ha compiuto.

Quale strada scegliere per intraprendere la "professione" del Criminologo?

Innanzitutto dobbiamo precisare che quella del criminologo non è una professione, bensì una specializzazione. Il criminologo in quanto tale non è né previsto né regolamentato dalla legge. Ciò implica che non ci sia una formazione ad hoc. Bisognerà frequentare master specifici, di I o II livello, al termine del ciclo di studi universitario. In passato questo "pass" era riservato esclusivamente a studenti di medicina (con specializzazione legale), giurisprudenza, sociologia e psicologia, oggi vi è una maggiore apertura in questo senso. Si è infatti aperta la strada anche a facoltà come scienze della comunicazione o della formazione. Parleremo quindi di un giurista criminologo, uno psicologo criminologo e così via.

Rifacendoci agli approcci tradizionali, potremmo indicare comunque due strade, a seconda dell'aspetto che più ci affascina:

- Facoltà di Scienza Politiche o Giurisprudenza per gli aspetti più giuridici ed un'analisi politico sociologica;

- Facoltà di Sociologia o Psicologia per l'aspetto più emotivo, psicodiagnostica e dunque più clinico.

L'importante è tener conto dei requisiti necessari che rendono l'uno più "idoneo" dell'altro verso questo cammino. Parliamo di un'indole fortemente incline alla curiosità, al desiderio di conoscenza, eclettica, un individuo che possegga notevoli capacità deduttive, nonché una buona dose di cultura ed empatia con gli altri. Esiste una facoltà denominata Scienza dell'investigazione, che prevede una preparazione psicologica di base notevole e che sembrerebbe aprire la strada a una vera e propria "carriera".

Il problema è che resta difficile trovare una collocazione una volta usciti da questo percorso di studi, non essendoci ancora una regolamentazione di questa figura professionale. E' importante che il criminologo acquisisca competenze necessarie a valutare le dinamiche criminali le problematiche individuali e il background ove il tutto si svolge.

In quali ambiti potrebbe operare:

- esperto nel Tribunale dei minori;

- membro non togato del Tribunale di Sorveglianza;

- nel carcere come esperto in materia di trattamento;

- perito, nominato dal giudice, nell'ambito di un processo che richiede la valutazione dell'imputabilità;

- esperto nella consulenza aziendale in termini di sicurezza;

- collaboratore con le forze dell'ordine, come ad esempio il c.d. profiler.

Il "criminal profiling" e la figura del "profiler"

In breve: si tratta del profilo del reo, non ancora identificato, attraverso le metodologie di base prese in considerazione dal criminologo, ovvero quelle statistico-scientifiche. Questo profilo cerca di individuare le caratteristiche del colpevole sotto il profilo sociologico, psicologico e criminologico per scoprire cosa si annida nei meandri di una mente criminale. Come agisce il criminale? Ci sono collegamenti tra diversi reati? A tutti questi interrogativi il profiler (che non trova alcuna applicazione nello scenario italiano) cerca di trovare una risposta. I profiler rappresentano un supporto considerevole per le indagini.

Oltre il mio nome – L'intervista

Intervista al Prof. Barresi

A cura della D.ssa Rosalia Manuela Longobardi

Chi è il Prof. F. Barresi:

FRANCESCO BARRESI già docente di Sociologia della devianza e di Sociologia della Sicurezza Sociale presso l'Università di Roma "S. Pio V", coordina il Master di I livello in "Scienze Criminologiche, Investigative e della Sicurezza" presso l'Università di Roma "UNISU". Dal 1997 collabora con i maggiori Sindacati della Polizia di Stato (*RDP – Rappresentanza Democratica di Polizia* in primis), per i quali ha ideato e diretto i Corsi di Criminologia e Security tenuti presso la Questura di Roma. Insegna e collabora presso l'insegnamento di Psicopatologia Forense dell'Università di Roma "La Sapienza" e insegna Sociologia nel Corso di Laurea in Mediazione Linguistica presso la "Gregorio VII" di Roma. E' esperto di aggregativi criminosi ed ha scritto diversi articoli in materia di serial killer, sette sataniche, terrorismo e criminalità organizzata. Ha pubblicato *Mafia ed economia criminale* (Edup, 1999), *Sette religiose criminali* (Edup, 2000), *Folla, follia, tumulti* (Iris 4, 2004), *Piromania criminale* (Edup, 2005), *Criminologia e devianza* (Iris 4, 2007), *Il martirio* (E@Learning, 2008).

Cosa la incuriosisce del fenomeno Satanismo?

Del Satanismo, ciò che mi ha sempre incuriosito e spinto ad analizzarlo, è la dedizione da parte di un soggetto ad un culto le cui finalità fossero il perseguimento del Male, la sua fede in un sistema di credenze che vede le gesta dell'adepto dirette adattività e pratiche malevoli.

Come in tutto occorre fare chiarezza: alla luce dei suoi studi e dell'esperienza maturata sul campo in tutti questi anni, come definisce il fenomeno del Satanismo in Italia?

Il Satanismo l'ho sempre definito come una religione tout court, un normale sistema di credenze alternativo a quelli istituzionali, quali il Cristianesimo, l'Induismo e via discorrendo e come tale deve essere studiato.

Quali sono i tratti caratterizzanti che tale fenomeno riveste in Italia? Inoltre esiste un diverso Satanismo nelle regioni italiane o in vaste aeree del paese e in cosa di diversifica ed origina?

Innanzitutto, in Italia, il fenomeno satanista deve essere grandemente ridimensionato. Non esistono i numeri che spesse volte vengono urlati da sedicenti associazioni che pur di mantenere i propri fondi derivanti da Regioni o Comuni, sono disposti a gonfiare a dismisura le statistiche o le presunte telefonate di aiuto ricevute. E' un fenomeno riconducibile ad un underground culturale, assai poco diffuso e di norma spontaneo, di tipo giovanile. Di fatto, la fenomenologia ha un eziologia comune in tutte le regioni, per cui essa sfugge al campanilismo, mentre le attività e i rituali, spesso desunti da una letteratura comune, sono condivisibili in tutte le aree geografiche del nostro Paese. Oltre alla letteratura comune, cioè il milieu culturale antagonista, ad originare il fenomeno è

sicuramente un disagio interiore maturato dallo sconforto nei confronti delle istituzioni sociali primarie, quali famiglia e scuola, sempre meno presenti e attente ai segnali di aiuto giovanile, e soprattutto verso il sistema valoriale che tali agenzie di socializzazione rappresentano. Il Satanismo, quindi, nei giovani rappresenta un momento di ribellione e contestazione, specie nei confronti della propria famiglia.

Esiste in Italia molta confusione su cosa è in realtà il fenomeno del Satanismo, infatti molti confondono o peggio unificano fenomeni e fatti anche a volte penalmente rilevanti con esso, penso al caso delle Bestie di Satana dove i fatti che si sono verificati non hanno nulla a che vedere con il Satanismo reale: si trova d'accordo?

Si. Come già detto, il Satanismo è e deve essere inteso come una religione. Normalmente, attività rituali e pratiche liturgiche di tipologia satanica, possono indurre un soggetto ad atti contra legem, anche se non necessariamente. Difatti ci si può limitare "ad augurare la morte" di un eventuale avversario o vittima sacrificale, senza commettere alcun delitto. Altro discorso è quello inerente gli omicidi maturati in seno al gruppo musicale denominato "Bestie di Satana" e badi bene, ho detto gruppo musicale, non setta, così come riportato dagli organi di stampa. Sebbene fosse un gruppo "satanista", cioè di Black Metal estremo, con canzoni contenenti chiari testi inneggianti questo o quel demone, le uccisioni perpetrate dagli appartenenti al gruppo, non sono difatti maturate in contesti liturgici o pratiche religiose, bensì in seno a dissidi interni e controversie anche di tipo sessuale o sentimentale.

Sul versante estero il fenomeno satanismo è più intenso? Quali sono i fenomeni e i fatti di cronaca che si registrano, e dove?

Anche nel resto del mondo, contrariamente a quanto si legge su molti testi, i delitti satanici sono in misura alquanto esigua, se non addirittura inesistenti. Calcoli che la bassa quantità di dati concernente gli omicidi satanici, ha indotto l'FBI a eliminare dal CCM (Crime Classification Manual, il manuale dell'FBI sulla classificazione e investigazione dei crimini violenti) l'omicidio rituale di tipo satanico. Anche le uccisioni in Norvegia, riconducibili al "Black Metal Inner Circle" (pseudo gruppo satanico fondato da Euronymous, leader del gruppo musicale Mayhem, che lo formò come vera e propria organizzazione criminale di matrice anti cristiana, di cui fecero parte vari musicisti della scena black metal scandinava) maturarono per "divergenze" di opinione tra i vari adepti e leaders, piuttosto che durante messe nere o quant'altro riconducibile a pratiche rituali sataniche.

In Italia sicuramente l'attenzione a tale fenomeno è scarsa, salvo che non sia portato dalle cronache giudiziarie. E' realmente un fenomeno che non interessa il nostro paese o c'è dell'altro? E se realmente ha una qualche importanza, come ritiene la preparazione delle nostre forze operative al riguardo?

Diciamo che è un argomento dormiente, pronto ad essere "impugnato" dai media quando serve ad aumentare la tiratura dei giornali. Così come spesse volte l'AG (Autorità Giudiziaria) inizia a sentire "puzza di zolfo" quando il delitto di turno è molto cruento oppure non si sa bene quale ipotesi investigativa intraprendere. Chiara è la totale mancanza di preparazione in tali tematiche delle Forze dell'Ordine. Basti pensare che con circolare del novembre 2006 il Dipartimento della Polizia di Stato, con scelta quanto meno azzardata, istituisce la SAS – Squadra Anti Sette, addirittura facendosi coadiuvare da un Associazione Culturale denominata "Comunità Papa Giovanni XXII". Come Dirigente dell'RDP - Sindacato di Polizia, trovo assai discutibile che un'Istituzione come la Polizia di Stato debba servirsi di associazioni culturali civili per farsi aiutare nel proprio compito istituzionale della lotta al crimine. Bene avrebbe fatto a effettuare una oculata selezione e gestione delle risorse umane all'interno del proprio personale, piuttosto che affidarsi ad enti esterni, per giunta di parte e quindi assai poco avalutativi ed obbiettivi, nella ricerca della verità.

Scavando nel passato tra i fatti che si legano al mondo delle sette e in particolare alle sette sataniche c'è il famoso caso del "Mostro di Firenze", di cui ricorderà sicuramente le mutilazioni delle giovani vittime e in particolare delle donne: con la sua esperienza e con la serenità di giudizio a posteriori, che deve caratterizzare una valutazione di qualsiasi fenomeno criminale, qual è il suo punto di vista su tale faccenda?

Mi occupai del caso Mostro di Firenze nel lontano 1998, quando iniziai a collaborare con la cattedra di Psicopatologia Forense e Criminologia della "Sapienza" del Prof. Francesco Bruno, già consulente della difesa di Pietro Pacciani, l'indiziato n.1 per la Procura di Firenze. Occupandomi di sette sataniche, portai avanti, così come oggi, la tesi della completa estraneità di culti o adepti satanici dediti a delitti rituali. Nel caso di specie, trattasi si di delitti rituali, ma non di tipologia satanica, anche perché l'aspetto necromanico lo escluderebbe. La fase totemica, difatti, non è funzionale ai riti satanici. Nel satanismo, il feticcio o reliquia umana non apporta alcuna utilità o favore nei rituali a posteriori, neanche come "ingrediente" per eventuali fantomatiche pozioni. La fase escissoria di parti umane, invece, con conseguente asportazione delle stesse, è bagaglio psichico dell'assassino seriale, che utilizzerà nei momenti successivi al delitto per poterlo rivivere nella sicurezza della propria dimora. Anche qui, gli inquirenti, hanno "iniziato" a sentire odor di zolfo, nel tentativo un po' maldestro di indirizzare le indagini verso la c.d. "pista satanica", ma purtroppo, in modo induttivo, ma non deduttivo, cioè tentando di ricreare a tavolino indizi di colpevolezza sui malcapitati di turno, i famosi "compagni di merende".

Nota della Redazione: nel numero di marzo la rivista dedicherà alcune trattazioni e approfondimenti giuridici al fenomeno del Satanismo.

Le frontiere della mediazione

L'ACCERTAMENTO DELLA RESPONSABILITÀ MEDICA NEL NUOVO SISTEMA CONCILIATIVO

Carlo Pilia - Ernesto d'Aloja

SOMMARIO: 1. Il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio civile. - 2. Gli organismi di mediazione accreditati: indipendenza e professio-nalità. - 3. L'articolazione interna e i collegamenti degli organismi di mediazione. - 4. La mediazione nella responsabilità medica.

1. *Il tentativo di conciliazione prima dell'avvio del giudizio civile.* – Tra le più significative novità introdotte dalla recente riforma del processo civile (legge n. 69/2009)[1], si segnala quella che im-pone a chi intende esercitare in giudizio un'azione a tutela dei diritti disponibili in numerose materie civili e commerciali di esperire prima la procedura di mediazione finalizzata alla conci-liazione davanti ad uno degli organismi all'uopo costituiti da enti pubblici o privati ed iscritti nell'apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia (art. 60)[2]. L'esperimento del procedi-mento di mediazione, in particolare, costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale (art. 5, decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28), che risponde a finalità deflattive del contenzioso e di facilitazione dell'accesso alla giustizia[3]. L'esperimento del procedimento mediazione (c.d. mediazione obbligatoria), più precisamente, è normativamente prescritto nelle seguenti materie: condominio, diritti reali, divisione, suc-cessioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, con-tratti assicurativi, bancari e finanziari[4]. Fuori dalle richiamate materie, inoltre, nei contratti, negli statuti o negli atti costitutivi degli enti possono essere convenzionalmente inserite clausole di mediazione o conciliazione con le quali si assume il vincolo ne-goziale ad esperire il tentativo di conciliazione davanti ad un or-ganismo accreditato prima di promuovere la lite giudiziaria (c.d. mediazione volontaria)[5]. Ancora, il procedimento di mediazione può trovare applicazione non solo per le nuove liti, ma anche per quelle già pendenti in sede giudiziaria. Per esse, infatti, il giudice, anche in fase d'appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione (c.d. mediazione demandata dal giudice).

1. Legge 18 giugno 2009 n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile.

2. Art. 60 (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali), con il quale il Parlamento ha delega-to il Governo ad adottare, nei sei mesi dall'entrata in vigore della legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale, fissando i principi e i criteri direttivi indicati al comma 3: in argomento v., in particolare, F.P. LUISO, *La delega in materia di mediazione e conciliazione,* in *Riv. dir. proc.,* 2009, 1258 ss. La delega è stata attuata con il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, al quale ha fatto seguito il de-creto del Ministro della giustizia n. 180 del 18 ottobre 2010 contenente la normativa regolamentare attuativa.

3.Tra i primi commenti dedicati alla riforma sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali (D.lgs. n. 28/2010) si segnalano i seguenti contributi, ai quali si rimanda in relazione ai singoli argomenti trattati: G. ARMONE, *La mediazione civile: il procedimento, la com-petenza, la proposta,* in *Società,* 2010, 626 ss.; M. BOVE, *La riforma in materia di conciliazione tra delega e decreto legislativo,* in *Riv. dir. proc.,* 2010, 343 ss.; G. CANALE, *Il decreto legislativo in materia di mediazione, ivi,* 616 ss.; U. CARNEVALI, *La nuova mediazione civile,* in *Contratti,* 2010, 437 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Lo schema di decreto legislativo in materia di mediazione e concilia-zione, ivi,* 209 ss.; L. DITTRICH, *Il procedimento di mediazione nel d.lgs. n. 28 del 4 marzo 2010,* in *Riv. dir. proc.,* 2010, 575 ss.; R. MASONI, *Le controversie suscettibili di mediazione civile ai sensi del d.lgs. n. 28 del 2010 (e quelle escluse),* in *Giur. merito,* 2010, 2156 ss.; G. MARZOCCHI, *Il nuovo procedimen-to di mediazione,* in *Imm. propr.,* 2010, 309 ss.; F. MURINO, *Prime considera-zioni sulla mediazione nel sistema della tutela dei diritti,* in *Corr. merito,* 2010, 593 ss.; I. PAGNI, *Mediazione e processo nelle controversie civili e com-merciali: risoluzione negoziale delle liti e tutela giudiziale dei diritti,* in *Socie-tà,* 2010, 619 ss.; P. PORRECA, *La mediazione e il processo civile: complemen-tarietà e coordinamento, ivi,* 631 ss.

4.Art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010
5.Art. 5, comma 4, D.lgs. n. 28/2010

L'utilizzo della mediazione è favorito anche attraverso la pre-visione di una pluralità di misure incentivanti, anche sul piano fiscale[6], che segnalano la crescente utilità, se non la necessità, della diffusione dei meccanismi stragiudiziali di risoluzione delle controversie nella moderna società.

La mediazione, infatti, non soddisfa solo esigenze private riferibili alle parti in contesa, ma realizza altresì finalità di rango pubblicistico aventi carattere ge-nerale, che sono legate alla necessità di supportare lo sviluppo e la competitività dell'ordinamento italiano per garantire l'effettività della tutela delle situazioni soggettive, per tanti versi, solo no-minalmente riconosciute nelle varie discipline civilistiche. In questo senso, la nuova normativa organica sulla mediazione as-sume una valenza generale che travalica la dimensione naziona-le per aprirsi a scenari e prospettive europee e internazionali, rispetto alle quali l'ordinamento italiano è costretto ad aprirsi ed adeguarsi per rispondere alle esigenze sollecitate dalla globalizzazione dei rapporti giuridici nella società moderna.

2. *Gli organismi di mediazione accreditati: indipendenza e profes-sionalità.* – La mediazione, come accennato, non si svolge davanti all'Autorità giudiziaria, ma è affidata ad appositi organismi profes-sionali e indipendenti, stabilmente destinati all'erogazione del ser-vizio di conciliazione[7], costituiti da enti pubblici o privati che diano garanzie di serietà ed efficienza, nel rispetto dei criteri e dei requisiti specificati nel D.lgs. n. 28/2010[8] e nel d.m. n. 180/2010[9].
In questa cornice giuridica, peraltro, accanto alle regole più generali riferibili a tutti gli organismi di conciliazione-mediazione, la riforma ha dedicato specifiche disposizioni per la costituzione semplificata di alcuni organismi qualificati.
Segnatamente, quelli più risalenti istituiti presso le camere di commercio[10] e quelli in prima linea costituiti dai consigli degli ordini degli avvocati presso i Tribunali[11], che sono iscritti di diritto nel registro ministeriale e hanno una competenza generale per tutte le controversie civili e commerciali, a differenza degli organismi di conciliazione, pari-menti rilevanti, ma costituiti dai consigli di altri ordini professionali e che possono conoscere solamente delle controversie in particolari materie[12].

In ogni caso, per tutti gli organismi di mediazione-conciliazione e, comunque, per tutte le controversie civili e commerciali, si pone il problema delle conoscenze giuridiche e tecniche e delle competenze specialistiche occorrenti per svolgere correttamente la procedura di mediazione nel rispetto delle nor-mative vigenti.
Ciò assume particolare rilievo con riferimento alla formulazione di una proposta di conciliazione da sottoporre alle parti[13] nonché al compimento degli accertamenti che risultino op-portuni per favorire la bonaria composizione della vertenza.

Sul piano strettamente giuridico, l'accordo conciliativo rag-giunto dalle parti davanti al mediatore, che lo recepisce in appo-sito processo verbale, per essere omologato dal presidente del tribunale ai fini dell'esecutività del relativo titolo, deve superare un vaglio di tipo sia formale, di rispetto di regolarità formale e procedurale, sia sostanziale, di non contrarietà all'ordine pubbli-co o a norme imperative[14].

6.Art. 17 D.lgs. n. 28/2010
7 Art. 60, comma 3, lett. b), legge n. 69/2009
8 Artt. 16-19, costituenti il Capo III (Organismi di mediazione), D.lgs. n. 28/ 2010
9 Artt. 3-16, costituenti i Capi II (Registro degli organismi), III (Servizio di me-diazione e prestazione del mediatore) e IV (Indennità), D.lgs. n. 180/2010
10 Art. 60, comma 3, lett. c), legge n. 69/2009 e art. 19, comma 2, D.lgs. n. 28/2010
11 Art. 60, comma 3, lett. e), legge n. 69/2009 e art. 18 D.lgs. n. 28/2010
12 Art. 60, comma 3, lett. g), legge n. 69/2009 e art. 19, comma 1, D.lgs. n. 28/2010
13 Art. 11 D.lgs. n. 28/2010
14 Art. 12 D.lgs. n. 28/2010

Il problema legato alla legittimità e correttezza della mediazione non è di facile soluzione se si considera che per svolgere l'attività di mediatore non occorre una professionalità giuridica particolarmente elevata.
Malgrado le sollecitazioni in tal senso provenienti dal mondo forense, la normativa di attuazione ha fis-sato il requisito minimo del possesso di un titolo di studio non inferiore alla laurea triennale, non necessariamente conseguita in campo giuridico e non necessariamente afferente ad insegnamenti del diritto, ovvero, in alternativa, l'iscrizione ad un ordine o collegio professionale, anche essi non necessariamente ineren-ti alle attività giuridiche[15]. Invero, non pare fugare i dubbi sulla professionalità giuridica del mediatore la prescrizione[16] dell'ulteriore requisito del pos-sesso di una specifica formazione, della durata di cinquanta ore[17], e di uno specifico aggiornamento almeno biennale, della durata di diciotto ore[18], acquisiti presso gli enti di formazione dei mediatori[19].

Siffatti percorsi, perlatro, appaiono non del tutto adeguati alla preparazione giuridica dei mediatori allorquando essi siano del tutto privi di una pregressa formazione ed espe-rienza legata alla dimensione privatistica del diritto in generale, nonchè alle specifiche materie civili e commerciali da trattare.

Con riferimento alle conoscenze specialistiche e alle competen-ze tecniche, inoltre, si prevede che, per le controversie in particolari materie, soprattutto quelle di significativo valore economico, di notevole complessità e difficoltà, ovvero per quelle vertenti su materie specialistiche e molto tecniche, il mediatore abbia facoltà di avva-lersi di esperti, iscritti nell'albo dei consulenti e dei periti dei tribu-nali[20]. Sul punto, tuttavia, non è facile garantire l'adeguata compe-tenza e professionalità richiesta per la migliore trattazione delle controversie civili e commerciali a fronte del sistema indennitario dei compensi tabellari fissati tanto per i mediatori, quanto per gli esperti di cui ci si avvalga nello svolgimento della procedura[21].

L'importanza e la delicatezza delle questioni legate alla garanzia dell'indipendenza, della professionalità, oltre che della riservatezza, dell'attività di mediazione è dimostrata, più di ogni altro elemento, dall'imposizione normativa a carico di ciascun organismo di conciliazione del possesso di una polizza assicurativa di importo non inferiore a cinquecentomila euro per la responsabilità civile a qualunque titolo derivante proprio dallo svolgimento dell'attività di mediazione[22]. Le risposte a tali diffi-coltà, tuttavia, devono ricercarsi sul piano organizzativo e del funzionamento dei singoli organismi di conciliazione, da valutare sia al loro interno e sia nei collegamenti e nei rapporti esterni.

---

15 Art. 4, comma 3, lett. a), d.m. n. 180/2010

16 Art. 4, comma 3, lett. b), d.m. n. 180/2010

17 Il percorso formativo è delineato dall'art. 18, comma 2, lett. f), d.m. n. 180/2010

18 Il percorso di aggiornamento è indicato all'art. 18, comma 2, lett. g), d.m. n. 180/2010

19 Artt. 17-19, costituenti il Capo IV (Enti di formazione e formatori), d.m. n. 180/2010

20 Art. 60, comma 3, lett. l), legge n. 69/2010.

21 In proposito, v. l'art. 16 (Criteri di determinazione dell'indennità) del d.m. n. 180/2010 e l'allegata Tabella A contenente gli importi applicabili agli or-ganismi di mediazione costituiti dagli enti pubblici

22 Art. 4, comma 2, lett. b), d.m. n. 180/2010

3. *L'articolazione interna e i collegamenti degli organismi di me-diazione.* – Con riferimento alla classificazione degli organismi abilitati allo svolgimento della mediazione, nel registro ministe-riale risultano espressamente annotate, accanto alla suddivisione legata alla natura pubblica o privata dell'ente, l'articolazione te-matica relativa agli elenchi dei mediatori esperti nella materia in-ternazionale e nella materia dei rapporti di consumo[23]. L'ampiezza e l'indeterminatezza delle materie e, comunque, la pre-senza di profili di interdisciplinarietà in numerose controversie, lasciano intendere che l'annotazione in questione (presente nel registro pubblico degli organismi, accessibile al pubblico)[24] non sia un elemento decisivo ai fini della valutazione della professio-nalità nello svolgimento dell'attività di mediazione.

Più significative, invece, sono altre distinzioni relative sia alla competenza e all'articolazione per sezioni tematiche degli organismi di conciliazione abilitati, sia alle regole interne di selezio-ne e designazione del mediatore, in composizione individuale o collegiale, nonché all'assistenza tecnica del mediatore nelle sin-gole procedure. Quanto al primo profilo, agli organismi di mediazione aventi una competenza generale a conoscere tutte le controversie civili e commerciali, quali sono quelli istituiti dalle camere di com-mercio e dai consigli degli ordini degli avvocati presso i Tribunali, si contrappongono tendenzialmente quelli aventi una compe-tenza specifica in singole materie. Il riferimento è agli organismi istituiti dai consigli degli altri ordini professionali, che possono trattare le controversie relative alle materie di loro competenza, ovvero agli altri organismi che interverranno sulle materie per le quali, in sede di costituzione e registrazione presso l'elenco mi-nisteriale, dimostrino di possedere professionalità ed efficienza, oltre che indipendenza[25].

Il problema della professionalità, quindi, si risolve nella valutazione della articolazione e composizione degli organismi A tal fine, la normativa recepisce la tendenza più ampia e ge-nerale all'articolazione e alla specializzazione settoriale della formazione, dell'attività legata al diritto e, quindi, degli organi-smi e delle professioni in campo giuridico, così come è ampia-mente accaduto negli stessi uffici giudiziari in campo civile e commerciale, oltre che della professione forense. In tal senso, è previsto che con il regolamento organizzativo dell'organismo di mediazione siano chiaramente definite le materie di competenza trattate, nonché un'articolazione per sezioni tematiche, con elenchi di mediatori suddivisi per specializzazioni in materie giuridiche[26]. In questo senso, a seguito della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo dovreb-be individuare la sezione tematica e il mediatore maggiormente in grado di assicurare l'adeguata trattazione della vertenza. In particolare, la controversia può essere affidata ad un mediatore singolo ovvero ad un collegio e, per le controversie che richiedo-no specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari[27]. In alternativa alla designazione di un collegio di mediatori, che costituisce la soluzione preferibile, è previsto che il singolo possa avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali[28].

Sul piano dei costi, peraltro, si osservi come il sistema tariffario dei compensi, tra i criteri di determinazione dell'indennità a carico delle parti della procedura, disponga che le spese di me-diazione comprendono anche l'onorario del mediatore per l'in-tero procedimento di mediazione, precisando che tale importo è indipendente dal numero di incontri svolti e che le spese riman-gono fisse tanto nel caso di mutamento del mediatore, quanto nei casi di nomina di un collegio di mediatori, di nomina di uno o più mediatori ausiliari ovvero di un diverso mediatore per la formulazione della proposta conciliativa[29]. L'importo fisso delle spese e degli onorari, quindi, porterà gli organismi di mediazione a preferire, nei regolamenti e nelle designazioni, la soluzione organizzativa interna della

---

[23] Art. 3, comma 3, d.m. n. 180/2010
[24] Art. 3, comma 6, d.m. n. 180/2010
[25] Art. 4, comma 2, d.m. n. 180/2010 e art. 16, comma 1, D.lgs. n. 28/2010. [26] Art. 7, comma 2, lett. d), d.m. n. 180/2010
[27] Art. 8, comma 1, D.lgs. n. 28/2010
[28] Art. 8, comma 4, D.lgs. n. 28/2010
[29] Art. 16, comma 10, d.m. n. 180/2010

nomina del mediatore-tecnico, ossia di un mediatore esperto che abbia anche le conoscenze specialistiche e tecniche per affrontare adeguatamente la vertenza. In tal senso, com'è evidente, spinge un'esigenza di contenimento dei costi e, comunque, dei tempi di svolgimento della procedura, che si deve concludere nel termine massimo di quattro mesi[30]. In proposito, quanto all'ammontare dell'indennità spettante all'organismo, si osserva pure come l'importo tabellare fissato per scaglioni di valore è suscettibile di essere ampliato in misura non superiore ad un quinto tenendo conto della particolare impor-tanza, complessità o difficoltà dell'affare. La durata massima del procedimento, tuttavia, è rigida e neppure in questi casi può superare i quattro mesi; ragion per cui si richiedono adeguate solu-zioni da parte dell'organismo di mediazione.
Per ovviare alle eventuali difficoltà organizzative e di funzionamento legate alla trattazione di particolari materie, infine, la normativa prevede che gli organismi di mediazione possano costituirsi anche in forma associata, per esempio all'interno del si-stema delle camere di commercio o dei consigli degli ordini professionali[31], in tal modo variamente integrando e ripartendo le loro competenze in ragione delle professionalità di cui ciascuno dispone. Accanto all'associazione stabile tra organismi, peraltro, la normativa ipotizza pure la possibilità di stipulare appositi ac-cordi per avvalersi delle strutture, del personale e dei mediatori di altri organismi relativi alla trattazione di determinate tipologie di controversie ovvero di singoli affari di mediazione[32]. Siffatte opzioni permettono all'organismo abilitato di far fronte comunque all'obbligo di trattare in maniera adeguata, ossia imparziale, professionale, riservata e tempestiva, le domande di mediazione che gli sono rivolte e alle quali, tendenzialmente, non può sottrarsi[33]. Le eventuali difficoltà interne, infatti, posso-no essere superate mediante la previsione e l'applicazione dei ri-chiamati meccanismi di gestione della mediazione. L'associazione e la collaborazione tra organismi, così costituiti in rete, permette di ovviare alle difficoltà legate alla trattazione di talune particolari materie specialistiche o tecniche, ovvero di garantire un servizio conciliativo adeguato nei casi in cui esso non possa essere occasionalmente svolto all'interno del singolo organismo. La collaborazione, tra l'altro, potrebbe essere stretta degli organi-smi al fine di realizzare una rete per aree geografiche e per aree tematiche.

4. *L'accertamento in materia di danni derivanti da responsabilità medica*. – Nell'ambito delle materie civili sottoposte alla media-zione obbligatoria, come accennato, nell'area della responsabili-tà civile, è stata inserita l'azione di risarcimento del danno deri-vante da responsabilità medica[34].
La scelta normativa vorrebbe attenuare la conflittualità acce-sa ed esasperata che caratterizza questo tipo di contenzioso e, in particolare, favorire il recupero in termini fisiologici del rapporto medico-paziente. Sono noti gli effetti devastanti che gli episodi di malasanità comportano sia per le parti contraenti e sia per l'intero sistema, colpito da una crescente diffidenza se non aggressività verso i medici e le stesse istituzioni sanitarie. I riflessi negativi di siffatti episodi, specie di quelli più eclatanti denunciati dalla cronaca quotidiana, si colgono nelle condotte auto-protettive dei medici riconducibili alla c.d. medicina difensiva, che comportano un incremento esponenziale dei costi del sistema sanitario per dover sostenere numerosi accertamenti diagno-stici, non necessari ai fini del trattamento del paziente, ma giustificati unicamente in chiave di assillante precostituzione di una prova documentale che il sanitario possa invocare a proprio di-scapito qualora venga trascinato in giudizio.

.
[30] Art. 60, comma 3, lett. g), legge n. 69/2009 e art. 6 D.lgs. n. 28/2010
[31] Art. 4, comma 4, d.m. n. 180/2010
[32] Art. 7, comma 2, lett. c), d.m. n. 180/2010
[33] Art. 9, comma 1, d.m. n. 180/29010.
[34] Art. 5, comma 1, D.lgs. n. 28/2010

L'assoggettamento della responsabilità medica alla mediazio-ne obbligatoria, tuttavia, pone numerosi problemi organizzativi e di concreta gestione delle controversie all'interno del delineato sistema della mediazione. Le peculiarità della materia e del con-tenzioso tra i pazienti e i medici, infatti, impongono misure adeguate, che la flessibilità del sistema permette di adottare.

Senza poter approfondire le complesse problematiche, in ter-mini generali e schematici, si segnala la complessità delle controversie in materia di responsabilità medica, solitamente invol-genti profili non solo civilistici, ma anche penalistici di tutela, per affrontare i quali sono costituite delle apposite unità (se non sezioni) all'interno degli uffici giudiziari. In ogni caso, la gestio-ne del contenzioso è in gran parte affidata alla valutazione dei periti, che accertano la sussistenza dei vari presupposti integranti la responsabilità medica. A tal proposito, la continua evoluzione della disciplina in materia, in gran parte affidata al formante giurisprudenziale, ha comportato un ampliamento dell'area delle fattispecie illecite rilevanti e, quindi, dei danni risarcibili.

Nell'attuale sistema di erogazione delle prestazioni sanitarie, per un verso, assumono rilievo plurime condotte e posizioni, ri-feribili ai diversi soggetti ed enti a vario titolo coinvolti nell'attivi-tà e tutti solidalmente avvinti dal vincolo della solidarietà nel risarcimento dei danni alla vittima. Accanto alla condotta del medico, in particolare, assumono rilievo quelle dei colleghi, degli altri professionisti della salute e, comunque, di tutti gli ausiliari coinvolti nella prestazione sanitaria che viene svolta ed organiz-zata all'interno di complesse strutture e organizzazioni pubbli-che o private, che solitamente hanno plurime coperture assicura-tive dei relativi rischi. La tendenza all'oggettivazione della re-sponsabilità medica, peraltro, non esclude affatto la necessità di valutare la colpevolezza, la rilevanza causale e l'entità dei danni imputabili a ciascuno dei vari soggetti, quantomeno ai fini di una ripartizione interna dell'ammontare dei danni e, comunque, per l'attivazione dei vari meccanismi protettivi indiretti verso l'esterno (regresso, rivalsa, manleva, etc.). Quanto ai danni risarcibili, inoltre, la responsabilità medica (meglio denominata "sanitaria" per le ragioni richiamate) ha conosciuto un'estensione della na-tura ed entità dei pregiudizi, patrimoniali e non patrimoniali, diretti ed indiretti di cui la vittima può chiedere il ristoro. Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, è oramai un dato acquisito che il risarcimento del danno non è riferibile unicamente al paziente, ma si estende spesso anche ai familiari (coniuge, genitori, figli, etc.) e, comunque, a tutti coloro che risentono di un pregiu-dizio personale o patrimoniale significativo tra quanti sono legati al paziente da una stabile relazione affettiva (conviventi).

Nelle controversie della responsabilità medica, infine, l'ausi-lio di un perito tecnico in grado di svolgere l'accertamento medi-co legale della complessa vicenda è strumento indispensabile per supportare (C.T.U.) la decisione del giudice e per l'assistenza (C.T.P.) delle parti a vario titolo coinvolte. A tal fine, per la tem-pestività ed incisività della procedura di mediazione, sarebbe opportuno che le parti accompagnino l'illustrazione delle rispettive posizioni mediante una prospettazione tecnica delle rispetti-ve ragioni.

Nella procedura di mediazione, con riferimento all'azione dei risarcimento dei danni per responsabilità medica, in particolare, l'organismo abilitato deve riuscire a garantire la professionalità della trattazione nel rispetto del termine massimo di quattro mesi. A tal fine, la scelta della vittima si rivolgerà verso gli organismi aventi competenza in materia, che dispongano al proprio interno, ovvero all'esterno in associazione mediante convenzione, di me-diatori professionali e degli eventuali ausiliari da utilizzare nella procedura di mediazione. In questa cornice, quindi, sarebbe meglio prevedere un organismo dedicato, collegato in rete con gli altri organismi generali (delle camere di commercio e dei consigli dell'ordine degli avvocati presso i tribunali), che garantiscano la gestione corretta e tempestiva delle procedure.

Il responsabile dell'organismo, a seconda dei casi, dovrebbe designare un mediatore esperto della materia che operi singolar-mente o all'interno di un collegio i mediatori, ovvero far assistere il mediatore da un esperto che svolga le funzioni di C.T.U. La diversa natura e complessità della controversia orienterà la scelta del responsabile dell'organismo. In termini di economia di risorse e, soprattutto di tempi, sarebbe auspicabile l'impiego di me-diatori con esperienza e abilità nel favorire la composizione bonaria della vertenza che dispongono delle conoscenze giuridi-che, psicologiche e medico-legali. La figura del medico legale, probabilmente, in molti casi è in grado di gestire efficacemente le procedure di mediazione, anche formulando una proposta tecnica suscettibile di trovare l'accordo delle parti. Il medico le-gale, inoltre, potrebbe garantire l'autorevolezza, l'autonomia e l'indipendenza dell'organismo, al contempo assicurando l'effi-cienza dello svolgimento delle sue funzioni.

Sul medesimo argomento è da leggere anche il seguente articolo:

LA RESPONSABILITÀ MEDICA E LE CONTROVERSIE INTERESSATE DALLA MEDIAZIONE CIVILE

a cura di CARLO PILIA - ERNESTO D'ALOJA

SOMMARIO: 1. Il tentativo di conciliazione nella responsabilità medica. - 2. La materia del risarcimento danni derivanti da responsabilità medica. - 3. I soggetti tra i quali intercorre la procedura di mediazione. - 4. Le fattispecie rilevanti ai fini della responsabilità medica.

sul sito www.edizioniav.it e, precisamente, al seguente *link*, alla pagina 235 del Quaderno che ivi troverete → www.edizioniav.it/img/Quaderni%20conciliazione.pdf

Voci dall'università e S.S.P.L.

NUOVE POSSIBILITA' PER GLI SPECIALIZZANDI IN PROFESSIONI LEGALI

A cura del Dott. Franco Trubiani

Con la recente entrata in vigore dell'art. 37 c. 4 del d.l. 98/2011 (c.d. Manovra correttiva bis)[127] convertito con legge 15 luglio 2011, n. 111, si introduce per i nuovi specializzandi in professioni legali[128], una possibilità inedita: ovvero quella di sostituire il primo anno di lezioni della Sspl con un, non meglio specificato[129], tirocinio presso gli uffici giudiziari che hanno firmato una convenzione con la Sspl[130].

Tirocinio, specifica la legge, assolutamente gratuito, senza, quindi, nessuna forma di compenso, indennità, rimborso spese o contributi previdenziali.

Prima di iniziare con l'analisi, è bene chiarire che, come ogni novità legislativa, questa possibilità (prevista solo in caso di attivazione della relativa convenzione ed assolutamente non obbligatoria), porta con sé aspetti positivi e negativi nello stesso tempo; innanzitutto tale disposizione viene introdotta nell'art. 37 rubricato "*Disposizioni per l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie*", quindi la chiara volontà del legislatore è quella di snellire il contenzioso[131] utilizzando, tra le altre possibilità, gli specializzandi del primo anno, i praticanti avvocati o i dottorandi del primo anno.

[127] "In relazione alle concrete esigenze organizzative dell'ufficio, i capi degli uffici giudiziari possono stipulare apposite convenzioni, senza oneri a carico della finanza pubblica, con le facoltà universitarie di giurisprudenza, con le scuole di specializzazione per le professioni legali di cui all'articolo 16 del decreto legislativo 17 novembre 1997, n. 398, e successive modificazioni, e con i consigli dell'ordine degli avvocati per consentire ai più meritevoli, su richiesta dell'interessato e previo parere favorevole del Consiglio giudiziario per la magistratura ordinaria, del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa per quella amministrativa e del Consiglio di presidenza della giustizia tributaria per quella tributaria, lo svolgimento presso i medesimi uffici giudiziari del primo anno del corso di dottorato di ricerca, del corso di specializzazione per le professioni legali o della pratica forense per l'ammissione all'esame di avvocato".

[128] Importanti contributi volti allo studio e al miglioramento del funzionamento delle Sspl, si devono ad un magistrato, già specializzato in professioni legali (tra gli altri v. LEVITA, Scuole professionali legali: i nodi da sciogliere, in D&G, Milano, 2003; Id., L'esperienza di uno dei primi diplomati delle Scuole Bassanini fra soddisfazione ed incertezza, in D&G, Milano, 2003; Id., Sulle scuole di specializzazione per le professioni legali: una proposta di riforma per il loro effettivo rilancio, in La magistratura, Roma, n. 2/2008, 262 ss.);

[129] La norma parla al c.5 testualmente di un'assistenza e coadiuvazione a magistrati che ne fanno richiesta nel compimento delle loro ordinarie attività, prevedendo per gli specializzandi un'attività (si pensa principalmente) di studio di controversie.

[130] Al momento l'unica convenzione che risulta attivata è quella della Sspl dell'Università "La Sapienza" di Roma con gli uffici giudiziari del Tribunale e della Corte d'Appello di Roma.

[131] Si immagina, principalmente quello civile.

Come risulta evidente dalla semplice lettura della norma, emerge in primo luogo l'assoluta irragionevolezza nell'assimilazione di due categorie completamente diverse tra loro sotto innumerevoli aspetti: gli specializzandi\praticanti e i dottorandi.

Inutile dilungarsi sullo scopo dei dottorati di ricerca e sull'attività che dovrebbero svolgere gli stessi dottorandi che nulla a che vedere con l'attività giudiziaria in senso stretto: si crea in tal modo per il dottorando al primo anno la scelta tra il seguire le lezioni previste dal proprio corso di dottorato e la conseguente attività di ricerca (pagata, per quanto riguarda i dottorati con borsa di studio) e lo svolgimento di una misteriosa attività di assistenza ai magistrati, magari studiando qualche fascicolo processuale qua e là.

Desta, tuttavia, perplessità anche l'inserimento degli specializzandi del primo anno per una serie di ragioni: la prima, innanzitutto, è quella di una sostanziale difficoltà di adattamento alle nuove attività legate alle urgenze giudiziarie.

In tale ottica sembrerebbe maggiormente appropriato la possibilità per specializzandi del secondo anno di svolgere tale tipo di tirocinio oltre a quello già previsto dall'art. 50 d. lgs. 274⁄2000, ovvero di svolgere le funzioni, nei procedimenti davanti al g.d.p. penale, del P.M. delegato, opportunità offerta ormai da moltissime Sspl.

Uno specializzando del secondo anno che, nella quasi totalità dei casi, svolge anche pratica forense, conosce (o almeno dovrebbe) sicuramente meglio l'attività forense e le prassi dei vari Tribunali rispetto ad un nuovo specializzando.

Indubbiamente positivo risulta, comunque, il tentativo, per quanto mosso più dall'emergenza che dalla saggezza, di introdurre un ulteriore elemento concreto che colleghi l'attività prevalentemente di stampo teorico delle lezioni della Sspl ad un'attività volta a far entrare i giovani specializzandi nell'attività giudiziarie.

Risulta evidente, ancora di più in questo periodo di difficoltà per l'accesso dei giovani alle professioni legali, per le più disparate ragioni che non si possono in questa sede esaminare, la doverosità di (r)innovare le Sspl, in particolare per quanto riguarda la loro utilità[132] all'interno di un quadro che sembra sempre più rivolto alla liberalizzazioni delle professioni[133], tra cui quella forense.

[132] In tale direzione andava l'art. 2 di un disegno di legge (poi ritirato) presentato dagli On.li Perduca e Poretti nella presente legislature, che prevedeva la possibilità di accesso all'avvocatura anche attraverso il conseguimento del diploma della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali.

[133] Cfr. le disposizioni introdotte dalla c.d. Legge di Stabilità 2012 (l. 183⁄2011) in tema di riforma degli ordini professionali, abolizione delle tariffe minime e possibilità di costituire società.

Il brocardo del mese

a cura dell'Avv. Marianna Sabino

La tradizione riconduce l'origine del termine "brocardo" a Burchardus, vescovo di Worms, vissuto tra gli ultimi anni del 900 e i primi dell'anno 1000 d.C. Il giurista tedesco, infatti, raccolse in maniera certosina nelle *Regulae Burchardicae* una serie di locuzioni latine a carattere giuridico, ordinandole secondo il criterio alfabetico.

Deorum iniuriae deis curae

Si narra che Giove ebbe in dono il fulmine da suo nonno Urano, che lo ringraziò così omaggiandolo per essere stato liberato dal carcere in cui suo figlio Saturno lo aveva recluso.

Il tizzone fiammeggiante che il padre degli dei soleva scagliare sulla Terra era realizzato da Vulcano o, secondo una ricostruzione che attribuisce al dio del fuoco e fabbro divino uno spirito imprenditoriale, dai Ciclopi posti alle sue dipendenze.

Arge, il lampo, Bronte, il tuono, e Sterope, la folgore, mescolavano e amalgamavano con maestria in ogni saetta tre raggi di gragnuola, tre di pioggia, tre di fuoco e tre di vento, la paura dei mortali, lo strepito, i baleni, le strisce di fiamma e la collera del re dell'Olimpo.

I Romani, allora, non si curavano di sanzionare penalmente le offese che gli umani rivolgevano alle divinità, le quali ben sapevano come difendersi!

"Che delle ingiurie agli dei se ne occupino gli dei", faceva esclamare Tacito, nei suoi *Annales*, a Tiberio in un'aula del Senato.

Questo, fino a quando il Cristianesimo non divenne religione ufficiale dell'Impero, momento in cui si avvertì l'esigenza di punire la bestemmia per vendicare l'onore di Dio. E non perché il buon Gesù non fosse stato dotato di fulmini e saette dai suoi parenti più prossimi.

Il Medioevo, com'è noto, rappresentò una parentesi cruenta per la severità delle pene irrogate nei confronti di chi osava offendere la religione cattolica, giungendo persino a condannare alla morte sul rogo coloro che furono giudicati eretici.

Nel diritto moderno, il codice Zanardelli collocò i reati contro il sentimento religioso nel Titolo dedicato ai delitti contro la libertà.

In ossequio alla impostazione liberale e laica che connotava il codice penale del

La divulgazione dei brocardi fu compiuta ad opera dei glossatori bolognesi tra il XII e il XIII secolo.

Nei versi di Francesco da Barberino, risalenti al 1314, è contenuta la prima testimonianza in volgare dell'uso del temine:

"*S'è tornato Jurista?*
Dolce e piana fa vista
e non troppo allegando,
leggi moltiplicando.
Né curar di broccardi
ma cerca y casi e tardi
'adira o far contesa
con chi l'à prima impresa,
ch'uno experto è più dextro
che tu di leggi presto."

1889, si voleva tutelare il *sentimento religioso individuale*.

Il Trattato Lateranense del 1929, che all'art. 1 proclamava la religione cattolica apostolica romana come unica religione di Stato, influì sulla differente architettura gerente il codice Rocco del 1930.

Il Titolo IV, attraverso la previsione dei delitti di vilipendio alla religione di Stato (art. 402 c.p.), offesa alla religione di Stato mediante vilipendio di persone (art. 403 c.p.) o di cose (art. 404 c.p.) e turbamento di funzioni religiose del culto cattolico (art. 405 c.p.), mirava a tutelare la religione siccome *istituzione*, quale fenomeno sociale finalizzato al raggiungimento dei "fini etici dello Stato", come affermato dal Guardasigilli nella Relazione al progetto definitivo del codice.

La disparità di tutela approntata alle altre religioni era dichiarata espressamente già nella Rubrica del Titolo IV, che recitava "Dei delitti contro la religione di Stato e i culti ammessi".

La conferma era espressa nell'art. 406 c.p., che prevedeva la circostanza attenuante dell'aver commesso i medesimi fatti descritti nelle norme precedenti a danno di un culto diverso dalla religione di Stato.

L'entrata in vigore della Costituzione a seguito del mutamento istituzionale non tardò a sollevare dubbi di legittimità delle norme incriminatrici suddette, palesemente in contrasto con i principi sanciti negli artt. 3 e 8 Cost.

Ma la Consulta preferì di volta in volta reinterpretare le norme penali sottoposte al vaglio, piuttosto che espungerle dall'ordinamento, ridefinendo esegeticamente l'oggetto di tutela, individuato nel "sentimento religioso che vive nell'intimo della coscienza individuale".

Nel 1985 veniva modificato l'Accordo di Villa Madama e la religione cattolica cessava di essere religione di Stato.

A quel punto si imponeva un'alternativa: assicurare pari tutela penale a tutte le confessioni religiose o rinunciare a tutelare la fede con una sanzione penale.

La Corte Costituzionale preferì affermare, con la sentenza del 1995 n. 440, la parità di tutte le confessioni religiose, equiparando la bestemmia contro la divinità cattolica a quella contro la divinità di religioni diverse da quella di Stato.

Nel 1999 la bestemmia è stata depenalizzata, divenendo illecito amministrativo.

Ma i fulmini continuano a cadere..!

E' del 2000 la sentenza della Consulta in cui assume una posizione decisa in favore del principio della laicità dello Stato, già affermato per la prima volta dal Giudice delle leggi nella sent. 203/1989, inteso non come indifferenza verso il sentimento religioso ma come imparzialità dello Stato rispetto a tutte le confessioni religiose.

L'evoluzione del rapporto tra legge penale e religione raggiunge l'apice con la legge di riforma n.85/2006 che, pertanto, si muove sul background storico appena prospettato.

Oltre alla sostituzione della rubrica in "Delitti contro le confessioni religiose", cambia il bene giuridico tutelato dalle uniche tre fattispecie ancora esistenti, *id est* la personalità individuale dei fedeli e dei ministri di tutte le confessioni religiose.

Spigolature

IL CASO FORTUITO

A cura dell'Avv. Samantha Mendicino

Già a conoscenza del diritto romano, il caso fortuito appare negli antichi testi giuridici quale forma di esenzione da responsabilità. Di esso si può trovare una espressiva descrizione nella seguente frase: "*Casus fortuiti rarii sunt, veluti avi ventoium, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, aistus, frigorit, et similium calamitatum quae caelitus immittuntur*[134] ". Ora, il caso fortuito può venire in rilievo sia come elemento che elimina la colpa, dunque, come requisito dello stato soggettivo e/o della colpevolezza, oppure come elemento che elide il nesso di causalità e, dunque, come requisito concernente il fatto e non il soggetto. Quelli che, invece, risultano indubitabili sono i riflessi sull'onere probatorio: di preciso, incombe in capo a colui che é imputato di responsabilità dimostrare che, nei fatti, esiste un elemento non previsto né prevedibile né evitabile che ha causato l'evento da cui deriva la suddetta responsabilità. Ma proviamo ad analizzare il caso fortuito in maniera più analitica atteso il generale utilizzo in senso atecnico dell'espressione e considerato che la norma non chiarisce quale significato sia attribuibile al termine "fortuito", sebbene, dello stesso ne sia stata elaborata una nozione. Difatti, si definisce caso fortuito quel fatto eccezionale, imprevedibile ed inevitabile (ed in quanto " fatto " è evidente che si tratti di elemento estraneo alla sfera di azione del custode) che produce, di per sé, l' evento. Esso può consistere, dunque, sia in un fatto della natura (come la forza maggiore) sia nel fatto del terzo sia nel fatto del danneggiato (purché quest' ultimo non concorra ma sia l'unico fatto determinante l'evento, poiché in ipotesi di semplice concorso si avrà solo la riduzione del risarcimento del danno e non l'esenzione dalla responsabilità).

NEL DIRITTO CIVILE

In tale ambito, per antonomasia, si ricollega l'argomento del caso fortuito agli artt. 2051 c.c. e 2052 c.c. relativi, rispettivamente, al custode di cose ed al proprietario di un animale. Entrambi i soggetti sono considerati sempre responsabili per i danni causati dalle cose e/o animali che custodiscono, eccezion fatta per il caso fortuito. Ma a chi ci si intende riferire quando si parla del soggetto custode ex art. 2051 c.c. ed ex art. 2052 c.c. ? Tale qualifica viene attribuita a colui che possiede di fatto un potere di controllo e di vigilanza (sulla cosa e/o sull'animale) e che, perciò, assume per l'ordinamento il generale il dovere di attuare ogni forma di misura atta ad evitare che l'oggetto sottoposto al proprio controllo possa arrecare danni a terzi. Tuttavia, è da chiarire se il caso fortuito sia da analizzare con riferimento al soggetto imputabile, ed alla sua mancanza di diligenza, oppure al fatto, all'azione? La differenza di approccio della questione involge importanti conseguenze di disciplina: se, difatti, si considera il caso

[134] Caso fortuito sono rari eventi, per così dire, dei venti, degli uragani, della pioggia, della grandine, del tuono, del freddo, e le calamità simili, che discendono dal cielo

fortuito un accadimento improvviso nella verificazione dei fatti naturali, esso eserciterà i propri effetti sul piano del nesso di causalità tra condotta ed evento. Nella ipotesi opposta, cioè, considerando il caso fortuito un accadimento non prevedibile dal soggetto imputabile, i suoi effetti ricadranno sul piano della colpevolezza. D'altro canto, la problematica è correlata alla questione sulla natura giuridica della responsabilità del custode ed in merito si legge in Cass. Civ., sentenza n. 15383/2006 (relativa alla responsabilità di una pubblica amministrazione per danni da insidia stradale ex art. 2051 c.c.): "*...il solo limite previsto dall'articolo in esame è l'esistenza del caso fortuito ed in genere si esclude che il limite del fortuito si identifichi con l'assenza di colpa. Va, quindi, affermata la natura oggettiva della responsabilità per danno di cose in custodia*". Ma, allora, se il caso fortuito non incide sul profilo della colpevolezza bensì sul nesso eziologico causale, quale differenza pratica esiste tra chi, responsabile per colpa oggettiva, ha però osservato le ordinarie regole di diligenza e chi, parimenti responsabile per colpa oggettiva, non le ha rispettate? Una sicura differenza di disciplina esiste sul piano dei danni risarcibili atteso che solo nella prima ipotesi, l'adempimento a tutte le regole di diligenza eviterà al responsabile di pagare i danni morali se la lesione non concerne dei beni costituzionali ed in assenza di una parvenza di reato. E sotto diverso punto di vista, cosa accade se concorre alla causazione del danno il fatto colposo del danneggiato?! Laddove il fatto si ponga come elemento imprevedibile ed eccezionale, assumerà esso stesso il carattere di caso fortuito. Ove, invece, il comportamento colposo del danneggiato non avesse le caratteristiche suddette della eccezionalità ed imprevedibilità potrebbe rilevare in qualità di concorso colposo ex art. 1221, I co., c.c., con conseguente riduzione dell' importo del risarcimento del danno da parte del responsabile. Rientrano tra le tipiche ipotesi di responsabilità oggettiva in virtù della quale il soggetto risponde sempre per gli eventuali danni, eccezion fatta per il caso fortuito (e la forza maggiore): - la responsabilità dell' ente per i danni provocati da insidia stradale e/o trabocchetto; - la responsabilità del proprietario dell'animale[135]; -la responsabilità del custode per le cose su cui esercita un potere di controllo; - la responsabilità del conduttore e non del proprietario dell' immobile in caso di locazione e di fatto non notorio; - la responsabilità del condominio per i danni, ad esempio, da infiltrazione di acqua[136]; - la responsabilità degli esercenti attività pericolose[137] (ma attenzione ad una fondamentale differenza tra la responsabilità ex art. 2051 ed ex art. 2050 c.c.: mentre in quest' ultima ipotesi ci si libera da responsabilità con la prova del proprio comportamento diligente e preventivo ed anche se le cause del danno restano ignote; non così nell'ipotesi ex art. 2051

[135] Tra le pronunce più recenti in materia si ricorda: Cass. Civ., sentenza n. 15895/2011, nella quale si stabilisce che, affinchè il proprietario di un animale possa andare esente da responsabilità ex art. 2052 c.c., egli deve dimostrare l'esistenza di un fattore estraneo alla propria sfera soggettiva nonché idoneo ad interrompere il nesso causale, non essendo sufficiente la prova di aver usato la ordinaria diligenza nella custodia dell'animale.

[136] Tra le pronunce più recenti si rammenta: Cass. Civ. , sentenza n. 25239/2011, secondo cui, però, la responsabilità del condominio ex art. 2051 c.c. è esclusa se i danni da infiltrazione che derivano dall'umidità di risalita cioè da quelle infiltrazione (tipiche nei semi-interrati e nei garages interrati) che dipendono dalle tecniche costruttive di responsabilità eventuale del costruttore.

[137] Tra le pronunce più recenti si rammenta: Cass. Civ. sentenza n. 15733/2011, secondo cui in materia di responsabilità ex art. 2050 c.c. (per esercizio di attività pericolose) ex art. 2050 c.c. il caso fortuito risiede nell'intervento di un fattore esterno, imprevedibile ed eccezionale, che non deve attenere al comportamento del responsabile bensì alla modalità di causazione del danno, anche con riferimento ad un fatto dello stesso danneggiato, purché imprevedibile ed eccezionale.

c. c. nel qual caso si dovrà anche fornire la prova specifica dell'accadimento inevitabile che, da solo, ha creato, l'evento dannoso); ecc. A questo punto, però, si intende riportare, per la sinteticità e chiarezza espositiva, alcuni brevi passi estrapolati dalla sentenza n. 4476 della Cassazione emessa nell'anno 2011, in materia di responsabilità da cose in custodia: *"... la responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia prevista dall'art. 2051 cod. civ., prescinde dall'accertamento del carattere colposo dell'attività o del comportamento del custode e ha natura oggettiva, necessitando, per la sua configurabilità, del mero rapporto eziologico tra cosa ed evento; tale responsabilità è esclusa solo dal caso fortuito, che può essere rappresentato - con effetto liberatorio totale o parziale - anche dal fatto del danneggiato, avente un'efficacia causale idonea a interrompere del tutto il nesso eziologico tra cosa ed evento dannoso o ad affiancarsi come ulteriore contributo utile nella produzione del danno"*. Ed ancora: "... *la radicale oggettivazione dell'ipotesi normativa, insita nella prospettiva adottata - che rende più congruo parlare di rischio da custodia (piuttosto che di colpa nella custodia) e di presunzione di responsabilità (piuttosto che di colpa presunta) - comporta che la responsabilità in questione non esige, per essere affermata, un'attività o una condotta colposa del custode, di talché, in definitiva, il custode negligente non risponde in modo diverso dal custode perito e prudente, se la cosa ha provocato danni a terzi (Cass. civ. 19 febbraio 2008, n. 4279)..."*

NEL DIRITTO PENALE

Jacopo da Belvisio, giurisperito e giudice del XIII° secolo, distingueva : *"quidam est casus fortuitus, qui praevideri non potest, et tunc iste, qui talem casum fortuitum admisit, est extra omne delictum in totum".* Ed in linea con questo pensiero, l'art. 45 c.p. prevede che non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito od, anche, forza maggiore[138]. Ma tralasciando per il momento l'analisi di quest'ultimo concetto, è fatto assodato in materia penale che tra la condotta e l'evento deve necessariamente esistere un nesso di causalità ex art. 40 c.p. e ciò nel rispetto dell' art. 27 Cost. che ha consacrato il principio della personalità della responsabilità penale. Ma cosa accade se, con riferimento al nesso di causalità, alla verificazione dell'evento hanno concorso più fatti? Di ciò se ne occupano l'art. 41 c.p. (che menziona sia le concause preesistenti, contestuali e sopravvenute, che non escludono il nesso eziologico causale, sia la concausa sopravvenuta di per sè idonea a causare l'evento da cui dipende il reato, che, invece, determina l'esclusione del nesso causale) e l'art. 45 c.p.[139] (che si preoccupa delle specifiche ipotesi di caso fortuito e forza maggiore). Orbene, per come anticipato, in dottrina si è posto il quesito se il caso fortuito ex art. 45 c.p. e, dunque, con specifico riferimento al diritto penale, agisca incidendo sulla colpevolezza e, quindi, sull'elemento soggettivo del reato oppure sul nesso di causalità e, quindi, sull'elemento oggettivo del reato. Secondo autorevole dottrina il caso fortuito (al pari della forza maggiore) è idoneo ad incidere (interrompendolo) il nesso di causalità in quanto consisterebbe in un fatto preesistente, concomitante o successivo tale da determinare il verificarsi di un evento che, secondo la migliore scienza ed esperienza del momento, non era conseguenza, neppure probabile, dell'*agere* del reo. Si legge nella sentenza n. 20023/2009

[138] Il caso fortuito, in estrema sintesi, è rappresentato da quei fattori causali che si presentano come improbabili secondo la miglior scienza ed esperienza; la forza maggiore si riferisce, invece, alle forze esterne che determinano il soggetto ad una azione in modo inevitabile

[139] "*Non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore"*

emessa dalla sezione penale della Cassazione quanto segue: "*l'accadimento fortuito, per produrre il suo effetto di escludere la punibilità dell'agente - sul comportamento del quale viene ad incidere - deve risultare totalmente svincolato sia dalla condotta del soggetto agente, sia dalla sua colpa. Ne consegue che in tutti i casi in cui l'agente abbia dato materialmente causa al fenomeno - solo, dunque, apparentemente fortuito - ovvero nei casi in cui, comunque, è possibile rinvenire un qualche legame di tipo psicologico tra il fortuito e il soggetto agente, (nel senso che l'accadimento, pure eccezionale, poteva in concreto essere previsto ed evitato se l'agente non fosse stato imprudentemente negligente o imperito) non è possibile parlare propriamente di fortuito in senso giuridico... Orbene, per il caso sottoposto al nostro esame lo stesso ricorrente afferma che al momento dell'evento vi era presenza sulla sede stradale di ghiaccio e neve sciolta, situazione questa già presente ancor prima che egli affrontasse la curva sinistrorsa, dove è avvenuto l'incidente; il che esclude che possa configurarsi il caso fortuito, consistente, come già evidenziato, in quell'avvenimento imprevisto e imprevedibile che si inserisce d'improvviso nell'azione del soggetto e non può in alcun modo, nemmeno a titolo di colpa, farsi risalire all'attività psichica dell'agente. (Cass. 4, 31 maggio 1990, D'Altico, RV 184515); conformi Cass. 4, 11.3.1986, Panzerolli, RV 174028; Cass, 5, 31.3.1978, n. 12072, CPMA 1979, 1094; Cass. 5, 28.4.1978, n. 6401, CPMA 1979, 3).*

Il sinistro, come correttamente rilevato dai giudici di merito da addebitarsi a colpa esclusiva del guidatore che non ha adottato le cautele che richiedeva la situazione di tempo e di luogo, cagionando in tal modo la fuoriuscita di strada dell'autovettura; quanto all'evento letale seguito all'impatto dell'autovettura con il cartello stradale, i giudici hanno riconosciuto il concorso di colpa della vittima che viaggiava senza aver indossato la cintura di sicurezza

IN MATERIA DI SANZIONE AMMINISTRATIVA

In realtà, la L. n. 689/1981 in materia di sanzioni amministrative non prevede espressamente il caso fortuito tra le cause che escludono la responsabilità, tuttavia, la giurisprudenza lo ritiene implicitamente incluso nella previsione degli artt. 3 e 4 della medesima normativa con tutte le conseguenze di legge, al pari della responsabilità penale e civile. In merito a tale argomento risulta illuminante la sentenza Cass. Civ. n. 10343/2010 in cui si legge " ... *In ipotesi di sanzioni amministrative, il caso fortuito e la forza maggiore, pur non essendo espressamente menzionati dalla legge 24 novembre 1981 n.689, debbono ritenersi implicitamente inclusi nella previsione dell'art.3 di essa ed escludono la responsabilità dell'agente, incidendo il caso fortuito sulla colpevolezza e la forza maggiore sul nesso psichico. La relativa nozione va desunta all'art.45 cod.pen. rimanendo integrata con il concorso dell'imprevedibilità ed inevitabilità da accertare positivamente mediante specifica indagine*". Invece, con riferimento all' art. 141 del Codice della Strada, relativo alla velocità che le autovetture debbono mantenere, un Giudice di Pace non ha qualificato come caso fortuito il fatto di chi, circolando ad alta velocità, proietti lateralmente con lo pneumatico dell' autovettura uno o più sassi provocando danni alle cose. In ipotesi del genere è riscontrabile sempre una condotta colposa del conducente per velocità eccessiva[140].

[140] Giudice di pace Casamassima, sentenza del 17 maggio1997 in Arch. circolaz., 1997, pag. 622

Recensioni e novità editoriali

In merito alle tematiche trattate in questo numero segnaliamo:

L'abuso del sé: satanismo e sette sataniche di David Monti, Moreno FIORI, Alessia Micoli.

a cura della D.ssa Rosalia Manuela Longobardi

Tra i vari libri dell'argomento sette e satanismo, sicuramente un'opera d'indubbio pregio scientifico-sociale lo riveste l'abisso del sé; si tratta di un' opera che con un certo pragmatismo e rigore riesce a snocciolare attraverso una "lettura criminologica l'argomento che sicuramente non è di facile lettura.

Si tratta di un libro che in chiave criminologica affronta dalle radici il fenomeno del satanismo e delle sette soffermandosi nella seconda parte sul fenomeno italiano,attraverso una combinazione di dati statistici e di fatti di cronaca avulsi da racconti'autore si sofferma in particolare sulle sette sataniche italiane facendo un resoconto basato sui numeri, tratta dei principali strumenti di indagine e delle problematiche di un fenomeno che presenta un rilevante numero oscuro.

Nell'arco del tempo, come lo stesso autore rileva, si è notato un certo interesse crescente per la materia, spesso ritornato in auge da cronisti in cerca di qualche scoop o di tuttologi dell'ultima ora che attraverso casi di cronaca giudiziaria (casi irrisolti) cercano un motivo dietro ai vari omicidi e i medesimi offrono poche chance di soluzione.

Si rileva come nel nostro paese gli stessi organi di polizia spesso si trovano impreparati a gestire tali casi, o come a volte anche le migliori iniziative di studio del fenomeno restino solo su carta e/o nel migliore dei casi le poco scientifiche metodi e persone che lavorano in tale settore vanificano qualsiasi progetto.

L'autore riporta nel testo in particolare le varie iniziative della polizia di stato, tra cui quella nata nel 1998 (un vero documento di polizia9redatto dall'allora UCIGOS, con lo scopo di inquadrare senza successo?..il fenomeno satanismi e sette, che sulla scorta di paure e angosce maturate nel fine millennio,potevano portare gruppi o anche singoli al compimento di atti illeciti.

Tra le varie iniziative di polizia il libro mette in luce alcune iniziative quali "Telefono antiplagio"l'iniziativa nata nel '94 raccoglie le voci "anonime di cittadini italiani che denunciano la natura e le modalità cruente del satanismo e sette esoteriche'autore si sofferma ad analizzare infine l'aspetto forse più conosciuto del satanismo e sette e cioè quello mediatico,spesso creatore di mostri e capri espiatori, senza che i medesimi abbino qualcosa di realmente collegato al fenomeno.

Sulla scia del filone per approfondire senza condizionamenti "fantasiosi", il fenomeno satanismo e sette è l'opera di Introvigne Massimo "I satanisti" (inserire casa editrice e anno), l'autore ci conduce attraverso il filo nero di messe e cronaca giudiziaria a una scoperta del mondo esoterico.

Per chi invece ha voglia di un approccio teorico –scientifico si consiglia la lettura del libro di Gatta Gianluca –ed Fosche "Il Forcone Spuntato" e Spiritismo, satanismo e demologia di Fiori Moreno Adelph edizioni.

Del collega M. Santini, Avvocato, Presidente nazionale del Centro Studi e Ricerche sul Diritto della Famiglia e dei Minori:

I CONFLITTI PATRIMONIALI
DELLA SEPARAZIONE E DEL DIVORZIO

L'appartenenza ad una comunità famigliare determina il sorgere in capo ai coniugi di una serie di diritti ed obblighi che possono persistere ben oltre la durata del matrimonio, protraendosi a volte per tutta la vita dei coniugi e anche successivamente.

Aggiornato al D.L. 98/2011 convertito con modifiche in L. 111/2011, il volume approfondisce le conseguenze, spesso conflittuali, delle questioni patrimoniali che affiorano nelle fasi di separazione e di divorzio, vincolate - nonostante la cessazione del rapporto - al principio solidaristico.

Dopo un'analisi attenta delle tematiche nell'ambito della famiglia tradizionale, l'Opera non tralascia di esaminare i diritti e i doveri nella convivenza di fatto, le problematiche riguardanti le obbligazioni societarie, il trattamento di fine rapporto, la pensione di reversibilità e l'assegno a carico dell'eredità.

Completata da un **formulario, replicato su Cd-Rom** per la personalizzazione e la stampa, è articolata come segue:

1.	**IL REGIME PATRIMONIALE DELLA FAMIGLIA: LO SCIOGLIMENTO DELLA COMUNIONE E LA COMUNIONE DE RESIDUO** 1. La normativa di riferimento. 2. La comunione nel matrimonio. 3. L'amministrazione dei beni comuni. 4. I rapporti con i creditori. 5. Lo scioglimento della comunione. 6. La comunione legale. 7. Lo scioglimento della comunione e crisi coniugale: la separazione personale dei coniugi. 8. La decorrenza degli effetti. 9. La riconciliazione dei coniugi. 10. Il divorzio e l'annullamento del matrimonio. 11. Gli effetti dello scioglimento. 12. La comunione de residuo. 13. Il rapporto tra beni comuni de residuo e art. 179, lett. f). 14. Le obbligazioni societarie. 15. Il deposito bancario. 16. Tfr e comunione de residuo. 17. La tutela dell'altro coniuge contro la dispersione dei beni de residuo durante la vigenza del regime legale. 18. Comunione de residuo e creditori. **Abstract.** **Mappa.** **Giurisprudenza.** **Formulario** *1. Istanza per l'autorizzazione a compiere atto di straordinaria amministrazione nell'esercizio di un'azienda in comune (art. 181 c.c.)* *2. Atto di mutamento del regime patrimoniale della famiglia (art. 120 c.c.).*
2.	**PRIVACY ED ATTIVITÀ ISTRUTTORIA NEL CORSO DEI PROCEDIMENTI DI SEPARAZIONE E DIVORZIO "L'ACQUISIZIONE DI INFORMAZIONI PATRIMONIALI"** 1. La normativa di riferimento. 2. Il decreto legislativo n. 196/2003 (principi generali e deroghe in ambito giudiziario). **Abstract**.
3.	**ASPETTI PATRIMONIALI DELLA CONVIVENZA MORE UXORIO** 1. La normativa di riferimento.

	2. La convivenza more uxorio (tutela costituzionale). 3. Diritti disponibili e diritti indisponibili. 4. Natura contrattuale degli accordi di convivenza. 5. Obbligazioni di natura non patrimoniale. 6. La forma. 7. La durata del contratto. 8. Perché stipulare un accordo di convivenza. 9. Le singole clausole dell'accordo di convivenza. 10. Acquisto di beni in comune. 11. La successione. 12. Partecipazione di ciascuno dei partner alle spese ordinarie e straordinarie. 13. Prestazioni economiche reciproche. 14. Sulle sanzioni pecuniarie in caso di violazione di obbligazioni aventi carattere patrimoniale. 15. Natura delle obbligazioni patrimoniali inserite nei contratti di convivenza. 16. Le disposizioni in materia di abitazione "familiare" (in assenza di figli). **Abstract.** **Formulario** *1. Contratto di convivenza.*
4.	**IL MANTENIMENTO DEL CONIUGE E DEI FIGLI** 1. La normativa di riferimento. 2. L'assegno di mantenimento. 3. La quantificazione dell'assegno di mantenimento. 4. La rinunzia all'assegno di mantenimento. 5. Gli strumenti a tutela e garanzia dei provvedimenti economici emessi in sede di separazione. 6. L'assegno divorzile. 7. La cessazione dell'obbligo di corresponsione dell'assegno divorzile. 8. L'assegno divorzile una tantum. 9. La quantificazione dell'assegno divorzile. 10. Obbligazioni economiche nei confronti dei figli. 11. Il problema del tenore di vita. 12. Le spese straordinarie. 13. Il mantenimento dei figli naturali riconosciuti. **Abstract.** **Formulario** *1. Ricorso congiunto per lo scioglimento del matrimonio.* *2. Ricorso per modifica di condizioni di divorzio.* *3. Ricorso ex art. 148, comma 2 c.c.*
5.	**GLI STRUMENTI A TUTELA E GARANZIA DELL'ADEMPIMENTO DELLE OBBLIGAZIONI DI MANTENIMENTO** 1. La normativa di riferimento. 2. L'ingiunzione ex articolo 148 del codice civile. 3. La tutela prevista dall'articolo 156 del codice civile. 4. Il provvedimento di sequestro a carico del coniuge allontanatosi dalla casa coniugale. 5. L'inadempimento agli obblighi di natura patrimoniale nascenti dal divorzio. 6. Inadempimento agli obblighi di assistenza famigliare: tutela penale. **Abstract.** **Formulario** 1. Ricorso ex art. 148, comma 2 c.c.
6.	**LE CONSEGUENZE ECONOMICHE DELL'ADDEBITO DELLA SEPARAZIONE** 1. La normativa di riferimento. 2. La domanda di separazione personale e quella di addebito. 3. La valutazione dei comportamenti: fedeltà e infedeltà. 4. Le condotte rilevanti ai fini dell'addebito. 5. L'interruzione della gravidanza. 6. La perdita del diritto successorio. **Abstract.** **Giurisprudenza.**
7.	**L'ASSEGNO DIVORZILE E I DIRITTI ACCESSORI** 1. La normativa di riferimento. 2. I requisiti del diritto. 3. An debeatur e quantum.

	4. Aspetti probatori. 5. Aspetti processuali. 6. Trattamento di fine rapporto. 7. La pensione di reversibilità. 8. Assegno a carico dell'eredità. 9. Assistenza sanitaria. **Abstract.** **Giurisprudenza.** **Formulario** *1. Assegno di divorzio (art. 4, comma 10 legge n. 898/1970).* *2. Quota del Tfr (art. 12-bis legge n. 898/1970).* *3. Pensione di reversibilità (art. 9, comma 2 legge n. 898/1970).* *4. Quota di pensione di reversibilità (art. 9, comma 3 legge n. 898/1970).* *5. Assegno a carico dell'eredità (art. 9-bis legge n. 898/1970).* **Mappa.**
8.	**LA MODIFICA DELLE CONDIZIONI DI SEPARAZIONE E DI DIVORZIO, CON RIFERIMENTO AGLI ASPETTI PATRIMONIALI** 1. La normativa di riferimento. 2. La condizione reddituale. 3. L'arrivo di un figlio. 4. La modificazione delle condizioni nella procedura. 5. La novella 54 del 2006. 6. La revisione della sentenza di divorzio. **Giurisprudenza.** **Formulario** *1. Richiesta congiunta di modifica delle condizioni di separazione.* *2. Richiesta di modifica delle condizioni di separazione.* *3. Richiesta congiunta di modifica delle condizioni di divorzio.* *4. Richiesta di modifica delle condizioni di divorzio*.
9.	**LA LIQUIDAZIONE DELL'ASSEGNO DIVORZILE MEDIANTE CORRESPONSIONE UNA TANTUM** 1. La normativa di riferimento. 2. Effetti civili e obblighi patrimoniali. 3. L'importo una tantum. 4. Delibazione di sentenza ecclesiastica. 5. Deducibilità dell'assegno divorzile.
10.	**I CONTRATTI PREMATRIMONIALI** 1. La normativa di riferimento. 2. Introduzione. 3. Cenni storici e normativi. 4. La giurisprudenza di legittimità. 5. Gli accordi preventivi tra coniugi in rapporto alla delibazione di sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio. 6. Orientamenti dottrinari. **Abstract.** **Mappa.**

M. Santini, Avvocato, Presidente nazionale del Centro Studi e Ricerche sul Diritto della Famiglia e dei Minori.

Rassegna stampa:
i fatti dall'inizio dell'anno
su quanto trattato in questo numero

a cura di Samantha Mendicino

TIMBRANO IL CARTELLINO POI VANNO A FARE LA SPESA

C'è chi timbra il cartellino e poi va via o chi 'beggia' anche per chi non c'è: in un'inchiesta delle Iene, Filippo Roma mostra come, in alcuni uffici comunali della Capitale, diversi dipendenti pubblici, fatti salvi i casi di permessi regolarmente presi, sono soliti timbrare il cartellino d'entrata e poi allontanarsi dal posto di lavoro, chi per fare colazione, chi per sbrigare alcune commissioni personali come andare al supermercato, in farmacia o in banca. La Iena sottolinea, inoltre, come tra i dipendenti, alcuni 'beggiano' due o tre cartellini simultaneamente.Intervistato a riguardo dall'inviato, il consigliere comunale di Roma, L'On. Belfronte (U.D.C.), dichiara: "A me non risulta. Quello che mi risulta è tutta gente seria che lavora… Ci vogliono cose concrete… Sollevatelo voi (il caso n.d.r.) e poi vediamo chi si accoda". Il consigliere On. Gazzellone (PdL) afferma che, se fosse vero l'assenteismo denunciato "Gli uffici devono provvedere ad impedire questa cosa". Una vice dirigente ammette che "Non va bene" e, alla domanda "Si *è mai resa conto di questo strano movimento?*", risponde affermativamente aggiungendo "*È una storia vecchia… penso succede*". PUBBLICATO IL 27/1/2012 su ansa.it

PEDOPORNOGRAFIA ONLINE, BLITZ IN 13 REGIONI

Blitz della polizia postale di Palermo con sei arresti, 31 denunce e oltre tenta perquisizioni locali, personali e informatiche in 13 regioni contro la pedopornografia on line. Alcune centinaia gli agenti impegnati dall'alba nell'operazione «Fabulinus», condotta con la supervisione della Postale di Roma in Calabria, Campania, Emilia Romagna, Friuli Venezia Giulia, Lazio, Liguria, Lombardia, Marche, Piemonte, Sicilia, Toscana, Veneto e Puglia).

LE INDAGINI - Dopo un anno e mezzo di indagini, gli specialisti della Polposta hanno individuato una rete di persone che, tramite il network eDonkey e il programma Emule, diffondevano e scaricavano materiale pedopornografico consistente in

raccapriccianti video e immagini a carattere sessuale di bambini in tenera età. ARRESTI E DENUNCE - Nel corso dell'operazione state denunciate 31 persone, delle quali 6 in stato di arresto in ragione della ingente quantità di materiale pedopornografico rinvenuto in sede di perquisizione. Complessivamente sono stati rinvenuti e sequestrati computer, cellulari, videocamere, macchine fotografiche e migliaia di supporti informatici tra cd rom, dvd e pendrive. Dalle meticolose analisi dei file illeciti acquisiti, la Postale spera di risalire a quei particolari che possano condurre all'identificazione fisica dei minori coinvolti e abusati. PUBBLICATO il 27/1/2012 su corrieredellasera.it

FORESTE TROPPO SFRUTTATE, VICINO IL "PICCO LEGNO"

Se le foreste tropicali verranno sfruttate ai ritmi attuali presto si avra' un 'picco del legno', simile a quello del petrolio, a cui seguira' un declino inarrestabile. Lo afferma una ricerca pubblicata su Biological Conservation, secondo cui diversi paesi, come Filippine e Thailandia, hanno gia' iniziato a diminuire la produzione. I ricercatori coordinati da Philip Shearman della Australian National University hanno esaminato tutti gli studi sullo sfruttamento delle foreste prodotti negli anni recenti, arrivando alla conclusione che anche quando questo viene definito 'sostenibile' in realta' non lo e' affatto: "Il tempo necessario a una foresta tropicale per ripristinare biomassa, volume del legno e biodiversita' e' stato stimato in diversi modi, e varia da 45 a 500 anni - scrivono gli autori - ma gli alberi piu' grandi possono avere eta' comprese tra qualche decennio e mille anni. Questo fa capire quanto i cicli applicati di solito di 30-35 anni siano insufficienti".

Secondo gli autori lo sfruttamento eccessivo porta i boscaioli a spingersi verso aree vergini delle foreste per mantenere la produzione, mentre uno sviluppo veramente sostenibile dovrebbe avere una pausa di almeno 50 anni. Particolarmente a rischio, afferma un'altra ricerca pubblicata da New Scientist, sono proprio gli alberi piu' grandi: "La frammentazione continua delle foreste sta colpendo molto di piu' gli alberi piu' grandi - spiega William Laurance, della James Cook University di Cairns, Australia - non solo molti piu' alberi muoiono quando si trovano vicino alle estremita' delle foreste, ma tra questi la parte maggiore e' formata proprio dai 'giganti', perche' la loro statura alta e i tronchi molto rigidi li rende piu' vulnerabili ai venti". PUBBLICATO IL 26/1/2012 su ansa.it

UCRAINA, LO STERMINIO DEI CANI RANDAGI PER EURO 2012

UN ITALIANO IN PRIMA LINEA

- Il caso è stato denunciato più volte da gruppi e associazioni animaliste e lo scorso novembre era stata la stessa Uefa, di concerto con il ministero dell'ambiente ucraino, ad intervenire pubblicamente rendendosi disponibile a sostenere campagne di sterilizzazione di massa e la

costruzione di canili dove ospitare i trovatelli. Ma nonostante le prese di posizione ufficiali, la situazione a Kiev e nelle altri principali città dell'Ucraina non è affatto migliorata e i cani continuano ad essere eliminati. Se la vicenda è balzata agli onori delle cronache internazionali lo si deve anche alle denunce di un fotografo italiano, Andrea Cisternino, che da Como si è trasferito due anni e mezzo fa a Kiev per amore e ora vive nella capitale assieme alla moglie. Attivista animalista da sempre, è entrato in contatto con i volontari locali che cercano di porre un freno alle uccisioni. E ha messo a disposizione il suo obiettivo per documentare quanto le sole parole non sono sufficienti a raccontare.

SPEDIZIONI NOTTURNE - «I randagi vengono sterminati soprattutto di notte - racconta il fotoreporter -, quando nessuno vede e nessuno può intervenire in difesa di quei poveri animali. Che vengono uccisi in modi orribili: quando va bene con un colpo di fucile alla testa, che li fa morire sul colpo. Ma più spesso la morte arriva fra atroci sofferenze, dopo avere ingerito carne avvelenata con topicida e arsenico o, come è accaduto in un caso accertato, per asfissia, dopo essere stati interrati ancora vivi, appena narcotizzati, in una fossa nel terreno, poi ricoperta di cemento». Hanno fatto scalpore le immagini, proposte anche da alcuni Tg, di forni crematori mobili da utilizzare alla bisogna nei quartieri in cui vengono segnalati i randagi. Di recente uno dei rifugi gestiti dai volontari ucraini per accogliere i randagi già sterilizzati è stato dato alle fiamme. «Le autorità ufficialmente negano un loro coinvolgimento e parlano di politiche di contenimento mediante ricoveri in rifugi e sterilizzazioni - spiega Cisternino -. Ma gli stanziamenti annunciati per le campagne di controllo delle nascite e per la costruzione dei canili non sono mai arrivati alle associazioni che si occupano degli animali di strada. Oppure sono arrivati in forma assolutamente insufficiente»

TERRORISMO MEDIATICO – In compenso, periodicamente vengono lanciate campagne mediatiche allarmistiche su possibili diffusioni di rabbia e altre malattie che sull'onda della paura spingono anche molti cittadini comuni a prendere parte ai rastrellamenti e alle uccisioni.

Sul forum del sito vreditelyam.net (traducibile più o meno come «parassiti»), vengono dati consigli su come preparare le esche avvelenate. «Il caso della rabbia è pretestuoso - sottolinea Cisternino, diventato nel frattempo delegato dell'Oipa in Ucraina delegato a trattare con le autorità locali - serve per fare terrorismo mediatico, per indurre anche la popolazione a fare il lavoro sporco».

STRISCIONI NEGLI STADI - Nei mesi scorsi era stata lanciata una campagna web di boicottaggio di Euro2012. Ora un movimento animalista trasversale sta cercando di organizzare una campagna di sensibilizzazione da lanciare direttamente dagli spalti degli stadi. In Germania sono già stati esposti striscioni contro il silenzio della Uefa. Ed è allo studio

una mobilitazione senza frontiere che porti a ripetere il gesto in contemporanea in tutti i Paesi più sensibili al richiamo del calcio, Italia in primis. «I tifosi italiani, espongano alle finestre striscioni con scritto "stop al massacro in Ucraina - è l'invito dell'Oipa - in modo da dare visibilità al problema e convincere le autorità ucraine a dialogare con gli animalisti».

DESAPARECIDOS -
L'uccisione di cani e gatti randagi non è un fenomeno recente. Cisternino spiega che va avanti da vent'anni, ma che è dal 2010, con l'approssimarsi degli Europei, che le spedizioni sono cresciute a livello esponenziale: «A Kiev risultavano 12 mila randagi per le strade. Ora non se ne vedono praticamente più. E la stessa cosa è avvenuta a Leopoli, un'altra delle città dove si giocheranno le partite». Che fine hanno fatto, visto che nel frattempo non sono stati costruiti così tanti canili per accoglierli? La risposta, per gli animalisti, è purtroppo implicita nelle immagini delle carcasse di cani uccisi che vengono di frequente ritrovate ai margini della città. Sono tante, ma rappresentano solo una minima parte, rispetto al numero di «desaparecidos» sulla cui sorte probabilmente non si riuscirà mai a sapere la verità. PUBBLICATO il 25/01/2012 su corrieredellasera.it

LA TROVATA DI UNO SPACCIATORE: CAIMANO A GUARDIA DELLA DROGA

La trovata di un pregiudicato: mette un caimano a guardia della droga. L'incredibile scoperta è avvenuta a Roma, dove un uomo con precedenti per spaccio di stupefacenti e altri reati: il rettile è stato sequestrato nel corso di una perquisizione da parte del personale del commissariato Prenestino della Polizia di Stato che ha subito avvisato il servizio centrale Cites del Corpo forestale dello Stato. PUBBLICATO il 16/01/2012 su liberoquotidiano.it

VIOLENTA 12ENNE ADESCATA SU FACEBOOK:QUARANTENNE ARRESTATO NEL VERONESE

Conosce dodicenne su Facebook e l'avrebbe costretta ad avere rapporti sessuali: per questo motivo i carabinieri di Valdagno (Vicenza) hanno arrestato Marco Zamborlin, 42 anni, di Grezzana(Verona). È accusato di violenza sessuale aggravata. L'uomo, dopo aver conosciuto la minore, del vicentino, tramite il social network Facebook, è riuscito a convincerla ad accompagnarlo nella sua abitazione e a trascorrere con lui tutta la notte e il giorno seguente. A seguito della denuncia di scomparsa sporta dai genitori della ragazzina, sono scattate le indagini dei carabinieri, al termine delle quali si sarebbe appurato che l'uomo avrebbe compiuto atti sessuali sulla minore.L'indagato, che è in attesa di essere sentito dal gip, si è difeso dicendo che la minore era consenziente. PUBBLICATO il 27/01/2012 su avvenire.it

SHOAH, NAPOLITANO: "STRONCARE IL NEGAZIONISMO"

Il presidente della Repubblica, Giorgio Napolitano, è intervenuto alla cerimonia del "Giorno della memoria" al Quirinale. "Questo impegno

rappresenta il miglior antidoto a quei rigurgiti di negazionismo e antisemitismo, di intolleranza e di violenza che, per quanto marginali, sono da stroncare sul nascere", ha detto il Capo dello Stato. Occorre essere "*vigilanti e fermi contro ogni ricaduta nella ricerca del nemico, nel rifiuto del diverso*".E' necessario "fare i conti" con "*la grave crisi finanziaria ed economica*", ma "*non perdiamo di vista il senso ed i valori della costruzione europea*", ha aggiunto Napolitano. "*Le ragioni del nostro stare insieme sono lì - prosegue - in quel fondamento di pace e di civiltà su cui l'Europa ha trovato la sua unità ed è chiamata a far leva per il suo futuro*". Fini: "Leggi razziali macchia indelebile". La Shoah è stata una pagina dolorosa anche per noi italiani, che negli anni Trenta con le leggi razziali ci rendemmo complici, e questa sarà una macchia indelebile per il nostro Paese". Lo ha detto a Potenza il presidente della Camera, Gianfranco Fini, durante una cerimonia per la "Giornata della Memoria". Schifani in visita a BuchenwaldIl presidente del Senato, Renato Schifani, ha scelto il campo di concentramento e di sterminio di Buchenwald per celebrare la giornata della memoria. Schifani è stato accolto all'aeroporto di Erfurt dal presidente della Turingia Birgit Diezel e dall'ambasciatore d'Italia a Berlino Michele Valenzise. Il presidente del Senato ha deposto una corona presso la lapide in metallo, posta all'interno del campo, recante le 50 nazionalità delle vittime. PUBBLICATO il 27/01/2012 su tgcom

MAXI SEQUESTRO DI COCAINA, I CORRIERI DONNE E ANZIANI

La Squadra Mobile e la Guardia di Finanza di Genova hanno sgominato un traffico internazionale di cocaina proveniente dalla Repubblica Dominicana. Sequestrati 10 chili di "polvere bianca" purissima per un valore sul mercato di oltre 4 milioni di euro. Arrestate 17 persone tra italiani e stranieri. La banda utilizzava come corrieri donne e anziani. PUBBLICATO IL 27/01/2012 su ansa.it

Eventi e convegni

17.02.12, 09:30 – L'AVVOCATURA NEL RISPETTO DELLE REGOLE GIURIDICHE E MORALI
Convegno organizzato da: Comune di Ascoli Piceno e Unione Nazionale Avvocati Enti Pubblici in collaborazione con Ordine Avvocati di Ascoli Piceno e Scuola Superiore dell'Avvocatura
Che si terrà presso: "Palazzo dei Capitani (Piazza del Popolo)" , Ascoli Piceno

CONVEGNO / TAVOLA ROTONDA
L'Avvocatura nel rispetto delle regole giuridiche e morali.
La funzione dell'Avvocatura pubblica nel recupero dei valori della legalità.
La controriforma forense dell'emergenza.

17 Febbraio 2012 h. 9,30 – 13,30 – Ascoli Piceno,

Introduce
Avv. Alessandra Cantalamessa, Dirigente Avvocatura Comune di Ascoli Piceno

Indirizzi di saluto
Avv. Guido Castelli, Sindaco di Ascoli Piceno
Avv. Francesco Marozzi, Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ascoli Piceno
Avv. Giuseppe Dardo, Presidente UNAEP

Modera
Avv. Sabrina Tosti, Segretario Nazionale UNAEP – Comparto Enti Locali

Discutono
Sen. Avv. Filippo Berselli, Presidente Commissione Giustizia del Senato
On. Avv. Nino Lo Presti, Deputato della Repubblica, Vice Presidente Comitato per la Legislazione
Dr. Cesare Lamberti, Presidente Tar Umbria
Prof. Pasquale Troncone, Professore Università degli Studi di Napoli "Federico II"
Prof. Avv. Ubaldo Perfetti, Vice Presidente Consiglio Nazionale Forense
Avv. Guido Castelli, Sindaco di Ascoli Piceno, Membro Ufficio di Presidenza ANCI
Avv. Antonella Trentini, Avvocato Dirigente Comune di Bologna – Vice Presidente UNAEP
Avv. Michele Pontone, Avvocatura INAIL – Vice Segretario FLEPAR INAIL
Interventi programmati: Avv. Davide Aliberti, Assessore Contenzioso Comune di Ascoli Piceno, Avv. Diego
Maggio, Vice-Segretario Nazionale UNAEP Comparto EE.LL, Avv. Gianni Fraticelli, Segretario UNAEP Marche,
Avv. Benedetto Ghezzi, Segretario UNAEP Emilia Romagna.

La partecipazione al convegno è gratuita.

L'iniziativa è accreditata presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Ascoli Piceno, con il riconoscimento di n. 4 crediti deontologici.

Segreteria organizzativa: Avvocatura Comune di Ascoli Piceno: tel. 0736.298226 – 342 Email sabrinat@comune.ascolipiceno.it – luciai@comune.ascolipiceno.it.

Per informazioni relative al convegno contattare l'Avv. Sabrina Tosti anche al numero 328.0468790 e l'Avv. Lucia Iacoboni al n. 328.0468800. La prenotazione al convegno dovrà pervenire entro il 13.02.2012 mediante invio della scheda d'iscrizione allegata via fax al n. 0736.298373 oppure via email ai seguenti indirizzi: sabrinat@comune.ascolipiceno.it o luciai@comune.ascolipiceno.it.

* * *

Corsi di formazione sulla Mediazione e Conciliazione civile e commerciale a Cagliari, Roma e Milano Anno 2012

La C.C.I.A.A. di Cagliari, insieme ai docenti dell'Università di Cagliari, Brescia e Salerno, ha costituito l'Organismo di Formazione dei mediatori (iscritto il 13.9.2010 al n. 116 del registro ministeriale) e da oltre un anno svolge attività didattica in conformità alle prescrizioni della normativa vigente (D.Lgs.vo 28/2010 e D.M. 180/2010). Più precisamente, la nuova figura professionale del mediatore-conciliatore deve essere in possesso di un diploma di laurea almeno triennale ovvero dell'iscrizione a un ordine o collegio e seguire uno specifico percorso formativo di base tenuto da un organismo accreditato dal Ministero della giustizia. La durata dei corsi è normativamente fissata in almeno 50 ore, di attività teorica e pratica, oltre 5 ore di verifica finale.

Le materie di insegnamento e le verifiche indicate dal D.M. n. 180/2010, più in particolare, sono suddivise in undici moduli formativi, di cinque ore ciascuno, affidati ai vari docenti accreditati, vertenti sui seguenti argomenti e attività:

1. (Normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione)**;**
2. (Metodologia delle procedure facoltative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione)**;**
3. (Tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice)**;**
4. (Efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione)**;**
5. (Forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione)**;**
6. (Compiti e responsabilità del mediatore)**;**
7. (Esercitazioni pratiche)**;**
8. (Approfondimento tematico: responsabilità professionale);
9. (Approfondimento tematico: condominio, diritti reali e appalti);
10. (Esercitazioni pratiche)**;**
11. (Verifica finale).

Il responsabile scientifico dell'Organismo di formazione, prof. Francesco Sitzia, il sottoscritto prof. Carlo Pilia coordinatore dei Corsi e gli altri docenti universitari, tra i quali segnalo i prof. Bruno Troisi, Ernesto d'Aloja, Cristiano Cicero, Lina Masia, Anna Maria Mancaleoni, Claudia Troisi, Alberto Venturelli, vantano tutti una consolidata esperienza formativa sulle materie oggetto della mediazione obbligatoria (**condominio, diritti reali, divisioni, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento danno da circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica, da diffamazione a mezzo stampa, contratti assicurativi, bancari e finanziari**).

Il costo del Corso è di euro 500,00 (non è dovuta l'IVA) per ciascun iscritto. La normativa vigente impone classi aventi un numero massimo di 30 iscritti. Il calendario e il luogo di svolgimento, anche simultaneo, dei Corsi per mediatori forma oggetto di un'intesa tra l'Organismo di formazione e la redazione di Nuove Frontiere del diritto o gruppi di studenti-professionisti interessati, specie tra quanti stanno preparandosi al concorso per uditore giudiziario e all'esame di avvocato, in modo da soddisfare le esigenze del maggior numero degli utenti. Si allega copia del fascsimile di pre-iscrizione ai corsi, con il programma delle materie.

Le lezioni si svolgeranno a Cagliari, Roma e Milano secondo il calendario e presso le sedi concordate con gli iscritti, in classi frequentate prevalentemente da professionisti e giovani laureati, in modo da permette la più agevole partecipazione.

Per qualsiasi altra informazione ci si può rivolgere al coordinatore dei Corsi prof. Carlo Pilia (mediazioneconciliazione@unica.it ; 339207342)

* * *

PROGRAMMAZIONE GENERALE PER GLI ANNI 2012

Ai sensi del D.lgs. n. 28/2010 e del D.M. n. 180/2010:

Il **Percorso formativo per i mediatori-conciliatori** in materia civile e commerciale avrà la **durata di almeno 50** ore, oltre la verifica finale di 5 ore, e sarà articolato in **Corsi teorici e pratici**, comprensivi di sessioni simulate partecipate dai discenti.

I Corsi teorici e pratici avranno ad oggetto le **seguenti materie**:

1) Normativa nazionale, comunitaria e internazionale in materia di mediazione e conciliazione
2) Metodologia delle procedure facoltative e aggiudicative di negoziazione e di mediazione
3) Tecniche di gestione del conflitto e di interazione comunicativa, anche con riferimento alla mediazione demandata dal giudice
4) Efficacia e operatività delle clausole contrattuali di mediazione e conciliazione
5) Forma, contenuto ed effetti della domanda di mediazione e dell'accordo di conciliazione
6) Compiti e responsabilità del mediatore
7) Esercitazioni pratiche
8) Approfondimento tematico
9) Approfondimento tematico
10) Esercitazioni pratiche
11) Prova finale di valutazione

I Corsi teorici e pratici saranno programmati mensilmente e avranno ciascuno un numero massimo di trenta partecipanti.

Il calendario dei Corsi e le date degli incontri formativi saranno definiti tenendo conto delle disponibilità manifestate dagli iscritti al momento della presentazione della domanda.

C.C.I.A.A. di Cagliari Organismo formativo accreditato il 13 settembre 2010 n. 116

Il Responsabile scientifico - prof. ***Francesco Sitzia***
Il Coordinatore dei Corsi - prof. ***Carlo Pilia***
indirizzo email: mediazioneconciliazione@unica.it
sito web istituzionale: http://people.unica.it/carlopilia/
Dipartimento di Scienze giuridiche e forensi dell'Università degli Studi di Cagliari

* * *

Convegno LA MEDICINA DIFENSIVA E L'AGIRE APPROPRIATO IN SANITÀ NELLA CORNICE GIURIDICA E MEDICO LEGALE - **Milano 24 febbraio 2012**.

L'Associazione RESPONSABILITASANITARIA.it ed Il Laboratorio di Responsabilità Sanitaria della Sezione Dipartimentale di Medicina Legale e delle Assicurazioni - Università degli Studi di Milano organizzano venerdì 24 febbraio 2012 alle ore 8.30 presso l'Aula Magna della Sezione Dipartimentale di Medicina Legale e delle Assicurazioni in Milano, Via Luigi Mangiagalli 37 il convegno LA MEDICINA DIFENSIVA E L'AGIRE APPROPRIATO IN SANITÀ NELLA CORNICE GIURIDICA E MEDICO LEGALE.INFO: RESPONSABILITASANITARIA.it

20123 Milano, Via San Vincenzo 3
Tel. 02.87.15.84.13 - Fax 02.87.15.23.04
www.responsabilitasanitaria.it - Email info@responsabilitasanitaria.it

Il feilleuton

LICEO A LUCI ROSSE

Romanzo breve in 12 capitoli

gentilmente ed esclusivamente scritto per la Rivista

da Paola Lena

Secondo capitolo

Ricordi di vita passata

Sono trascorsi due giorni dalla scoperta del libro. Non ho ancora trovato il modo di aprire un canale di comunicazione con Adele, ma ora sono molto più attenta a ciò che fa e ciò che dice. Ieri mattina, in prossimità del liceo, ho aspettato che scendesse dalla macchina ed ho fatto per andare via come sempre, ma appena svoltato a sinistra, ho fermato l'auto e sono tornata in retromarcia fino all'angolo della strada per rimanere un po' ad osservarla senza essere vista. Si è avvicinata ad un gruppo di ragazzi e ragazze con fare civettuolo ed ha iniziato a flirtare con un biondino di venti centimetri più alto di lei. Lui la teneva stretta per la vita come fosse una cosa di sua proprietà e rideva rivolgendosi in modo strafottente a due suoi coetanei. Ho provato un fastidio insopportabile e la voglia di irrompere come una furia per strappargliela dalle mani.

Lorenzo dal sedile posteriore ha iniziato a piagnucolare perché aveva paura di fare tardi a scuola, così sono stata costretta a malincuore a rimettere in moto la macchina e partire, lasciandola là, tra le braccia di quel ragazzone di cui non conosco nemmeno il nome. Sono stata ore ed ore a pensare a quanto poco parliamo, io e lei. Non mi racconta mai dei suoi amici, non mi dice cosa le piace e cosa detesta, oppure se ha un fidanzatino. Tra di noi c'è un muro invisibile , eretto nel corso degli anni senza che ce ne accorgessimo, che ci impedisce di comunicare e che ci allontana sempre di più. Mi chiedo quando è iniziata questa rottura di rapporti, cosa ha provocato questa reazione a catena che ha demolito quella confidenza che ci scambiavamo quando lei, ancora bambina, si rivolgeva a me per qualsiasi cosa. Mi brucia il cuore al ricordo di quei momenti di totale intimità, quando mi guardava con occhi adoranti, dentro i quali potevo leggere la fiducia incondizionata che nutriva nei miei confronti. Mi manca quello sguardo, mi manca quel desiderio di complicità e di coccole che ormai non traspare più in nessuno dei suoi gesti e tanto meno nelle sue parole. Scavo nei meandri confusi della mia memoria e non vado più lontano di tre anni fa, quando mi sono separata da Gianni, mio marito. Di sicuro è da lì che tutto è cominciato. Lui ci ha lasciato senza molte spiegazioni. Un pomeriggio mi ha detto che non mi amava più e sette giorni più tardi l'ho visto uscire di casa con una valigetta carica di cose taciute. Ha baciato i bambini senza

rispondere alle loro domande riguardo il luogo dove stesse andando, senza comunicare loro quando sarebbe tornato e soprattutto perché stava andando via. Ho ancora stampato nella mente il suo sorriso triste mentre ripeteva loro che andava tutto bene e che sarebbe presto tornato a trovarli. Io ero seduta in cucina, decisa a non vederlo varcare la soglia dell'appartamento né tanto meno assistere al suo mentire spudorato. Avrei voluto urlargli tutto il mio rammarico per come aveva gestito l'intera situazione: il fatto di non avermi mai lasciato intuire il suo malessere e, non meno importante, il fatto di non avere preparato psicologicamente i bambini al suo allontanamento. Immediatamente dopo la sua uscita di scena, ricordo che i ragazzi si precipitarono verso di me con le lacrime agli occhi. Erano disperati e attoniti, e smarriti e increduli. Cercavano in me un'ancora di conforto, un appiglio a cui aggrapparsi. Continuavano a ripetere le stesse domande poste poco prima al padre, ma il mio dolore era troppo grande per riuscire a dare una spiegazione adatta alle loro semplici menti infantili: mi misi a piangere, terribilmente in silenzio, e le mie lacrime si unirono alle loro in un abbraccio pieno di angoscia. Più ci penso più mi convinco che è stato quello il momento della frattura tra noi due. Adele non aveva ancora compiuto tredici anni e mancavano solo venti giorni a Natale. Gianni non poteva scegliere momento meno adatto di quello. Non che ci sia un momento particolarmente favorevole per un evento del genere, ma essere così prossimi alle feste che per tradizione riuniscono intere famiglie non fece altro che accrescere la nostra sofferenza. Passammo la Vigilia in totale solitudine. Ricordo gli sforzi patetici con cui tentai di seminare allegria in quei cuori feriti. Loro non fecero altro che fissare il telefono tutto il tempo della cena, in attesa di una sua chiamata, che purtroppo non arrivò. Il giorno dopo fummo ospiti di Sandra, la mia migliore amica accorsa in mio aiuto e forte della sua numerosa famiglia. Ma la loro allegria, la loro gioia sfrenata e la loro unione ebbe il solo risultato di farci stare male tutto il giorno. Raggiungemmo il nostro appartamento sfiniti e affranti. Il mio unico desiderio era di addormentarmi e non svegliarmi più. La corsa fino al veglione di Capodanno è un ricordo vago dal sapore amaro della sconfitta. Mi sentivo sola e abbandonata e Gianni mi mancava terribilmente. Non arrivò da parte sua nemmeno un sms di auguri. Si era come volatilizzato. Il due gennaio non ce la feci più e mi attaccai al telefono. Il numero di cellulare risultava irraggiungibile; i suoi genitori sapevano che eravamo andati tutti e quattro insieme in viaggio ai Caraibi e la mia telefonata li aveva fatti precipitare in uno stato di preoccupazione tale da decidere di mettersi subito in macchina per raggiungermi in città. Faticai non poco a convincerli che non era successo nulla. Inventai una storiella che riuscirono a bersi più per la voglia di allontanare il dubbio

che si era insinuato nelle loro patetiche certezze che per la verosimiglianza di quanto ero riuscita a raccontare. Quando chiusi la conversazione rimasi parecchi minuti a realizzare quanto machiavellico era stato il comportamento di Gianni con i suoi vecchi. Aveva pianificato tutto con cura per evitare rimbrotti e interferenze nelle sue decisioni. Ero talmente stordita dalla catastrofe che si era scatenata nella mia serena esistenza di moglie e madre, da non considerare nemmeno l'eventualità di chiedere spiegazione ai miei suoceri, di chiamarli, di salutarli o quanto meno di augurare loro buone feste. Li avevo cancellati, così come avevo cancellato tutto ciò che fino ad allora mi aveva circondato con un alone di amichevole confidenza. Tutto mi era estraneo, tutto si muoveva contro di me, tutto mi era avverso e ostile. E in questo caos globale i miei figli si persero. Anzi, fui io ad abbandonarli, presa com'ero dalle mie sofferenze e totalmente incapace di reagire e di mettermi nei loro panni e di aiutarli ad accettare il distacco. Lorenzo aveva sei anni, quasi non si rendeva conto di quanto stesse accadendo. Provava solamente un'enorme nostalgia per il padre, ma sotto sotto covava l'ingenua speranza di vederlo tornare per sempre. Non aveva capito che non saremmo mai più stati la famiglia che eravamo. Quell'equilibrio era stato rotto improvvisamente e non sarebbe stato più possibile riaverlo indietro. Adele lo aveva capito. Aveva capito tutto, da quasi subito. Dopo i primi giorni, trascorsi nella continua urgenza di abbracciarci, di trovare in ogni momento il contatto fisico quasi a volere essere certe che non ci saremmo mai potute perdere, il nostro cercarci si spense lentamente, lasciando posto ai primi segnali di rancore nei miei confronti. Ero così persa nel mio dolore da considerare il suo astio come una dichiarazione di guerra. Leggevo nel suo sguardo il rimprovero. Mi sembrava di capire che mi giudicava causa del problema: ero stata io a cacciare via suo padre, io che non volevo si facesse più vedere, io che gli impedivo di venire in casa a fare visita a lei e a suo fratello. Quando alla fine me lo urlò in faccia non volevo credere alle mie orecchie. Per un istante mi sembrò fosse lì lì per scoppiarmi il cuore. Ma invece di spaccarsi in due mi arrivò fino al cervello ed esplose in parole rabbiose che le vomitai addosso. Non era più la mia bambina quasi tredicenne, ma la personificazione di tutto il male che mi aveva inferto suo padre. La guardavo e riconoscevo in lei l'espressione astiosa di Gianni quando si arrabbiava. La ascoltavo e mi sembrava di udire la voce di mio marito. Ricordo che mi avventai su di lei con una furia che non sospettavo di avere. Ricordo che le diedi una sberla con tutta la forza della mia disperazione. Ricordo il suo volto deformato dal dolore e dalla sorpresa. Ricordo il suo passaggio dallo sgomento all'odio puro. E ricordo la mia consapevolezza di avere irrimediabilmente sbagliato. Lei si rinchiuse nella sua camera e non venne nemmeno a tavola

per la cena. Io, subito dopo aver mangiato con Lorenzo, accesi il computer portatile e inviai una e-mail al veleno a Giovanni, intimandolo di venire subito a trovare i SUOI figli o quanto meno di farsi vivo per il compleanno di Adele che sarebbe arrivato da lì a tre giorni. La sera successiva non avevo ancora ricevuto nessuna notizia da Gianni. Solo l'indomani ricevetti una telefonata dalla sua assistente. La sua voce, dall'altra parte del telefono, era in evidente imbarazzo:

<<Signora Carini, volevo avvertirLa del fatto che suo marito si trova impossibilitato dal raggiungervi telefonicamente, in quanto trovasi all'estero per impegni professionali, ma farà tutto il possibile per recapitare gli auguri di buon compleanno alla sua adorata figlioletta>>.

Avrei volentieri schiaffeggiato selvaggiamente anche lei. Invece chiusi la comunicazione dopo un laconico "La ringrazio" per provvedere, subito dopo, a lanciare il cordless contro il muro e rimanere a fissarlo per terra in frantumi per lunghissimi minuti.

Il dieci gennaio arrivò ineluttabile. Tremavo all'idea di una qualsiasi imprevedibile reazione di Adele di fronte alla mancanza di considerazione con la quale il padre le stava distruggendo la sicurezza di sé e l'amore per la vita. Invece la telefonata arrivò e fu come quando la diga di un fiume cede e l'acqua si precipita giù verso la valle ad una velocità supersonica. Adele piangeva e rideva, teneva il suo cellulare con entrambe le mani attaccato all'orecchio come se avesse paura che la voce del padre si potesse perdere nell'aria. Camminava su è giù per il salotto e sembrava danzare, fare piroette, guardare in su come se avesse sulla testa il cielo stellato. Rimasero a parlare fitto per diversi minuti, che a me parvero interminabili. Ero contenta e preoccupata nello stesso tempo. Avevo paura di ciò che lui poteva raccontarle ed ero terrorizzata all'idea che potesse ulteriormente accrescere il divario che si andava creando tra noi due. Poi la sentii singhiozzare disperata. Non voleva chiudere la conversazione. Quando lui attaccò lei rimase con il cellulare ancora incollato all'orecchio, lo sguardo rivolto a terra. Ho visto due lacrime enormi scendere giù e schiantarsi sul pavimento. Provavo una pena profonda per lei, povera bambina abbandonata. Ricordo di averla chiamata e la mia voce era quasi un sussurro. Lei ha rivolto lo sguardo verso di me, ci siamo fissate negli occhi per un istante breve ma intenso, fino a quando non mi è corsa incontro e ci siamo abbracciate. Lei ha continuato a piangere disperatamente, accoccolata sul mio seno. Io l'ho confortata al meglio che potevo e sapere di non potere alleviare il suo dolore mi suscitava un senso di impotenza insostenibile.

Poi si è scostata con rabbia ed è scappata via. Mi sembra assurdo ed impossibile, ma temo che quella sia stata l'ultima volta che ci siamo abbracciate. Ed è una rivelazione terribile per

me. Persino peggiore del libro porno serenamente esposto nella sua libreria.

Alla fine di gennaio venni a scoprire che Gianni c'era andato davvero, ai Caraibi. Era partito con una splendida venticinquenne conosciuta a studio due anni prima. Tra un'otturazione ed una cura canalare si erano perdutamente innamorati. Non so come dirlo, ma il pensiero che mi avesse lasciato per una donna così giovane e carina rese il mio dolore più sopportabile, quasi a volerlo giustificare dicendo: "Beh, come biasimarlo? Ti capita una sventola del genere e dovresti rimanere con la tua sciatta moglie quarantenne?" Riuscii anche a sorprenderli insieme, un pomeriggio di febbraio. Mi misi a spiare il portone del palazzo più bello di viale Manzoni, dove Gianni ha lo studio dentistico, quando li vidi arrivare a braccetto: camminavano veloci e sorridenti con tutta la spavalderia di chi si sente affascinante e desiderabile. E di colpo il dolore tornò più intenso di prima.

I mesi che seguirono furono tutti incentrati sull'organizzazione della mia nuova vita di donna separata con figli. Cercai disperatamente un lavoro e non fu facile, considerato che mi ero licenziata dal mio impiego stabile sette anni prima, appena rimasta incinta di Lorenzo. Trovai una prima occupazione come segretaria in uno studio di analisi vicino casa. Non avevo bisogno di denaro, in realtà, ma lavorare era il primo passo per la mia autonomia e per ritrovare la sicurezza in me stessa che faticavo tanto a riacquistare. In tutto questo trambusto i miei figli reagirono come poterono: il più delle volte facendo finta di niente. Dopo otto mesi anche Lorenzo smise di chiedere quando il padre sarebbe tornato a vivere con noi. Nel frattempo aveva avuto modo di vedere la sua nuova casa e la sua nuova compagna e finito con il rassegnarsi. Non ci furono altri episodi di scontro con Adele, che non mi accusò mai più del fallimento della nostra famiglia. Ero così sollevata per questo da non chiedermi se non fosse preoccupante il fatto che entrambi i miei figli non esternassero le loro emozioni in mia presenza. Ero così presa dalle mie esigenze da dimenticare le loro.

In questo numero abbiamo parlato di:

- ✓ ACCORDI DEI CONIUGI IN SEDE DI SEPARAZIONE
- ✓ ANIMALI DA AFFEZIONE
- ✓ BENI E PATRIMONIO
- ✓ CASO FORTUITO
- ✓ COME SI DIVENTA CRIMINOLOGO
- ✓ DECRETO INGIUNTIVO E TERMINI
- ✓ DIVORZIO
- ✓ DONAZIONE
- ✓ INFORMATIVA ANTIMAFIA
- ✓ L. N. 218/2011 SUI TERMINI DI COSTITUZIONE E COMPARIZIONE
- ✓ LA MESSA ALLA PROVA
- ✓ LA TEORIA DEI POTERI IMPLICITI
- ✓ LIMITI TEMPORALI DEL GIUDICATO CIVILE
- ✓ MATRIMONIO
- ✓ MEDIAZIONE
- ✓ ORGANISMO DI DIRITTO PUBBLICO
- ✓ PROVE
- ✓ QUESTIONI IMMOBILIARI NELLA SEPARAZIONE E NEL DIVORZIO
- ✓ RAPPORTO UOMO ED ANIMALI
- ✓ RESPONSABILITA' DEGLI ENTI E D. LGS. N. 231/2001
- ✓ RIFLESSIONI SUL SISTEMA PENITENZIARIO MINORILE (IL CASO NOVI LIGURE)
- ✓ SATANISMO
- ✓ SEPARAZIONE
- ✓ *STALKING*
- ✓ SUSSIDIARIETA'